

Jurisprudência da Segunda Turma

---



**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO  
RECURSO ESPECIAL N. 273.407 – CE**

(Registro n. 2000.0083881-0)

Relator: Ministro Franciulli Netto  
Embargante: Stela Maria Castelo Branco de Paula  
Advogado: Francisco Valentim de Amorim Neto  
Embargada: Caixa Econômica Federal – CEF  
Advogados: Gerson Schwab e outros  
Interessada: União

**EMENTA:** Embargos de declaração – Decisão monocrática em recurso especial – FGTS – Pretendida manifestação da Turma julgadora, acerca da forma que se dará a compensação da sucumbência na proporção do decaimento – Embargos rejeitados.

– Este colendo Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de assentar a premissa de que os “embargos declaratórios não servem como instrumento de consulta” (cf. EDcl no REsp n. 16.495-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJ de 31.8.1992).

– Assim, pois, é elementar que o Tribunal não está obrigado a responder a quesitos formulados pela parte, porquanto, é cediço que a decisão judicial volta-se para a composição de litígios, não se traduzindo em peça teórica ou acadêmica.

– Embargos rejeitados.

– Decisão por unanimidade de votos.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos declaratórios, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 25 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

---

Publicado no DJ de 11.3.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de embargos de declaração opostos por Stela Maria Castelo Branco de Paula, tendo por objeto sanar pecha que entende residir na decisão monocrática que julgou a questão referente à correção monetária dos saldos do FGTS.

Argumenta a parte-embargante, em apertada síntese, que em vista de a decisão impugnada ter determinado a sucumbência de acordo com a proporcionalidade tratada no artigo 21 do Código de Processo Civil, é de rigor a Turma julgadora “explicitar como dar-se-á a compensação na proporção do respectivo decaimento” (fl. 253).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Consoante se extrai dos autos, a decisão monocrática, ao prover parcialmente o recurso especial da Caixa Econômica Federal quanto aos índices de correção monetária dos saldos do FGTS, ao final, determinou que: “As partes arcarão com as verbas da sucumbência, incluídos os honorários advocatícios estabelecidos na origem, na proporção do respectivo decaimento” (fl. 248).

A Embargante, sob a alusão de existir dúvida a ser dirimida, opôs os presentes declaratórios, postulando que a Turma julgadora responda à seguinte consulta: Nos termos da dicção do artigo 21 do estatuto processual civil, como irá se dar a compensação na proporção do respectivo decaimento?

Ocorre, entretanto, que este colendo Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de assentar que os “embargos declaratórios não servem como instrumento de consulta” (cf. EDcl no REsp n. 16.495-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJ de 31.8.1992).

Na linha de raciocínio desse r. precedente, vigora, também, a assertiva de que “as indagações formuladas nos embargos sobre como devem proceder alguns dos postulantes não se incluem no âmbito dos declaratórios” (cf.

**Theotonio Negrão**, in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 32ª ed., Ed. Saraiva, 2001, São Paulo).

Assim, pois, é elementar que o Tribunal não está obrigado a responder a quesitos formulados pela parte, porquanto, é cediço que a decisão judicial volta-se para a composição de litígios, não se traduzindo em peça teórica ou acadêmica.

Diante disso, o procedimento quanto às verbas da sucumbência deve obedecer ao estabelecido na decisão monocrática hostilizada, que se não ressentida de omissão, obscuridade ou contradição.

Pelo que precede, rejeito os embargos de declaração.

---

---

## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.014 – MG

(Registro n. 99.0062888-8)

Relatora: Ministra Laurita Vaz  
Recorrente: Arcom Comércio, Importação e Exportação Ltda  
Advogados: Marcos Miranda e outros  
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais  
Impetrado: Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Minas Gerais  
Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais  
Advogados: Aridelco de Souza Peixoto e outros

**EMENTA:** Processo Civil – Recurso ordinário em mandado de segurança – Recolhimento do ICMS incidente sobre a compra de bens destinados ao consumo da empresa – Autoridade coatora – Indicação errônea do impetrado – Ilegitimidade passiva **ad causam** com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito – Procedência.

I – No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato lesivo impugnado.

II – Não sendo o ato impugnado da autoridade apontada como

coatora, verifica-se a sua ilegitimidade passiva **ad causam**, impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação.

III – Recurso conhecido, porém, desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 5 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

---

Publicado no DJ de 8.4.2002.

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela pessoa jurídica Arcom Comércio, Importação e Exportação Ltda, em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que julgou extinto o mandado de segurança impetrado pela Recorrente.

A parte-autora pleiteou no Tribunal de origem, por intermédio de ação mandamental, a concessão da segurança para que se confirme o seu direito líquido e certo ao crédito de ICMS, nas operações de circulação que envolvam a compra de produtos destinados ao uso e consumo, mencionados no procedimento tributário-administrativo (PTA n. 01.000104396-66), iniciado por auto de infração, que ao final foi julgado improcedente pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (fls. 71/75).

Em sua petição de **mandamus**, a ora recorrente apontou como autoridade coatora o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais (fls. 2/24).

O Órgão Colegiado **a quo**, verificando que a Autoridade-impetrada foi erroneamente indicada pela Impetrante, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil (fls. 186/190).

Contra-razões apresentadas às fls. 228/255, onde a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais sustenta a ilegitimidade passiva da Autoridade-impetrada.

Ouvida às fls. 265/266, a douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso.

É o breve relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

No mérito, entendo que há de ser desprovido o recurso.

Conforme o relatado, o irrepreensível acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de forma escorreita, dirimiu o litígio.

Entende-se por autoridade coatora o agente que, no exercício de atribuições do Poder Público, é o responsável pela prática do ato impugnado, contra quem se deve impetrar a ação mandamental.

Corroborar-se esta definição de autoridade impetrada, a lição do saudoso mestre **Hely Lopes Meirelles**, em sua obra Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e **Habeas Data**, Ed. Malheiros, 21ª ed., 1999, p. 55, **in verbis**:

“Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução.”

No caso em tela, o ato acoimado de lesivo foi o praticado pela autoridade pública que lavrou o auto de infração, e não pelo Secretário de Fazenda mineiro, uma vez que a Recorrente, em momento algum, noticiou nos autos qualquer outro ato da Autoridade-impetrada.

Com efeito, esse tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

“Ementa: Processual Civil. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Apreensão de mercadoria. Ausência de prova pré-constituída. Ilegitimidade passiva do Secretário de Finanças do Estado.

1. A pré-constituição da prova é requisito essencial ao mandado de segurança. Na hipótese, não tendo a autora comprovado a propriedade da mercadoria apreendida, a impetração era totalmente inviável.

2. *Autoridade coatora é a que pratica concretamente o ato impugnado.*

3. Recurso ordinário improvido.” (RMS n. 10.477-PB, Segunda Turma, rel. Min. Peçanha Martins, data de publicação no DJU: 13.11.2000, p. 136).

“Ementa: Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Contribuição previdenciária de servidores ativos. Desconto. Autoridade coatora. Indicação errônea.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra decisão proferida pelo egrégio Tribunal **a quo** que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, ante a ilegitimidade passiva das autoridades indicadas como coatoras (Governador do Distrito Federal), em ação objetivando a abstenção do desconto de 12% da contribuição previdenciária de servidores ativos.

2. *No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato dito lesivo. A dar azo à impetração, primordial que se verifique, no escalão ascendente, a autoridade responsável pela prática do ato e indicá-la como impetrada.*

3. O Chefe do Poder Executivo, em qualquer das esferas, não pode ser apontado como autoridade coatora em todas as ações mandamentais, visto que a estrutura administrativa é organizada de forma a que cada qual tenha um cargo e este as atribuições e responsáveis diretos por seus atos.

4. *No writ of mandamus, a ausência de indicação da autoridade que ordenou a prática do ato acarreta a ilegitimidade passiva, com a extinção da ação.*

5. Recurso desprovido.” (RMS n. 11.595-DF, Primeira Turma, rel. Min. José Delgado, data de publicação no DJU: 11.6.2001, p. 98) (destaquei).

Outrossim, não assiste razão à tese defendida pela parte, inconformada



de que o Secretário de Fazenda do Estado de Minas Gerais tem legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda, por ser o responsável pela fiscalização e controle de arrecadação do ICMS naquele ente federativo, vê-se que o inconformismo da Recorrente volta-se, na realidade, contra a decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, que não acolheu a impugnação do recorrente PTA n. 01.000104396-66 (fls. 71/75).

Ora, se o ato impugnado não é da autoridade apontada como coatora, correta a decisão da Corte **a quo**, que julgou extinta a ação, sem julgamento do mérito.

Ante o todo exposto, *nego provimento* ao presente recurso.

É como voto.

---

## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.824 – SP

(Registro n. 2000.0031798-5)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins  
Recorrente: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP  
Advogado: José Rogério Cruz e Tucci  
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Impetrado: Conselho Superior da Magistratura  
Recorrido: Estado de São Paulo  
Procuradores: Heloísa Pereira de A. Martins e outros  
Interessada: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo

**EMENTA:** Recurso ordinário – Mandado de segurança – Destruição física de processos – Provimento CSM n. 556/1997 – Nulidade.

Recurso ordinário conhecido e provido para declarar a nulidade do Provimento n. 556/1997 do Conselho Superior da Magistratura, por sua flagrante ilegalidade.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Laurita Vaz e Paulo Medina. Impedido o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 16 de abril de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

---

Publicado no DJ de 27.5.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Associação dos Advogados de São Paulo impetrou mandado coletivo, com pedido de liminar, contra o Provimento n. 556/1997, do Conselho Superior de Magistratura, regulamentando a destruição física de autos de processos arquivados há mais de cinco anos em 1ª instância, nas comarcas da capital e do interior do Estado, alegando a inconstitucionalidade e ilegalidade do referido ato, por afronta aos arts. 22, I, e 133 da CF, e às Leis n. 6.246/1975 e 8.159/1991.

O pedido de liminar foi parcialmente deferido para impedir, até o julgamento final do *writ*, incineração, destruição mecânica, transformação em aparas ou providência similar dos autos de processos judiciais, ainda que findo o prazo de cinco anos, contados da data do arquivamento, permanecendo em pleno vigor os demais atos preparatórios previstos no mencionado provimento.

O então Presidente do Tribunal de Justiça Estadual prestou informações sustentando a ilegitimidade ativa da Impetrante e a inadmissibilidade do reconhecimento de inconstitucionalidade do ato objurgado em mandado de segurança e, quanto ao mérito, pugnando pela denegação da segurança.

A Seccional da OAB de São Paulo requereu ingresso no processo como assistente litisconsorcial, ratificando todos os argumentos expendidos na inicial.

O Ministério Público do Estado manifestou-se pela rejeição das preliminares suscitadas nas informações e pela concessão da ordem.

O Tribunal de Justiça, por unanimidade, desacolheu as preliminares e, por maioria, denegou a segurança, pelos motivos constantes do acórdão de fls. 200/259, assim resumidos na ementa:

“Mandado de segurança impetrado por associação de advogados contra Provimento do Conselho Superior da Magistratura (n. 556/1997) que regulamenta a destruição física de autos de processos arquivados há mais de 5 anos nas comarcas da capital e do interior do Estado, fundado em alegações de inconstitucionalidade (artigos 133 e 22, I, da CF) e de ilegalidades (Leis n. 6.246/1975 e 8.159/1991). Preliminar de carência por ilegitimidade de parte ativa e por falta de interesse processual prejudicada pelo ingresso da OAB-SP no processo, como assistente litisconsorcial da Impetrante. Preliminar de inadequação da via procedimental eleita rejeitada, porque o Provimento CSM n. 556/1997 se afigura como ato administrativo de efeitos concretos, passível de mandado de segurança, em que o conhecimento da alegada inconstitucionalidade ocorre **incidenter tantum**. Segurança denegada, quanto ao mérito, porque o ato impetrado, que encerra norma administrativa de organização judiciária, não contém nenhuma das alegadas inconstitucionalidades e ilegalidades. Liminar cassada.”

Rejeitados os embargos declaratórios, a Impetrante manifestou o presente recurso ordinário, alegando violação aos arts. 22 e 133 da CF; 1<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup>, § 3<sup>o</sup>; 21, 23 e 25 da Lei n. 8.159/1991; e 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> da Lei n. 6.246/1975. Argüiu, ainda, a nulidade do acórdão por dele constar voto de desembargador declarado suspeito.

Oferecidas contra-razões, o MPE opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, o qual foi devidamente processado e remetido a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República emitiu parecer considerando inadmissível a argüição de nulidade, por suspeição de um dos julgadores, e sugerindo o provimento do recurso para que seja revogado, em sua totalidade, o Provimento n. 556/1997.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Destruição física de processos. Provimento CSM n. 556/1997. Nulidade.

Recurso ordinário conhecido e provido para declarar a nulidade do Provimento n. 556/1997 do Conselho Superior da Magistratura, por sua flagrante ilegalidade.

A questão foi amplamente debatida, seja no voto do ilustre Desembargador Álvaro Lazzarini, que conduziu a decisão majoritária (fls. 201/221), seja nos votos dissidentes dos ilustres Desembargadores Mohamed Amaro e Franciulli Netto, que hoje abrilhanta esta Corte (fls. 228/253 e 254/259), seja nos pronunciamentos dos representantes dos Ministérios Públicos Estadual e Federal (fls. 83/140 e 366/379), bem como dos doutos advogados que militaram nos autos, valendo transcrita a manifestação do saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, publicada na Folha de São Paulo de 25.6.1976, reproduzida na inicial:

“Graças a Deus, por escandaloso que pareça, foi louvável uma bruta ilegalidade cometida pelo Sr. Geisel, quando, em 16.6.1975, por mero ato do Executivo, suspendeu, sem cerimônia, um dispositivo de lei do Congresso, o artigo 1.215 do novo Código de Processo, que permitia a qualquer escrivão tocar fogo, destruir mecanicamente ou por outro meio adequado, os atos judiciais depois de cinco anos de arquivamento. O ato do Presidente, crime de responsabilidade, poderia metê-lo num processo de *impeachment*, mas salvou o Brasil de imensos prejuízos nascidos de uma tolice legislativa, oriunda de projeto do Executivo que a inadvertência do Congresso converteu em lei. O pecado formal e benemérito já está corrigido, porque a Lei n. 6.246, de 7.10.1975, suspendeu a vigência daquele asnático artigo 1.215 do CPC, sanando a falta de competência do Chefe da Nação para a providência drástica, mas oportuna e inteligente.

Sei bem que a construção de um edifício à prova de fogo para o arquivo custa infinitamente mais que a matança dos nefastos e tenazes cupins. Mas, a Nação não está tão pobre que não possa empregar uns poucos milhões nesta obra de investimento nacional, tanto mais quando gasta centenas de milhões, cada ano, em arapucas para repartições de terceira ordem em Brasília e por aí afora.

O edifício para um arquivo nacional não precisa ser edificado em mármore com frontaria de vidro fumê, móveis anatômicos, etc., etc.

Seus visitantes são austeros investigadores que aceitam até o piso de cimento e não se fatigam de ir a locais em rua de terrenos menos valorizados ...”

Esse lúcido e mordaz pronunciamento, a meu ver, permanece atual e diz tudo sobre a impropriedade do Provimento CSM n. 556/1997.

Do parecer em que o ilustre Procurador-Geral de Justiça, Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, opinou pelo deferimento da ordem, extraio os seguintes tópicos:

“Cumpre enfatizar, ademais, os riscos que a disciplina em exame acarreta para a execução definitiva dos julgados. Sabemos todos que essa atividade deve ser realizada, como regra, nos autos principais (Código de Processo Civil, art. 589). Assim, muito embora a destruição dos processos não implique a eliminação das sentenças e dos acórdãos – porquanto os registros nos livros cartorários permanecerão intactos –, a destruição dos autos em que as decisões foram proferidas dificultará e poderá tornar até mesmo inviável a execução desses títulos.

Basta figurar o caso em que o prazo de prescrição da execução – que é o mesmo prazo de prescrição da ação (Súmula n. 150 do STF) – ultrapasse os cinco anos posteriores ao arquivamento do feito. Tal hipótese pode facilmente ocorrer, pois os lapsos de prescrição previstos no Código Civil chegam a 20 anos (art. 177) e, de resto, não correm contra algumas pessoas, notadamente os absolutamente incapazes (art. 169, inciso I).

Nesse tema, conquanto se possa sustentar a admissibilidade de se promover uma execução sem os autos principais (só com base em uma certidão da sentença), a verdade é que não há texto expresso de lei que garanta esta alternativa para a execução de um título judicial, existindo, pelo contrário, o art. 289 do CPC, que expressamente reclama a subsistência dos autos primitivos.

Desse modo, há o fundado receio de que a execução com base em certidão da sentença ou do acórdão, fora dos autos principais, possa encontrar, futuramente, a respeitável oposição de alguns magistrados, reabrindo-se, assim, conflitos já pacificados. Portanto, o r. provimento em apreço pode, eventualmente, inviabilizar a execução de títulos ainda não prescritos, representando, indiretamente, uma redução dos

prazos prescricionais que ainda não tenham se escoado nos cinco anos posteriores ao arquivamento do feito, com a conseqüente vulneração das leis de regência da matéria.”

E prossegue com outras lúcidas considerações, inclusive sobre o perigo de ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (ver parecer de fls. 83/150).

O Subprocurador-Geral da República, Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, alinha vários argumentos em prol do acolhimento do recurso afirmando que o Provimento n. 556/1997 invadiu o âmbito de competência legislativa reservada exclusivamente à União Federal, ferindo o art. 22, I, da CF e, demais disso, ofendeu também o art. 133 da Constituição Federal, por não consultar previamente a classe dos advogados imprescindível à administração da Justiça. Por outro lado, citado provimento implica em subtrair a suspensão da eficácia do art. 1.215, CPC, determinada pela Lei n. 6.246/1975, até que a matéria seja disciplinada por lei especial, aludindo ainda à ADIn n. 1.919-8, de 20.11.1998, promovida pelo Procurador-Geral da República, cuja medida cautelar foi deferida pelo STF, suspendendo a eficácia do Provimento n. 556 até o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade.

Infringência da Lei n. 6.246/1975, ilegal o Provimento n. 556/1997.

À vista do exposto, acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, afasto a argüição de nulidade do acórdão por suspeição de um dos julgadores e concedo a segurança para declarar a nulidade do açodado provimento, por sua flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 122.069 – SP

(Registro n. 97.0015472-6)

Relatora: Ministra Eliana Calmon  
Recorrente: Frigorífico Barcel Ltda  
Advogada: Anna Lúcia da Motta P. C. de Mello  
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo  
Advogado: José Ramos Nogueira Neto

**EMENTA:** Processo Civil – Honorários advocatícios – Recurso especial pela letra c do art. 105, III, da CF/1988.

1. Recurso especial que não se conhece por inexistência de dissídio jurisprudencial.

2. A ementa do acórdão paradigma não contempla com perfeição a tese discutida no julgamento.

3. O cotejo analítico que se faz entre o acórdão impugnado e o paradigma demonstra a inexistência de divergência.

4. Recurso não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 6 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

---

Publicado no DJ de 25.2.2002.

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial, amparado na alínea c do permissivo constitucional, interposto contra acórdão proferido pelo TJSP que manteve a condenação cumulativa de honorários advocatícios nos processos de execução e embargos, assim resumido:

“Honorários advocatícios. Fixação de um percentual na execução por título extrajudicial e de outro na execução por título judicial. Cabimento. Recurso improvido.” (fl. 120).

Sustenta a existência de dissídio jurisprudencial quanto à aplicação do art. 20 do CPC, defendendo a tese de que há uma única sucumbência.

Apresentadas as contra-razões, subiram os autos.

Decidi monocraticamente, negando seguimento ao recurso, por estar o acórdão recorrido em consonância com precedentes da Corte Especial – EREsps n. 20.641-SP e 97.466-RJ, este último com a ementa seguinte:

“Honorários advocatícios. Embargos à execução. Única sucumbência.

Os honorários de advogado, arbitrados na execução, passam a depender da solução dos embargos. Procedentes estes, sucumbe o exeqüente, não prevalecendo o arbitramento dos honorários na execução.

Improcedentes os embargos ou ocorrendo desistência, permanece uma única sucumbência, posto tanto na execução como nos embargos, a questão é única: procedência ou não da dívida.

Embargos rejeitados.” (EREsp n. 97.466-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, por unanimidade, DJ de 21.6.1999, p. 68).

Entretanto, inconformada, agravou a Fazenda do Estado de São Paulo, argumentando que houve um equívoco na elaboração da ementa, pois houve rejeição dos embargos de divergência, prevalecendo o acórdão embargado, REsp n. 97.466-RJ, do teor seguinte:

“Honorários advocatícios. Execução. Embargos de devedor.

1. Podem ser fixadas verbas autônomas, no processo de execução e na ação de embargos.

2. A lei vigente determina a adoção de um critério de equidade para a estipulação da verba honorária na execução, embargada ou não.

3. Assim, estabelecida a verba em um ou nos dois processos, como se permite, o que interessa é atender ao juízo de equidade exigido na lei.

4. Na execução de título extrajudicial, embargada pelo devedor, é justo fixar, ordinariamente, como limite máximo total, abrangendo a execução e os embargos, o quantitativo de 20%, conforme já recomendado pela jurisprudência.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 97.466-RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, por unanimidade, DJ de 2.12.1996, p. 47.684).



Em juízo de retratação, determinei a inclusão em pauta do feito.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Verifica-se, examinando a certidão de julgamento dos EREsp n. 97.466-RJ, que a ementa não retrata a decisão proferida pela Corte Especial.

Tanto é verdade que a Corte Especial, posteriormente, baseou-se nos referidos embargos, para consagrar o entendimento de que é permitida a cumulação de honorários fixados no processo de execução e nos embargos do devedor, conforme demonstra o aresto a seguir transcrito:

“Processual Civil. Embargos de divergência. Processo de execução. Embargos do devedor. Natureza. Ação de conhecimento. Fixação de honorários advocatícios. Cumulação. Possibilidade. Jurisprudência uniformizada no âmbito da Corte Especial do STJ.

I – Mais do que mero incidente processual, os embargos do devedor constituem verdadeira ação de conhecimento. Neste contexto, é viável a cumulação dos honorários advocatícios fixados na ação de execução com aqueles arbitrados nos respectivos embargos do devedor. Questão jurídica dirimida pela Corte Especial do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 97.466-RJ.

II – Conhecimento e provimento dos embargos de divergência.” (EREsp n. 81.755-SC, rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, por unanimidade, DJ de 2.4.2001, p. 247).

Com estas considerações, estando o acórdão recorrido alinhado à jurisprudência desta Corte, não conheço do recurso especial pela alínea c, consoante o enunciado da Súmula n. 83-STJ.

É o voto.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 189.225 – RJ

(Registro n. 98.0069895-7)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Município do Rio de Janeiro  
Advogados: Miguel Grimaldi Cabral de Andrade e outros  
Recorrido: FLX Consultoria e Franchising Ltda  
Advogados: José Alfredo Ferreira Sabino e outros  
Sustentação oral: Lincoln Souza Chaves (pelo recorrido)

**EMENTA:** Tributário – ISS – *Franchising* ou contrato de franquia – Decreto-Lei n. 406/1968 – Lei n. 8.955/1994 – Precedentes.

– Não sendo o contrato de franquia uma simples prestação de serviço, mas de natureza complexa, não consta no rol das atividades especificadas pela Lei n. 8.955/1994, para fins de tributação do ISS.

– Em obediência ao princípio tributário que proíbe a determinação de qualquer tipo de fato gerador sem apoio em lei, não incide o ISS sobre as atividades específicas do contrato de franquia.

– Recurso especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, Laurita Vaz e Paulo Medina.

Brasília-DF, 4 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

---

Publicado no DJ de 3.6.2002.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado pelo Município do Rio de Janeiro, com fundamento na letra a do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual que, por unanimidade, negou provimento à remessa de

ofício e à apelação interposta pelo ora recorrente, nos autos da ação mandamental impetrada por FLX Consultoria e Franchising Ltda, objetivando eximir-se da cobrança do ISS sobre a concessão de franquias.

O v. acórdão rejeitou a preliminar de intempestividade da apelação e, quanto ao mérito, declarou a ausência de previsão legal de regras definidas de enquadramento tributário para a cobrança de ISS sobre contrato de franquia.

FLX Consultoria e Franchising Ltda e o Município-recorrente interpuseram embargos de declaração, alegando não ter sido examinada a questão, sob a ótica constitucional. Os embargos foram acolhidos tão-somente para acrescentar que o artigo 150, I, da CF, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Daí o recurso especial em que a ora recorrente alega ter o v. aresto violado o item 79 da lista a que se refere o artigo 8º do Decreto-Lei n. 406/1968, redação dada pela Lei Complementar n. 56/1987, quando não reconheceu que os serviços prestados pelo Recorrido constituem locação de bem móvel, sob o rótulo de franquia, o qual se enquadra na referida lista.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Contra-razões às fls. 348/365.

Ambos os recursos foram inadmitidos no Tribunal **a quo**. Contra o despacho denegatório do apelo especial foi interposto o cabível agravo de instrumento, a que dei provimento para destrancar o recurso dirigido a este egrégio Tribunal.

Dispensei o parecer do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Insurge-se o Município do Rio de Janeiro contra acórdão unânime proferido pelo Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro que, rejeitando a preliminar de intempestividade do recurso interposto pelo ora recorrente, manteve a sentença de 1º grau em reexame obrigatório e negou provimento ao apelo voluntário, em julgado assim ementado (fl. 311):

“Mandado de segurança. Juízo monocrático concede a ordem para o fim de reconhecer inexigível o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre contratos de franquia. Manutenção da ordem. Preliminar de intempestividade recursal rejeitada face ao recesso forense e a conseqüente suspensão dos prazos, *ex vi* do disposto no artigo 179 do Código de Processo Civil. No mérito, adoção do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal que reconhece a taxatividade da lista de serviços (Lei Complementar n. 56/1987) que acompanha o Decreto-Lei n. 406/1968. Necessário para a incidência do imposto, o enquadramento tributário do denominado *franchising* através de regras definidas, haja vista as características complexas que definem o contrato de franquia. Manutenção da sentença em reexame obrigatório. Conhecimento e improvimento do apelo voluntário.”

FLX Consultoria e Franchising Ltda opôs embargos de declaração objetivando o prequestionamento de tema constitucional.

Acolhidos e providos os aclaratórios para declarar que o art. 150, inciso I, da Constituição Federal veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça e esclarecer que o aresto embargado está fundamentado na legislação infraconstitucional.

Seguiu-se este recurso especial em que o Município-recorrente sustenta que os serviços prestados pela Empresa-recorrida constituem-se, fundamentalmente, em locação de bens móveis, “ainda que adornada de acessórios típicos da franquia”, estando, portanto, enquadrados “no item 79 da lista de serviços a que se refere o art. 8º do Decreto-Lei n. 406/1968, com a redação dada pela Lei Complementar n. 56/1987, que faz expressa referência à locação de bens móveis como sujeita ao ISS”.

A questão consiste em saber se os serviços prestados pela Empresa-recorrida estão ou não incluídos no item 79 da lista de serviços prevista no art. 8º do Decreto-Lei n. 406/1968 e constante da Lei Complementar n. 56/1987.

Entendeu o Tribunal **a quo** que a hipótese dos autos, como afirmado na sentença, é de contrato de franquia tipificado na Lei n. 8.955, de 15.12.1994. Contudo, sustenta ser “necessária a existência de regras definidas de enquadramento tributário, a exemplo do que ocorreu com o *leasing* ou arrendamento mercantil”.

Correto o **decisum** ao afirmar, ainda, julgando os embargos de

declaração opostos, a necessidade de lei complementar que estabeleça a exigência do ISS sobre os contratos de franquia.

Nada há que ser modificado nos arestos recorridos, em perfeita consonância com os precedentes sobre a matéria, dos quais destaco:

“Tributário. ISS. *Franchising*.

1. Franquia empresarial está conceituada no art. 2<sup>a</sup> da Lei n. 8.955/1994.

2. O referido contrato é formado pelos seguintes elementos: distribuição, colaboração recíproca, preço, concessão de autorizações e licenças, independências, métodos e assistência técnica permanente, exclusividade e contrato mercantil (**Adalberto Simão Filho**, *Franchising*, SP, 3<sup>a</sup> ed., Atlas, 1988, pp. 33/55).

3. Compreende-se dos elementos supra que o referido contrato é formado por três tipos de relações jurídicas: licença para uso da marca do franqueador pelo franqueado; assistência técnica a ser prestada pelo franqueador ao franqueado; a promessa e as condições de fornecimento dos bens que serão comercializados, assim como, se feitas pelo franqueador ou por terceiros indicados ou credenciados por este (**Glória Cardoso de Almeida Cruz**, em *Franchising*, Forense, 2<sup>a</sup> ed.).

4. É, portanto, contrato de natureza complexa, afastando-se da caracterização de prestação de serviço.

5. ISS não devido em contrato de franquia. Ausência de previsão legal.

6. Recurso da empresa provido por maioria.” (REsp n. 221.577-MG, DJ de 3.4.2000, rel. Min. Garcia Vieira).

“Tributário. ISS. *Franchising*. Decreto-Lei n. 406/1968. Lei n. 8.955/1994.

1. Acórdão **a quo** que julgou improcedente ação declaratória cumulada com repetição de indébito ajuizada pela recorrente, insurgindo-se contra a cobrança de ISS, ao argumento de não constar da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968 (art. 79) a prestação dos serviços de franquia, sendo indevidos os pagamentos que efetuou.

2. O art. 2<sup>a</sup> da Lei n. 8.955/1994 define o contrato de franquia do modo seguinte: ‘Franquia empresarial é o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de

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

3. O *franchising*, em sua natureza jurídica, é ‘contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e forma previstos em contrato de adesão’. (**Adalberto Simão Filho**, *Franchising*, São Paulo, 3ª ed., Atlas, 1998, pp. 36/42).

4. O conceito constitucional de serviço tributável somente abrange: ‘a) as obrigações de fazer e nenhuma outra; b) os serviços submetidos ao regime de direito privado não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune a imposto, conforme o art. 150, VI, a, da Constituição); c) que revelam conteúdo econômico, realizados em caráter negocial – o que afasta, desde logo, aqueles prestados a si mesmo, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo, etc.); d) prestados sem relação de emprego – como definida pela legislação própria – excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício) por não estar **in** comércio’. (**Aires F. Barreto**, *ISS – Não-Incidência sobre Franquia*, **in** *Revista de Direito Tributário*, Malheiros Editores, vol. n. 64, pp. 216/221).

5. ‘A franquia é um contrato complexo nessa acepção. É inviável nela divisar a conjugação de uma pluralidade de contratos autônomos (senão em acepção que será diante apontada), que se somam por justaposição. Não se trata da cumulação de contrato de cessão de marca com contrato de transferência de tecnologia e outros contratos, cada um com individualidade própria. Há um plexo de deveres impostos a ambas as partes, onde a transferência de tecnologia é indissociável da cessão do uso de marca e dos demais pactos. Esses deveres não são unilaterais, muito pelo contrário. Incumbe a ambas as partes a execução de inúmeras obrigações de fazer. Isso torna inviável a dissociação de obrigações de fazer, para fins de identificação de ‘prestação de serviço’. É impossível, aliás, definir quem presta serviço a quem, no âmbito do contrato de franquia, tal como é inviável apontar remuneração correspondente à prática de um dever específico. ... Por decorrência e

relativamente ao conjunto de atividades desenvolvidas pelas partes, em cumprimento aos plexos de deveres de fazer e de não fazer, previstos no contrato de franquia, não se caracteriza prestação de serviços. Nem o franqueado presta serviços ao franqueador, nem vice versa.' (**Marçal Justen Filho**, em artigo intitulado ISS e as Atividades de Franchising, publicado na Revista de Direito Tributário, Ed. Malheiros, vol. 64, pp. 242/256).

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

7. Recurso provido." (REsp n. 222.246-MG, DJ de 4.9.2000, rel. Min. José Delgado).

Adoto, portanto, o entendimento esposado pelo ilustre Ministro José Delgado nos votos proferidos que conduziram aos acórdãos acima referidos, cujas ementas transcrevi.

Aduz, ainda, o citado relator, ao concluir suas considerações no REsp n. 222.246-MG:

“ .....

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

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

Assim, não conheço do recurso.

## VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): 1. Discute-se neste especial,

relatado pelo Ministro Peçanha Martins, se as empresas de *franchising* estão sujeitas ao pagamento do ISS.

Na hipótese, temos como recorrida a empresa FLX Consultoria e Franchising Ltda.

2. O Relator concluiu o seu judicioso voto não conhecendo do recurso.

Para assim decidir, alinhou como razões:

a) correta aplicação do art. 2º da Lei n. 8.955/1994, dispositivo que conceitua franquia empresarial, como decidiu o TJRJ;

b) precedentes jurisprudenciais desta Corte.

3. Pedi vista porque não me senti segura para decidir a questão quanto à natureza jurídica do contrato de que se cuida.

Na análise que faço da questão, recorro ao artigo 2º da Lei n. 8.955/1994, o qual conceitua o contrato de franquia da seguinte forma:

“Franquia empresarial é o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”

Trata-se, portanto, de um contrato atípico, misto, bilateral, destinado a comercializar, produzir, distribuir produtos, mercadorias ou prestação de serviços dentro de um padrão contratualmente estabelecido.

A característica do *franchising* é a padronização do material ou serviço posto para comércio, bem assim um feixe de obrigações que não podem ser examinadas separadamente, mas, sim, dentro de um contexto do contrato complexo, de obrigações híbridas, mas único e, como tal, identificado.

O contrato de que se cuida exige, por parte da empresa franqueadora, licença para que o franqueado use a marca e sinais de propaganda, fornecimento de assistência técnica, inclusive especializada, prestação de serviços assemelhados, etc.

Identificada como uma sociedade civil com fins lucrativos, temos de classificar a empresa como comercial, prestadora de serviço ou mista.



Pelo objeto do contrato social, temos, sem dúvida, uma empresa prestadora de serviços.

A partir de tal investigação, parte-se para verificar se os serviços de *franchising* estão incluídos na lista de serviços do Decreto-Lei n. 406/1968, sabendo-se que só há incidência do ISS caso figure a atividade preponderante na listagem que acompanha o decreto-lei, sendo certo que nesta busca não se pode ver uma, ou duas das obrigações, mas, sim, os encargos contratuais em sua inteireza, não se podendo olvidar que é taxativa a lista de serviços, embora comporte interpretação ampla e analógica como decidiu o STF no RE n. 75.952-SP.

Contudo, é preciso cautela, para que não se faça analogia extensiva, sem respeito aos “marcos normativos”, em obediência ao princípio da legalidade (art. 150, I, CF/1988) e ao óbice do art. 108, § 1º, do CTN.

Dentro dos limites até aqui traçados, temos que o *leasing* foi considerado por este Tribunal sujeito ao ISS (Súmula n. 138).

Do mesmo modo, os contratos de licença para utilização e uso de marca foram considerados também sujeitos ao ISS, conforme precedente desta Turma, no REsp n. 63.847, relatado pelo Ministro Peçanha Martins (DJU de 19.5.1997).

Na lista de serviços da Lei Complementar n. 56, de 15.12.1987, consta no item 48:

“Agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia (*franchise*) e de faturação (*factoring*) excetuando-se os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central.”

Assim, tenho como incidente o imposto de que se cuida por disposição legal expressa, sem necessidade de fazer sequer interpretação analógica.

Com estas considerações, pedindo vênias ao Relator, dele discordo, para conhecer do recurso do Município do Rio de Janeiro, dando-lhe provimento.

“Ementa: Contrato de *franchising*. Cessão de marca e prestação de serviços. Contrato híbrido e autônomo. ISS. Lista de serviços. Taxatividade.

O contrato de franquia não se confunde com nenhum outro

contrato, porquanto possui delineamentos próprios que lhe concederam autonomia. Ainda que híbrido, não pode ser configurado, sobretudo, como a fusão de vários contratos específicos.

Conquanto o contrato de franquia também encerre uma cessão de marca, não pode ser cindido de forma tal que o Imposto sobre Serviços incida tão-somente na parte que envolva a cessão de uso de marca.

Em verdade, o item 48 não deixa dúvidas acerca do âmbito de incidência do ISS, de sorte que, apenas nas hipóteses de efetiva ocorrência de agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia, ocorreria a incidência do ISS.

O ISS incide, apenas e exclusivamente, nas operações de agenciamento, corretagem ou intermediação no contrato de franquia e não sobre o contrato de franquia em si considerado.

Impende lembrar, outrossim, que o contrato de franquia celebrado por FLX Consultoria e Franchising Ltda, constante da fl. 28, não deixa dúvidas de que a Recorrida celebrou o contrato na condição de franqueadora e não intermediadora.

Recurso especial não conhecido.”

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial interposto pelo Município do Rio de Janeiro, com arrimo no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra *v. acórdão* proferido pelo egrégio Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, que considerou necessária a “existência de regras definidas de enquadramento tributário, a exemplo do que ocorreu com o *leasing* ou arrendamento mercantil” (fl. 316), para que ocorresse a hipótese de incidência do Imposto sobre Serviços – ISS.

O Recorrente fundamenta sua irresignação na negativa de vigência ao Decreto-Lei n. 406/1968, com redação dada pela Lei Complementar n. 56/1987, uma vez que os serviços prestados pela recorrida – FLX Consultoria e Franchising Ltda – seriam caracterizados como locação de bem móvel, visto que configuram verdadeira cessão de uso de marca (artigo 48 do Código Civil) e, em decorrência, estariam enquadrados no item 79 da lista de serviços a que se refere o artigo 8º do Decreto-Lei n. 406/1968.

No que pertine à referida lista de serviços, alega, outrossim, que deve

ser interpretada de forma extensiva e, seguindo a trilha dessa argumentação, afirma que o tratamento dado ao *leasing* ou arrendamento mercantil por esta egrégia Corte Superior (Súmula n. 138), antes de sua inclusão na lista de serviços, assemelha-se, em muito, ao que deveria ser dado ao *franchising*.

Após o voto do eminente relator, Ministro Francisco Peçanha Martins, no sentido de não conhecer do recurso especial, seguiu-se o pedido de vista da ilustre Ministra Eliana Calmon que, posteriormente, em seu voto-vista, posicionou-se pelo conhecimento do recurso.

Faz-se necessária, em um primeiro momento, uma análise ontológica acerca do contrato de franquia em si, ou seja, suas características intrínsecas.

Nos termos do artigo 2º da Lei n. 8.955/1994:

“Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o *direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços* e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.” (grifo não original).

Com a Lei n. 8.955/1994, o legislador erigiu o contrato de franquia à categoria de contrato típico. Trata-se, em espécie, de um negócio jurídico pelo qual uma determinada pessoa concede a outra o direito de explorar sua marca, comercializar seus produtos ou de terceiros, bem como de prestar serviços de forma contínua e com o fornecimento de assistência técnica, comercial e publicitária, inclusive. Dessa forma, pode ser caracterizado como um contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo, temporário (de prazo), típico e, em geral, de adesão.

Segundo **Sérgio Pinto Martins**, o objeto do contrato de *franchising* ou franquia é a “cessão do uso da marca, que pode ser cedida em conjunto ou não com o produto, ou o título do estabelecimento ou nome comercial. É comum haver prestação de assistência técnica do franqueador ao franqueado”. (Manual do Imposto sobre Serviços, 3ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2000, p. 117). **Caio Mário da Silva Pereira** ensina que são dois os elementos do contrato de franquia: “o primeiro é a licença de utilização de

marca, de nome, e até de insígnia do franqueador. O segundo, a prestação de serviços de organização e métodos de venda, padronização de materiais (...)” (Instituições de Direito Civil, vol. III, 10<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 337). Assim, resta evidente que o objeto do contrato de franquia, *além da cessão do uso de marca, envolve também a prestação de serviços pelo franqueador ao franqueado.*

Dessa forma, no que diz respeito à sua natureza jurídica, pode ser classificado como um contrato híbrido e autônomo. Não se confunde com nenhum outro contrato, porquanto possui delineamentos próprios que lhe concederam autonomia. Ainda que híbrido, não pode ser configurado, sobretudo, como a fusão de vários contratos específicos. Eis, então, o motivo pelo qual esta colenda Corte Superior não pode estender o tratamento concedido ao *leasing* ao contrato de *franchising* ou franquia.

Ante tais considerações, nos termos do entendimento colacionado pelo recorrente – Município do Rio de Janeiro –, os serviços prestados pela Recorrida seriam caracterizados como locação de bens móveis, de modo que se enquadrariam no item 79 do artigo 8<sup>o</sup> da lista de serviços constante do Decreto-Lei n. 406/1968.

É de bom conselho, em benefício da clareza, transcrever o item 79 supra-referido:

“Locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil.”

Não há confundir o *franchising* com locação de bens móveis ou arrendamento mercantil. Conforme ficou sedimentado, contudo, anteriormente, o contrato de franquia é um contrato autônomo e complexo, ou seja, não há falar tão-somente na cessão de marca ou da prestação de serviços, de forma isolada.

Ocorre, em verdade, um conjunto de atividades abarcadas pelo contrato de franquia, sem que se possa conceber a preponderância de uma atividade em detrimento de outra. Permitir a primazia da cessão de marca em face da prestação de serviço, **data maxima venia**, significa transformar o contrato de franquia em contrato de locação e, seguindo esse raciocínio, conceder preeminência à prestação de serviços em face da cessão de marca importa em transfigurar o contrato de franquia em contrato de prestação de serviços. Nos termos do entendimento esposado, pertinente é a lição de **Marçal Justen Filho**:

“Não é possível concentrar o enfoque do contrato de franquia no ângulo da cessão de marca ou na questão da transferência de tecnologia ou na promessa de futuros contratos. A franquia se constrói pela soma desses diversos ângulos. Não se trata de mera soma ou justaposição de uma série de contratos – cada qual com existência jurídica autônoma e independente –, mas do entrelaçamento de distintos deveres, para um contrato uno, ainda que não simples.

Afirma-se, desse modo, a impossibilidade de dissociação dos diversos ângulos do contrato, para fins de consideração jurídica. Nem há como privilegiar um ângulo específico do contrato de franquia, para reconhecer-lhe a condição de núcleo fundamental da contratação.

A unidade da causa do contrato de franquia impede a dissociação da avença em uma pluralidade de subcontratos. A função econômico-jurídica da contratação é preenchida através da contratação em seu todo. Não se trata, por isso, de coligação simples, mas de complexidade contratual.” (ISS e as Atividades de Franchising, *in* Revista de Direito Tributário, n. 64, Malheiros Editores, p. 250).

Em outras palavras, embora o contrato de franquia também encerre uma cessão de marca, em que pese as razões do Recorrente, *não pode ser cindido de forma tal que o Imposto sobre Serviços incida tão-somente na parte que envolva a cessão de uso de marca*. Caso prepondera a tese de que o contrato de franquia é a junção esquizofrênica e artificial de vários contratos, e que a cessão de uso de marca ou a prestação de serviços goza de certa evidência, estar-se-ia admitindo a absurda possibilidade de sujeitar apenas uma parte do contrato suso mencionado à incidência do ISS.

Ora, o contrato de franquia não pode ser qualificado como uma espécie de contrato de locação, pois que configura um contrato complexo, autônomo e não subordinado a nenhuma outra figura contratual.

A Constituição Federal de 1988, no que concerne ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, compreendido no artigo 156, IV, de competência municipal, estabeleceu, como hipótese de incidência desse tributo, a prestação, realizada por pessoa jurídica ou física, de serviços constantes da lista anexa à Lei Complementar n. 56/1987, que regulamentou os Decretos-Leis n. 406/1968 e 834/1969.

Conforme a lição de **Mário Dino Bueno Torres**:

“O aspecto primordial para a incidência do fato tomado como

gerador do imposto é o caráter oneroso da prestação de serviços, efetuados com habitualidade e de forma autônoma, configurando-se a base de cálculo do gravame, genericamente, o preço do serviço, que é o valor bruto, sem dedução alguma do total auferido pelo fornecimento do trabalho. Sobre esse incide a alíquota para se chegar ao **quantum debeatur.**” (Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – Franchising – Não-Incidência à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), *in* Revista Forense, ano 91, outubro/novembro/dezembro de 1995, p. 423).

Com efeito, nos termos em que foi construído o presente sistema constitucional de distribuição e delimitação de competências tributárias, os Municípios somente poderão criar impostos sobre os fatos que estiverem compreendidos pelo conceito de serviço definido pela própria Constituição.

Assim, com os préstimos do Direito Privado, poder-se-ia dizer que o conceito de serviço envolve uma obrigação de fazer, i.e., a prestação de alguma atividade a outrem. De pronto, imperiosa e inequívoca é a conclusão de que o ISS somente pode incidir sobre as obrigações de fazer realizadas pelo próprio indivíduo. **Aires F. Barreto** acrescenta que o conceito constitucional de serviço circunda-se em uma “prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime de direito privado, tendente à obtenção de um bem material ou imaterial” (ISS – Não-Incidência sobre Franquia, *in* Revista de Direito Tributário, n. 64, Malheiros Editores, p. 220). Em suma, eis mais um argumento para fortalecer a tese de que não incide o ISS na cessão de uso de marca ou direitos. Não obstante, por mais que afirme o Recorrente que a lista de serviços mereça interpretação extensiva, ainda que seu conteúdo seja taxativo, jamais seria possível alcançar o sentido por ele pretendido, tendo em vista que seria necessária uma criação legislativa por parte do hermenêuta. Novamente, oportuno é o escólio de **Aires F. Barreto**.

“Tão flagrante se revela a distância entre franquia e prestação de serviços que, nem mesmo os mais empedernidos e ferrenhos fiscalistas, elaboradores da nova lista de serviços, ousaram nela incluir essa modalidade de cessão de direitos.” (p. 223).

(...)

Nos contratos em que o franqueado dá assistência técnica, essa tarefa é mera atividade-meio e não atividade-fim. É dizer, é requisito, insumo, condição, da condição, da atividade-fim: franquia. Não se

pode confundir assistência técnica, enquanto atividade-meio, com assistência técnica como atividade-fim. O Imposto sobre Serviços só pode alcançar atividades-fim, jamais atividades-meio.” (ISS – Não-Incidência sobre Franquia, in Revista de Direito Tributário, n. 64, Malheiros Editores, p. 224).

Nem se sufrague, **data venia**, o entendimento no sentido de que, com fundamento no item 48 da lista de serviços, não existe sequer necessidade de interpretação analógica para que ocorra a incidência do ISS.

Nos termos do artigo 8º do Decreto-Lei n. 406/1968:

“O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.”

Em seguida, conforme dispõe o item 48 da lista de serviços, o ISS incide sobre:

“Agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia (*franchise*) e de faturação (*factoring*), excetuando-se os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central.”

Em verdade, o item 48 não deixa dúvidas acerca do âmbito de incidência do ISS, de sorte que, apenas nas hipóteses de efetiva ocorrência de agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia, ocorreria a incidência do ISS. Dessa forma, o ISS incide, apenas e exclusivamente, nas operações de agenciamento, corretagem ou intermediação no contrato de franquia e não no contrato de franquia em si considerado. Outro não é o entendimento da doutrina sobre o tema:

“O agente ou intermediário entre as empresas que faz o *franchising* e a empresa franqueada a que auferir comissão para tanto é que será o contribuinte do ISS, sendo devido o imposto sobre o preço de seu serviço. Não se tributa a taxa cobrada do franqueador ao franqueado pelo uso da marca ou serviço ou *royalty*, mas a comissão pela intermediação, corretagem, agenciamento de contratos de franquia. O valor recebido pelo intermediário a título de comissão é que será tributado pelo ISS.” (Sérgio Pinto Martins, Manual do Imposto sobre Serviços, 3ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2000, p. 121).

“O referido item 48 é claro ao dispor que a incidência do ISS ocorre quando exista efetivamente o ‘agenciamento, a corretagem ou a intermediação’ dos contratos de franquia (*franchising*) e de faturação (*factoring*).

(...)

Assim, enquadrar o contrato de *franchising* no item 48 da lista parece-nos descaracterizar a própria intenção da lei, em querer tributar com o ISS aqueles contratos, desde que agenciados por terceiros e não diretamente pelo franqueador.” (Mário Dino Bueno Torres, Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – Franchising – Não-Incidência à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), in Revista Forense, ano 1991, outubro/novembro/dezembro de 1995, p. 425).

Em resumo, o questionamento realmente pertinente para a hipótese dos autos é: *FLX Consultoria e Franchising Ltda atua como agenciadora, intermediadora ou corretora em contratos de franquia?*

Com a devida **venia**, a Recorrida não atua como agenciadora, intermediadora ou corretora de contratos de franquia, uma vez que a Recorrida “é ainda titular de um conjunto de conceituadas marcas comerciais depositadas ou registradas no INPI (...) e tem por objetivo social a exploração de franquia comercial, incluindo a licença de uso de marcas, expressões ou sinais de propaganda e fornecimento de assistência técnica e de tecnologia especializada nessas atividades, relacionadas à venda a varejo de produtos de perfumaria, cosméticos, higiene, vitaminas e acessórios em geral, fabricados exclusivamente por fornecedores previamente autorizados e credenciados” (cf. petição inicial – fl. 2; cláusula II do contrato social – fl. 20 e contrato de franquia – fl. 28).

Por fim, é imperioso lembrar que o contrato de franquia celebrado pela empresa FLX Consultoria e Franchising Ltda com Florinda Harue Shinotsuka, constante da fl. 28, não deixa dúvidas de que a Recorrida celebrou o contrato na condição de franqueadora e não intermediadora.

Assim, pois, não evidenciada qualquer violação à Lei Complementar n. 56/1987 e ao artigo 8º do Decreto-Lei n. 406/1968 e os itens 48 e 79 da lista de serviços desse diploma processual, acompanho o voto do ilustre Ministro Peçanha Martins.

É como voto.



## RETOMADA DE JULGAMENTO RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Sr. Presidente, peço vênia para manter o meu voto porque, como disse, no meu entender, a lista é taxativa: **numerus clausus**. De sorte que, no caso dos autos, uma vez que a empresa é titular da marca, não pode ser, a um tempo, titular e agenciadora; titular e intermediária.

Então, não há previsão legal para a incidência desse tributo, mas sempre com o respeito que merece a posição contrária da Sra. Ministra Eliana Calmon.

## RENOVAÇÃO DE JULGAMENTO RETIFICAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Presidente): Srs. Ministros, proferi voto-vista, por escrito, no primeiro julgamento, divergindo do Sr. Ministro-Relator. Entretanto, fui levada a uma interpretação do item 48 da lei complementar, que hoje verifico que fiz um exame errôneo. Por isso mesmo, vou-me retratar da conclusão do meu voto – sinto-me na obrigação de o ler, até para esclarecimento dos fatos aos novos participantes do julgamento.

Minha atenção veio a partir do voto do Sr. Ministro Franciulli Netto, que fez um exaustivo exame, inclusive do item 48 da lista de serviços da Lei Complementar n. 56, e também agora pela complementação feita no voto do Sr. Ministro-Relator e pela sustentação oral do eminente Advogado. Dizia eu, e é o que se discute neste recurso especial, sobre as empresas *franchising* que estão sujeitas ao pagamento do ISS.

Na hipótese, temos como recorrida a empresa FLX Consultoria e Franchising Ltda e o Relator concluiu por não conhecer do recurso, porque entendeu correta a aplicação do art. 2º da Lei n. 8.955, dispositivo que conceitua a franquia empresarial como decidiu o Tribunal. Trouxe precedentes desta Corte no mesmo sentido.

Pedi vista, porque não me senti segura para decidir. Comecei a fazer uma análise a partir do art. 2º da Lei n. 8.957, de 1994, que conceitua o contrato de *franchising*. Mas esse não é o problema. Trata-se de um contrato atípico, bilateral, misto, destinado a comercializar, produzir, distribuir, etc., produtos, mas me ative, depois de todo esse exame da legislação e precedentes, a uma situação: na lista de serviços da Lei Complementar n. 56, consta o item 48, que diz “agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos

de franquia e de faturação, excetuando-se os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco do Brasil”.

Assim, dizia eu, tenho como incidente o imposto de que se cuida por disposição legal. Porque entendi que, na hipótese, seria o agenciamento do contrato de *franchising*.

Entretanto, verifiquei, depois do voto do Ministro Franciulli Netto, que, na hipótese, não se trata de agenciamento do *franchising*; é a própria empresa que está intermediando essa venda, e não está usando como *franchising*. Neste caso, foge-se, porque não se aplica à hipótese o item 48 da lista de serviços que acompanha a Lei Complementar n. 56.

Por isso, em decorrência de inexistir a incidência, na hipótese, do item 48, não tenho como enquadrar nessa lista de serviços, e não enquadrando na lista de serviços, naturalmente que não é devido o imposto.

Daí porque retifico o meu voto para acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 243.241 – RS

(Registro n. 99.0118464-9)

Relator: Ministro Franciulli Netto  
Recorrente: Fazenda Nacional  
Procuradores: Dolizete Fátima Michelin e outros  
Recorrido: Killing S/A Tintas e Solventes  
Advogados: Renato Lauri Breunig e outro

**EMENTA:** Incidente de uniformização de jurisprudência – Proposta formulada pela parte após o julgamento do recurso especial – Opção da suscitante em não ajuizar embargos de declaração, em razão de escolher suscitar o incidente – Rejeição da proposta.

– O pedido de instauração de uniformização de jurisprudência, como incidente que é, não possui natureza de recurso até porque, se assim fosse considerado, acabaria por configurar um recurso oficial quando a provocação emanasse de magistrado. De igual forma,

perde a característica de recurso o incidente se a promoção decorrer de pedido da parte, uma vez que “recursos são apenas os de que trata o Título X do Livro I e os embargos de declaração disciplinados nos arts. 464 e 465. Todos eles constituem remédios utilizáveis para impugnação, no mesmo processo, de decisão já proferida. Aqui, ao contrário, cogita-se de ‘pronunciamento prévio do tribunal’, isto é, de pronunciamento que o tribunal emite antes de julgar” (cf. **José Carlos Barbosa Moreira**, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Ed. Forense, p. 16).

– Configurado que o intuito da suscitante não é um pronunciamento prévio do tribunal, mas, sim, que a Corte rejulgue, por meio do incidente, o que já foi objeto de pronunciamento pela colenda Segunda Turma.

– Proposta de instauração de incidente de uniformização de jurisprudência não acolhida.

– Decisão por unanimidade.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, retificando-se a decisão do julgamento da sessão do dia do dia 12.6.2001, por unanimidade, não acolher a proposta de instauração de incidente de uniformização de jurisprudência, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 20 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

---

Publicado no DJ de 18.2.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência, requerido por Killing S/A Tintas e Solventes, com

arrimo nos artigos 118 e seguintes do Regimento Interno deste colendo Superior Tribunal de Justiça e artigo 476 do estatuto processual civil. O objeto do presente pedido de instauração de incidente de uniformização de jurisprudência está centrado em tornar uniforme o posicionamento adotado pela douta Segunda Turma, no sentido de que o “instituto da denúncia espontânea, previsto no art. 138 do CTN, abrange também as obrigações acessórias, tais como a entrega de Declaração de Contribuição e Tributos Federais – DCTF” (fl. 260).

Aduz a parte-suscitante que, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 243.241-RS, julgado em 15.6.2000, cujo relator foi o subscritor deste, a Turma julgadora, sem discrepância de votos, entendeu por bem considerar que a entrega intempestiva da declaração de imposto de renda configura infração formal, a afastar a incidência do artigo 138 do Código Tributário Nacional, que alberga a figura da denúncia espontânea. Entretanto, alega que esse não foi o entendimento esposado pela mesma colenda Segunda Turma, quando, em 27.6.2000, foi levado a efeito o julgamento do Recurso Especial n. 208.101-PR, relatado pelo ilustre Ministro Peçanha Martins.

Diante disso, pontifica a Suscitante que “a fim de que não haja interpretação equivocada, é mister registrar que a Recorrente, inobstante tenha oposto embargos declaratórios, haja vista que aquele remédio processual tem cabimento **in casu**, suscita o presente incidente para que esta colenda Turma defina se o julgado em comento é divergente daquele retro-ementado, e se é, qual a interpretação aplicável, na medida em que a divergência sobre o mesmo tema é clarificante” (fl. 254). Registra, ainda, que “após uma análise minuciosa, verifica-se certa confusão nos relatórios e votos de ambos os julgados, motivo pelo qual há oposição simultânea de embargos de declaração no que concerne ao julgado ora guerreado. Senão, vejamos. No julgamento atacado, o relatório fala que o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região afastou a multa moratória na entrega atrasada da Declaração de Contribuição e Tributos Federais – DCTF. O relato, portanto, representou com fidelidade a realidade dos fatos, porquanto realmente os documentos fiscais entregues pela Requerente, extemporaneamente, foram as denominadas DCTFs”. (fl. 255).

Determinada a ouvida da Requerente acerca da oposição dos embargos de declaração mencionados na petição que suscitou o incidente, sobreveio manifestação no sentido de que “não foram opostos embargos

declaratórios, pois que entendeu, num último momento, pela apresentação exclusiva do incidente de uniformização de jurisprudência” (fl. 366).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): O artigo 476 do estatuto processual civil prevê a hipótese de instauração de incidente de uniformização de jurisprudência, dispondo sobre a necessidade de um pronunciamento prévio do Tribunal acerca de interpretação do direito quando “verificar que, a seu respeito, ocorre divergência” e, bem assim, se “no julgamento recorrido a interpretação for diversa da qual lhe haja dado outra Turma, Câmara, Grupo de Câmaras ou Câmaras Cíveis Reunidas” (incisos I e II).

O parágrafo único do dispositivo processual em comento estabelece que:

“Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer fundamentadamente, que o julgamento obedeaça ao disposto neste artigo.”

A par da previsão contida no dispositivo legal suso mencionado, não há perder de vista que a provocação da instauração do incidente encerra verdadeira faculdade processual conferida à parte, da qual o órgão julgador não fica vinculado.

Feita essa observação, o pedido de instauração de uniformização de jurisprudência, como incidente que é, não possui natureza de recurso até porque, se assim fosse considerado, acabaria por configurar um recurso oficial quando a provocação emanasse de magistrado. De igual forma, perde a característica de recurso o incidente se a promoção decorrer de pedido da parte, uma vez que “recursos são apenas os de que trata o Título X do Livro I e os embargos de declaração disciplinados nos arts. 464 e 465. Todos eles constituem remédios utilizáveis para impugnação, no mesmo processo, de decisão já proferida. Aqui, ao contrário, cogita-se de ‘pronunciamento prévio do tribunal’, isto é, de pronunciamento que o tribunal emite antes de julgar” (cf. **José Carlos Barbosa Moreira**, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Ed. Forense, p. 16). Nessa linha de pensamento é o magistério de **Sydney Sanches** e de **Vicente Greco Filho** (cf., respectivamente, *Uniformização de Jurisprudência*, Ed. RT, pp. 18/19, e *Direito Processual Civil Brasileiro*, 11ª ed., atualizada, Ed. Saraiva, p. 372).

No particular, patenteadas algumas peculiaridades que circundam a proposta de instauração do incidente de uniformização de jurisprudência, ou seja, faculdade processual da parte em postulá-la, ausência de vinculação do órgão julgador e, também, dessemelhança com os recursos previstos no Código de Processo Civil, verifica-se que a pretensão deduzida pela Suscitante reclama oportunidade e conveniência.

Essa assertiva decorre da circunstância de que o momento processual reservado para a parte suscitar o incidente, nos termos do artigo 476 do Código de Processo Civil, se verifica “até o início do julgamento, em petição avulsa, nas razões de recurso ou até em sustentação oral” (cf. **Vicente Greco Filho, op. cit.**, p. 373). Infere-se, pois, que, antes do julgamento do recurso, o tribunal deverá emitir um pronunciamento, isto é, a parte solicita um pronunciamento prévio da Corte, a fim de que “julgue matéria pertinente a recurso interposto contra alguma decisão. Para julgar o recurso, teria o órgão competente de resolver a **quaestio iuris**, escolhendo uma dentre as possíveis interpretações da regra jurídica, a fim de aplicá-la à espécie” (cf. **José Carlos Barbosa Moreira, op. cit.**, p. 17).

A hipótese dos autos não autoriza sequer conhecer do pedido de uniformização de jurisprudência, pois o intuito da Suscitante não é um pronunciamento prévio do tribunal, mas, sim, que a Corte rejulgue, por meio do incidente, o que já foi objeto de pronunciamento pela colenda Segunda Turma.

Em sendo assim, a pretensão deduzida demonstra que a Suscitante elegeu o incidente de uniformização de jurisprudência como sucedâneo de recurso, meio inoportuno para reforma de tese já julgada.

Mais a mais, a própria Suscitante torna evidente o caráter recursal que pretende atribuir ao presente incidente quando consigna que “não foram opostos embargos declaratórios, pois que entendeu, num último momento, pela apresentação exclusiva do incidente de uniformização de jurisprudência” (fl. 366).

A título de mero reforço, cumpre reiterar que o cabimento do incidente de uniformização de jurisprudência se verifica quando solicitado um pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando “no julgamento recorrido a interpretação for diversa da qual lhe haja dado outra Turma, Câmara, Grupo de Câmaras ou Câmaras Cíveis Reunidas”. **In specie**, além da pecha acima referida, as decisões questionadas não são oriundas de *outra* Turma julgadora, como determina o dispositivo legal.

Diante desse contexto, configurada está a inadequação da via eleita pela suscitante, a afastar a conveniência e oportunidade exigida para apreciação do incidente de uniformização.

Posto isso, sob qualquer ângulo, não merece acolhida a proposta de instauração de incidente de uniformização de jurisprudência.

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 315.165 – SP

(Registro n. 2001.0037453-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon  
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo  
Advogados: Margarida Maria Pereira Soares e outros  
Recorrida: Cavep – Caçapava Veículos e Peças Ltda  
Advogados: Paulo de Tarso Fortini e outros  
Sustentação oral: Lenise Haiter (pelo recorrido)

**EMENTA:** Processo Civil – Mandado de segurança – Efeito declaratório.

1. A jurisprudência desta Corte sedimentou entendimento quanto à natureza declaratória do mandado de segurança.

2. A compensação do ICMS no regime de substituição tributária para frente é tese consagrada na jurisprudência, discutindo-se apenas a viabilidade do mandado de segurança.

3. Na hipótese, semelhante ao previsto na Súmula n. 213-STJ, tem-se entendido que por via do **mandamus** declara-se simplesmente a possibilidade de compensação dos créditos do ICMS recolhidos “a maior”.

4. Recurso especial improvido.

## ACÓRDÃO

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

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 16 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

---

Publicado no DJ de 18.2.2002.

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJSP que assegurou à empresa Cavep Caçapava Veículos e Peças Ltda o aproveitamento dos créditos no regime de substituição tributária, relativos ao recolhimento “a maior” do ICMS pelo substituto, conforme o disposto no art. 100, § 7<sup>a</sup>, da CF/1988 e legislação estadual, sem as limitações impostas pelo Decreto n. 41.643/1997.

Inconformada, a Fazenda do Estado de São Paulo alega, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, além de dissídio jurisprudencial com as Súmulas n. 266, 271, 546 e 269 do STF que foram violados os seguintes artigos:

- a) 1<sup>a</sup> da Lei n. 1.533/1951; 267, IV e VI, e 333, I, do CPC, defendendo a falta de direito líquido e certo, a necessidade de dilação probatória e a inadequação da via eleita por possuir o pedido caráter normativo;
- b) 17 do Convênio ICM n. 66/1988, que autoriza o regime de substituição tributária nos moldes estabelecidos pelo Estado;
- c) 109 do CTN, ao argumento de que não se pode impor ao Fisco prejuízo pela diminuição do valor da base de cálculo, procedimento adotado pela empresa em seu próprio interesse;
- d) 166 do CTN, sob o entendimento de que o mandado de segurança não é ação de cobrança;
- e) 99 e 194 do CTN, aduzindo que os Estados têm competência para legislar e cobrar impostos no regime de substituição tributária;
- f) 111, III, e 113, § 2<sup>a</sup>, do CTN, devido à utilização dos arts. 247 e 248 do RICMS por analogia, e
- g) 515 do CPC, sob a alegação de que houve supressão de instância,



uma vez que o Tribunal de Apelação examinou o mérito, tendo a sentença determinado a extinção do processo com base no art. 267, VI, do CPC.

Inadmitido o recurso especial na origem, foi dado parcial provimento ao agravo interposto desta decisão, estando restrito o exame do especial ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951 e ao dissídio com as Súmulas n. 269 e 271 do STF, relativamente ao cabimento do mandado de segurança e os seus efeitos patrimoniais.

Convolado o agravo em recurso especial, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Estando restrito o exame do especial ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951 e ao dissídio com as Súmulas n. 269 e 271 do STF, relativamente ao cabimento do mandado de segurança e os seus efeitos patrimoniais, passo ao exame do recurso.

Preliminarmente, justifico o enfoque único a ser dado neste recurso, em razão do parcial provimento do agravo de instrumento que ensejou a subida deste especial.

Ao admitir em parte o especial, por um dos fundamentos, preclusa ficou a abordagem dos demais argumentos, não renováveis no juízo de conhecimento, como tem proclamado a jurisprudência desta Corte, conforme espelham as ementas que transcrevo:

“Processo Civil. Agravo contra inadmissão de recurso especial. Provimento parcial. Preclusão dos temas desacolhidos no agravo. Execução. Competência. Transação não homologada. Título executivo extrajudicial. Arts. 575, II, e 583, CPC. Início da execução perante o mesmo juízo do processo de conhecimento. Inexistência de prejuízo para o devedor. Finalidade de satisfação do credor, de modo mais econômico para o processo e menos oneroso para o devedor. Não-reconhecimento de nulidade. Recurso desacolhido.

I – O provimento em parte do agravo interposto contra a inadmissão do recurso especial restringe o conhecimento da Turma à matéria ainda não decidida, uma vez havida a preclusão quanto aos demais temas.

II – (...)

III – (...)

IV – (...)

V – (...)

VI – (...)

VII – (...).” (REsp n. 234.385-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, Quarta Turma, unânime, DJ de 14.8.2000).

“Processual Civil. Recurso especial. Agravo provido somente em parte. Preclusão da matéria não impugnada. Limitação da discussão no especial. Possibilidade. **Reformatio in pejus**. Vedação. Embargos parcialmente acolhidos.

I – O provimento em parte do agravo interposto contra inadmissão do especial restringe o conhecimento da Turma a matéria ainda não decidida, estando preclusos os demais pontos não impugnados pelo ‘agravo interno’.

II – O recorrente único não pode ter sua situação agravada, sob pena de ofensa à regra da **reformatio in pejus**.” (EDcl no REsp n. 106.038-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, Quarta Turma, DJ de 19.5.1997).

“Recurso especial. Agravo regimental. Provimento em parte. Efeitos. A decisão do relator, dando provimento em parte ao agravo de instrumento e determinando o processamento do recurso especial apenas por um dos seus fundamentos, limita o âmbito do recurso a ser examinado pela Turma, cujo julgamento vai se restringir a matéria ainda não decidida. Preclusão da matéria, se não interposto recurso daquela decisão.” (EDcl no REsp n. 58.055-RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, por maioria, DJ de 20.5.1996).

“Processual Civil. Embargos declaratórios. Omissão inexistente. Provimento em parte de agravo de instrumento. Efeitos.

O provimento parcial do agravo de instrumento, por decisão do Ministro-Relator, desembaraçando o exame do recurso especial, mas apenas no atinente a alguns de seus fundamentos, restringe a análise do recurso especial a esses tópicos ainda não decididos, ocorrendo a preclusão quanto aos demais pontos, se não tiver sido interposto agravo regimental.

Embargos rejeitados.” (EDcl no REsp n. 196.024-MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, unânime, DJ de 21.2.2000).

Assim, em relação à abordagem remanescente, guardo reservas quanto à utilização do mandado de segurança para o fim colimado.

Entretanto, como é este um Tribunal de precedentes, rendo-me à posição majoritária, que sinaliza para a utilização do **mandamus**, como, aliás, já o fizera em questão semelhante, compensação e que levou à edição da Súmula n. 213-STJ:

“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

Rendendo-me também à jurisprudência da Corte, na questão específica do ICMS pago “a maior” pelo substituto tributário, trago à colação detalhado precedente da Primeira Turma que bem espelha a controvérsia:

“Tributário e Processual Civil. Mandado de segurança. Declaração de compensação de ICMS. Substituição tributária para frente. Comercialização de veículos automotores. Base de cálculo estabelecida por estimativa maior que a real. Acórdão sustentado em preceitos constitucional (art. 150, § 7º, da CF/1988) e local (Lei paulista n. 6.374/1989). Impossibilidade de ser apreciada a questão de fundo em sede de recurso especial. Alegativa de ausência de direito líquido e certo repelida. Art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

1. Vislumbra-se, da atenta leitura ao inteiro teor do voto-conduutor do aresto impugnado, que há, unicamente, fundamentos de natureza constitucional e de direito local a sustentarem a conclusão assumida pelo Tribunal **a quo** na linha de que merece ser ressarcida a impetrante do ICMS recolhido a maior, corrigido monetariamente, o que torna inviável a apreciação do especial em relação a este ponto.

2. A ofensa ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951, fundamentada na ausência de direito líquido e certo, deve ser repelida, pois da inicial claramente se infere que o objeto do **mandamus** não é discutido valor exato dos créditos, que poderão ser a qualquer tempo impugnados pelo Fisco, mas, tão-somente, o reconhecimento do direito à compensação e à sua atualização monetária, razão pela qual deve ser confirmado o aresto recorrido quando afastou a extinção do processo sem julgamento do mérito (arts. 267, IV e VI, do CPC).

3. Objetiva, pois, esta ação mandamental a ‘declarar’, tão-somente, o direito da impetrante à restituição/compensação dos valores de ICMS

recolhidos a maior. Nesse sentido, o Verbete Sumular n. 213, deste Tribunal, segundo o qual ‘o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária’.

4. O mandado de segurança não se presta para substituir a ação de cobrança (Súmula n. 269-STF) objetivando obrigar o Estado a devolver imposto recolhido a maior em razão da substituição tributária onde o tributo é calculado por estimativa; e também não é permitida, em sua sede, dilação probatória, devendo a prova da ilegalidade ou abuso de poder ser constituída previamente nos autos.

5. O direito ora declarado abrange o período da impetração em diante, em face do entendimento jurisprudencial de que o mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais para o período anterior à sua propositura. Súmula n. 271-STF.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.” (REsp n. 309.759-SP, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, DJ de 13.8.2001).

Assim sendo, não há o que alterar no acórdão impugnado, razão pela qual nego provimento ao recurso da Fazenda.

É o voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 331.980 – PA

(Registro n. 2001.0086789-1)

Relatora: Ministra Eliana Calmon  
Recorrente: Estado do Pará  
Procuradores: Fábio Theodoro Ferreira Goes e outros  
Recorrida: Xerox do Brasil Ltda  
Advogados: Antonino Maia da Silva e outros

**EMENTA:** Processual Civil – Recurso especial – Violação ao art. 535 do CPC – Inexistência de prequestionamento – Reexame de provas – Fundamentação deficiente.

1. Não viola o art. 535 do CPC acórdão que rejeita os embargos declaratórios por buscar o embargante o re julgamento da querela.

2. Dispositivos não prequestionados no aresto recorrido (Súmula n. 282-STF).

3. Teses defendidas no especial que demandam o revolvimento do contexto probatório dos autos (Súmula n. 7-STJ).

4. Não-indicação de dispositivos legais que leva à aplicação da Súmula n. 284-STF, pela deficiente fundamentação do especial neste ponto.

5. Recurso especial não conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília-DF, 18 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

---

Publicado no DJ de 18.2.2002.

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: O Tribunal de Justiça do Estado do Pará, julgando mandado de segurança impetrado contra o Secretário de Estado da Fazenda, decidiu em acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. A simples transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular não enseja tributação por ICMS.

Tempestivo o **mandamus** impetrado no 120<sup>a</sup> dia, na forma prevista no art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

A autoridade coatora é o Secretário da Fazenda e não o Procurador-Geral do Estado, pois é aquele que impulsiona todos os atos dos funcionários de sua Secretaria, sendo, portanto, a autoridade competente para corrigir ilegalidades.

As provas foram pré-constituídas como exige o **mandamus**, afastando a produção de provas apontada pela autoridade coatora.

Preliminares rejeitadas à unanimidade.

Segurança concedida à unanimidade.” (fl. 381).

Após ter rejeitados seus embargos de declaração, interpôs o Estado do Pará o presente recurso especial, com fulcro na letra **a** do permissivo constitucional, alegando violação aos arts. 2º, 267 e 535 do CPC, e 6º e 18 da Lei n. 1.533/1951.

Após as contra-razões, subiram os autos, por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Em preliminar, analiso a suposta violação ao art. 535 do CPC, por sua prejudicialidade em relação aos demais itens do recurso.

O Tribunal-recorrido rejeitou os embargos declaratórios por entender terem eles natureza infringente, posição que comungo, quando se verifica que buscou o então embargante, na verdade, nova análise da querela, pleiteando, inclusive, revolvimento da prova dos autos.

Observa-se que o acórdão impugnado bem fundamentou seu entendimento, quer na prova pré-constituída trazida aos autos, quer na doutrina, quer na jurisprudência, reafirmando suas convicções no voto dos embargos declaratórios, motivo pelo qual não vislumbro ofensa ao art. 535 do CPC.

Ultrapassado este ponto, verifica-se que, dos dispositivos apontados no especial, o art. 6º da Lei n. 1.533/1951 e o art. 2º do CPC não foram prequestionados, incidindo a Súmula n. 282-STF.

Quanto às teses do Recorrente em torno da carência de ação, ausência de pressupostos processuais e decadência, amparadas no art. 267 do CPC, e art. 18 da Lei n. 1.533/1951, dessume-se que não merecem elas guarida, pois decidiu o acórdão recorrido com fulcro nos documentos trazidos aos autos, inexistindo abstração de tese jurídica que venha a ensejar o pronunciamento desta Corte em relação à interpretação e uniformização do Direito Federal, configurando-se, na verdade, mera tentativa de reexame de provas, obstado pela Súmula n. 7-STJ.

Finalmente, discorre o Estado do Pará em suas razões recursais quanto à inexistência de direito líquido e certo, à constitucionalidade do Convênio ICMS n. 66/1988 e à legalidade dos autos de infração, sem indicar, entretanto, quais dispositivos teriam sido agredidos pelo acórdão recorrido, patenteando-se, desta forma, a deficiente fundamentação do especial neste ponto, motivo pelo qual merece aplicação a Súmula n. 284-STF.

Ademais, o Tribunal **a quo**, ao julgar o mérito da querela, consagrou seu entendimento na Súmula n. 166 desta Corte, que destaca:

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

Com estas considerações, não conheço do recurso especial.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 412.484 – RS

(Registro n. 2002.0017562-7)

Relator: Ministro Franciulli Netto  
Recorrente: União  
Recorrida: Indústria e Comércio de Erva Mate Galpão Ltda  
Advogados: Délcio Pedro Rabuske Back e outro

**EMENTA:** Recurso especial – Apelação julgada deserta – Preparo realizado no prazo legal – Mero equívoco na indicação da parte-recorrente – Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas – Ausência de omissão no acórdão atacado.

Não há no acórdão recorrido qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal de origem apreciou toda a matéria recursal devolvida.

O processo é instrumento e “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima em função dos fins a que se destina” (**Cândido Rangel Dinamarco**, in *A Instrumentalidade do Processo*, 2ª ed., revista e atualizada, Ed. RT, p. 206).

Dessa forma, regularmente intimada para recolher e comprovar o recolhimento do preparo relativo ao recurso de apelação, nos termos dos artigos 511 do Código de Processo Civil, e 14, inciso II, da Lei n. 9.289/1996, promoveu a recorrida a juntada do comprovante dentro do prazo legal, identificando sua petição com o número do processo.

O equívoco relativo ao nome da parte-recorrente não pode servir de mote para a não-apreciação do recurso de apelação.

Recurso especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília-DF, 16 de abril de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

---

Publicado no DJ de 1.7.2002.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial interposto pela União, com fundamento no art. 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Processual Civil. Recebimento de recurso. Comprovação de pagamento. Equívoco na transcrição do nome da parte na petição e na guia de recolhimento. Número do processo correto.

Mesmo que a parte tenha apresentado petição em nome de outrem, estranho à relação processual, estando nela transcrito o número correto do processo, bem como na guia de recolhimento correspondente, deve-se prestigiar os princípios jurídicos da efetividade e da



instrumentalidade, sob pena de prejuízo irreparável à parte, para o fim de que seja recebido o recurso de apelação por ela interposto e anteriormente julgado deserto.” (fl. 47).

Em embargos de declaração, assim se pronunciou o douto Colegiado **a quo, verbis**:

“Embargos de declaração. Cabimento. Prequestionamento. Rejeição.

A lei processual define com clareza as hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios. Excluídas tais, não há falar em embargos de declaração, nem tendo amparo jurídico os interpostos com o fim de prequestionamento, quando a questão foi abordada nas razões do **decisum**, visto que desnecessária a menção expressa dos dispositivos legais comentados.” (fl. 59).

Alega a Recorrente, inicialmente, que, diante da rejeição dos embargos de declaração, estaria ferido, de plano, o disposto no artigo 535, II, do Código de Processo Civil. Afirma, ainda, que “a decisão proferida pelo egrégio TRF-4ª Região, reformando o entendimento monocrático que julgou deserto o recurso, infringiu o que expressamente dispõe o artigo 511 do CPC, negando-lhe vigência em valorização de um erro” (fl. 64).

Nas contra-razões, requer a parte contrária, em preliminar, o não-conhecimento do recurso, pela ausência de prequestionamento e, no mérito, pelo seu não-provimento (fls. 70/73).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Inicialmente, convém observar que, conquanto não tenha o acórdão recorrido citado expressamente os dispositivos legais em que se fundamentou, está presente o prequestionamento da lei federal objurgada (Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal), entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada.

De qualquer sorte, desassiste razão à Recorrente.

Não há no acórdão recorrido qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal de origem apreciou toda a matéria

recursal devolvida, como se verifica da leitura dos vv. acórdãos do agravo de instrumento e dos embargos declaratórios.

Sobreleva notar que ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, e tampouco destina-se a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a **res in iudicium deducta**, o que se deu, no caso ora em exame.

Ainda que assim não fosse, sequer apontou a Recorrente em que ponto teria sido o acórdão recorrido omissivo, limitando-se a afirmar, genericamente, que, em razão da rejeição dos embargos, estaria ferido, “de plano, o que dispõe o artigo 535, II, do CPC” (fl. 64).

No que tange à alegada violação ao artigo 511 do Código de Processo Civil, impende considerar, inicialmente, que, como se sabe, no dizer de **Cândido Rangel Dinamarco**, o processo é instrumento e “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina” (cf. *A Instrumentalidade do Processo*, 2ª ed., revista e atualizada, Ed. RT, p. 206).

Dessa forma, regularmente intimada para recolher e comprovar o recolhimento do preparo relativo ao recurso de apelação, nos termos dos artigos 511 do Código de Processo Civil, e 14, inciso II, da Lei n. 9.289/1996, promoveu a Recorrida a juntada do comprovante dentro do prazo legal, identificando sua petição com o número do processo (fls. 18/19).

O equívoco relativo ao nome da parte-recorrente, é certo, levou o eminente magistrado de 1ª instância a julgar deserto o recurso, por não ter sido cadastrada corretamente a petição. Tal circunstância, todavia, não pode servir de mote para a não-apreciação do recurso de apelação, diante da evidência de ter a Recorrente realizado o preparo e comunicado ao juízo no prazo legal. Não ocorreu, assim, **in casu**, irregularidade no preparo, mas, apenas, deficiência na indicação do recurso ao qual ele se referia.

Diante do exposto, não conheço do presente recurso especial.

É como voto.