

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO
RECURSO ESPECIAL N. 183.430 – SP**

(Registro n. 98.0055471-8)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Sérgio Luís Ruivo Marques e outros
Embargado: L. A. M. Motel Casa Nova Ltda
Advogados: Marcelo Luiz Baptista Salvadori e outros

EMENTA: Processual Civil – Embargos de declaração – Omissão verificada – Contribuição previdenciária – Lei n. 7.787/1989, art. 33, inc. I, e Lei n. 8.212/1991, art. 22, inc. I. – Comprovação da não-repercussão não exigível – Compensação – Contribuição previdenciária sobre a folha de salários – Possibilidade – Limitação – Leis n. 9.032/1995 e 9.129/1995 – Não incidência sobre as contribuições efetuadas antes de sua vigência.

É omissis o acórdão que deixa de abordar as questões apresentadas por inteiro, sem solucionar os temas necessários ao completo deslinde da controvérsia, gerando dificuldade no cumprimento da decisão judicial.

São compensáveis os valores indevidamente recolhidos na forma do art. 33, inc. I, da Lei n. 7.787/1989, e art. 22, inc. I, da Lei n. 8.212/1991, com a contribuição previdenciária sobre a folha de salários.

Não se pode exigir a comprovação de não-repasse, porquanto a contribuição previdenciária possui natureza de tributo direto.

A compensação não se sujeita ao limite estabelecido no § 3º do art. 89 da Lei n. 8.212/1991, com as alterações promovidas pelas Leis n. 9.032 e 9.129, de 1995, desde que as contribuições tenham sido recolhidas em período anterior à sua vigência, eis que há de se preservar o direito adquirido do contribuinte à compensação.

Embargos de declaração *acolhidos*, para fins de suprir omissão existente no v. aresto embargado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide

a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos, 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 Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Custas, como de lei.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

Publicado no DJ de 25.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ao v. acórdão de fl. 249, que restou assim ementado, **in verbis**:

“Previdenciário. Compensação entre tributos de mesma espécie. Cabimento. Precedentes jurisprudenciais.

Ambas as Turmas de Direito Público deste Tribunal têm decidido, ao interpretar a Lei n. 8.383/1991, ser possível a compensação entre tributos de mesma espécie, independentemente da comprovação de liquidez e certeza do crédito (art. 170 do CTN).

Recurso provido, com a ressalva do ponto de vista do signatário.”

Sustenta o Embargante ter o v. aresto embargado se omitido sobre (a) quais contribuições poderão ser compensadas; (b) a necessidade de a empresa comprovar o não-repasse da contribuição aos custos; (c) a submissão da compensação ao limite de 30% do valor a ser recolhido em cada competência.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Assiste razão à Embargante, porquanto o v. acórdão embargado restou omissis, ao deixar de se pronunciar sobre questões levantadas nas contra-razões, quais sejam: os tributos

considerados da mesma espécie da contribuição incidente sobre a remuneração de autônomos e administradores, a necessidade de a empresa comprovar o não-repasse da contribuição aos custos e a submissão da compensação ao limite de 30% do valor a ser recolhido em cada competência.

No que concerne à sustentada omissão do v. aresto embargado relativamente a quais são os tributos e contribuições da mesma espécie, à vista do disposto no § 1^a do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, é de se ressaltar ser segura a orientação deste Tribunal no que diz respeito a serem compensáveis os valores indevidamente recolhidos na forma do art. 33, inc. I, da Lei n. 7.787/1989, e art. 22, inc. I, da Lei n. 8.212/1991, com a contribuição previdenciária sobre a folha de salários, sendo esta a hipótese vertente.

Relativamente à necessidade de comprovação do não-repasse, a Primeira Seção deste egrégio Tribunal adotou o entendimento de não se poder exigir a mencionada comprovação, porquanto possui natureza de tributo direto (REsp n. 168.469-SP, Rel. p/ acórdão Min. José Delgado; DJ de 17.12.1999), tendo sido firmada, a partir de então, nova jurisprudência, consoante se depreende dos seguintes julgados: Ag n. 264.660-SC, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 28.2.2000; REsp n. 164.739-SP, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, DJ de 15.2.2000; REsp n. 236.457-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 2.12.1999).

Quanto à argumentação de estar a compensação sujeita ao limite estabelecido no § 3^a do art. 89 da Lei n. 8.212/1991, com as alterações promovidas pelas Leis n. 9.032 e 9.129, de 1995, a Primeira Turma, analisando esse tema, decidiu que o referido limite não pode atingir o direito adquirido do contribuinte à compensação.

Assim, no tocante aos recolhimentos indevidos, realizados antes da vigência das mencionadas leis (9.032/1995 e 9.129/1995), é aplicável o art. 66 da Lei n. 8.383/1991, por ser a legislação vigente à época dos recolhimentos (REsp n. 192.015-SP, DJ de 16.8.1999, e REsp n. 176.151-RS, DJ de 26.10.1998, ambos de relatoria do Min. José Delgado), incidindo, contudo, a limitação nos recolhimentos efetuados após a sua vigência.

Precedentes: REsp n. 215.838-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 29.11.1999; REsp n. 142.701, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 4.10.1999; REsp n. 98.446, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 30.6.1997.

Ante o exposto, reconhecida a existência de omissão no v. acórdão embargado, *acolho* os embargos de declaração, para que as considerações acima expendidas passem a integrá-lo.

É como voto.

MEDIDA CAUTELAR N. 2.064 – SP

(Registro n. 99.0098526-5)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Requerente: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE
Advogado: Águeda Aparecida Silva e outros
Requerido: Brink S. Segurança e Transportes de Valores Ltda
Advogados: José Antônio Miguel Neto e outros

EMENTA: Processual Civil – Salário-educação (Decreto-Lei n. 1.422/1975) – Compensação via tutela antecipada – Medida cautelar – Efeito suspensivo agregado a recurso especial interposto – CPC, artigos 796 e seguintes.

1. Bem avivados os requisitos exigidos à provisão acautelatória durante o processamento do recurso interposto, sobreguardando a utilidade e eficácia da via recursal eleita, o pedido merece as loas da procedência. Andante, a compreensão pretoriana sedimentou o descabimento da “compensação” via *liminar* ou sob a eficácia de tutela antecipada. É o som forte das razões que informaram a Súmula n. 212-STJ.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Cautelar procedente.

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, *julgar procedente o pedido*, 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 de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Humberto Gomes de Barros. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 25 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 4.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: O Requerente propôs a presente ação cautelar, com pedido de liminar, fundada nos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil, objetivando, “conferir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra a decisão do Tribunal **a quo**, a qual contrariou a legislação federal e a jurisprudência dominante nas Cortes do País no que pertine à possibilidade de deferimento liminar em mandado de segurança ou em tutela antecipada para a compensação de tributos” (fl. 3).

Alega, primeiramente, que a jurisprudência desta Corte é favorável ao cabimento de cautelar, para conferir efeito suspensivo a recurso especial. Aduz estarem presentes o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**, por entender que “os requisitos de liquidez e certeza dos créditos tributários para que haja compensação, exigido pelo Código Tributário Nacional, foram desconsiderados pela decisão colegiada.” (fl. 5), bem como pelo fato de que “o prejuízo derivado da compensação que vem sendo efetuada pela empresa desde o despacho do Relator que apreciou o recurso de agravo de instrumento e conferiu efeito suspensivo ativo à decisão de 1ª instância até o trânsito em julgado da decisão de mérito será incomensurável e de difícil apuração.” (fl. 10). Sustenta ainda que “o acórdão em tela, ao apreciar a questão que se lhe apresentava para julgamento, desconsiderou a incidência da Súmula n. 212 deste Tribunal (‘A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar’), a qual, aliás, constitui a orientação da maior parte dos nossos tribunais, para os quais ‘descabe concessão de liminar ou de antecipação de tutela para compensação de tributos’ (Súmula n. 45 do TRF da 4ª Região).” (fl. 6). À fl. 180 proferi decisão assim circunstanciada:

“I – Aberto o pórtico do exame sumário, define-se ação com o fito de soalhar o ‘... efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra a decisão do Tribunal **a quo**, a qual contrariou a legislação federal e a jurisprudência dominante nas Cortes do País no que pertine à possibilidade de deferimento liminar em mandado de segurança ou em tutela antecipada para a compensação de tributos’. (fl. 3).

Com os limites de provisório juízo, sublinhando-se a finalidade da *cautelar*, algemada ao âmbito protetivo processual, no sopro do **fumus boni iuris**, tem importância lembrar que a compreensão jurisprudencial prevalecente não acolheu a possibilidade de provimento

liminar ou de solução *cautelar* para a colheita substancial da *compensação* (p. ex.: REsps n. 179.408-SP e 121.315-PR; Súmula n. 212-STJ). Ora, a narrativa da inicial evidencia que o despique, ao qual se pleiteia ‘efeito suspensivo’, voltou-se contra aresto constituído em agravo de instrumento provocado por decisão indeferitória de *liminar* antecipação de tutela em ação ordinária. (fls. 25 a 28 e 30 a 49). Assim, caso deferida, aqui, a pretendida *suspensão*, via oblíqua, estar-se-ia autorizando a ‘compensação’ de créditos, abreviando-se o reconhecimento de direito desacolhido na cumecira de *liminar* assentada em provisão cautelar.

Desfigura-se, pois, a consubstanciação do *bom direito*.

No prumo do **periculum in mora**, refulge que, se procedente esta ação, ou, ao depois, provido o recurso especial, os efeitos do julgado serão **ex tunc**, ficando banida a possibilidade de *ineficácia* do julgado.

Ordenadas as razões, concluindo, como concluí, em decisão anteriormente proferida (MC n. 2.037-SP), também aforada pela FNDE, sem a contemplação dos requisitos, conexos ou aditivos e não alternativos e sem a configuração de situação excepcional, *indefiro a liminar* (art. 804, CPC).”

Em sua sua contestação a Requerida sustenta que “inexiste, no caso em apreço, **periculum in mora**, pois, como visto, a Requerida tem o direito líquido e certo de efetuar a compensação, cabendo à Requerente exercer seu direito (dever funcional) de fiscalização e punição de qualquer abuso eventualmente cometido, não se justificando, portanto, a concessão excepcional do efeito suspensivo ao recurso especial interposto”. (fl. 122).

Disse também que “sem embargo, a edição da Súmula n. 212 pode em determinados casos entrar em conflito direto com o dispositivo legal. Isto porque, caso o Magistrado entenda estarem presentes os requisitos do artigo 273, entendimento esse resultante do princípio do livre convencimento motivado – artigo 131 do CPC, não poderia antecipar os efeitos da tutela jurisdicional, já que esta almeja a compensação de valores recolhidos indevidamente ao Erário.” (fls. 126/127).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): As anunciações processuais põem a lume proposição no firmamento de solução acautelatória

agregando “efeito suspensivo” ao recurso especial interposto contra aresto favorecedor de tutela antecipada para “compensação” de contribuição social denominada *salário-educação* (Decreto-Lei n. 1.422/1975).

Neste contexto, soa a conveniência de reportar que a *causa de pedir* tem vertente originária nas razões do julgado no agravo de instrumento provocado por decisão indeferitória de *liminar antecipação de cautela* em ação ordinária (fl. 114), abreviando o reconhecimento do direito à vindicada “compensação”.

Sucedeu que, no interregno do processamento desta ação, outras iguais foram julgadas e, à vista de manifestação do Excelso Supremo Tribunal Federal averbando a constitucionalidade da contribuição questionada, concluindo a Turma, unanimemente, pela procedência do pedido. À mão de conferência, **inter alia**, registra-se a fundamentação do v. acórdão, textualmente:

“Em casos tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no Tribunal **a quo** e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância:

‘Ao sistema todo interessa a efetividade do resultado do processo, isto é, interessa que as partes possam receber o resultado do processo, de modo que seja possível realizar as transformações no mundo empírico que foram determinadas pela decisão judicial. Se esta decisão (em sentido amplo) não servir para isso, de nada terá adiantado a busca da tutela estatal.’

Firmado o convencimento acima anotado, identifico, no pedido em apreciação, os pressupostos genéricos e específicos para a concessão da liminar.

A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei, segundo texto legal vigente. No presente caso, os créditos não são líquidos, porque dependem, tão-somente, de valores de conhecimento da parte-autora, não sendo possível aferir sua correção em sede de tutela antecipada.

Ao que se depreende do exame do processado, confundem-se os pedidos liminar (antecipação da tutela) e definitivo, consistentes, a meu

pensar, identicamente, em facultar o direito da compensação postulada. Há, portanto, insuficiência de elementos para a concessão da antecipação postulada.

De fato, o deferimento da liminar mostra-se com caráter de satisfatividade, esgotando-se, assim, o mérito da demanda e seu objeto não mais terá sentido, posto que concedido na íntegra.

Ao mais, a compensação de tributos via liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, ou, ainda, em sede de antecipação da tutela, vem sendo desautorizada por este colendo Superior Tribunal de Justiça ...”

(...)

“Destarte, a fumaça do bom direito se faz presente. Caracterizado está, também, o **periculum in mora**.

Penso que, numa situação assim, não seria próprio cogitar-se a respeito de ‘utilidade’, para o provimento a ser entregue afinal. E é por isso que se pode concluir, repita-se, acerca da presença do **fumus boni juris**.

A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas relações jurídicas de direito público.

Todos os fundamentos referentes à fumaça do bom direito e ao perigo da demora atinentes ao pretense direito do Requerente estão desenvolvidos, e a seu favor.”

Eis a ementa:

“Processual Civil. Medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial interposto. Salário-educação. Compensação pela via da antecipação da tutela. Impossibilidade. Existência dos pressupostos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**.

1. Medida cautelar intentada ao objetivo de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto no Tribunal a quo e debate desenvolvido no curso da presente ação acerca da possibilidade de se compensar, através de antecipação da tutela, valores pagos a título de salário-educação com parcelas vincendas da mesma exação.

2. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares **inaudita altera pars**) é crucial para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar óbices, salvo no ordenamento jurídico.

3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (**periculum in mora** e **fumus boni iuris**), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

4. Em casos tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no Tribunal **a quo** e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância.

5. Não se vislumbra presente o direito líquido e certo à tutela antecipada, a fim de possibilitar a compensação almejada. Ao contrário, tem-se por correto o seu indeferimento, visto que o art. 170 do CTN estabelece certas condições à compensação de tributos, as quais não se acham presentes no caso em apreço. A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei, segundo o texto legal referenciado.

6. Créditos que não se apresentam líquidos, porque dependem, tão-somente, de valores de conhecimento da parte-autora, não sendo possível aferir sua correção em sede liminar ou em antecipação da tutela.

7. Pacificação do assunto no seio jurisprudencial das Primeira e Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o instituto da compensação, via liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, ou em qualquer tipo de provimento que antecipe a tutela da ação, não é permitido.

8. O colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIn n. 1518-4, Rel. eminente Ministro Octávio Gallotti, decidiu: 'A medida provisória ora impugnada, que altera a legislação que regeu o *salário-educação* foi publicada no DOU de 20 de setembro de 1996, data em

que entrou em vigor. Na realidade, o que se quis, com a edição da referida medida provisória, foi consolidar a legislação já existente em textos esparsos e garantir, em lei, o interesse social do Estado na manutenção do ensino fundamental de cerca de 800.000 (oitocentos mil) alunos beneficiados pelo retrocitado Sistema de Manutenção de Ensino – SME’.

9. Tais elementos, por si sós, dentro de uma análise superficial da matéria, no juízo de apreciação de medidas cautelares, caracterizam a aparência do bom direito.

10. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de Direito Privado, quer nas relações jurídicas de Direito Público.

11. Medida cautelar precedente.” (MC n. 2.070-SP, Rel. Min. José Delgado, julgada em 14.3.2000).

Encerrada a exposição, reanimando e incorporando a fundamentação do precedente como fonte do convencimento, emprestando “efeito suspensivo” ao aludido recurso especial, *voto julgando precedente o pedido cautelar*.

Honorários advocatícios fixados em 10% do valor dado à causa, debitados à responsabilidade da Ré.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.462 – SE

(Registro n. 98.0098487-9)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: José Everaldo de Oliveira
Advogado: João Bosco Tavares de Mattos
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Impetrado: Juízo de Direito de Poço Verde-SE
Recorrido: Ministério Público do Estado de Sergipe

EMENTA: Administrativo – Mandado de segurança – Decisão que indefere a petição inicial com base no art. 8º da Lei n. 1.533/1951 – Aplicação da Súmula n. 267-STF e do art. 5º, II, da Lei do Mandado de Segurança.

Somente a extrema agressão à lei, associada à iminência de lesão irreversível, sem que haja recurso cabível, ou que o mesmo se demonstre inócuo, é que se admite a ação mandamental contra decisão judicial. 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, prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Milton Luiz Pereira dando parcial provimento ao recurso para que o Tribunal **a quo** apreciasse o mérito e a reconsideração dos votos dos Srs. Ministros-Relator e Humberto Gomes de Barros para aderir ao voto-vista divergente do Sr. Ministro José Delgado, por maioria, negar provimento ao recurso para confirmar o acórdão recorrido sem análise do mérito, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram os Sr. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausente, justificadamente, nesta assentada, 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 4.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: A Subprocuradora-Geral da República Gilda Pereira de Carvalho Berger assim resumiu em seu relatório, **verbis**:

“Cuidam os autos de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por José Everaldo de Oliveira contra o Juiz de Direito da Comarca de Poço Verde devido a despacho dado em favor de pedido

do Ministério Público estadual de requisição de documentos municipais em sede de ação civil pública por improbidade administrativa.

O autor, Prefeito Municipal de Poço Verde, impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra despacho do Juiz de Direito daquela comarca, que determinou a requisição de documentos nos autos de ação civil pública proposta pelo representante do Ministério Público local sob alegação de improbidade administrativa. Após tecer considerações sobre o mérito da lide originária, conclui pela ilegalidade e abusividade da referida requisição, requerendo sustação de liminar.

Foi indeferida a inicial de mandado de segurança por entender que quando o ato impugnado for decisão da qual caiba outro recurso previsto no CPC, não há que se falar em mandado de segurança. Este instrumento só pode ser usado em casos de extrema agressão à lei com iminência de lesão irreversível.

Irresignado, interpôs agravo regimental, afirmando que não pode prosperar o argumento de que o caso não se presta a mandado de segurança, deixando desabrigado o direito de ação do Impetrante, pois os documentos exigidos para exibição, em sede de ação civil pública por improbidade administrativa, não guardam nenhuma pertinência com os fatos articulados na inicial.

O agravo foi julgado improcedente com base nos arts. 5^a e 8^a da Lei n. 1.533/1951 e na aplicação da Súmula n. 267 do STF. Mantive-se, assim, a decisão do despacho que indeferiu, liminarmente, a inicial de mandado de segurança.

Inconformado com a decisão do Tribunal, interpôs recurso ordinário constitucional para o STJ, objetivando a reforma do acórdão fustigado” (fl. 59).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Inicialmente havia formulado tese no sentido de enfrentar o mérito da contenda, ou seja, analisar a suposta invasão de privacidade com a quebra de sigilo, pedida em sede de ação popular.

Não obstante, após ouvir as ponderações do nobre colega Ministro José Delgado, refaço meu posicionamento, no sentido de entender que na hipótese em comento não seria cabível mandado de segurança, uma vez que a decisão que originou o *writ* deveria ser impugnada através de agravo de instrumento, incidindo na hipótese, a Súmula n. 267 do STF.

Tais as razões expendidas, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro-Relator. Na verdade, o ato é regular. Discutiria a questão do cabimento do recurso por me parecer que ele seria terceiro e não integra o processo.

Sr. Presidente, parece-me que o juiz requisitou documentos específicos, relativos a funcionários cuja investidura, pelo menos em princípio, está sob ataque da ação civil pública; por isso entendo que é de se denegar.

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: José Everaldo de Oliveira, no exercício do cargo de prefeito do Município de Poço Verde, interpôs recurso ordinário em mandado de segurança contra acórdão assim ementado (fl. 42):

“Agravo regimental. Mandado de segurança. Decisão que indefere a inicial com base no art. 8º da Lei n. 1.533/1951. Aplicação da Súmula n. 267 do STF e do art. 5º, II, da Lei do Mandado de Segurança.

Não se dará mandado de segurança quando o ato impugnado se tratar de despacho do qual caiba recurso previsto no Código de Processo Civil, exceto no caso de extrema agressão à lei com iminência de lesão irreversível.

Recurso improvido. Decisão unânime.”

O eminente Ministro Francisco Falcão, relator, apreciando o recurso, votou nos termos seguintes:

“O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): A hipótese em comento versa sobre a plausibilidade da impetração da presente, em face da decisão de Juiz de Direito, em sede de ação popular.

Despachou o Juiz de Direito da Comarca de Poço Verde, no sentido de requisitar daquele Município: as folhas de pagamento de todos os funcionários do Município; os documentos de pagamentos realizados pela prestação de serviços à referida Municipalidade, desde a posse do Réu no cargo de prefeito municipal, com a relação nominal de todos os servidores deste Município, com a respectiva declaração de que não ocupavam outro cargo ou função remunerada no serviço público de outra entidade federativa; remuneração e salário de todos os servidores; demonstrativos da execução orçamentária, do mês de janeiro de 1997 até o mês de dezembro findo, explicitando, de forma individualizada, os valores de cada item considerado para efeito do cálculo das receitas correntes líquidas, das despesas totais de pessoal; e cópia das movimentações financeiras realizadas pela administração deste Município, com os extratos de todas as contas bancárias respectivas, referentes ao exercício de 1997.

A requisição susomencionada atende a pedido do Ministério Público do Estado de Sergipe, o qual na ação civil pública de improbidade administrativa (fls. 12/20), denuncia a ‘ocorrência de nomeação de funcionários, investindo-os em cargos públicos municipais de provimento efetivo sem o atendimento do requisito constitucional da aprovação prévia em concurso’.

Indica, fls. 12, 13 e 14, os nomes de diversos servidores admitidos em circunstâncias que denotam a ocorrência do desvirtuamento da discricionariedade imanente ao administrador público.

Declarou-se no parecer do Ministério Público, **verbis**:

‘No mérito, vale registrar que mandado de segurança não é o instrumento adequado para impugnar decisão do juiz de Direito de Poço Verde, requisitando a apresentação de documentos (recibos de todos os projetos realizados desde a posse do Prefeito e extratos de todas as contas bancárias do Município) requeridos na inicial de ação civil pública, pois o requerimento para apresentação de documentos da Administração Pública local é um procedimento comum em exordial de ação civil pública.

A Súmula n. 267 do STF deixa bem claro o posicionamento:

‘Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição’. O STJ, por sua vez, também tem decisão neste sentido: ‘Inadmissível o mandado de segurança como substitutivo processual.’ (ROMS n. 8.810-AL, DJ de 22.3.1999, Relator Min. Peçanha Martins) (fl. 60).

Não obstante os ensinamentos inculpidos no verbete sumular em apreço, verifico que o princípio ali consagrado vem sendo mitigado para obstar iminente lesão à ordem pública e à legislação.

A denúncia relatada traz óbices gravíssimos à Administração Municipal, entretanto, o pedido de quebra de sigilo bancário de todos os servidores do Município, além da invasão de privacidade aleatória e geral daqueles, ultrapassa o zelo e cuidado que cumpre observar o *Parquet*.

Entendo que a transparência deve surgir no trato da Administração Pública, tendo a legalidade como pedra de toque. Neste contexto, louve-se a iniciativa ministerial, contudo, entendo que a requisição dos documentos mencionados deve ter caráter específico, *in casu*, deve se ater aos servidores indicados nominalmente na ação civil pública vertente. Tais as razões expendidas, dou provimento parcial ao recurso para que a requisição dos documentos solicitados fique circunscrita àqueles que digam respeito aos servidores indicados nominalmente na ação civil pública em tela.

É o meu voto.”

Ouso discordar. Está no voto-condutor do acórdão emitido pelo 2º grau o que exponho (fls. 43/44):

“A decisão agravada indeferiu a inicial do Mandado de Segurança n. 40/1998, por entender esta relatora, que o despacho atacado em 1º grau de jurisdição poderia ser reformado através de agravo de instrumento, sobretudo diante da nova redação dada ao art. 558 do Código Civil.

Embasa o Impetrante, ora agravante, o seu pedido de reforma, no fato de que a ação mandamental visa a proteger direito líquido e certo não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, não cabendo à Relatora restringir o alcance do art. 5º, incisos LXIX e LXX, da Constituição Federal.

Ora, não trouxe aos autos o Agravante nenhum argumento novo idôneo a convencer este colegiado da necessidade de reforma da decisão atacada.

Com efeito, o mesmo fundamento legal que justificou o indeferimento liminar da inicial agora serve de base ao improvimento do agravo regimental: infringência ao art. 5º, inciso II, da Lei n. 1.533/1951, que dispõe, **litteris**:

‘Art. 5º – Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

II – de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção;’

A questão vem sendo assim decidida pelos tribunais pátrios, tendo inclusive, o Supremo Tribunal Federal emitido a Súmula n. 267 em apoio a esta tese:

‘Súmula n. 267 do STF: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção.’

Veja-se como tem sido a interpretação da doutrina na aplicação desta súmula, após o advento da Lei n. 9.139/1995, que deu nova redação ao art. 558 do CPC:

‘O STF tinha abrandado o rigor desta súmula, para admitir o mandado de segurança quando a decisão, embora comporte recurso sem efeito suspensivo, pode acarretar dano de difícil reparação (RTJ 70/504, 72/743, 81/879, 84/1.071, 89/159, 91/181, 94/274, 95/335, 97/916, 103/215, 111/1.376; v. tb. RT 503/222, 521/270, 592/257. JTA 56/140), ou é proferida por juiz incompetente (v. Min. Thompson Flores, em RTJ 72/749).

À vista, porém, da redação dada ao art. 558, **caput** e parágrafo único, do CPC pela Lei n. 9.139, de 30.11.1995, é previsível que, daqui por diante, salvo em caso de gritante violação à lei e lesão de difícil reparação, não se admitirá mais mandado de segurança contra sentença ou decisão de 1ª grau, porque em todas elas poderá ser obtido o efeito suspensivo ao recurso, sem

necessidade de impetração do *writ* com esta finalidade.’ (Theotônio Negrão, CPC e Legislação Processual em Vigor, p. 1.123, nota 15 ao art. 5^a da LMS, Editora Saraiva, 28^a edição).

Destarte, mantemos nosso ponto de vista anterior de que para que se legitimasse o uso do remédio heróico diante do ato judicial, necessário seria extrema agressão à lei, associada à iminência de lesão irreversível, sem que houvesse recurso cabível, ou, havendo recurso, que este se mostrasse inócuo, ineficaz, incapaz de suspender o ato, o que não é o caso dos autos.

Nesta esteira é que nos utilizamos do art. 8^a da Lei n. 1.533/1951 para indeferir, desde logo, a inicial da ação mandamental, por não ser caso de mandado de segurança.

Com essas considerações, é negado provimento ao recurso.”

Ora, como demonstrado, em nenhum momento o acórdão recorrido decidiu o mérito da demanda.

O **decisum** interpretou e aplicou, conseqüentemente, o art. 8^a da Lei n. 1.533/1951, confirmando, portanto, o indeferimento **in limine** do pedido mandamental.

Diante desse panorama, rogo vênias ao eminente Relator para divergir. Ao fazê-lo, posiciono-me na linha do acórdão recorrido. Assim penso, em razão de entender que, da decisão agravada, a parte tinha a seu alcance o recurso permitido por lei, pelo que, em tal situação, não é cabível mandado de segurança.

Esse, também, foi o entendimento do Ministério Público Federal, conforme está alinhado no substancioso parecer de fls. 59/61, da lavra da eminente Subprocuradora-Geral Gilda Pereira de Carvalho Berger.

Por tudo quanto exposto, peço vênias ao Ministro-Relator para, dele divergindo, negar provimento ao recurso.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente, peço vênias ao eminente Ministro Francisco Falcão para acompanhar V. Ex.^a. Penso que, no caso, realmente não houve decisão de mérito.

PRELIMINAR VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Sr. Presidente, meu raciocínio é o inverso do de V. Ex.^a, no sentido de que o Impetrante, ao invés de optar por um recurso ordinário, optou por uma ação constitucional. Fico vencido parcialmente.

VOTO DE DESEMPATE

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Sr. Presidente, vejo a questão sob dois âmbitos: o indeferimento da petição inicial do mandado de segurança poderia ter por fundamento falta de requisitos à inicial, como, por exemplo, o art. 282 do Código de Processo Civil. Mas não foi esse o fundamento do Tribunal, que entendeu que faltava o pré-requisito, ou seja, uma condição de procedibilidade que teria sido a ausência de um outro recurso que é cabível e que o Tribunal entendeu que era o agravo.

A jurisprudência, nesse particular, tem feito uma distinção: o que não é possível é a simultaneidade de ações, ou seja, o agravo e o mandado de segurança no caso concreto. Se não houve o agravo, dependendo da gravidade da lesão, tem sido permitida a impetração da segurança, o que significa uma renúncia ao recurso natural que seria o agravo, isso para não se ferir o princípio da unirrecorribilidade.

No caso, vejo que o fundamento de que, aplicando o art. 5^o, que seria de correção, ou, no caso específico, o agravo de instrumento, na linha da jurisprudência prevalecte, não tem qualquer apoio, porque não há simultaneidade. O que poderia talvez não se aceitar é a inadequação do mandado de segurança pela ausência do direito líquido e certo àqueles documentos, mas me pareceu que os documentos são importantes.

Assim, Sr. Presidente, peço vênua para divergir, dando provimento; esse provimento significará a obrigação de o Tribunal julgar o merecimento do mandado de segurança, quer dizer, entendo que, pela simples opção, mandado de segurança ao invés do agravo – na linha da jurisprudência e mesmo de alguns doutrinadores, entre eles **Bandeira de Melo** e **Sérgio Ferraz** –, o que não se admite é a dualidade do exercício do direito de ação, mas, exercido o direito de ação na vida mandamental, o que pode acontecer é que

o direito não seja líquido e certo, mas não que o mandado de segurança não caiba só porque existe um recurso previsto.

Foi feita uma opção pelo mandado de segurança.

Dou provimento ao recurso para que o Tribunal conheça.

RECURSO ESPECIAL N. 205.153 – GO

(Registro n. 99.0017102-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás
Recorrido: Município de Santa Helena de Goiás
Advogado: Cláudio Gonçalves Mendes

EMENTA: Ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente – Lei n. 7.347/1985 – Violação ao art. 11 – Cessação de atividade – Cominação de multa – Imposição legal.

1. A determinação legal contida no artigo 11 da Lei n. 7.347/1985, tem o objetivo imanente de fazer valer a obrigação, uma vez que retirada da mensagem legal a imposição de pena, é consectário lógico a mitigação da ordem, à minguada punição ante seu descumprimento.

2. Conforme o artigo 3º da Lei n. 7.347/1985, não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer em dinheiro.

3. Recurso parcialmente 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 parcial 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 e José Delgado. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 20 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

Publicado no DJ de 21.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás, com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça de Goiás.

Explicita o Recorrente que o presente recurso teve origem em ação civil pública, promovida pelo mesmo, em face do Município de Santa Helena de Goiás, uma vez que aquele município possui matadouro provocando danos à natureza, pois todos os detritos são escoados para o córrego local.

O juízo de 1ª grau determinou a cessação das atividades do matadouro, sob pena de multa diária, no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), além de condenar a Ré ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de indenização ao Fundo Estadual do Meio Ambiente.

O Tribunal **a quo**, analisando a questão, reformou a decisão para manter a cessação da atividade e retirar da sentença a condenação e a multa antes fixada.

No presente recurso, o Ministério Público Estadual, afirma que o acórdão recorrido violou os arts. 11 e 13 da Lei n. 7.347/1985, uma vez que a cessação das atividades deve ser realizada juntamente com a cominação de multa diária pelo eventual descumprimento e que deve existir a condenação em dinheiro destinada à recomposição do meio ambiente afetado.

Parecer do *Parquet* federal, à fl. 201.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Entendo que o recurso em tela merece ser parcialmente provido.

Os dispositivos tidos como violados fazem parte da Lei n. 7.347/1985, a qual disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, contendo a seguinte determinação, **verbis**:

“Art. 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.”

“Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

A determinação legal acima transcrita tem o objetivo imanente de fazer valer a obrigação, uma vez que retirada da mensagem legal a imposição de pena, é consectário lógico a mitigação da ordem, à mingua de punição ante seu descumprimento.

No presente caso, o acórdão recorrido, apesar de manter a cessação das atividades do matadouro municipal, não mantém a multa que intimida o infrator a cessar a infração.

Não obstante, em relação à condenação em dinheiro, verifico não ter razão o Recorrente, uma vez que a própria legislação citada, através do seu artigo 3º, veda a cumulação das penalidades, ou seja, condenação em dinheiro e cessação das atividades.

Neste contexto transcrevo o dispositivo citado:

“Art. 3º. A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”

Com o mesmo entendimento, destaco ementa do seguinte julgado, **ad litteram**:

“Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Objeto. Alternativa. Fornecimento de água potável. Obrigação. Titular.

Conforme o artigo 3º da Lei n. 7.347/1985, não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa de cumprimento de

obrigação de fazer ou não fazer em dinheiro. Nos loteamentos regulares, o fornecimento de água potável é obrigação dos proprietários.

Recurso provido.” (REsp n. 247.162-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJU de 8.5.2000).

Tais as razões expendidas, *dou* parcial provimento ao recurso, para restabelecer a multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), por dia de desobediência à obrigação imposta.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 214.822 – MG

(Registro n. 99.0043132-4)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Estado de Minas Gerais
Advogados: Jane Maria Gomes Marotta e outros
Recorrido: Luís Alberto Martins Pinto
Advogado: Sérgio Luiz Pinto de Souza

EMENTA: Administrativo – Prescrição – Termo inicial – Servidor público – Incapacidade definitiva – Data de ciência – Decreto n. 20.910/1932.

– A ação para reclamar consectários da incapacidade funcional definitiva somente prescreve cinco anos após a constatação de que tal incapacidade é irreversível. Não é correto, na hipótese, tomar como termo inicial do prazo prescricional a data do acidente causador da lesão incapacitante.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr.

Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado e Francisco Falcão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 18.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O v. acórdão recorrido apreciou pretensão manifestada por soldado que, por efeito de acidente em serviço, tornou-se incapaz para o serviço. A r. sentença de 1ª grau declarou extinta a ação resultante de tal pretensão. Em apelação, o egrégio Tribunal **a quo** afastou a prescrição. Fez assim, porque tomou como início do prazo prescricional, o momento em que a incapacidade se caracterizou. A teor do acórdão, o direito de ação nasceu no momento em que se caracterizou a incapacidade definitiva.

O Estado manifestou recurso especial, reclamando de ofensa ao art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

Este, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O acórdão recorrido não contrariou o preceito legal supostamente ofendido. Com efeito, o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 adota como termo inicial da prescrição, o fato que originou a ação. O acórdão não dissentiu dessa orientação. Pelo contrário, o egrégio Tribunal **a quo** simplesmente definiu o fato gerador da ação. Tal fato, no entender do acórdão, foi a invalidade definitiva. Ora, a irreversibilidade da lesão somente veio a ser constatada muito tempo depois do acidente. Com absoluta propriedade, o voto-condutor do acórdão observou que, antes de constatada a irreversibilidade, o Autor carecia de ação para satisfazer sua pretensão.

O Superior Tribunal de Justiça prestigia essa orientação. Lembro, a propósito:

“O prazo prescricional somente começa a fluir depois que o segurado tem ciência inequívoca da sua incapacidade, extensão e causa vinculada ao emprego.” (REsp n. 228.772/Ruy Rosado).

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 223.786 – RS

(Registro n. 99.0064709-2)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Banco Real S/A
Advogados: Cláudio Schaun de Bittencourt e outros
Recorrida: Câmara Municipal de Vereadores de Pelotas
Advogados: Carlos Mário de Almeida Santos e outro

EMENTA: Processual – Confronto entre lei estadual e federal – Solução à luz do direito infraconstitucional – Cabimento do recurso especial (alínea b) – Legislação concorrente.

I – Cabe recurso especial para resolver conflito entre lei local e lei federal (alínea b), quando a solução se possa obter sem declaração de inconstitucionalidade.

II – É lícito ao Município condicionar o funcionamento de agência bancária à instalação de dispositivos de segurança. Tal exigência não interfere com as leis federais que disciplinam o funcionamento das instituições financeiras.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Garcia Vieira.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 18.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O Banco Real S/A interpôs recurso especial (alíneas a e c) insurgindo-se contra acórdão assim ementado:

“Agências bancárias. Lei municipal prevendo a instalação de portas de segurança. Constitucionalidade (art. 30, incisos I e II, CF/1988). Ausência de ofensa ao artigo 192, inc. IV, CF/1988. Inexistência de negativa às Leis Federais n. 4.595/1964, artigos 4^a, VIII; e 10, IX, e 7.102/1983, artigos 1^a, 2^a, 6^a e 7^a. Temática inconfundível com o horário bancário. Este, sim, diz respeito ao funcionamento da instituição, ao passo que a norma sobre porta de segurança em nada interfere com a atividade ou segurança do banco, mas, sim, com a segurança das pessoas. Apelo provido.

Quando o Município, no uso da sua competência legislativa suplementar, impõe o uso de portas de segurança, em nada está interferindo no funcionamento da instituição financeira. O que não se dá, outrossim, quando norma municipal impõe presença de equipamentos contra fogo, ou dispõe sobre luminosos, etc. Provimento legislativo este que se justifica pelas peculiaridades locais – v.g., local de acentuada violência – legitimando a ingerência do Município quanto à segurança dos municípes e não da instituição financeira.” (fl. 86).

Afirmou-se violação à Lei n. 7.102 e dissídio jurisprudencial.

Este o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): A matéria já é conhecida. Quando da apreciação do Recurso Especial n. 220.346, em *voto-vista* conduzi a Turma à seguinte conclusão:

“A Recorrente pediu mandado de segurança contra a execução de lei municipal tornando obrigatória a instalação de dispositivos de segurança nas agências bancárias.

O v. acórdão recorrido desproveu apelação contra sentença que denegara a ordem. Fincoou-se no argumento de que a lei municipal ‘se subsume na moldura desenhada no art. 30, II, da Constituição da República que autoriza a legislação municipal supletiva’. (fl. 103).

O recurso especial finca-se nos permissivos **b** e **c**. A Recorrente afirma que a lei municipal choca-se com dispositivos da Lei Federal n. 7.494/1986.

O eminente Relator provê o recurso, reconhecendo a existência de conflito entre a lei malsinada, o art. 192 da Constituição Federal, a Lei n. 4.595/1964 e o art. 4^a da Lei n. 7.102/1983.

Pedi vista, porque me pareceu que a lide gravitava em torno de questões constitucionais.

Em verdade, isto ocorreu: o acórdão recorrido incursionou em seara constitucional, quando afirmou que a segurança bancária é matéria cujo trato admite legislação municipal supletiva das leis complementares federais. Esta proposição, nitidamente constitucional, não foi atacada por recurso extraordinário. Está, assim, acima de discussão.

Resta examinar-se o apelo, sob a permissão da alínea **b**.

Esta Turma, no julgamento do REsp n. 40.992 proclamou que:

‘Cabe recurso especial, para resolver conflito entre lei local e lei federal (alínea **b**), quando a solução se possa obter sem declaração de inconstitucionalidade.’ (fui relator).

Orientei a formação desse acórdão, com voto, nestes termos:

‘Este recurso põe em confronto uma lei estadual e outra federal.

À primeira vista, parece que conflito semelhante resolve-se à luz da Constituição Federal.

Como sabemos, o sistema federativo aglutina três subordinamentos jurídicos, que se desenvolvem em planos autônomos, tendo, como ponto de convergência, a Constituição Federal.

Normalmente, na composição de conflito entre normas estadual e federal, apura-se a quem pertence a competência para legislar sobre a matéria em disputa.

Constatado que determinada norma jurídica ultrapassou o âmbito de competência normativa do Estado que a editou, ela é tida como inconstitucional. É inconstitucional, não por divergir da lei federal, mas por emanar de fonte inidônea. Operação semelhante ocorre em relação às leis federais e municipais.

Esta pesquisa é feita no texto constitucional. No sistema jurídico brasileiro, compete ao Supremo Tribunal desenvolvê-la.

Existem, contudo, hipóteses em que o confronto é resolvido sem necessidade de que se discuta constitucionalidade.

Tais hipóteses surgem quando a competência é outorgada, concomitantemente, aos três graus de descentralização normativa da federação (CF, arts. 23 e 24).

Quando o conflito envolve questão sediada no terreno da competência concorrente, o encargo de o dirimir, em jurisdição especial, reserva-se ao Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III, **b**).

O tema já foi examinado nesta Corte.

Com a segurança que o caracteriza, o eminente Ministro Eduardo Ribeiro conduziu a Terceira Turma à constatação de que:

‘O cabimento do especial, pela letra **b**, supõe que a impugnação à lei local não envolva sua inconstitucionalidade ou a da lei federal. No sistema federativo consagrado pela Constituição, havendo possibilidade de legislação concorrente e cabendo à União estabelecer normas gerais, as leis estaduais, editadas no exercício da competência suplementar, haverão de se conformar àquelas diretrizes gerais. Assim, ainda agindo União e Estado nas respectivas esferas de competência, poderá ser inválida a lei estadual, em virtude de descompasso com a lei federal, verificada a hipótese do artigo 24 da Constituição.’ (REsp n. 31.391)’.

Discute-se a imposição de exigência para funcionamento de instituição financeira. A disciplina de tais entidades é atividade reservada à

lei complementar federal (Constituição Federal, art. 192). No entanto, o Município tem competência para suplementar a legislação federal e a estadual (art. 30 da Constituição Federal).

Cabe, então, o recurso especial, pela alínea **b**.

Acompanho, neste passo, o Relator. Conheço do recurso.

Peço, contudo, respeitosa vênia, para negar-lhe provimento.

Como observa o voto-condutor do v. acórdão recorrido, a lei impugnada

‘não legislou sobre condições para o exercício de profissão, muito menos, sobre moeda, sistema monetário, ou política de câmbio, seguro e transferência de valores, também não se trata de legislação sobre matéria financeira, cambial, monetária ou sobre instituições financeiras e suas operações. Muito menos arroga-se a Lei n. 7.494/1986 do Município ora apelado em lei complementar ao art. 192 da Constituição da República.

Esta, apenas, dispondo sobre especificações técnicas de uma porta, como componente de uma edificação, com determinada destinação. Disposições essas que se comportariam tranqüilamente num código municipal de obras; e que, por isso mesmo – em se tratando de edificações novas, com a referida finalidade – seriam tidas como restrições normais ao exercício do direito de construir, em prol da segurança, do sossego e da saúde dos vizinhos, consagradas no vetusto Código Civil desde 1916.’ (fls. 101/102).

Em rigor, a lei malsinada não dispõe sobre o funcionamento dos bancos. Seu preceito envolve tão-somente a segurança pública: matéria de estrito interesse local.

O tema, aqui, é bem diferente daquele que se resolveu na Súmula n. 19. Ali se discutia questão efetivamente ligada ao funcionamento do banco: horário de atendimento ao público.

Na verdade, se o Município não pudesse impor às instituições financeiras a instalação de dispositivos para resguardar a segurança do público, não poderia, em linha de coerência, se exigir alvará de habite-se para o imóvel onde elas irão funcionar.

A lei municipal não destoa dos preceitos federais.

Nego provimento ao recurso.” (DJ de 8.3.2000).

Daí a ementa:

“Processual. Confronto entre lei estadual e federal. Solução à luz do direito infraconstitucional. Cabimento do recurso especial (alínea **b**). Legislação concorrente.

I – Cabe recurso especial para resolver conflito entre lei local e lei federal (alínea **b**), quando a solução se possa obter sem declaração de inconstitucionalidade.

II – É lícito ao Município condicionar o funcionamento de agência bancária à instalação de dispositivos de segurança. Tal exigência não interfere com as leis federais que disciplinam o funcionamento das instituições financeiras.”

Adotando a mesma ordem de decidir, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 244.087 – SP

(Registro n. 99.0120601-4)

Relator p/ acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros

Relator originário: Ministro Garcia Vieira

Recorrente: Birivel Motores e Peças Ltda

Advogado: Pablo Arruda Araldi

Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo

Advogados: Magali Jurema Abdo e outros

Sustentação oral: Pablo Arruda Araldi (pela recorrente)

EMENTA: Processual – Ação declaratória – Direito à restituição de indébito tributário – Substituição para a frente – Possibilidade jurídica.

– É juridicamente possível o exercício de ação para ver declarado o direito à devolução de quantia paga a título de substituição tributária por antecipação. Tal possibilidade existe, mesmo que não

se tenha apontado qualquer recolhimento concreto, desde que o autor seja do ramo em que costumeiramente ocorre a substituição antecipada.

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 maioria, vencidos os Srs. Ministros-Relator e José Delgado, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, que lavrará o acórdão. Votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator para acórdão os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Francisco Falcão.

Brasília-DF, 14 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator p/ acórdão.

Publicado no DJ de 18.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Birivel Motores e Peças Ltda interpõe recurso especial (fl. 516), com fundamento na Constituição Federal, artigo 105, inciso III, letras **a** e **c**, aduzindo tratar-se de mandado de segurança impetrado por empresa revendedora de veículos automotores visando ao reconhecimento do direito da Impetrante à utilização e à transferência de créditos acumulados do ICMS.

O egrégio Tribunal **a quo**, analisando a questão, lavrou acórdão espelhado através da seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Impetração por empresa revendedora de veículos automotores objetivando ver assegurado direito à transferência integral a substituto tributário, de créditos de ICMS recolhidos antecipadamente. Inadmissibilidade. Medida normativa (e não preventiva) que não possui condições para ser reconhecida no âmbito do *writ*. Inteligência dos arts. 5^º, inc. LXIX, da CF e 1^ª da Lei n. 1.533/1951. Decretada a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Recurso parcialmente provido.” (fl. 469).

Pede provimento.

Contra-razões (fl. 557).

Despacho de admissibilidade (fl. 575).

É o relatório.

Ementa: Processual Civil e Tributário. ICMS. Substituição tributária. Venda de veículos. Mandado de segurança. Impropriedade.

Não cabe mandado de segurança para declarar, em abstrato, possível direito a crédito e transferências de valores decorrentes de recolhimento a maior de ICMS.

A exigência antecipada do ICMS na venda de veículos automotores não se reveste de ilegalidade ou abusividade.

Recurso improvido.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, aponta a Recorrente, como violado, o artigo 1º da Lei n. 1.533/1951 versando sobre questão devidamente prequestionada.

Conheço do recurso pela letra **a**.

A Impetrante atuava na revenda de veículos e alega que vem sendo impedida pela autoridade coatora de proceder ao creditamento da diferença existente entre o valor-base adotado pelo substituto tributário (montadora) para o cálculo do ICMS e o valor real de venda do veículo que “*no mais das vezes é inferior àquele...*” e pede seja declarado o seu direito ao crédito e transferência de todo e qualquer valor decorrente de recolhimento a maior do citado imposto. Ora, não cabe mandado de segurança para esta finalidade, primeiro porque não está provado que a Impetrante, de fato, vendeu veículos por preço inferior ao fixado pela montadora, e não cabe o remédio heróico para declarar, em abstrato e de maneira sumária, possível direito da Impetrante ao crédito e transferência de todo e qualquer valor decorrente de recolhimento a menor do ICMS. Não provou a Impetrante ter feito recolhimento a maior desse imposto. Não demonstrou a Recorrente ter sofrido a violação ou haver justo receio de sofrê-la por parte da autoridade coatora (art. 1º da Lei n. 1.533/1951). Esta egrégia Turma, no Recurso em Mandado de Segurança n. 9.387-MS, DJ de 21.9.1998, Relator Ministro José Delgado, decidiu que:

“1. O mandado de segurança é via imprópria para deferir pretensão asseguradora à parte-impetrante consistente no direito de, mediante autolancamento tributário, ser restituída, pela via de compensação, de ICMS afirmado pago a maior, pelo fato de ter vendido veículo por preço menor do que o da base de cálculo que serviu para o recolhimento do referido imposto, mediante sistema de substituição tributária.

2. O mandado de segurança não é via própria para substituir ação de cobrança e não produz efeitos patrimoniais.

3. O nosso ordenamento jurídico não admite decisão condenatória genérica, especialmente em campo de repetição de indébito.

4. Questão jurídica apresentada pela Impetrante que não se limitou, apenas, a pedir declaração a respeito da existência de determinada relação jurídico-tributária.”

Embora tenha a Impetrante (revendedora de veículos) legitimidade para a causa (Recursos Especiais n. 55.960-0-SP, DJ de 5.12.1994, 33.465-SP, DJ de 23.5.1994, 44.217-6-SP, DJ de 29.8.1994, 34.781-SP, DJ de 6.6.1994 e 47.051-SP, DJ de 6.6.1994 e Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 50.760), no caso concreto, está usando de via inadequada e não está provado ter vendido veículos por preço inferior ao fixado pela montadora. Também não existe fato certo e determinado, e a pretensão é de concessão de segurança de maneira ampla e genérica, sem ter sido apontado fato certo. A Impetrante não demonstrou a existência de nenhum ato concreto, ilegal ou abusivo que pretendesse, com esses efeitos futuros, violar seu alegado direito ou justo receio de que isso pudesse vir a ocorrer. É sabido que este deve se revestir de objetividade e de atualidade, traduzidas em fatos ou atos e não por meras conjecturas. Não demonstrou ela a existência de situação concreta e objetiva, caracterizadora de iminente lesão a direito seu, líquido e certo. Ora, não se pode declarar pseudo-direito de crédito e transferência de possível e futuro valor que, talvez, pudesse decorrer de futuro recolhimento de ICMS ocasionado pela substituição tributária. No Recurso em Mandado de Segurança n. 1.214-0-GO, DJ de 8.3.1993, do qual fui relator, entendeu este egrégio Tribunal que:

“Não demonstrada a existência de ato concreto, ilegal ou abusivo que pudesse violar direito ou justo receio da ocorrência, incabe mandado de segurança.”

Como se vê, pretende a Impetrante obter sentença normativa e com efeitos patrimoniais pretéritos, com desobediência ao artigo 1^a da Lei n. 1.533/1951 e à Súmula n. 269 do STF.

Como se vê, a via eleita é imprópria.

Ainda que fosse próprio o meio escolhido, no mérito, a pretensão não lograria êxito, porque não provou a Impetrante ter revendido veículos por preço inferior ao fixado pela montadora, e não existe previsão legal de devolução da diferença ao substituído e sim ao contribuinte.

A legislação do Estado de São Paulo, ao estabelecer que o industrial, o comerciante ou o prestador de serviço, relativamente ao imposto devido pelas anteriores ou subseqüentes saídas de mercadorias, são sujeitos passivos por substituição, não fere os artigos 121 e 128 do CTN. O Convênio n. 66/1988, artigo 25, inciso I, autoriza o legislador ordinário a atribuir a condição de substituto tributário ao industrial, comerciante ou a outra categoria de contribuinte, pelo pagamento do imposto devido nas operações anteriores. Este convênio autorizou os Estados a exigir o pagamento antecipado do imposto. A Lei Estadual n. 6.374/1989 e o Convênio n. 66/1988, não contrariam o disposto nos artigos 121 e 128 do CTN. Ao contrário, com eles se harmonizam na instituição desta substituição tributária, sendo legítima a exigência fiscal feita com base nelas. Neste sentido, já existem dezenas de precedentes do STJ e STF.

Com o pagamento antecipado, não ocorre o recolhimento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. Não se pode confundir momento da incidência do tributo com a sua cobrança. Ocorre o fato gerador do ICM na saída da mercadoria do estabelecimento-contribuinte. No caso, quando são vendidos os veículos automotores ou suas peças. A sua cobrança é a última fase concreta. Nos termos da Lei Estadual n. 6.374/1989, artigo 2^a, inciso I, e o do Convênio n. 66/1988, artigo 2^a, inciso V, ocorre o fato gerador do imposto na saída da mercadoria do estabelecimento-contribuinte. É claro que esta substituição e antecipação, acolhida pela doutrina e por nossos tribunais, tem de ser autorizada por lei (artigo 121, inciso II, do CTN) e a terceira pessoa deve ser vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação (artigo 128 do CTN). Mas, no caso em exame, estas condições estão amplamente satisfeitas.

Com base nos poderes amplos a eles conferidos pelo artigo 34, §§ 3^a e 8^a, do ADCT, os Estados têm “competência legislativa plena” (artigo 6^a do CTN) e podiam estabelecer o pagamento antecipado do ICM, inclusive na venda de veículos automotores e suas peças. Este pagamento antecipado é

também adotado no IPI e já era no antigo IVC. Este Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.562-0-PR, DJ de 17.12.1992, Relator eminente Ministro Peçanha Martins, entendeu que:

“A exigência antecipada do ICMS, na venda de veículos automotores, não se reveste de ilegalidade ou abusividade.”

Quando a lei atribui a condição de substituto tributário ao comerciante, como no caso concreto, a base de cálculo do ICM é o “preço máximo, ou único de venda do contribuinte substituído, fixado pelo fabricante ou pela autoridade competente, ou na falta deste preço, o valor da operação praticado pelo substituído...” (Convênio n. 66/1988, artigo 17). Com isto previu a substituição tributária e autorizou a adoção do pagamento antecipado, previsto também nos seus artigos 2^a, § 3^a; e 15 e na Lei Estadual n. 6.374/1989, artigos 24, § 4^a; e 60.

Este entendimento já é pacífico neste egrégio Tribunal, bastando lembrar o Recurso Especial n. 82.279-SP, Relator eminente Ministro José Delgado (RSTJ 81/122); Recurso Especial n. 64.463-SP; Relator eminente Ministro Hélio Mosimann (RSTJ 84/146); EREsps n. 56.049-5-SP, Relator eminente Ministro Pádua Ribeiro; 56.666-3-SP (RSTJ 78/17); 30.269-0-SP (RSTJ 78/18), ambas da relatoria do Ministro Hélio Mosimann, e REsp n. 26.677-8-RJ (RSTJ 58/288) Relator Ministro Gomes de Barros.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, parece-me, de tudo que ouvi, e agora com essa minuciosa explanação do Ministro Milton Luiz Pereira, que se trata de um mandado de segurança preventivo.

Tenho defendido aqui, em várias situações, em relação a essa questão, que o Superior Tribunal de Justiça precisa respondê-la. O eminente advogado, da tribuna diz que efetivamente o Fisco está negando eficácia ao preceito constitucional a dizer que a devolução deve ser imediata. Colocam-se tantas questiúnculas, tantas dificuldades que, como disse S. Ex.^a, não se pode pensar numa devolução com menos de cinco anos de carência. Agora, ele pretende um mandado judicial – que não é declaratório, pois não admito tampouco num mandado de segurança – dizendo que esta devolução é possível. O Ministro Milton diz que por enquanto não podemos penetrar nesta questão. Acompanho V. Ex.^a. Mas que é possível essa declaração, é. Quanto à questão da falta de provas, parece-me que – do que ouvi

da tribuna – há provas suficientes para que pelo menos se penetre no mérito dessa questão. Impossível é – já passados dois ou três anos – estarmos contornando a questão. O Superior Tribunal de Justiça não disse ainda se isso é viável ou não. Estamos devendo esta prestação. Esta é a prestação jurisdicional que o Superior Tribunal de Justiça precisa entregar não ao eminente advogado, não ao seu cliente, mas aos contribuintes do Brasil.

Por isso, peço vênias ao eminente Ministro-Relator para dar provimento ao processo para que o juiz de 1^a grau prossiga no julgamento do mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Acompanho, com vênias ao eminente Ministro-Relator, o voto divergente do eminente Ministro Humberto Gomes de Barros.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado (Presidente): Srs. Ministros, com a devida vênias dos Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira, o meu posicionamento é conhecido. Penso que em tais situações o mandado de segurança visa à declaração de inconstitucionalidade de lei, em tese. Segundo colhi, não há nenhum ato concreto definido, da administração tributária, coagindo o sujeito passivo. Penso que a Portaria n. 45, do Estado de São Paulo e o decreto aqui mencionado estão sendo analisados em face do art. 150, § 7^o, da Constituição Federal.

A matéria, rigorosamente, é constitucional e penso que o que se busca aqui é declaração de inconstitucionalidade, tanto dessa portaria, quanto do decreto. É impossível, como já é sabido, e isso está sumulado, por via de mandado de segurança, a declaração de inconstitucionalidade, em tese, como também não é possível pela via do mandado de segurança obter-se a prestação jurisdicional para a discussão da lei em tese.

Peço vênias para acompanhar o voto de S. Ex.^a, Ministro Garcia Vieira, com base nos precedentes desta Turma, especialmente, os casos do Estado do Paraná onde essa matéria foi analisada com profundidade dentro desse mesmo limite e ângulo, para reconhecer que o mandado de segurança não é via adequada.

Vou pedir vênia ao Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros para não concordar com suas palavras quando afirma que este Tribunal, que esta Turma especialmente, não está entregando a prestação jurisdicional há dois anos buscada pelos nobres advogados. Penso que são os nobres advogados, que com as suas inteligências não estão sabendo encaminhar o problema pelas vias processuais que temos. Esse tema pode ser devidamente apreciado por esta Turma no momento de uma situação concreta, bem demonstrada, de que realmente a diferença do ICMS a ser devolvida, e a negação do poder tributante em não fazer a devolução de modo imediato, como é posto na Constituição Federal. Se existe um ato concreto dessa natureza fundado numa legislação infraconstitucional, poderemos apreciar essa legislação infraconstitucional, mas em termos de uma ação concreta, em termos de uma ação ordinária.

Os nossos precedentes aqui e no caso do Paraná são do mesmo nível, e até como disse o Ministro-Relator – e o fato me chamou a atenção – não há nenhuma prova feita pelo Impetrante de que um veículo foi vendido por preço menor do que o preço maior tabelado – é caso idêntico ao do Paraná.

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

RATIFICAÇÃO DE VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado (Presidente): As lições de V. Ex.^a sempre são bem ouvidas e para elas sempre me inclino com os ouvidos maiores ainda.

Peço, também, licença a V. Ex.^a para ficar com o meu posicionamento, entendendo que é o posicionamento tradicional, e que o mandado de segurança, não obstante a nobreza que ele tem, não comporta declaração em tese de inconstitucionalidade de lei, nem de decreto, nem de portaria, especialmente porque não há ato concreto segundo aqui entendi.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Sr. Presidente, peço permissão ao nobre Relator para dele divergir, entendendo cabível no caso o mandado de segurança, e peço a V. Ex.^a que anote também como meus os fundamentos do voto do eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, pedindo também vênia a V. Ex.^a para firmar esse posicionamento.

RECURSO ESPECIAL N. 251.920 – RJ

(Registro n. 2000.0025971-3)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: União Federal
Recorrido: Luiz Jader Xavier Martins
Advogado: Niltomar de Sousa Pereira

EMENTA: Administrativo – Restrição ao exercício profissional devido à idade (60 anos) – Piloto de *boeing 727/100* – Norma internacional (Convenção Internacional de Chicago) promulgada pelo Decreto n. 21.713, de 27.8.1946 – Atos administrativos (Regulamentos e Portaria n. 252-DGAC, de 29.7.1988) provenientes de autoridades aeronáuticas – Recurso especial que se resume à alegativa de violação ao art. 66, § 1º, da Lei n. 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica).

1. A fundamentação posta na petição de recurso especial pela União Federal cinge-se ao pedido de respeito à Convenção Internacional de Chicago que, em seu Anexo I, trata de licença de pessoal, recomendando que esta não deve ser liberada aos pilotos com mais de 60 anos de idade para pilotar em *espaço internacional*.

2. Realizando-se o cotejo do pedido posto na inicial pelo impetrante (reconhecimento de ilegalidade/inconstitucionalidade da Portaria n. 252-DGAC, de 29 de julho de 1988, do Diretor-Geral de Aviação Civil, que estendeu à *aviação nacional* o preceito estabelecido pela Recomendação Internacional) com as razões da sentença e do acórdão (impossibilidade de, por meio de uma portaria, restringir-se direitos individuais), verifica-se que as alegativas do especial não se coadunam com o ponto fulcral da controvérsia em tela, já que, em nenhum momento, as instâncias ordinárias reconheceram o direito do ora recorrido exercer sua atividade profissional em *espaço aéreo internacional*.

3. Não há possibilidade, por conseguinte, de se reconhecer a infringência ao teor do art. 66, § 1º, da Lei n. 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), o qual teve seu preceito analisado e interpretado, oportunamente, pelas decisões de 1º e 2º graus, no sentido de que: “não havendo lei, e não se podendo ampliar abusivamente o

artigo 66, § 1º, do CBA, a administração apenas pode exigir exames mais freqüentes de pessoas com maior idade, de modo a nitidamente testar seus reflexos”.

4. Recurso especial 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 notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 3 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 18.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: A União Federal insurge-se, via recurso especial (fls. 108/115), ao abrigo da alínea a do inc. III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão (fls. 94/99) proferido pela Quinta Turma do TRF/2ª Região, assim ementado (fl. 99):

“Remessa **ex officio** em mandado de segurança. Constitucional. Restrição ao exercício profissional devido à idade.

– Não havendo lei, e não se podendo ampliar abusivamente o art. 66, § 1º, do CBA, a administração apenas pode exigir exames mais freqüentes de pessoas com maior idade, de modo a nitidamente testar seus reflexos.

– Pelo improvimento da remessa.”

Versam os presentes autos sobre mandado de segurança impetrado por Luiz Jader Xavier Martins, ora recorrido, contra ato do Il.^{mo} Sr. Chefe do Subdepartamento Técnico do Departamento de Aviação Civil, órgão subordinado ao Ministério da Aeronáutica, com o intuito de obstar a exigência de devolução do seu Certificado de Habilitação Técnica, com a respectiva

qualificação de Piloto em Comando de *Boeing 727/100*, ficando a autoridade impetrada obrigada, ainda, a revalidar a habilitação periódica de “vôo por instrumento (IFR)” e comunicar à sua empregadora que o mesmo poderá continuar exercendo sua atividade profissional após completar 60 anos de idade, desde que aprovado nos exames periódicos de habilitação técnica e de saúde. Sustentou que pode atuar como co-piloto em serviços aéreos internacionais, inobstante a Recomendação (2.1.7.2) da Icao e, sem restrições, como comandante nos serviços aéreos nacionais. Alegou-se, na oportunidade, que tal ato do Impetrado afronta dispositivos da Carta Maior de nosso ordenamento jurídico que dispõem a respeito do livre exercício do trabalho, violando, dessa forma, as normas e o espírito da igualdade.

Ô r. juízo monocrático concedeu a segurança sob os seguintes fundamentos (fl. 75):

“a) a lei até pode fazer restrições de caráter etário ao exercício de certas profissões, desde que nítidos os pressupostos necessários, de modo a afastar qualquer discrimen;

b) no caso concreto, se houvesse lei, o critério etário seria perfeitamente constitucional, e dentro da opção legislativa, pois baseado em dados plausíveis, ligados à normal perda da total condição física;

c) não havendo lei, e não se podendo ampliar abusivamente o artigo 66, § 1^a, do CBA, a administração apenas pode exigir exames mais freqüentes de pessoas com maior idade, de modo a nitidamente testar seus reflexos;

d) as empresas aéreas que contratam ou não tais profissionais, fazendo também os exames pertinentes.”

O egrégio Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento à remessa oficial repetindo os mesmos termos da sentença.

Neste momento, em sede de recurso especial, sustenta a União que o **decisum** de 2^a grau contraria o Decreto n. 21.713/1946, que colocou em vigor em nosso país a Convenção Internacional de Chicago, de 7.12.1944, além de negar vigência à Lei n. 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), art. 66, **caput**, e § 1^a (“Compete à autoridade aeronáutica promover segurança de vôo, devendo estabelecer os padrões mínimos de segurança. § 1^a – Os padrões mínimos serão estabelecidos em Regulamentos Brasileiros de Homologação Aeronáutica, a vigorar a partir de sua publicação”), que

autorizou a expedição de Regulamentos Brasileiros de Homologação Aero-náutica.

Alega, ainda, que:

a) o Brasil, ao assinar a Convenção Internacional de Chicago, em 7.12.1944, concordou em respeitar certos princípios para que a Aviação Civil Internacional se desenvolvesse de maneira segura e sistemática, estabelecendo, para o transporte internacional, igualdade de oportunidades e proporcionando, com a maior uniformidade possível, regulamentos, padrões, normas e organização relacionados com aeronaves, pessoal, aerovias e serviços auxiliares;

b) a nossa Carta Magna não está sendo violada (CF, arts. 3º, IV; 5º, XIII; e 7º, XXX), estando o Brasil a cumprir e respeitar as normas internacionais de aviação constantes da Convenção Internacional de Chicago que, aqui, foi regulamentada através do Decreto n. 21.713, de 27.8.1946. Ademais, as atuais leis, decretos, portarias, normas, regulamentos, etc., são desdobramentos desse decreto, que tem como base a convenção referida;

c) a idade de 60 anos não é um limite aleatório, a simples escolha de um número, mas um critério científico, de medicina de aviação. Ao estabelecer-se essa “recomendação”, existente no *International Standard's and Recommended Practices*, seguiu-se orientação da Convenção Internacional de Chicago que, em seu Anexo I, fala sobre licença de pessoal, recomendando-se que esta não deve ser liberada aos pilotos com mais de 60 anos para pilotar aeronaves em espaço internacional. Tal determinação não veda, entretanto, ao Recorrido, a pilotagem em território nacional, com aeronaves de menor porte.

Contra-razões apresentadas (fls. 119/121), defendendo-se a não-caracterização do desatendimento de normas federais, além da aplicação da Súmula n. 7-STJ ao caso presente.

Conferido crivo positivo ao processamento do apelo (fl. 123), ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Do exame dos pressupostos de admissibilidade recursal, vislumbra-se que o presente recurso merece ser conhecido, de modo parcial, pela alínea invocada.

Tal afirmativa decorre da análise de que somente encontra-se prequestionado o art. 66, § 1^a, da Lei n. 7.565/1986, o qual recebeu debate e decisão por parte do egrégio órgão de 2^a grau. A outra norma apontada como malferida (Decreto n. 21.713/1946) não foi examinada, ressentindo, pois, de requisito essencial para a sua apreciação nesta Corte: o prequestionamento.

É o prequestionamento condição prévia ensejadora da própria existência do recurso excepcional, pois o inconformismo do Recorrente deve estar ligado ao que, pelo pronunciamento final do Tribunal **a quo**, ficou decidido contra o seu interesse. Portanto, sendo condição de admissibilidade, quando insatisfeito, torna incabível o apelo especial, atraindo a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do colendo Supremo Tribunal Federal.

Vislumbra-se que a pretensão da União Federal, por meio da irresignação formulada, é reformar decisão que garantiu ao ora recorrido exercer suas atividades de piloto comandante de *Boeing 727/100*, independentemente de haver completado 60 anos de idade, desde que satisfeitas determinadas condições técnicas de capacidade e saúde, sob o fundamento central de inexistência de lei com previsão expressa para restringir direitos individuais, o que não se permite via portaria (no caso, a portaria n. 252-DGAC, de 29.7.1988). O v. voto-condutor do **decisum** hostilizado assim encontra-se posto em sua inteireza (fl. 96):

“Assiste razão ao MM. Juízo sentenciante, no trecho da r. decisão que destaco:

‘a) a lei até pode fazer restrições de caráter etário ao exercício de certas profissões, desde que nítidos os pressupostos necessários, de modo a afastar qualquer discrimen;

b) no caso concreto, se houvesse lei, o critério etário seria perfeitamente constitucional, e dentro da opção legislativa, pois baseado em dados plausíveis, ligados à normal perda da total condição física;

c) não havendo lei, e não se podendo ampliar abusivamente o artigo 66, § 1^a, do CBA, a administração apenas pode exigir exames mais freqüentes de pessoas com maior idade, de modo a nitidamente testar seus reflexos;

d) as empresas aéreas que contratem ou não tais profissionais, fazendo também os exames pertinentes.’

Com efeito, não havendo lei, não pode a Administração se valer de uma portaria para restringir direitos individuais, quando a norma assim não o faz.

Ex positis, nego provimento à remessa.”

A Lei n. 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), norma tida por vulnerada pela ora recorrente, em seu art. 66, **caput** e § 1^a, possui o seguinte conteúdo:

“Art. 66 – Compete à autoridade aeronáutica promover segurança de vôo devendo estabelecer os padrões mínimos de segurança.

§ 1^a – Os padrões mínimos serão estabelecidos em Regulamentos Brasileiros de Homologação Aeronáutica, a vigorar a partir de sua publicação.”

O “Regulamento 121 – Subparte M”, em seu item 121.383, **c**, assevera:

“© Nenhuma empresa aérea, operando segundo este regulamento, pode empregar como piloto uma pessoa que tenha 60 anos ou mais de idade, assim, como nenhuma pessoa com essa idade pode trabalhar como piloto de aviões operando segundo este regulamento.”

Por sua vez, a Portaria n. 252-DGAC, de 29.7.1988, apontada como ilegal e inconstitucional pelo Impetrante, aprovou a norma que disciplina a homologação e operação de empresas de transporte aéreo público operando grandes aviões:

“O Diretor-Geral do Departamento de Aviação Civil, tendo em vista o disposto no item 5 do artigo 6^a da Portaria n. 381-GM5, de 2 de junho de 1988, resolve:

Art. 1^a – Aprovar a NSMA 58-121 ‘Homologação e Operação de Empresas de Transporte Aéreo Público Operando Grandes Aviões’.

Art. 2^a – Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação.

Ten. Brig-do-Ar – Waldir Pinto da Fonseca
Diretor-Geral.”

Sustentou o Impetrante, na exordial do **mandamus**, que a portaria supradestacada ultrapassou os limites impostos pela norma (2.1.7.1) da Icao ao excluir os pilotos com 60 anos de idade do comando de “grandes aviões” nas linhas aéreas nacionais, permitindo, entretanto, que comandassem aviões menores de empresas de táxi aéreo. Ilegal, conseqüentemente, o ato da autoridade coatora que cassou o seu certificado de habilitação profissional e respectiva qualificação para voar em serviços aéreos nacionais como comandante de *Boeing 727*, visto contrariar não só a norma (2.1.7.1) da Icao (Organização de Aviação Civil Internacional), como também os incisos XIII e XXVI do art. 5^a da Carta Magna, preceitos que protegem o direito adquirido de exercício de profissão para o qual se está qualificado, segundo a lei, em todo o território nacional.

O Ministério Público Federal, em 1^a grau, opinou pela denegação da ordem, eis que “a Portaria n. 252-DGAC, de 29.7.1988, do Diretor-Geral do Departamento de Aviação Civil, é legal, encontrando fulcro no art. 66 do Código Brasileiro de Aeronáutica”.

A r. sentença assim resolveu a controvérsia (fls. 74/76):

“A preliminar sustentada nas informações, no sentido do não-cabimento do *writ*, vez que a matéria demandaria até exame pericial, não tem qualquer sentido, **data venia**.

A discussão é apenas jurídica, e a concessão ou denegação da ordem resultantes apenas de interpretação legal, sem necessidade de dilação probatória.

No mérito, tenho que a segurança há de ser concedida, **data venia**.

Início pelas palavras do hoje ilustre Desembargador **Carreira Alvim**, ao julgar feito com o mesmo objeto, **in verbis**:

‘Quaisquer que sejam os fundamentos da limitação da idade imposta pela Convenção de Chicago, subscrita pelo Brasil, não pode tal restrição ser estendida ao plano interno através de atos administrativos provenientes das autoridades aeronáuticas, sob pena de ofensa a direito líquido e certo, reparável em sede mandamental. Se a maioria dos países adota esse mesmo limite também para ‘vôos domésticos’, como afirma a autoridade coatora (fl. 49) é porque, provavelmente, ele resulta da lei nacional, o que

não acontece entre nós, que o sujeita à mera disciplina regulamentar.

O receio manifestado pela digna autoridade impetrada – de que estaria diante de situação difícil para manter o equilíbrio do Sistema de Aviação Civil, em conformidade com os tratados e acordos internacionais – não procede, a uma, porque nem os próprios signatários da Convenção de Chicago fecharam questão, *tout court*, sobre o limite de idade, tanto que, no tocante ao ‘co-piloto’, mesmo em vôos internacionais, tendo podido editar uma norma, fizeram uma simples recomendação, e a duas, porque a aviação civil doméstica não está, necessariamente, sujeita aos mesmos critérios que disciplinam a aviação internacional, sendo cada país *soberano* para ditar suas próprias regras legais.’

Observe-se, por outro lado, que o Impetrante apenas postula o direito à revalidação de sua habilitação periódica, para continuar trabalhando, desde que seja aprovado nos exames periódicos de habilitação técnica e de saúde.

Tais exames, após os sessenta anos, devem até ser mais rígidos e com maior frequência, mas não se pode, à falta de comando legal interno, proibir o exercício da profissão por aquele que seja aprovado em tais testes.

Por sua vez, a empresa aérea que os contrate ou não, se os julgar aptos ou não.

A hipótese é idêntica à eventual norma administrativa, pelo órgão competente, que proibisse motoristas com mais de sessenta anos de dirigirem coletivos urbanos, sem lei que o autorizasse.

No caso concreto, o artigo 66, § 1º, do Código Brasileiro de Aeronáutica, não permite tal dilação ampla, ao contrário do sustentado pelo *Parquet*, **data venia**. Basta a sua leitura.

Em resumo:

a) a lei até pode fazer restrições de caráter etário ao exercício de certas profissões, desde que nítidos os pressupostos necessários, de modo a afastar qualquer discrimen;

b) no caso concreto, se houvesse lei, o critério etário seria perfeitamente constitucional, e dentro da opção legislativa, pois baseado em dados plausíveis, ligados à normal perda da total condição física;

c) não havendo lei, e não se podendo ampliar abusivamente o artigo 66, § 1º, do CBA a administração apenas pode exigir exames mais frequentes de pessoas com maior idade, de modo a nitidamente testar seus reflexos;

d) as empresas aéreas que contratem ou não tais profissionais, fazendo também os exames pertinentes.

Assim, a concessão é de rigor.

Do exposto, *concedo a ordem*, tal como postulada na inicial, e determinando seu imediato cumprimento.

Custas **ex lege**, sem verba honorária (Súmula n. 512 do egrégio STF).”

Tenho que o recurso especial em epígrafe não merece êxito.

Primeiramente, frise-se que as alegações da União de ofensa ao Decreto n. 21.713/1946, que colocou em vigor em nosso país a Convenção Internacional de Chicago, de 7.12.1944, não podem ser analisadas por ausência de prequestionamento, conforme já exposto anteriormente.

De acordo com a exordial, a norma (2.1.7.1) da Icao (Organização de Aviação Civil Internacional) restringe, expressamente, a atuação de “piloto em comando” em serviços aéreos *internacionais*, regulares ou não, para aqueles que tiverem completado 60 anos de idade.

Por outro lado, a r. sentença e o acórdão de 2º grau entenderam que, internamente, não havendo lei, não pode a Administração se valer de uma portaria para restringir direitos individuais, criando um limite de idade máximo para o exercício de uma categoria profissional.

A portaria referida foi a de n. 252-DGAC, de 29 de julho de 1988, do Diretor-Geral de Aviação Civil, que aprovou a norma NSMA 58-121 (“Homologação e Operação de Empresas de Transporte Aéreo Público Operando Grandes Aviões”), estendendo à aviação *nacional* o preceito estabelecido pela recomendação (2.1.7.1) da Icao. Alargou-se, portanto, a abrangência da norma *internacional* para os serviços aéreos *nacionais*.

A fundamentação posta na petição de recurso especial pela União Federal, entretanto, cinge-se ao pedido de respeito à Convenção Internacional de Chicago, que, em seu Anexo I, trata da licença de pessoal, recomendando que esta não deve ser liberada aos pilotos com mais de 60 anos de idade para pilotar em *espaço internacional*.

Do compulsar dos autos, realizando-se o cotejo do pedido posto na inicial pelo Impetrante (reconhecimento de ilegalidade/inconstitucionalidade da Portaria n. 252-DGAC, de 29 de julho de 1988, do Diretor-Geral de Aviação Civil, que estendeu à aviação nacional o preceito estabelecido pela Recomendação Internacional) com as razões da sentença e do acórdão (impossibilidade de, por meio de uma portaria, restringir-se direitos individuais), verifica-se que as alegativas do especial não se coadunam com o ponto fulcral da controvérsia em tela, já que, em nenhum momento, as instâncias ordinárias reconheceram o direito do ora recorrido exercer sua atividade profissional em espaço aéreo *internacional*.

Confira-se o teor da fundamentação exposta pela União às fls. 111/115:

“O Brasil, ao assinar a Convenção Internacional de Chicago em 7 de dezembro de 1944, como Estado-contratante, concordou em respeitar certos princípios e entendimentos para que a Aviação Civil Internacional se desenvolvesse de maneira segura e sistemática, estabelecendo para o transporte internacional igualdade de oportunidades, proporcionando, de maneira eficaz e com maior uniformidade possível regulamentos, padrões, normas e organização relacionados com as aeronaves, *pessoal*, aerovias e serviços auxiliares. Foram adotadas também, ‘recomendações’ que fazem parte integrante da referida convenção, tendo o Brasil concordado em respeitá-las e dar-lhes eficácia.

A nossa Carta Magna não está sendo violada, estando o Brasil a cumprir e respeitar as normas internacionais de aviação, constantes da Convenção Internacional de Chicago, que, em nosso país, foi regulamentada através do Decreto n. 21.713, de 27.8.1946.

E, mais, as atuais leis, decretos, portarias, normas, regulamentos, etc... existentes no País, sobre aviação, são desdobramentos do Decreto n. 21.713/1946, que têm como base principal aquela convenção.

O ponto nodal da questão é a ‘recomendação’ existente no ‘*International Standard’s and Recommended Practices*’ oriunda da Convenção Internacional de Chicago, que em seu Anexo I, fala sobre licença de pessoal recomendando que esta não deve ser liberada aos pilotos de mais de 60 anos para pilotar aeronaves em espaço internacional.

Por seu turno, em 19.12.1986, a Lei n. 7.565, estatuiu o Código

Brasileiro de Aeronáutica, que autoriza, expressamente, a edição de regulamentos específicos:

‘Art. 66 – Compete à autoridade aeronáutica promover segurança de vôo, devendo estabelecer os padrões mínimos de segurança.

.....
 § 1º – Os padrões mínimos serão estabelecidos em Regulamentos Brasileiros de Homologação Aeronáutica, a vigorar a partir de sua publicação.’

.....
 O regulamento expresso acima é o ‘Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica, RBHA121, que na Seção 121.383, letra c, diz:

‘121.383 – *Tripulantes e despachantes. Limitações gerais.*

.....
 a) Nenhuma empresa aérea, operando segundo este regulamento, pode empregar como piloto uma pessoa que tenha 60 ou mais anos de idade, assim como nenhuma pessoa com essa idade pode trabalhar como piloto de aviões operando segundo este regulamento.’

Não há, pois, violação de preceito constitucional (arts. 3º, inciso IV; 5º, inciso XIII; e 7º, inciso XXX), no fato da aplicação de um regulamento com origem em Convenção Internacional, assinada pelo Brasil, como país contratante, em 1944.

Ao fixar o limite de idade, as normas internacionais se propuseram a cumprir um dos princípios da Convenção Internacional de Chicago, no que diz respeito à segurança.

A maioria dos países adota este limite de idade (60 anos). Ao fazer levam em consideração que quanto maior a aeronave, maiores os critérios relativos aos aspectos de segurança abrangendo a parte de manutenção, composição e utilização de tripulação.

A idade-limite 60 anos não é um limite aleatório, a escolha de um número, mas um critério científico, de medicina de aviação. Em ação movida contra a FAA (*Federal Aviation Administration dos*

EEUU), assim se manifestou a Associação dos Pilotos de Linhas Aéreas.

‘... o intento da regra dos 60 anos da FAA é prevenir possíveis acidentes causados por uma súbita incapacidade, tais como ataques cardíacos e congestão-*stroke*. É fato aceito pela medicina de que em alguma época em torno dos 55 e 60 anos, o corpo humano começa a ter as suas funções debilitadas. Veja-se, a propósito, o quadro anexo, que mostra a incapacidade relativa do jovem aeronauta (entre 20 e 30 anos) e a *incapacidade realmente* provável do aeronauta (após os 60 anos)...’

Ora, é justamente o que ocorre com o caso em tela – comandante de vôo e aeronave de grande porte. Pois as “recomendações” da *International Standard’s and Recommended Prices* entendem que, após 60 anos, o piloto deverá ser afastado da pilotagem internacional. Tal determinação não veda, no entanto, ao Recorrido, a pilotagem em território nacional, em aeronaves de menor porte.

Como já referido, esta recomendação tem origem na Convenção de Chicago, assinada pelo Brasil, que preocupou-se com a adoção de normas para a segurança da aviação internacional.

Não há, portanto, qualquer violação de preceito legal e constitucional.

Por oportuno, transcrevemos parte da r. sentença proferida pelo eminente Juiz Federal Dr. Wanderley de Andrade Monteiro, cujo inteiro teor se extrai da cópia ora acostada que, examinando matéria idêntica à deduzida nestes autos, assim se pronunciou:

‘O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7565, de 19.12.1986), autoriza expressamente, a edição de regulamentos específicos, a vigorar a partir de sua publicação no Diário Oficial (art. 66, § 1^o), objetivando promover a segurança do vôo, estabelecendo os padrões mínimos de segurança.

Não há, pois, violação a preceito constitucional no fato de o *Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica, RBHA 121 Seção 121.383, C* (aplicável para aviões com mais de trinta passageiros) fixar a idade-limite de sessenta (60) anos para uma pessoa trabalhar como piloto de aviões com tal capacidade de transporte de passageiros e cargas.

O direito ao exercício do trabalho para o qual está o Impetrante qualificado não foi atingido, a uma, porque a limitação é imposta por lei, e, a duas, está ele no comando de uma aeronave, Bandeirante, com capacidade de 14 (quatorze) passageiros, exercendo sua profissão.

O Brasil está obrigado a respeitar as normas internacionais, como Estado-contratante, contidas na Convenção Internacional de Chicago (1944), estando o regulamento editado com base no Código Brasileiro de Aeronáutica de conformidade com o *FAR Part 121*, da Federação *Aviation, Regulations Part 121*, dos *USA*.

Não há direito líquido e certo a proteger.

Isto posto, *julgo improcedente esta ação mandamental* proposta por *Ari Cândido*, contra ato administrativo do Ex.^{mo} Sr. *Diretor-Geral do Departamento de Aviação Civil – DAC*, *denego* a segurança impetrada e condeno o Impetrante ao pagamento das custas, excluída a verba honorária, a teor da Súmula n. 512 do STF.

Oficie-se, incontinenti, à autoridade coatora.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 1994.

Wanderley de Andrade Monteiro, Dr. Juiz Federal.º

Demonstrado, **data venia**, que o v. acórdão recorrido *contraria* tratado consubstanciado na Convenção Internacional de Chicago, de 7.12.1944 e posto em vigor em nosso país pelo Decreto n. 21.713/1946 e *negou vigência* ao Código Brasileiro de Aeronáutica em seu artigo 66 **caput** e o § 1º, estão preenchidos os pressupostos à admissão, conhecimento e provimento do presente recurso.

Pelos argumentos apresentados, conhecido o recurso especial, ora manifestado, a União Federal pede o seu provimento, para o fim de reformar o v. acórdão recorrido.”

Não há possibilidade, por conseguinte, de se reconhecer a existência de infringência ao teor do art. 66, § 1º, do Código Brasileiro de Aeronáutica, o qual teve seu preceito analisado e interpretado oportunamente, pelas instâncias ordinárias, no sentido de que: “não havendo lei, e não se podendo ampliar abusivamente o artigo 66, § 1º, do CBA, a

administração apenas pode exigir exames mais freqüentes de pessoas com maior idade, de modo a nitidamente testar seus reflexos”.

A pretensão da Recorrente é delimitada, pois, à proibição do exercício de piloto de *Boeing 727/100* em espaço aéreo internacional, de acordo com o acentuado pela Convenção Internacional de Chicago. Mas esta questão não foi repudiada pelas instâncias ordinárias que, apenas, não aceitaram a extensão de tal preceito internacional ao âmbito interno por meio de simples portaria expedida por autoridade aeronáutica.

A União é explícita ao declinar (fl. 113):

“... as ‘recomendações’ da *International Standard’s and Recommended Prises* entendem que, após 60 anos, o piloto deverá ser afastado da pilotagem internacional. Tal determinação não veda, no entanto, ao Recorrido, a pilotagem em território nacional, em aeronaves de menor porte.”

Do exposto, *nego provimento* ao recurso especial examinado.
É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 254.549 – CE

(Registro n. 2000.0033977-6)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Município de Fortaleza
Procuradores: Regina Stella M. Carneiro e outros
Recorrida: Unimed de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda
Advogados: José Menescal de Andrade Júnior e outros

EMENTA: Tributário – ISS – Cooperativas médicas – Incidência.

1. As cooperativas organizadas para fins de prestação de serviços médicos praticam, com características diferentes, dois tipos de

atos: a) atos cooperados consistentes no exercício de suas atividades em benefício dos seus associados que prestam serviços médicos a terceiros; b) atos não cooperados de serviços de administração a terceiros que adquiram seus planos de saúde.

2. Os primeiros atos, por serem típicos atos cooperados, na expressão do art. 79 da Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, estão isentos de tributação. Os segundos, por não serem atos cooperados, mas simplesmente serviços remunerados prestados a terceiros, sujeitam-se ao pagamento de tributos, conforme determinação do art. 87 da Lei n. 5.764/1971.

3. As cooperativas de prestação de serviços médicos praticam, na essência, no relacionamento com terceiros, atividades empresariais de prestação de serviços remunerados.

4. Incidência do ISS sobre os valores recebidos pelas cooperativas médicas de terceiros, não associados, que optam por adesão aos seus planos de saúde. Atos não cooperados.

5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 18.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O Município de Fortaleza interpõe o presente recurso especial (fls. 357/364), com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão (fls. 333/335 e 343/355) proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, assim ementado (fl. 343):

“O ato cooperativo tem regime jurídico específico que não enseja a configuração de prestação de serviços em sua feição econômica, sujeita à incidência do ISS.

Não estando na lista federal de serviços a atividade cooperativista, exatamente por não identificar serviço com retribuição, não pode o Município pretender exigir ISS, mesmo que elabore uma lista sua.

Apelo provido.”

Conforme relatado pelo acórdão de 2ª grau, o Município ora recorrente ajuizou ação executiva em face de Unimed de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda, objetivando o recebimento de dívida decorrente de ISS – Imposto sobre Serviços.

A Unimed ofereceu embargos à execução, os quais foram julgados improcedentes pelo r. juízo monocrático sob os fundamentos declinados na ementa seguinte (fl. 137):

“Cooperativismo. Hipótese não caracterizada. Prestação de assistência médica onerosa, mediante contraprestação. Atividade empresarial. Dicotomia entre os interesses dos cooperados e de seus clientes, meros usuários que se satisfazem com a excelência de um serviço, como no caso similar dos permissionados, justamente porque pagam um preço, difícil enquadramento ao art. 150 do CTN. Indemonstrada a escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. Fins lucrativos não significam receitas limitadas às despesas, o que não podem é distribuir lucros. Deficiência comprobatória. Improcedência.”

Irresignada, interpôs a Unimed recurso de apelação, o qual foi provido, à unanimidade, à luz dos seguintes preceitos legais: arts. 3ª, 4ª, 21, IV; 28, I e II; 44, I, c, e II; 79 e 80 da Lei n. 5.764/1971; art. 146, III, a e c, da CF/1988; Lei Complementar n. 56/1987; e art. 8ª do Decreto-Lei n. 406/1968.

Nesta ocasião, em sede de apelo especial, alega o Município violação destes dispositivos:

– art. 9ª (“A base de cálculo do imposto é o preço do serviço”), §§ 1ª (“Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de

remuneração do próprio trabalho”) e 3^a (“Quando os serviços a que se referem os itens I, III e V (apenas os agentes da propriedade industrial) V e VIII da lista anexa, forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1^o, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável”) do Decreto-Lei n. 406/1968;

– arts. 79 (“Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas, para a consecução dos objetivos sociais”) e 111 (“Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de que tratam os artigos 85, 86 e 88 desta lei”), da Lei n. 5.764/1971.

Aponta, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial com julgados desta Corte (REsp n. 16.096-0 e AgRg no Ag n. 138.729) e sustenta, em síntese, que:

a) não se pode confundir os serviços prestados pelos médicos (Decreto-Lei n. 406/1968, art. 9^o, § 1^o) e pela sociedade (Decreto-Lei n. 406/1968, art. 9^o, § 3^o). Os médicos, atuando como profissionais liberais, recolhem o imposto como pessoa física, e a sociedade (cooperativa), na qualidade de entidade prestadora de serviços, como pessoa jurídica;

b) às sociedades de profissionais cabe o pagamento do ISS quando assumem o caráter empresarial, pois incidem na norma do art. 9^o, §§ 1^o e 3^o, do Decreto-Lei n. 406/1968, diante dos serviços a que se refere a lista anexa, nos itens 1, 2, 3, 5, 6, 11, 12 e 17, onde incluem-se as sociedades de médicos;

c) a Súmula n. 81 do STF, estabelece que: “as cooperativas não gozam de isenção de impostos locais, com fundamento na Constituição e nas leis federais”;

d) as empresas de saúde, como a ora recorrida, são prestadoras de serviços e auferem lucros, possuindo, pois, caráter empresarial;

e) o art. 79 da Lei n. 5.764/1971, define o que seja “ato cooperativo”, não se enquadrando a Recorrida nas características ensejadoras da imunidade almejada, praticando atos destoantes do perfil de ato cooperativo.

Contra-razões ofertadas (fls. 370/410), defendendo-se:

a) que o apelo não satisfaz aos requisitos de admissibilidade exigidos

para o seu conhecimento, não tendo havido prequestionamento da matéria abordada;

b) no mérito, a não-incidência do ISS sobre a atividade da Recorrida.

Conferido inicialmente crivo negativo ao processamento do apelo (fls. 412/413), agravo de instrumento foi manejado, seguido de agravo regimental, o qual determinou a subida do presente recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): **A priori**, verifica-se que o presente apelo não merece ser conhecido pela alínea **c** do permissivo constitucional. Isto porque o Recorrente não demonstrou o dissídio pretoriano invocado nos moldes da orientação preconizada pelo artigo 26 da Lei n. 8.038/1990, em harmonia com os artigos 541, parágrafo único, do CPC, e 255 e parágrafos, do RISTJ, visto que estes exigem o cotejo analítico das teses divergentes, não se aperfeiçoando pela simples transcrição de ementas semelhantes à hipótese dos autos.

O postulante restringiu-se, tão-somente, a fazer a transcrição de ementas de dois julgados provenientes desta Corte (REsp n. 16.096-0 e AgRg no Ag n. 138.729), sem tentar demonstrar que a divergência ocorrida deu-se relativamente às situações fáticas e jurídicas semelhantes às que estariam a autorizar a interposição do especial pela alínea **c**, III, artigo 105 da Carta Magna.

Afigurando-se, pois, deficiente a fundamentação do recurso, já que não demonstrada a divergência de forma inequívoca com o confronto dos trechos configuradores do dissídio, e menção às circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, a impossibilidade de seu conhecimento se torna imperativa sob este fundamento.

Melhor sorte socorre o Recorrente em relação à alínea **a**. Verifica-se que a matéria jurídica que concentra-se na interpretação do art. 79 da Lei n. 5.764/1971, está devidamente prequestionada.

A discussão desenvolvida no curso da lide em exame e estendida ao âmbito do presente recurso especial consiste em se definir se a recorrida, cooperativa prestadora de serviços médicos a seus filiados, deve recolher ou não ISS – Imposto sobre Serviços ao Município ora recorrente.

Examina-se, no espaço acima identificado, de modo específico, se a

Unimed de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda, por prestar serviços, por via de terceiros ou diretamente, a pessoas que lhe pagam encargos mensais, está sujeita ao ISS.

Inicialmente, cumpre destacar que o Município de Fortaleza pretende fazer incidir o ISS sobre a taxa de administração que a Cooperativa cobra de quem, espontaneamente, adere aos seus planos médicos.

Os serviços prestados, conforme é sabido, dividem-se em duas etapas: a) a primeira consiste na formação de um negócio jurídico efetivado por terceiros, não sócios da Cooperativa, que pagam, mensalmente, uma taxa de administração, a fim de que possam receber serviços médicos postos à disposição pela Cooperativa; b) a segunda etapa é caracterizada pela prestação de serviços médicos propriamente ditos aos aderentes dos planos da Cooperativa, serviços médicos que são prestados pelos cooperados, isto é, pelos associados da entidade.

Em síntese: os médicos cooperados são os reais prestadores dos serviços a terceiros, formando uma relação autônoma para a qual são remunerados pela própria Cooperativa; os terceiros recebem serviços de administração praticados pela Cooperativa para que a assistência médica lhe seja entregue. Em outras palavras, a Cooperativa é uma aglutinadora dos serviços a serem prestados a terceiros pelos seus associados (cooperados).

Estabelecidas as distinções supra-registradas, busca-se a afirmação do conceito de ato cooperativo. Este encontra-se definido no art. 79 da Lei n. 5.764, de 16.12.1971:

“Denomina-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas, para a consecução dos objetivos sociais. Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.”

De acordo com o conceito de ato cooperativo expresso no dispositivo acima destacado, firma-se conscientização de que, na hipótese apreciada pelo recurso ora examinado, só é ato cooperativo o decorrente do vínculo que a Unimed tem com os seus associados, isto é, com os médicos que lhe prestam serviços e assumem a posição de cooperados.

A relação existente com terceiros, os adquirentes de seus planos de saúde, não é um ato cooperativo puro, na expressão do art. 79 destacado, constituindo-se simples prestação de serviços remunerados.

Em assim sendo, por força de lei, os serviços de administração prestados pelas cooperativas aos que firmam contratos de adesão aos seus planos de saúde não são “atos cooperativos”, pelo que estão sujeitos, para fins de tributação, às regras do art. 87 da Lei n. 5.764, de 16.12.1971: “Os resultados das operações das cooperativas com não associados, mencionados nos arts. 85 e 86, serão levados à conta do ‘Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social’ e serão contabilizados em separado, de molde a permitir cálculo para incidência de tributos”.

Os serviços prestados pela Unimed aos seus não-associados, aos terceiros adquirentes dos seus planos de saúde, são permitidos pelo art. 86 da lei última referida:

“Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não-associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.”

Vinculado às diretrizes dos dispositivos enfocados, posiciono-me por prestigiar as razões e as pretensões do Município-recorrente, pelo que transcrevo-as (fls. 359/369):

“A querela está fulcrada na incidência ou não do Imposto sobre Serviços a ser devido pelas sociedades de profissionais, como é a espécie.

A tese da Recorrida é que a exigência do Município estaria a incidir em bitributação, tendo em vista que os médicos cooperados, individualmente, pagarem o referido imposto.

Não confundir os serviços prestados pelos médicos (Decreto-Lei n. 406, art. 9º, § 1º) e pela sociedade (Decreto-Lei n. 406, art. 9º, § 3º). Os médicos, atuando como profissionais liberais, recolhem o imposto como pessoa física, e a sociedade (cooperativa), na qualidade de entidade prestadora de serviços, como pessoa jurídica.

A Recorrida é caracterizada como uma sociedade civil, prestadora de serviços, contratando e dirigindo os negócios firmados com seus clientes, que os repassam aos médicos cooperados.

Às sociedades de profissionais cabe o pagamento do ISS, quando assumem o caráter empresarial, pois incidem na norma do artigo 9º e seus §§ 1º e 3º do Decreto-Lei n. 406/1968, modificado pelo Decreto-Lei n. 834, de 1969, diante dos serviços a que se refere a lista

anexa, nos itens 1, 2, 3, 5, 6, 11, 12 e 17, onde incluem-se as sociedades de médicos.

A Súmula n. 81 do STF estabelece que: ‘as cooperativas não gozam de isenção de impostos locais, com fundamento na Constituição e nas leis federais’. No que se refere ao ISS, a atividade deverá ter caráter empresarial, ou seja, venda ou prestação de serviço.

In casu, é sabido, público e notório que as empresas de plano de saúde, inclusive a Unimed, são empresas prestadoras de serviços e que auferem lucros, portanto, possuem caráter empresarial.

O acórdão, ora atacado, recorre ao conceito jurídico de ‘ato cooperativo, como regime jurídico especial’, para fundamentar sua decisão, afirmando que as cooperativas, sem fins lucrativos, não estão sujeitas à incidência do ISS. Todavia, esqueceu-se de vislumbrar a verdadeira atividade da então cooperativa’.

Na verdade, a Unimed, na sua formação estrutural, é uma cooperativa de médicos que se associaram para criar uma empresa de plano de saúde particular, assinando contratos leoninos com terceiros, cobrando valores exorbitantes, a ponto de o Governo Federal intervir e regulamentar a prática dessa atividade empresarial.

O que vem a ser ‘plano de saúde’?

‘Os planos de saúde consistem em um contrato onde são partes o usuário ou o beneficiário do plano e a empresa que presta o serviço de pagar a terceiros (médicos, hospitais, ambulatórios, clínicas, etc.), para que atendam aos usuários com os serviços de saúde.

A seguir, uma esclarecedora decisão do Conselho de Contribuintes do Rio de Janeiro (sessão de 19.3.1992 – Acórdão n. 3.077 – Recurso n. 1.752).

Ementa: ‘Planos de saúde. ISS. Correta a tributação, pelo ISS, dos serviços de planos de saúde, serviços esses previstos no item 6 da lista de serviços instituída pela Lei Complementar n. 56/1987 e adotada pelo Município do Rio de Janeiro através da Lei n. 1.194/1987. Recurso voluntário improvido por maioria. Imposto sobre Serviço.’

O cooperativismo é instituto criado para auxiliar o particular, sem

distinção, indiscriminadamente, sem qualquer ônus para o usuário, com participação do mesmo no melhoramento da atividade, ou seja, serviço de caráter social.

A Unimed não se enquadra em nenhuma destas características, senão, vejamos: presta serviço somente ao conveniado; sob o pagamento de valor determinante (cunho oneroso); o conveniado não participa da gestão do negócio e totalmente desprovido de caráter social.

Como se observa, não se trata de serviço fornecido aos associados da cooperativa, mas a terceiros (usuários), que pagam pelos serviços e pela administração do negócio. E mais, a Unimed cobra, na assinatura do contrato de adesão, uma taxa de administração, diferente do serviço de natureza médica, que concerne ao profissional associado da cooperativa, sobre o qual, o mesmo, paga o imposto devido.

A imunidade tributária é justificada pela prestação de serviço de natureza pública, social (incentivo fiscal). Os planos de saúde privados só existem para atenderem aos mais privilegiados, aos que podem pagar e não aos verdadeiramente necessitados.

Por todo o exposto, parece-nos injusta a concessão de incentivos à atividade tão bem posicionada no mercado de trabalho e que se utiliza de uma fachada de cooperativismo para auferir mais vantagens.

O art. 79 da Lei n. 5.764/1971 define o que seja ato cooperativo, que são: 'os praticados entre cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas, para consecução dos objetivos sociais'. A Apelante, mais uma vez, não se enquadra nas características ensejadoras da imunidade almejada e pratica atos destoantes do perfil de ato cooperativo.

Outro ponto alegado pelo acórdão recorrido é o que se refere à lista produzida por lei federal. Afirma que a atividade cooperativa não está na lista, 'por não identificar serviço com retribuição, não pode o Município pretender exigir ISS, mesmo que elabore uma lista sua'. Afirma, também, que a lista é taxativa, só podendo incidir o imposto nas atividades constantes da mesma.

No entanto, este entendimento não é majoritário. O ilustre e conceituado Mestre do Direito Constitucional Tributário, em seu livro do mesmo título, 11ª edição, p. 544, diz com muita clareza que:

‘... a lista é apenas sugestiva e, por isso mesmo, perfeitamente

dispensável, tanto pelo legislador municipal quanto pelo juiz e pelo administrador público. Melhor esclarecendo, ela contém sugestões que poderão, ou não, ser levadas em conta pela Câmara de Vereadores de cada Município ao instituir, **in abstracto**, o ISS.’

Inconcebível aceitarmos que a dita lista seja taxativa, observou **Geraldo Ataliba** – Ela pode ser taxativa, sob pena de termos de sustentar, como todas as evidências jurídicas, que a União pode até mesmo esvaziar a competência que os Municípios receberam da Carta Constitucional para tributare, por via de imposto, os serviços de qualquer natureza.

Vistos e relatados todos os fatos e a matéria de direito pertinente ao presente caso, temos, ainda, apenas para ilustração, julgados que garantem a cobrança do referido imposto. Em sede de recurso especial, temos:

‘Recurso Especial n. 16.096-0-PR

Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho

Recorrente: Município de Curitiba

Recorrida: Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba Ltda – Unimed de Curitiba – Medipar

Advogados: Heron Arzua e outros, e Raul Alberto Dantas e outros.

Ementa: Recurso especial. É devido o Imposto sobre Serviços pelas sociedades profissionais quando estas assumem o caráter empresarial, estando, ainda, consoante o artigo 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968, modificado pelo Decreto-Lei n. 834/1969, onde incluem-se as sociedades dos médicos. Incidência no caso da Súmula n. 81 do Supremo Tribunal Federal. Recurso especial conhecido e provido.’ (Revista do Superior Tribunal de Justiça, n. 65, janeiro de 1995, ano 7, p. 265).

‘Sociedade médica: empresa. Incidência.

Ementa: ‘Tributário. ISSQN. Sociedade médica. Caráter empresarial. Benefício fiscal. Não cabimento. Tese consagrada no STJ. I – Nega-se provimento a agravo regimental que pretende trazer a reexame acórdão cujo dispositivo coincide com a jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. II – Se

o dispositivo do acórdão recorrido coincide com a jurisprudência do STJ, é porque ele se afina com a lei federal. Recurso especial que desafia é de manifesta improcedência.’ (STJ, Primeira Turma, AgRg no Ag n. 138.729, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 15.6.1998, p. 25).”

O entendimento exposto recebe adesão dos doutrinadores a seguir citados.

Cristina Lino Moreira, Mestra em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em artigo intitulado Tributação das Cooperativas do Imposto Municipal sobre Serviços, publicado na RDT n. 11-12, janeiro/junho de 1980, afirma:

“É tema bastante discutido o da imposição tributária sobre o objeto social de cooperativas, quando esse objeto provoca a existência de atos de comércio ou, mais especificamente para o âmbito jurídico-fiscal, quando ele engendra operações de circulação de mercadorias.

Assim, resta indubitável a submissão das sociedades cooperativas à tributação estadual, através do ICM, incidente sobre as operações das chamadas cooperativas de consumo, as de vendas em comum, as de produção agrícola, as de produção industrial e artesanal, as de beneficiamento e as de pesca, além de outras modalidades que podem ser criadas ao sabor das novas exigências da vida econômica e social, pois a tanto autoriza a moldura jurídica, lata, da Lei n. 5.764, de 16.12.1971, diploma disciplinador do cooperativismo no Brasil.

Mas não só no regime jurídico do mencionado imposto estadual figuram as cooperativas como sujeitos passivos de relações tributárias, quer como contribuintes, quer como responsáveis legais; conforme o objeto social que assumam. Tais sociedades ocupam aquele pólo passivo, no bojo das diversas disciplinas de tributo.

Pouco, entretanto, se tem meditado sobre a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência municipal, sobre serviços executados por cooperativas e o problema passa a ser tormentoso quando se enfrenta o núcleo desse tributo, a base de cálculo, que se afigura de fixação problemática.

Sobre essa situação jurídica propomo-nos a erguer as considerações que seguem.

II. *Tipificação legal das sociedades cooperativas*

A Lei n. 5.764, que inaugurou no Brasil o novo cooperativismo, revogando outras leis específicas sobre a matéria e, em especial, o Decreto-Lei n. 22.239, de 19.12.1932, fixa os contornos de um tipo societário:

‘Art. 3^a – Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

Art. 4^a – As cooperativas são sociedades de pessoas, de forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

.....’

Na definição legal do tipo, relevam os seguintes elementos:

1^a) existência de um contrato social constituidor da sociedade, celebrado pelos associados ou cooperados;

2^a) exercício de atividade econômica pelos associados, através do organismo da cooperativa;

3^a) sociedade de pessoas, de natureza civil (afastada, no diploma vigente, a cooperativa mercantil, antes autorizada pelo Decreto-Lei n. 22.239);

4^a) prestação de serviços como objeto social.

Desses elementos que compõem essencialmente a figura legal da cooperativa (além dos arrolados no art. 4^a, de menção dispensável), merecem atenção especial os itens 2^a e 4^a.

Com efeito, a lei dissocia de forma cabal a cooperativa, dos associados, sublinhando para estes a persecução de atividade econômica autônoma em relação à cooperativa.

Ao mesmo tempo, estatui que a sociedade assim constituída deve *prestar serviços, sem objetivo de lucro*.

A redução do objeto social da cooperativa à exclusiva prestação de serviços cede lugar no jogo sistemático dos dispositivos precedentes, em cotejo com a regra do art. 5^a, que faculta ao organismo social

a adoção como objeto de ‘qualquer gênero de serviço, operação ou atividade’.

O sentido das três regras precitadas e da Lei n. 5.764, como um todo, permite a afirmação de que a cooperativa, ideologicamente vocacionada para ser prestadora de serviços, juridicamente pode prestá-los entre outras operações e atividades ou dedicar-se somente a estas (que a lei não especifica) não prestá-los absolutamente. Pontifique-se que o dado ideológico inspirador da letra isolada do art. 4^o é meta-jurídico e, portanto, irrelevante.

III. A cooperativa de serviços

As indagações deste trabalho nucleiam-se na prestação de serviços como objeto social da cooperativa, seja exclusivamente, seja ao lado de outras formas de operação e atividade.

Para expor enfaticamente a questão em todos os seus ângulos problemáticos, tomemos em consideração a chamada ‘cooperativa de serviços’. As conclusões a final extraídas poder-se-ão aplicar aos tipos mistos (prestação de serviços agregada a outras operações ou atividades como objeto social).

Dois exemplos bem ilustrarão o modelo em exame:

1^a) Cooperativa de serviços médicos e hospitalares:

Trata-se de cooperativa que reúne médicos como associados. Além da prestação de serviços que os associados mutuamente desempenham entre si, sem qualquer contraprestação remuneratória, a cooperativa agencia-lhes clientela; esta clientela, ‘terceiro’ em relação à cooperativa e seus associados, remunera os serviços mediante o pagamento de taxas mensais e complementos específicos.

Temos aqui três hipóteses distintas de prestação de serviços, uma efetuada entre os associados, não contraprestacionada e, portanto, intributável. A segunda, a de agenciamento de clientela para os associados, procedida pela cooperativa; esta prestação não é isoladamente remunerada, jungindo-se, neste aspecto financeiro, à terceira forma de prestação de serviços, vale dizer, as de natureza médico-hospitalar, desempenhadas pelos associados médicos e hospitais em favor dos terceiros, clientela agenciada.

2^a) Cooperativa de trabalho dos práticos:

Neste modelo, os práticos, a exemplo dos estivadores, prestam

seus específicos serviços às agências de navegação, clientela agenciada pela cooperativa.

Temos aqui duas formas de prestação de serviços: a dos práticos, individual e pessoalmente e a da cooperativa, consubstanciada no agenciamento e representação de seus associados junto às agências de navegação, armadores e poderes públicos.

No primeiro caso, incide a permissão da regra do art. 86 da Lei n. 5.764, **in verbis**:

‘Art. 86 – As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.’

Por esta regra, as sociedades cooperativas, sem desnaturar seu perfil originário, podem assumir francamente o feitiço empresarial, com os corolários jurídicos que esta assumpção acarreta.

No segundo caso, temos prestação de serviços no âmbito exclusivo dos associados que, entretanto, prestam por si serviços outros, diversos dos da cooperativa.

Os dois exemplos trazem suficientemente o quadro que será, a seguir, analisado.

IV. Tributabilidade do serviço objeto da cooperativa

A competência para tributar os serviços ou é federal ou é municipal.

A União pode tributar os serviços mencionados no art. 21, VII, da Constituição Federal; quaisquer outros são tributáveis pelo Município.

As questões jurídicas mais árduas têm-se travado no campo da competência impositiva municipal, mercê da edição, com foro complementar, do Decreto-Lei n. 406, de 1968 e do Decreto-Lei n. 834, de 1969, este último como veículo de uma ‘lista de serviços’ erroneamente considerada um rol exclusivo de inspiração para o legislador municipal (ver, a esse propósito, o excelente trabalho de **José Souto Maior Borges**, Lei Complementar Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, Cap. XIV).

Sem embargo da relevância da tese versando a função da ‘lista de serviços’ como sendo unicamente a de dirimir conflitos de competência entre o imposto municipal e outros, estadual e federais, permitimo-nos consignar, a par de nossa adesão, o fato de que os Municípios, por

inexplicável timidez, têm fiel e efetivamente reproduzido aquela 'lista' em sua legislação ordinária.

Assim, ao fazermos referência a certas e determinadas rubricas daquela 'lista', fazê-mo-lo em referência à sua reprodução, hipotética, pela lei ordinária municipal.

Variadas são as hipóteses a que se pode subsumir o serviço prestado por uma cooperativa.

O variado espectro das situações concretas tem evidenciado que os serviços prestados pelas cooperativas se enquadram entre as seguintes rubricas:

31. Organização, programação, planejamento, assessoria, processamento de dados, consultoria técnica, financeira ou administrativa (exceto os serviços de assistência técnica prestados a terceiros e concernentes a ramo de indústria ou comércio explorados pelo prestador de serviços).

32. Agenciamento e representação de qualquer natureza, não incluídos no item anterior e nos itens 58 e 59.

Obs.: A rubrica 31 prevê a intermediação e corretagem de bens móveis e imóveis, enquanto que as rubricas 58 e 59 fixam a tributabilidade do agenciamento e intermediação de seguros, câmbio e títulos quaisquer, excetuando-se os serviços das instituições financeiras.

É de se pontificar também que as chamadas 'cooperativas habitacionais' se subsumem à rubrica 19 da mesma 'lista', previsora dos 'serviços' de construção civil, obras hidráulicas e complementares da construção civil.

Nos dois modelos trazidos à colação no item anterior haverá a incidência normativa da rubrica 32. De efeito, em ambos os casos há agenciamento de clientela em favor dos associados e representação deles perante os terceiros contratantes, sejam pessoas físicas ou jurídicas, sejam empresas a requisitar serviços médico-hospitalares, sejam agências de navegação a contratar os serviços de praticagem diretamente à cooperativa.

No primeiro modelo, distinguem-se ainda, ao lado do agenciamento realizado pela cooperativa, os serviços médicos propriamente ditos, prestados pelo profissional associado ao cliente individual, e os

hospitalares, em benefício do mesmo cliente, prestados pelos hospitais associados.

No segundo modelo, igualmente, ao lado do serviço de agenciamento e representação, erige-se o de praticagem que pode ser tributado sob outro título ou rubrica. É de esclarecer que tais serviços não constam especificamente da 'lista' veiculada pelo Decreto-Lei n. 834, podendo, entretanto, ser criada a hipótese tributária através de lei ordinária municipal.

A tipificação dos serviços tributáveis, como objeto de sociedades cooperativas, não encerra maiores indagações na consideração estrita do fato tributário ou gerador.

O tipo normativo do tributo, à diferença do tipo penal, não se exaure no âmbito da previsão do fato; ao contrário, dada a função e importância da base de cálculo, o tipo alberga a fixação normativa desta, na medida em que a confluência lógica e jurídica do fato tributário e da base de cálculo revelará a natureza e a essência do tributo.

Desta assertiva decorre que as indagações problemáticas que o tema sugere se alocam na determinação da base de cálculo do imposto sobre serviços.

V. O problema da base de cálculo

A importância da base de cálculo, como essência do tributo, foi denunciada com mestria na literatura jurídica brasileira, principalmente nas obras de **Alfredo Augusto Becker** (Teoria Geral do Direito Tributário) e **Paulo de Barros Carvalho** (Teoria da Norma Tributária).

A hipertrófica 'teoria do fato gerador' por muito tempo seduziu e afastou o pensamento jurídico do verdadeiro núcleo do tributo, a base de cálculo, que, sendo obrigatoriamente um componente lógico daquele fato, firma-se como o substrato ou realidade jurídica de onde é extraído um **quantum** pecuniário para ser objeto da prestação tributária.

A base de cálculo do imposto municipal sobre serviços, em nível de legislação complementar, é disciplinada no art. 9º do Decreto-Lei n. 406.

A regra geral é a de que a base de cálculo é o preço do serviço prestado; a apuração desse preço, entretanto, submete-se às especificações dos §§ 1º a 3º do mesmo artigo.

A determinação da base de cálculo do imposto municipal sobre os serviços prestados pelas sociedades cooperativas vai revelar qual a materialidade do fato efetivamente tributado.

Tomemos os dois modelos que servem à exposição de alguns regimes possíveis de imposição fiscal.

No primeiro modelo: três são os serviços prestados; dentre eles, os estritamente profissionais, executados entre os cooperados médicos em benefício mútuo, a título gratuito, é intributável.

O serviço de agenciamento de clientela e representação dos associados, realizado pela cooperativa, é passível de tributação. Igualmente os serviços médico-hospitalares prestados diretamente aos clientes.

Como se procede, então, à fixação da base de cálculo?

A resposta há de ser no sentido de que a receita bruta da sociedade cooperativa, provinda das contribuições mensais e complementos específicos pagos pelos clientes agenciados se destina a contraprestacionar tanto aqueles agenciamento e representação, como a própria atividade médico-hospitalar exercida em favor dos mesmos clientes.

Da receita bruta da cooperativa, um percentual fixo é destinado à própria sociedade, à guisa de sua manutenção e o restante é dividido proporcionalmente entre os associados, médicos e entidades hospitalares, na proporção da prestação de serviços realizada em determinado período de tempo que, geralmente, é o mês.

A base de cálculo, nesse caso, é o preço dos serviços englobadamente prestados pela cooperativa ou, mais especificamente, o seu movimento econômico, nomenclatura comum nos vários diplomas ordinários, designando a receita bruta da empresa.

Note-se que tal regime jurídico de tributação, pela fixação da base de cálculo, não permite distinguir os serviços no âmbito da cooperativa como contribuinte: esse regime também não impede que tanto os médicos como os hospitais sejam tributados através do mesmo imposto, individualmente e na qualidade de contribuintes, pelos serviços que desempenhem autonomamente, sem qualquer vínculo com a cooperativa.

Do ponto de vista jurídico, não há que se falar em dupla tributação incidente sobre os serviços dos médicos e dos hospitais associados, pois aqueles prestados por conta da cooperativa têm nela o sujeito passivo tributário, na qualidade de contribuinte.

Hipótese um pouco diversa – e que colocamos apenas para elucidar seria a de que a sociedade cooperativa fosse integrada apenas por médicos como associados. Teríamos então que distinguir os seguintes pontos: percentual da receita bruta destinado à cooperativa seria a base de cálculo dos seus serviços de agenciamento de clientela e representação dos associados, enquanto que estes deveriam ser tributados **per capita**, incidente o § 3º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406: tributo fixo ou variável (e não ‘alíquotas’ fixas ou variáveis, como consta do texto do **caput** do art. 9º), calculado em função da natureza do serviço e outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho. Em suma, o regime de tributação da cooperativa seria o mesmo das sociedades de profissionais que prestam serviços em nome da empresa, embora mantenham sua responsabilidade técnica pessoal.

Ainda nesta hipótese, o sujeito passivo é sempre a cooperativa. Ignorá-la e identificar nos associados médicos uma ‘sujeição passiva’ seria o mesmo que desconsiderar a estrutura constitutiva e o aparato da pessoa jurídica, sufragando tese até o momento repudiada no Direito brasileiro.

Também nesta hipótese, os médicos podem ser sujeitos passivos do imposto municipal, como contribuintes, no desempenho dos serviços desvinculados do âmbito da cooperativa, quer no regime do tributo fixo, quer no do variável.

De qualquer modo, em relação a este primeiro modelo, incide o art. 111 da Lei n. 5.764, pelo que ‘Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de que tratam os arts. 85, 86 e 88 desta lei’. Os dispositivos referidos no texto autorizam a possibilidade de prestação de serviços da cooperativa a terceiros, não associados.

No segundo modelo: se os serviços de praticagem são previstos como tributáveis pela legislação ordinária municipal, temos hipótese semelhante à do modelo anterior.

Se, entretanto, esses serviços permanecem intributáveis por falta de instituição legal do tributo, a cooperativa permanece como sujeito passivo contribuinte, pela prestação de serviços de agenciamento e representação, sendo base de cálculo do tributo a receita que aufera para sua manutenção.

Merece ser trazido à colação um obstáculo freqüentemente contraposto ao entendimento supra-expendido: é que o art. 3º da Lei n. 5.764 enfatiza a ausência de objetivo de lucro que caracteriza a cooperativa. Do mesmo modo, o art. 80 da lei estatui que ‘As despesas da sociedade serão cobertas pelos associados mediante rateio na proporção direta da fruição de serviços’.

Sustenta a corrente de objeção que a receita que ingressa na cooperativa tem como função específica e exclusiva a cobertura das despesas da sociedade, sendo que o montante que eventualmente exceder a essas despesas, consubstanciando as ‘sobras líquidas’ do exercício, é rateado entre os associados. Em suma: não havendo lucro por parte da cooperativa, não há que se falar em sua tributabilidade.

Este é, realmente, o ponto crucial da questão considerada neste trabalho.

A indagação restringe-se em saber qual a lógica jurídica da expressão ‘preço do serviço’, base de cálculo do imposto municipal.

Parece-nos que o preço do serviço é a *quantia a cujo título ele é contraprestacionado*. Destarte, a integração do elemento ‘lucro’ ao preço é dado econômico, para os quadrantes do imposto sobre serviços, o mesmo não acontecendo em relação ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, cujos critérios legais de determinação perseguem a determinação quantitativa do ‘lucro’ do sujeito passivo.

Aliás, o teor do § 1º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406 se firma de modo a separar juridicamente as bases de cálculo dos impostos acima aludidos.

As colocações até aqui desenvolvidas são experimentais até o momento e traduzem tentativa ampla de tributação de cooperativas pelos Municípios, consolidando, do ponto de vista fiscal, a posição ímpar dessas sociedades perante as demais, tipificadas no Direito brasileiro.”

Arnaldo Borges, ao escrever sobre As Cooperativas de Profissionais Liberais e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) (Revista **Vox Legis**, vol. 134, p.p. 41/43), no item 4, assinalou:

“Procurar-se-á estudar neste item se a sociedade cooperativa de profissionais liberais está sujeita à tributação pelo Imposto sobre Serviços, de competência municipal.

A cooperativa de profissionais liberais, como toda cooperativa, é uma empresa, conforme ficou demonstrado quando da análise da natureza jurídica das sociedades cooperativas. Sendo uma empresa, a cooperativa explora uma certa atividade econômica, que no caso é a prestação de serviços, realizada em seu nome pelos profissionais a ela associados. A contraprestação recebida pela cooperativa pelos serviços por ela prestados é o preço do serviço. Dessa forma, assume a cooperativa inegavelmente o **status** de prestadora de serviços, tornando-se, conseqüentemente, contribuinte do ISS. O fato de a cooperativa não auferir lucro, ou seja, não remunerar o capital nela empregado, não retira a prestação de seus serviços do campo de incidência do ISS. O lucro é elemento acidental do fato gerador deste imposto. O ISS não tributa o lucro. Nem tampouco a renda, por expressa proibição constitucional, que atribui unicamente à União, por meio do Imposto de Renda, a tributação do lucro. Não é o fato de auferir renda, ou remunerar o capital, que constitui o fato gerador do Imposto sobre Serviços. O que ele tributa é a prestação de serviços realizada profissionalmente. Fundamental para o ISS é que a prestação de serviço seja feita por empresa ou profissional autônomo. Se a empresa é mercantil ou civil, em nada altera o fato gerador do imposto. Se a empresa auferir lucros ou não, é irrelevante para determinar a incidência do imposto. Por outro lado, não é a forma jurídica da sociedade de profissionais liberais que irá determinar a incidência ou não do imposto sobre a prestação de serviços por ela realizados.

A cooperativa de profissionais liberais é uma sociedade que presta serviços como atividade econômica. Ela não o faz em caráter filantrópico. Seu objetivo primordial, como o de toda cooperativa, é elevar o **status** econômico de seus associados. Por isso ela é uma empresa. Por isso ela presta serviços profissionalmente. Os únicos serviços que o Imposto sobre Serviços não pode tributar são aqueles prestados por partidos políticos, instituições de educação ou de assistência social, porquanto estes estão imunes ao imposto pelo art. 19, inciso III, letra c, da Constituição Federal. Da mesma forma, não são contribuintes do ISS os que prestam serviços sem relação de emprego, os trabalhadores avulsos, os diretores e membros de conselho consultivo ou fiscal de sociedades, conforme dispõe o parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei n. 406/1968. Vê-se, portanto, que não há fundamento jurídico que permita se afirmar que a cooperativa de profissionais liberais não seja contribuinte do ISS. Por estas razões, não procede a

argumentação de **Waldirio Bulgarelli**, para quem as cooperativas de profissionais liberais não se enquadrariam no conceito de sociedade referido pelo Decreto-Lei n. 406/1968, porque não visam ao lucro (cf. Regime Tributário das Cooperativas, São Paulo, Saraiva, 1974, p.p. 120 e 121). Efetivamente, não é por ser sociedade civil sem fins lucrativos que a cooperativa não é contribuinte do ISS. Ela o é, independentemente disso. Razão assiste a **Walmor Franke** para quem estas circunstâncias não exoneram as cooperativas de se submeterem às normas tributárias quando praticarem atos sujeitos à tributação (cf. Direito das Sociedades Cooperativas, São Paulo, Saraiva, 1973, p.p. 145 e 146). Com efeito, o regime jurídico tributário das cooperativas em nada se diferencia do das demais empresas, quer sejam elas comerciais ou civis, de fins lucrativos ou não. O que ocorre em relação a elas é a concessão legal de alguns incentivos fiscais, tais como isenção, no que toca ao Imposto de Renda, a suspensão de pagamento em algumas hipóteses, em relação ao ICM, e assim por diante. Nada disso, entretanto, é juridicamente relevante para o seu regime tributário, porquanto não deriva necessariamente da forma jurídica de que a cooperativa se reveste. Tanto isto é verdade que a literatura sobre cooperativismo e sociedades cooperativas é abundante, ao reclamar tratamento diferenciado em matéria tributária em relação a outras empresas, em virtude de seus altos méritos sociais.

A Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que dispõe sobre sociedades cooperativas, contém algumas normas sobre tributação. É conveniente examiná-las, pois alguns doutrinadores têm exagerado o alcance que elas têm. Trata-se da tributação das receitas obtidas pelas cooperativas decorrentes das operações praticadas com terceiros não-associados, que a lei permite em seus arts. 85 e 86. Estabelece o art. 87 da referida lei:

‘Os resultados das operações das cooperativas com não-associados, mencionados nos arts. 85 e 86, serão levados à conta do ‘Fundo de Assistência Técnica Educacional e Social’ e serão contabilizados em separado, de molde a permitir cálculo para incidência de tributos.’

A norma sob questão é eminentemente uma norma sobre regras de contabilidade de sociedades cooperativas. Só indiretamente é que ela alude à tributação. Nela está dito que os resultados oriundos de operações com não-associados devem ser levados a um fundo especial

e contabilizados em separado, para permitir o cálculo para a incidência de tributos. A palavra tributos, neste caso, só pode abranger dois tipos: imposto sobre a renda e o imposto sobre operações financeiras. Em relação ao primeiro deles em razão de o resultado das compras e vendas de bens ou serviços com não-associados ser positivo. Em relação ao segundo, em virtude das operações financeiras praticadas pelas cooperativas de crédito ou pelas seções de crédito das cooperativas agrícolas mistas com não-associados. Este é o alcance desta norma. Não é possível, mediante uma interpretação **a contrario** do art. 87, afirmar que afora estas operações todos os atos praticados pelas cooperativas estão imunes ou isentos. Em primeiro lugar porque a imunidade é matéria unicamente da Constituição Federal; só ela pode dispor sobre o assunto. Em segundo lugar, a norma citada não estabelece nenhuma isenção, porquanto não dispôs sobre a não-incidência de nenhuma *norma* tributária sobre as operações efetuadas com associados. A única norma tributária que esta lei contém é a estabelecida no art. 111, que dispõe:

‘Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de que tratam os arts. 85, 86 e 89 desta lei.’

O art. 89 trata da participação de cooperativas com sociedades públicas ou privadas, em caráter excepcional, para atendimento de objetivos acessórios ou complementares. Neste caso e nos dos arts. 85 e 86, os resultados obtidos pelas cooperativas, desde que positivos, serão considerados como renda tributável. Tributável, bem certo, pelo imposto sobre a renda.

Conforme o exame procedido até aqui, as normas citadas, especificamente os arts. 85, 86, 89 e 111 não dizem respeito ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. Nenhuma consequência jurídica pode irradiar-se, concernente ao ISS, das normas analisadas. O regime tributário das sociedades cooperativas de profissionais liberais em nada difere das sociedades civis desta categoria em relação à tributação pelo ISS. Os serviços prestados pela cooperativa constituem fato gerador do imposto. A cooperativa é contribuinte do ISS. Da mesma maneira que nas outras sociedades de profissionais liberais a responsabilidade profissional pelo serviço prestado é pessoal do profissional que executa o serviço.”

Rubens Miranda de Carvalho, advogado, em artigo intitulado o ISS e Atos Praticados pelas Cooperativas de Trabalho Médico e Hospitalar, publicado na RDT n. 50, outubro-dezembro de 1989, p. 105, firma o seguinte ponto de vista:

“8. O ISS e os atos praticados com terceiros.

8.1 Se, por um lado, quando uma sociedade cooperativa de trabalho médico pratica atos cooperativos relativos a médicos que lhe são associados não é suscetível de tributação pelo ISS, por outro, quando se relaciona com médicos não-cooperativados, que são terceiros, cobrando-lhes taxa de administração calculada sobre os honorários destes, torna-se a sociedade tributável pelo ISS, que atingirá, no caso, a receita específica auferida com esses terceiros, em face de uma inegável intermediação por ela praticada.

8.2 A base de cálculo, nessa hipótese, será a receita composta pelas taxas de administração cobradas dos seus contratantes e calculadas sobre os honorários cobrados por aqueles terceiros, que a cooperativa paga por conta e ordem dos contratantes e é por eles reembolsada.

8.3 Ao contrário do que erradamente já se decidiu, a receita tributável não deverá compreender os valores pagos ou os reembolsados, pois não constituem parte do patrimônio da sociedade, apenas transitando pelo caixa. Tais quantias não fazem parte da remuneração (preço) dela, sociedade, a esta não pertencendo. Tecnicamente, receita é tudo quanto ingressando no patrimônio de alguém, modifica-o para maior; quando isso inocorre, não há que se falar em receita. Se apenas as taxas de administração recebidas pertencerem à sociedade, que com elas aumentará seu patrimônio, apenas sobre elas incidirá o ISS.”

No campo jurisprudencial, merecem ser conferidas as seguintes decisões:

a) REsp n. 158.477-SC, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 8.6.1998:

“ISSQN. Sociedade de profissionais. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Médicos. Comerciante. Caráter empresarial.

É devido o ISSQN pelas sociedades profissionais quando estas assumem caráter empresarial.

As sociedades civis, para terem direito ao tratamento privilegiado previsto pelo artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968, têm que ser constituídas exclusivamente por médicos, ter por objeto social a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial.

Recurso improvido.”

As cooperativas de trabalhos profissionais são sociedades civis de caráter empresarial.

b) REsp n. 16.096-PA, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 1.8.1994:

“Recurso especial. É devido o Imposto sobre Serviços pelas sociedades profissionais quando estas assumem o caráter empresarial, estando, ainda, consoante o artigo 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto n. 406/1968, modificado pelo Decreto-Lei n. 834/1969, onde incluem-se as sociedades dos médicos. Incidência no caso da Súmula n. 81 do Supremo Tribunal Federal.

Recurso especial conhecido e provido.”

No caso, o recurso foi interposto pelo Município de Curitiba e a parte-recorrida, a Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba Ltda – Unimed de Curitiba – Medipar.

Isto posto, dou provimento ao presente recurso especial, invertendo os ônus sucumbenciais.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 258.176 – PR

(Registro n. 2000.0043769-7)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Usina Alto Alegre S/A Açúcar e Álcool
Advogados: Luiz Renato Bettiol e outros
Recorrida: Fazenda Pública do Estado do Paraná
Procuradores: Márcia Dieguez Leuzinger e outros

EMENTA: Tributário – ICMS – Cana-de-açúcar.

1. É devido o ICMS sobre o valor de cana-de-açúcar adquirida de terceiros por empresa industrial.
2. Ausência de prova, no caso em julgamento, de que a cana-de-açúcar entrada no estabelecimento decorreu de produção própria ou vinculada a contrato de parceria agrícola.
3. Cessão de contrato de parceria agrícola sem assinatura do cedente e sem registro no Livro de Títulos e Documentos.
4. Não demonstração de correlação existente entre a entrada da cana-de-açúcar e a produção resultante dos contratos de parceria.
5. Pretensão de que fosse acatada a cessão dos contratos, de modo tácito, sem que tal tenha sido alegado na inicial.
6. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso, e na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

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

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 18.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto por Usina Alto Alegre S/A Açúcar e Álcool, com base na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra a Fazenda do Estado do Paraná.

A Recorrente, produtora de álcool, cultivava em glebas de terceiros, por meio de contrato de parceria agrícola que lhe foi cedido pela empresa

Cia Agrícola e Pecuária Lincoln Junqueira, cana-de-açúcar, matéria-prima utilizada na sua atividade industrial, a ser posteriormente transportada para a sede da empresa e industrializada. Todavia, a Fazenda do Estado do Paraná lavrou auto de inflação e ajuizou execução fiscal, entendendo que sobre tal transporte, da lavoura para a indústria, incidia ICMS. Em decorrência disso, foram opostos embargos do devedor, os quais acabaram julgados improcedentes.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná manteve a sentença recorrida, nestes termos (fl. 62):

“ICMS. Cana-de-açúcar. Produção em imóvel rural de terceiro. Cessão do contrato de parceria agrícola não registrado no Registro de Imóveis. Cessão não oponível ao Fisco. Imposto devido.

O produtor, que em imóvel rural, próprio ou de terceiro, faz plantio de cana-de-açúcar em parceria agrícola, transportando, quando colhida, a sua cota-parte para estabelecimento industrial próprio, destinada à transformação em álcool, não está sujeito ao pagamento de ICMS. Se o imóvel no qual é feito o plantio não é próprio, e nele há exploração mediante parceria agrícola, a cessão do contrato, feita pelo parceiro outorgado à empresa que beneficia o produto, necessariamente tem que ser registrada no Registro de Títulos e Documentos para valer contra o Fisco, para fins de isenção do tributo.”

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados pelo Tribunal **a quo**, tendo o acórdão recebido a seguinte ementa (fl. 84):

“Embargos de declaração. Alegada omissão de ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o tribunal. Inexistência.

– Não há omissão a ser suprida se o acórdão examinou e decidiu todas as questões suscitadas no processo, tanto no que se refere à desnecessidade de prova da data de eventual cessão de contrato, quanto da ausência de demonstração da efetiva entrada de mercadoria no estabelecimento industrial e sua correlação com a que fora produzida em área de terras próprias ou de terceiros, mediante parceria agrícola.”

Nas razões do especial, alega-se afronta aos seguintes dispositivos legais:

– art. 458, II, do Código de Processo Civil, pois o Tribunal **a quo** teria deixado de apreciar matérias de fato e de direito colocadas no processo;

– art. 17 da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, eis que, por existirem questões fáticas que não estavam comprovadas documentalmente, não poderia ter havido o julgamento antecipado da lide;

– arts. 82 e 1.067 do Código Civil, e 1ª do Decreto-Lei n. 406/1968, haja vista ter o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendido que, não tendo sido levada a registro, a cessão do contrato de parceria agrícola realizada não valeria contra o Fisco, devendo, assim, incidir o ICMS sobre o transporte da cana-de-açúcar;

– arts. 126, 128, 515 e 535, I e II, do CPC, pois, mesmo instado, em sede de embargos declaratórios, a se pronunciar sobre questões postas pela Recorrente, o tribunal de origem quedou-se inerte, rejeitando-as.

Contra-razões às fls. 105/114, pugnando-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O acórdão recorrido está sustentado, quanto ao mérito da demanda, nos fundamentos que, de forma resumida, passo a registrar:

a) em princípio, a Empresa-recorrente pode ser considerada “isenta do recolhimento do ICMS sobre cana-de-açúcar de sua produção, quando do transporte do produto, da lavoura para a unidade industrial, pouco importando que o plantio tenha sido feito em terras próprias e a elas contíguas, ou arrendadas de terceiros, ou ainda, exploradas em parceria em local diverso daquele em que se encontra instalada a usina de processamento de álcool, bastando, neste último caso, que corresponde à sua quota-parte, porque há, nessa operação, somente um deslocamento físico da matéria-prima, integrando uma fase do processo de industrialização, sem se constituir em circulação de caráter econômico, porque esta só ocorre com a transferência de propriedade da mercadoria”;

b) não há como ser aplicado o entendimento supra no caso em exame porque trata-se de não haver prova de produção própria da cana-de-açúcar que deu entrada no estabelecimento da Recorrente, bem como, serem inválidas as alegadas cessões de contratos de parceria agrícola, “em virtude das quais alega a Embargante ter obtido sua cota isenta de tribulação”, uma vez que “não se encontram assinadas pelo parceiro cedido, não estão testemunhadas, e nem foram registradas no Registro de Títulos e Documentos”.

O acórdão hostilizado, antes de confirmar a sentença de 1ª grau, na linha do último registro acima anunciado, afastou a preliminar de nulidade da sentença por entender ter sido válido o julgamento antecipado da lide, pela inocorrência de violação ao devido processo legal.

No particular, o acórdão rejeitou a nulidade da sentença com base no entendimento de que a prova que a Recorrente pretendia fazer (de que houve anuência tácita dos cedidos, proprietários das terras, nas cessões dos contratos de parceria agrícola) era desnecessária.

Como demonstrado, o aresto de 2ª grau rejeitou a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, negou provimento à apelação.

O **decisum** questionado foi submetido ao recurso de embargos de declaração. Estes foram rejeitados, com o convencimento e conclusão postos na ementa de fl. 84:

“Embargos de declaração. Alegada omissão de ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o tribunal. Inexistência.

– Não há omissão a ser suprida se o acórdão examinou e decidiu todas as questões suscitadas no processo, tanto no que se refere à desnecessidade de prova da data de eventual cessão de contrato, quanto da ausência de demonstração da efetiva entrada de mercadoria no estabelecimento industrial e sua correlação com a que fora produzida em área de terras próprias ou de terceiros, mediante parceria agrícola.”

A Recorrente, conforme já se colocou no relatório, defende em sede de recurso especial, preliminarmente, que o acórdão não apreciou todas as questões de fato e de direito depositadas em juízo, pelo que violou os arts. 126, 128, 515 e 535, I e II, do CPC, permanecendo omissa, o que deve ser anulado a fim de que a prestação jurisdicional seja entregue por inteiro.

Examino, pelo caráter preferencial, essa primeira alegação da Recorrente.

Os embargos de declaração interpostos em 2ª grau (fls. 79/82) reivindicaram pronunciamento do Tribunal **a quo** sobre o assunto que transcrevo (fls. 80/81):

“No recurso, a ora embargante postulou a declaração da nulidade da r. sentença, bem como a sua substituição.

A ora embargante procurou demonstrar no item III (*III – Das*

razões para a substituição da sentença’) de sua apelação o seguinte: ainda que a cessão de contrato não produzisse qualquer efeito em relação ao Fisco, o ICMS não poderia ser exigido.

Deveras, um ponto jamais foi colocado em dúvida nestes autos, qual seja: a cessão de contrato produziu efeito entre as partes.

Conforme se colhe do voto transcrito, em parte, à fl. 1.094, ‘o ICM estriba-se na trilogia operações, circulação e mercadoria (...)’.

Sobre o tema, **Roque Carrazza** averba o seguinte:

‘Os termos circulação e mercadorias qualificam as operações tributadas por via de ICMS. Não são todas as operações jurídicas que podem ser tributadas, mas apenas as relativas à circulação de mercadorias. O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais.

Como melhor procuraremos demonstrar, para que um ato configure operação mercantil, é mister que: a) seja regido pelo Direito Comercial; b) tenha por finalidade o lucro; e, c) tenha por objeto uma mercadoria.’

Mais adiante, esclarece o renomado jurista que mercadoria é coisa fungível que se destina ao comércio.

Pois bem. Se a cessão de direito produziu efeito entre as partes, não existe um ato regido pelo Direito Comercial, não há lucro e nem mesmo se pode falar na existência de um bem destinado ao comércio.

No caso em tela, não existe nem o valor da suposta mercadoria. Aliás, não fosse o tabelamento de preço da cana-de-açúcar, faltariam elementos para a lavratura do auto de infração.

Independentemente da cessão produzir ou não efeitos contra terceiros, é impossível ‘fabricar’ uma operação mercantil para exigir o ICMS.

Essa tese foi longamente sustentada na apelação (item III). Nada obstante isso, o v. acórdão não se pronunciou sobre a questão. Portanto, indicada está a omissão necessária para a oposição dos embargos. Objetiva-se com este recurso o pronunciamento deste egrégio Tribunal sobre a tese referida.”

A egrégia Turma do Tribunal **a quo**, apreciando os referidos embargos de declaração, respondeu nos termos seguintes (fls. 85/86):

“Com os presentes embargos, visando a obter modificação do acórdão, quer a Embargante seja suprida alegada omissão sobre ponto da apelação, inserto em seu item III.

Verifica-se, de sua exposição, ter sustentado, na apelação, que mesmo que as cessões de contratos de parceria não produzissem efeito perante o Fisco, porque não registrados no Registro de Títulos e Documentos, ainda assim seriam válidas entre cedentes e cessionário. Logo, seria impossível admitir que tivessem estes, decorrente das cessões, realizado operações mercantis, consistentes em transferência de cana-de-açúcar, sujeitas à incidência do ICMS. Assim, como este só é exigível quando ocorrido o fato gerador, não teria nascido uma obrigação tributária por uma operação de venda não existente, vez que simplesmente ‘fabricada’ pelo Fisco para exigí-lo.

Por esses motivos, e porque também sustentaram que o registro no Registro de Títulos e Documentos somente se destina à prova da data do documento, é que pediram a nulidade da sentença ou a sua substituição.

Do texto do acórdão, contudo, extrai-se que as questões suscitadas foram examinadas e decididas. Não negou o acórdão a existência de eventuais cessões de contratos de parceria agrícola. Disse é que não produziam efeito em relação ao Fisco, à falta de registro dando-lhes publicidade. Expôs que se este afirmava não haver prova da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento industrial, demonstrando a correlação entre a cana produzida e a industrializada, competia à Embargante demonstrar tal fato a fim de desconstituir o título executivo. E acrescentou (fl. 1.104): ‘Acontece que para esse fim a Embargante, ora recorrente, não requereu produção de prova pericial, tanto que disse: ‘dessa forma, se provará que os referidos documentos não foram ‘produzidos’ posteriormente à autuação’ (fl. 932). Era ônus seu, pois assim já entendia o Relator em seu voto no recurso administrativo’ (transcrito às fls. 1.104/1.105).

Como se vê, não há omissão no acórdão a ser suprida.”

O panorama refletido do confronto entre as súplicas dos embargos de declaração e o que ficou assentado no acórdão que lhe diz respeito, firma

convencimento, o que adoto, da inexistência de qualquer omissão no julgamento da apelação.

Tenho como certo que a pretensão da Recorrente foi devidamente apreciada e repelida, por ter compreendido o julgador de 2ª grau que não negava a existência de eventuais cessões de contratos de parceria agrícola, porém, no caso em exame, não produziram efeitos em relação ao fisco por falta de registro, além de “não ter havido prova de efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento industrial, demonstrando a correlação entre a cana produzida e a industrializada”.

O acórdão dos embargos de declaração fez constar, ainda, que: “Acontece que para esse fim a Embargante, ora recorrente, não requereu produção de prova pericial”, tanto que disse: “dessa forma, se provará que os referidos documentos não foram produzidos posteriormente à autuação”.

Diante desses pronunciamentos postos nas decisões recorridas, não tenho como violados os arts. 535, I e II, do CPC, e, conseqüentemente, os arts. 126, 128 e 515 do mesmo diploma legal, todos correlacionados com aquele.

Nego, portanto, provimento ao recurso especial quanto à alegada violação aos dispositivos legais supramencionados.

A Recorrente, a seguir, defende que o acórdão, ao não ter anulado a sentença, em face do julgamento antecipado da lide, violou o art. 17, parágrafo único, da Lei n. 6.830/1980.

A questão em exame prende-se, apenas, a não ter sido possibilitado à Recorrente provar a existência do consentimento dos cedidos (parceiros outorgantes) para considerar-se aperfeiçoado o contrato de cessão de direitos.

Examina-se, no aspecto em destaque, se o julgamento antecipado não podia ocorrer.

De início, observo que a Recorrente, em sua petição inicial de embargos (fls. 13/26), em nenhum momento, fez qualquer referência a respeito da cessão dos contratos de parceria ter sido efetuada de modo tácito pelos parceiros outorgantes, proprietários das terras objeto dos mencionados ajustes.

O juiz de 1ª grau, considerando essa circunstância probante, decidiu pela improcedência dos embargos sob os fundamentos a seguir registrados (fls. 31/33):

“Tal entendimento, apesar de sustentado pela Embargante na inicial, não lhe socorre, na medida em que não restou por ela comprovado que o crédito tributário objeto da execução embargada refere-se

à produção de cana própria, plantada em área de terceiros, através de contratos de parceria agrícola celebrados em seu nome (os contratos juntados referem-se à Cia. Agrícola e Pecuária Lincoln Junqueira como parceria outorgada, pessoa distinta da Embargante, e os contratos particulares de 'cessão de direitos' não foram devidamente formalizados, não produzindo efeitos em relação à Embargada).

A respeito, preciso, como de costume, mostra-se o parecer elaborado pela douta representante do Ministério Público desta comarca, o qual adoto como razões de decidir:

'Todavia, embora certo que não se pode tributar com o ICM a transferência da matéria-prima produzida e explorada pelo industrial para a sua própria indústria, ainda que colhida em outra propriedade, observa-se que a Embargante no caso em tela, não logrou comprovar que toda a diferença apontada pelo Fisco no Auto de Infração n. 3.669.968-5 tem como origem a produção de cana própria, plantada em terreno de terceiros, através de contrato de parceria agrícola.

Nesse sentido, como bem destacado pela Embargada, a conclusão do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais no Acórdão n. 745/1992, que julgou o auto de infração em questão, publicado no Diário Oficial do Estado do Paraná de 24.8.1992:

'Súmula ICM. Cana-de-açúcar. Produção própria. A jurisprudência tem firmado a exclusão da incidência do tributo estadual na cana-de-açúcar produzida no próprio estabelecimento agrícola (STF – Representação n. 1.355-3 da Paraíba). Porém, no caso dos autos não se comprovou que a diferença apontada referia-se a tal origem' Recurso voluntário não provido por unanimidade.' (cf. cópia à fl. 914 destes autos).

De fato, conforme enfoque da Fazenda Pública, os diversos 'contratos de parceria agrícola' campeados pela Embargante como fundamento de sua tese não apontam a Usina Alto Alegre S/A Açúcar e Álcool como parceira. Na realidade, os diversos contratos de parceria foram firmados entre terceiros (parceiros outorgantes) e a Cia Agrícola e Pecuária Lincoln Junqueira (parceria outorgada).

Já os contratos particulares de ‘cessão de direitos’ celebrados entre a Cia Agrícola e Pecuária Lincoln Junqueira (cedente) e a Usina Alto Alegre S/A Açúcar e Álcool (cessionária), pelos quais a primeira transferiu para esta última os direitos e obrigações dos contratos de parceria, não podem ser opostos à Fazenda Pública, já que deixaram de atender às formalidades legais exigidas para sua validade, ou seja, anuência dos terceiros envolvidos (cedidos) e transcrição no Registro de Títulos e Documentos.

É o que dispõe o art. 135 do Código Civil:

‘Art. 135. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros (art. 1.067), antes de transcrito no registro público.’

Também determina o art. 129, 9, da Lei n. 6.015, de 31.12.1973:

‘Art. 129. Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeito em relação a terceiros: ... 9ª) os instrumentos de cessão de direito e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamento.’

Cumprе anotar, finalmente, que a norma expressa no art. 368 do Código de Processo Civil não contraria o acima exposto:

‘Art. 368. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.’

Oportuno, neste ponto, atentar para o ensinamento do abalizado **Moacyr Amaral dos Santos**, ao interpretar o art. 368 do CPC, na obra *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume IV, 6ª edição, Editora Forense, 1994, p. 162:

‘... o artigo que se comenta não revoga o art. 135 do Código Civil, pelo qual o instrumento particular, feito e assinado pelas partes, ou somente assinado, sendo subscrito por duas testemunhas, faz prova das convenções obrigacionais de qualquer valor... Mas a eficácia desse instrumento, inclusive a probatória se opera ‘entre as partes’, não em relação a terceiros. Em face de terceiros, terá o instrumento eficácia tão-somente depois de transcrito no registro público, conforme disposição expressa no mesmo art. 135...’

Assim, compartilhando do entendimento esposado pela Fazenda Pública do Estado da Paraná, não vemos como reconhecer nos instrumentos contratuais apresentados pela Embargante prova cabal de que a diferença apontada pelo Fisco tem como origem a produção de cana própria, plantada em terreno de terceiros, através de contrato de parceria agrícola.

Pelo exposto, o Ministério Público, por sua agente, opina pela improcedência dos presentes embargos.’

III – Dispositivo:

Ex positis, julgo improcedentes os presentes embargos, devendo a execução embargada retornar à sua regular tramitação.

Considerando o princípio da sucumbência condeno o Embargante ao pagamento das custas processuais calculadas **ex lege** e honorários advocatícios, fixados estes, sem prejuízo dos honorários fixados no processo de execução, e, considerando a intensidade e a complexidade da demanda, bem como o trabalho desenvolvido pelo procurador do Embargado e o disposto no art. 20, § 4º, do CPC em 10% sobre o valor dado à causa, devendo ser observada a Súmula n. 14 do STJ no tocante à atualização da verba honorária.

Transitado em julgado, proceda-se à extração de cópia desta sentença e sua respectiva juntada nos autos de execução, arquivando-se os autos de embargos e procedendo-se à devida comunicação ao cartório distribuidor.”

Ora, a sentença de 1º grau, com base na prova documental acostada pela Recorrente, considerou que os contratos de parceria alegados foram celebrados com a Cia Agrícola e Pecuária Lincoln Junqueira como parceira

outorgada, pessoa distinta de recorrente, sem que os contratos particulares de “cessão de direitos” tenham sido devidamente formalizados.

Não houve, porque não foi prematuramente suscitado, exame, em sede de 1ª grau, sobre a possibilidade de existir, ser válida e eficaz cessão de contrato de parceria pelo modo tácito.

Diante desse complexo de razões alegadas pelas partes, o julgamento antecipado que foi realizado não feriu o devido processo legal.

Assim, conheço do recurso especial quanto à mencionada matéria jurídica, por ter sido prequestionada no acórdão recorrido, porém, nego-lhe provimento.

Por último, a Recorrente aponta como violados os arts. 82 e 1.067 do Código Civil, e o art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 406/1968.

O art. 82 do Código Civil trata da validade do ato jurídico: “A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)”.

A matéria jurídica prevista por esse dispositivo não foi objeto de prequestionamento no acórdão recorrido. Este **decisum**, com muita clareza, explicitou:

“Não está em discussão, porém, a validade de contratos de arrendamento ou de parceria agrícola entre proprietários e arrendadores ou parceiros, que podem ser expressos ou tácitos”. Complementou: “O que se discute são os efeitos, em relação ao Fisco, das cessões dos contratos de parceria agrícola que alega a Apelante lhe teriam sido feitos, sem que os respectivos instrumentos tivessem sido registrados no Registro de Títulos e Documentos em data anterior à lavratura do auto de infração”.

Por tal exposição, não conheço, por ausência de prequestionamento, da alegada violação ao art. 82 do Código Civil.

Abro espaço para examinar infringência ao art. 1.067 do Código Civil.

Esse dispositivo determina que:

“Não vale, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se se não celebrar mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do art. 135 (art. 1.068).”

O art. 135, por sua vez, regra que:

“O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas os seus efeitos, bem como da cessão, não se operam, a respeito de terceiros (art. 1.067), antes de transcrito no registro público.”

Um dos fundamentos, entre outros, para o acórdão negar a pretensão da Recorrente está vinculado ao fato das cessões, além de não estarem assinadas pelo cedente, não terem sido levadas a registro público.

Ora, conforme revelado, o acórdão fez cumprir, rigorosamente, a regra do art. 1.067, c.c. o art. 135 do Código Civil.

Por esse fundamento, o recurso merece ser conhecido, porém, improvido.

O último dispositivo apontado como malferido pela Recorrente é o art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 406/1968.

Não prospera o posicionamento da Empresa.

O acórdão reconheceu, com base em tudo que já se alegou, que houve circulação comercial de mercadorias.

O Tribunal **a quo** entendeu ser exigível o ICMS da Recorrente “por não ter a mesma demonstrado, na forma da lei, a existência de algum fato que excluísse sua responsabilidade pelo pagamento do tributo”.

Esse pronunciamento do acórdão, com base nos fatos apurados, inviabiliza qualquer ofensa ao art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 406/1968.

Assentou-se, ainda, o aresto hostilizado nas seguintes razões (fls. 72/73):

“A Recorrente não apresenta prova alguma da efetiva entrada da mercadoria no seu estabelecimento industrial, não consta no processo elemento algum que se possa dar segurança da sua aquisição. A responsabilidade pela diferença não pode ser afastada simplesmente pela juntada dos contratos, há a necessidade que se demonstre a correlação entre a cana produzida e a industrializada.

Os contratos juntados aos autos, fls. 164 a 805, apontam, além do

que foi mencionado, as seguintes dúvidas: a – referem-se ao plantio da cana de outras safras com vários períodos, não se sabendo se houve interrupção de colheita, qual seu rendimento, e sabendo-se que varia de safra para safra em razão de vários fatores, inclusive climático, já que o próprio contrato autoriza também a utilização da terra para outras culturas, como soja, milho, amendoim, etc.; b – as assinaturas em alguns contratos não foram reconhecidas. Também não foram observados os requisitos legais para a sua validade perante terceiro, como determina o artigo 135 do Código Civil, a sua transcrição no Registro de Títulos e Documentos; c – não existe discriminação da produção do parceiro outorgante, parcela tributada; d – existe contrato de parceria agrícola celebrado entre a Cia Agrícola e Pecuária Lincoln Junqueira e terceiros, com cessão de direitos à Recorrente sem anuência dos terceiros envolvidos.

Assim, o que se discute nos autos não é a exigência do imposto sobre cana própria, esta entende o Fisco como excluída da incidência.

O que se questiona é a prova cabal da origem da produção própria, que a Recorrente em momento algum faz.”

Impossível, portanto, pelas circunstâncias legais e de fato discutidas na lide, ao contribuinte-recorrente obter êxito no recurso em exame.

Conheço do recurso pela alegada violação ao art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 406/1968, porém, nego-lhe provimento.

Em conclusão: conheço parcialmente do recurso, porém, na parte conhecida, nego-lhe provimento, conforme acima desenvolvido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 262.090 – PE

(Registro n. 2000.0055841-9)

Relator: Ministro Garcia Vieira

Recorrente: Conselho Regional de Enfermagem de Pernambuco – Coren – PE

Advogados: Catarina Barretto Soares Castellar e outros

Recorrido: Centro Hospitalar São Marcos

Advogado: Roberto José Lemos Silveira

EMENTA: Hospital – Enfermagem – Registro.

Embora exista prestação de serviços de enfermagem em hospital, não é esta a sua principal atividade. Caso similar ao dos bancos, previsto na Súmula n. 79 do STJ.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado. Impedido o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 25 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 30.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: O Conselho Regional de Enfermagem de Pernambuco – Coren – PE apresenta recurso especial, ao entender que v. acórdão atacado havia violado a parte **in fine** do artigo 1º da Lei n. 6.839/1980, argumentando que a situação da enfermagem dentro de um hospital é prestação de serviços a terceiros, profissão regulamentada, portadora de conhecimentos técnicos avançados, não comparável com atividade primária.

Pede provimento, reformando-se o v. aresto recorrido e julgando procedente o pedido deduzido na exordial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, aponta o Recorrente, como violado, o art. 1^a da Lei n. 6.839/1980, versando questão devidamente prequestionada.

Conheço do recurso pela alínea a.

O artigo 1^a da Lei n. 6.839/1980 só obriga ao registro as empresas e os profissionais da área que executem as tarefas e sejam as atividades básicas ou aquela pela qual prestam serviços. No caso concreto, trata-se de hospital, onde embora existe a prestação de serviços de enfermagem, não é esta a sua principal atividade. Sua atividade básica é a prática de medicina. O caso é similar ao dos bancos, que foi cristalizado em nossa Súmula n. 79, **verbis**:

“Os bancos comerciais não estão sujeitos a registro nos Conselhos Regionais de Economia.”

Neste sentido, decidiu a egrégia Primeira Turma quando do julgamento do REsp n. 197.757, DJ de 7.6.1999, Relator Min. José Delgado, de cuja ementa se extrai:

“Direito Administrativo. Clínica médica. Registro no Conselho Regional de Enfermagem. Inadmissibilidade.

1. Há prestação dos serviços de enfermagem em qualquer hospital e clínica médica, mas esta não é, sem sombra de dúvidas, sua atividade-fim, o que conduz acertadamente à dispensa de seu registro no Conselho de Enfermagem.

2. O registro de instituição hospitalar deve ser feito no Conselho Regional de Medicina, órgão fiscalizador das atividades médicas, e não no de Enfermagem, o que impede, por força de lei, que haja a duplicidade de registros.

3. Recurso especial parcialmente conhecido, porém, improvido.”

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 264.064 – DF

(Registro n. 2000.0061425-4)

Relator: Ministro Garcia Vieira

Recorrente: Fazenda Pública do Distrito Federal

Procuradores: Mara Kolliker Werneck e outros

Recorrida: Maria Ângela Mineiro Lima

Advogada: Maria Ângela Mineiro Lima Barbosa (em causa própria)

EMENTA: Tributário – ITBI – Promessa de compra e venda – Fato gerador não caracterizado.

Promessa de compra e venda de imóvel, sem registro, não transfere a propriedade e não constitui fato gerador do ITBI (precedentes do STF e do STJ).

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. 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, 14 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 11.12.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: A Fazenda Pública do Distrito Federal interpõe recurso especial (fls. 96/102), com fulcro no art. 105, inc. III, letra a, da Constituição Federal, insurgindo-se contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que reconheceu a ilegalidade do lançamento do ITBI quando da celebração do contrato de compra e venda de imóvel.

Sustenta que a ocorrência do fato gerador se deu com a transmissão

do imóvel pela celebração do contrato, sendo desnecessária a transcrição do imóvel no Cartório de Registro.

Aponta violação ao disposto no art. 114 do Código Tributário Nacional, em conjugação com o disposto no art. 35, inc. I, do CTN e art. 530, inc. I, do Código Civil.

Pede provimento.

Contra-razões às fls. 105/108.

Despacho de fl. 110 inadmitiu o recurso que subiu por força do provimento dado ao agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, aponta a Recorrente como violados os artigos 114 e 35, inciso I, do CTN e 530 do Código Civil, versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra a.

Promessa de compra e venda de imóvel, sem registro, não transfere a propriedade e não constitui fato gerador do ITBI. Este só se caracteriza com a transmissão de bens imóveis (CTN, artigo 35, inciso I). Só se adquire a propriedade do imóvel pela transcrição do título de transferência no registro de imóvel (artigo 530, inciso I, do Código Civil). A questão é conhecida do STJ e do STF. Do primeiro, podemos citar os Recursos Especiais n. 57.641-PE, DJ de 22 de maio de 2000, Relatora Ministra Eliana Calmon, 12.546, DJ de 30.11.1992, Relator Ministro Gomes de Barros e 1.066, DJ de 28.3.1994, do qual fui Relator. Da Excelsa Corte: RP n. 1.211-RJ, DJ de 5.6.1987, Relator Ministro Octávio Gallotti e RE n. 43.171, ementário, vol. 455, com mesmo relator. Colhe-se da ementa do Recurso Especial n. 57.641-PE que:

“O fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis – ITBI é a transmissão do domínio do bem imóvel, nos termos do artigo 35, inciso II, do CTN e artigo 156, inciso II, da CF/1988.

Não incidência do ITBI em promessa de compra e venda, contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo, este sim ensejador da cobrança do aludido tributo. Precedentes do STF.”

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 282.717 – SP

(Registro n. 2000.0105338-8)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Procurador: Milton Del Trono Grosche
Recorrido: Marcos dos Santos Juncken

EMENTA: Processual Civil – Embargos de declaração – Cabimento – Prequestionamento – Exclusão de multa – Súmula n. 98 do STJ – Execução fiscal – Informações sigilosas sobre bens a serem penhorados – Requisição.

Não há contrariedade ao artigo 535 do CPC se o acórdão recorrido examinou todas as questões pertinentes ao deslinde da controvérsia, sendo correta a rejeição de embargos declaratórios.

Sendo os embargos de declaração opostos com o objetivo de prequestionar a matéria, não apresentam caráter protelatório, devendo ser excluída a multa aplicada (Súmula n. 98 do STJ).

O juiz da execução fiscal só deve deferir pedido de expedição de ofício à Receita Federal, ao Banco Central e às demais instituições detentoras de informações sigilosas sobre o executado após a exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de obtê-las para encontrar o executado e seus bens.

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, José Dêlgado e Francisco Falcão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 14 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 11.12.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: A Fazenda do Estado de São Paulo interpõe recurso especial (fls. 64/67), com fulcro na Constituição Federal, artigo 105, inciso III, letras a e c, insurgindo-se contra os v. acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em virtude do indeferimento do pedido de expedição de ofício à Receita Federal para obtenção de cópia das declarações de renda do Executado, bem como da condenação do ora recorrente ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa por oposição de embargos declaratórios tidos como procrastinatórios.

A Recorrente sustenta que os embargos de declaração visavam ao questionamento dos artigos 5^º, inciso XXXV, da Constituição Federal, 198, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, 130, 591 e 600, inciso IV, do Código de Processo Civil, devendo incidir a Súmula n. 98 desta colenda Corte.

Alega nulidade do v. acórdão hostilizado por negativa de prestação jurisdicional, eis que não houve apreciação das questões suscitadas nos embargos de declaração.

Aponta contrariedade ao disposto na Súmula n. 98 deste Superior Tribunal de Justiça, ao artigo 535 do CPC, bem como divergência pretoriana.

Pede provimento a fim de excluir a multa imposta e declarar a nulidade do acórdão proferido nos embargos de declaração.

Sem contrariedade (certidão de fl. 68).

Despacho de fls. 69/72 inadmitiu o recurso especial. Interposto agravo de instrumento, foi este provido para dar seguimento ao recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, aponta a Recorrente como violados o artigo 535 do CPC e a Súmula n. 98 do STJ.

Não foi contrariado referido dispositivo legal. Todas as questões necessárias e pertinentes para o deslinde da controvérsia foram devidamente examinadas pelo venerando acórdão recorrido, tendo sido correta a rejeição dos embargos de declaração. Mas, como os embargos versavam sobre prequestionamento, não podia a Embargante ser condenada à multa, sob pena de contrariar a nossa Súmula n. 98.

No mérito, a questão é conhecida. Em execução fiscal por ela movida contra Marcos dos Santos Juncken, a Fazenda do Estado de São Paulo requereu fosse oficiado à Receita Federal, solicitando cópia das últimas declarações de renda do Executado (fls. 14 e 26), sendo o pedido indeferido. Ora, o Estado não comprovou e sequer alegou ter tomado todas as providências para obter as informações por ela desejadas.

O artigo 198 do CTN, em seu **caput**, veda a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública, de quaisquer informações sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades. O seu parágrafo único excetua apenas os casos previstos no artigo 199 e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da Justiça. Mas, em nenhuma destas duas exceções se encaixa a hipótese vertente. Pelo artigo 199, a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mútua assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida por lei ou por convênio. Também não é a hipótese de requisição regular da autoridade judiciária. A obtenção de informações sobre a existência ou não de bens de sua propriedade a serem penhorados é obrigação do Exequente. No caso concreto, não se trata de obtenção de certidões necessárias à prova das alegações das partes, sendo inaplicável o disposto no artigo 399, inciso I, do CPC.

O Judiciário, assoberbado com milhares de processos, muitos deles realmente importantes, não pode, em prejuízo destes, ser acionado para obter informações que podem ser obtidas pela própria Exequente. Ora, é pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o Juiz da execução fiscal só deve deferir pedido de expedição de ofício à Receita Federal e ao Banco Central e às demais instituições detentoras de informações sigilosas sobre o Executado, após a Exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de obtê-las para encontrar o Executado e seus bens, a serem penhorados.

São invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas (CF, artigo 5º, inciso X). É claro que neste princípio constitucional está incluído o sigilo

bancário. Em casos excepcionais e com obediência à lei, ele pode ser quebrado, mas pelo Poder Judiciário e, não pelo Fisco em processo administrativo. O artigo 197, item II, do CTN determina que mediante intimação escrita, as instituições financeiras são obrigadas a prestar à autoridade administrativa informações com relação a bens, negócios ou atividades de terceiros. Mas, no seu parágrafo único, deixa bem claro que:

“A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão do cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.”

Ora, pelo **caput** do artigo 38 da Lei n. 4.595, de 31.12.1964, as instituições financeiras são obrigadas a conservar sigilo em suas operações e serviços prestados. Embora o artigo 8º da Lei n. 8.021/1990 autorize a autoridade fiscal a solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, isso só seria possível se já tivesse sido iniciado o procedimento fiscal e houvesse autorização judicial, o mesmo ocorre com a Lei n. 4.595/1964, artigo 38, §§ 5º e 6º. Os agentes fiscais só poderão examinar documentos, livros e registro de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e estas informações forem consideradas pelo Poder Judiciário como indispensáveis. Não podem eles, em procedimento administrativo e sem a autorização judicial, quebrar o sigilo bancário de ninguém.

Neste sentido, os Recursos Especiais n. 115.063-DF, julgado no dia 17.4.1998 e 163.405-RS, julgado no dia 17.4.1998, dos quais fui relator; 152.455-SP, DJ de 15.12.1997, Relator Ministro Hélio Mosimann; 37.566-5-RS, DJ de 28.3.1994, Relator Ministro Demócrito Reinaldo; 113.628-SP, DJ de 20.10.1997, Relator Ministro Adhemar Maciel; 71.180-PA, 25.029-SP, 30.794-PB. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que somente em casos excepcionais e quando se tornarem infrutíferos os esforços diretos do Exeqüente, admite-se a requisição, pelo juiz, das informações ao órgão público sobre a existência de bens do devedor. Neste sentido os Recursos Especiais n. 71.180-PA, DJ de 5.2.1996, Relator Ministro Barros Monteiro; 11.114-ES, DJ de 16.9.1991, Relator Ministro Eduardo Ribeiro; 84.581-MG, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 17.6.1996; 19.468; 28.067; 28.868; 30.794-0-PB, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 17.5.1993; 36.431-0-MG, DJ de 21.2.1994, Relator Ministro Fontes de Alencar.

Assim sendo, dou parcial provimento ao recurso apenas para excluir a multa.