

Jurisprudência da Segunda Turma

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL
N. 151.308 — SP (1997/0072756-4)

Relator: Ministro Castro Meira

Embargante: Fazenda Nacional

Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Embargado: Eduardo Lima Machado

EMENTA

Processo Civil. Recurso especial. Embargos de declaração. Erro material na ementa. Cabimento.

1. Apesar de a ementa não integrar a decisão colegiada, esta Corte admite a interposição de embargos de declaração para sanar eventual equívoco contido no sumário do acórdão caso exista a possibilidade de prejuízo à correta compreensão do decisório.

2. Malgrado a Fazenda Nacional tenha postulado a retificação da ementa após seis meses da publicação do mesmo, está fora de dúvida que, havendo erro material na decisão (art. 463, I, do CPC), pode o juízo a qualquer tempo, independentemente de provocação, proceder à correção, mesmo após o trânsito em julgado.

3. Acolhimento dos embargos tão-somente para afastar erro material contido na ementa do acórdão, nos seguintes termos: onde se lê Fazenda Nacional, leia-se Fazenda Pública.

4. Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: A Fazenda Nacional requer a correção de inexatidão material contida na ementa do acórdão exarado pela Segunda Turma deste Tribunal, nos seguintes termos:

“Ministério Público. Ilegitimidade. Execução. Pena de multa imposta em processo criminal.

Legalmente legitimada a Fazenda Nacional, o Ministério Público é parte ilegítima para promover a execução de pena de multa resultante de condenação em processo-crime” (fl. 74).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Recebo a petição da Fazenda Nacional como embargos de declaração.

Apesar de a ementa não integrar a decisão colegiada, esta Corte admite a interposição de embargos de declaração para sanar eventual equívoco contido no sumário do acórdão caso exista a possibilidade de prejuízo à correta compreensão do decisório. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

“Recurso especial. Violação ao art. 535, I, do CPC. Descompasso entre ementa e acórdão. Contradição. Divergência. Transcrição de ementa.

1. A ementa não integra a decisão colegiada, prevalecendo o conteúdo desta, sendo, no caso de descompasso entre uma e outra, admissível o recurso de embargos de declaração em havendo possibilidade de prejuízo para a exata compreensão do acórdão. Precedentes do STJ.

2. Na demonstração da divergência mediante simples transcrição de ementa de acórdão, resta inviabilizada a verificação da identidade ou semelhança das hipóteses em confronto, mesmo porque ‘a ementa não integra a decisão colegiada’.

3. Recurso não conhecido.”

Quanto à tempestividade, malgrado a Fazenda Nacional tenha postulado a retificação da ementa após seis meses da publicação do mesmo, está fora de dúvida que, havendo erro material na decisão (art. 463, I, do CPC), pode o juízo a qualquer tempo, independentemente de provocação, proceder à correção, mesmo após o trânsito em julgado. Nesse sentido está o seguinte precedente:

“Processo Civil — Execução de sentença — Honorários advocatícios —

Alegado erro material em decisão proferida pela Suprema Corte — Competência para a correção.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o erro material não transita em julgado, podendo ser corrigido a qualquer tempo pelo juiz ou Tribunal de onde se originou a decisão.

2. Anulação do processo de execução **ab initio**, para que o juiz da causa remeta, por ofício, o processo de execução para o STF, a fim de corrigir possível erro material, se assim entender.

3. Recurso especial prejudicado” (REsp n. 508.356/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 15.12.2003).

Sendo assim, *acolho os embargos de declaração*, tão-somente para afastar erro material contido na ementa do acórdão de fl. 74, nos seguintes termos: onde se lê Fazenda Nacional, leia-se Fazenda Pública.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 246.062 — SP (2000/0006158-1)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: José Carlos Capel Cortez

Advogados: Adauto Faria da Silva e outros

Recorrido: Banco Central do Brasil

Advogados: Francisco Siqueira e outros

EMENTA

Processo Civil — Recurso especial. Pedido de desistência do recurso — Posterior retratação — Irrelevância — Extinção do procedimento recursal.

— A desistência do recurso interposto produz efeitos desde logo e prescinde de homologação, bastando, para tanto, um pronunciamento judicial declaratório desses efeitos que provêm de ato unilateral da parte recorrente. Se pode inferir, assim, que, em face dos efeitos que exsurgem da desistência do recurso, não há espaço para posterior retratação. Ensi-namento doutrinário e precedente da Primeira Turma.

— A barreira intransponível à retratação é a coisa julgada, matéria de ordem pública.

— Em vista do pedido de desistência do recurso especial, declaro extinto o procedimento recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar extinto o processo, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 20 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 06.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial, ajuizado por José Carlos Capel Cortez, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Carta Política, tendo por objeto a integral reforma do v. acórdão oriundo do colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ementa está vazada nos seguintes termos:

“Tributário. Correção monetária. Poupança. Lei n. 8.024/1990. Legitimidade passiva. Banco Central do Brasil e banco depositário.

1. O egrégio Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido da legitimidade passiva do Banco Central do Brasil — Bacen, nas ações de cobrança de correção monetária de ativos financeiros bloqueados (REsp n. 47.598-8 e REsp n. 52.789-9, DJ de 19.12.1994, pp. 35.311 e 35.314).

2. A legitimidade para creditar e calcular a correção monetária nas contas de poupanças derivadas de planos econômicos, contudo, persiste do banco depositário (REsp n. 200.514-2, RS, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, j. 27.08.1996).

3. Assim, devem figurar no pólo passivo da demanda, a instituição financeira depositária, em face do vínculo contratual, e o Banco Central do Brasil, em função de sua intervenção, diante da jurisprudência reportada.

4. O exercício do **ius imperium** em decorrência da Lei n. 8.024/1990, legitima o Bacen no pólo passivo, a teor de orientação do STJ, mas não exclui a garantia contratual do credor, consubstanciada na presença do depositário no pólo passivo, pois sua exclusão infringiria os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito não podem ser alcançados pela legislação superveniente.

5. Pólo passivo que deve ser integrado pelo Bacen e banco depositário, diante da existência de litisconsórcio necessário unitário. Precedente da doutrina.

6. Remessa oficial, tida como ocorrida, parcialmente provida. Apelações prejudicadas” (fl. 127).

Argumenta o recorrente, em síntese, que o v. acórdão impugnado não merece subsistir, tendo em vista o seguinte: “A) feriu o art. 128 do Código de Processo Civil, confundindo litisconsórcio necessário com litisconsórcio alternativo, facultativo ou eventual; B) contrariou a posição já pacífica do Superior Tribunal de Justiça, para o qual a instituição financeira particular é parte ilegítima para a lide, devendo integrá-la apenas o Banco Central o Brasil” (fl. 138). Dessa feita, postula o recorrente seja acolhido o presente recurso especial, com a conseqüente anulação do v. julgado da Corte de origem.

Ausentes as contra-razões, sobreveio r. decisão da egrégia Vice-Presidência do colendo TRF da 3ª Região, admitindo o recurso especial.

O recorrente houve por bem apresentar desistência do presente recurso e; ao depois, abdicou de seu pleito, tendo em vista a decisão deste Sodalício no sentido de que o Bacen deve responder pela correção monetária dos valores retidos (EREsp n. 167.544, DJ de 09.04.2001).

O Bacen, por sua vez, consignou que não cabe retratação de pedido de desistência, de modo que seus efeitos se produzem desde logo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): De início, é de bom conselho investigar se o pedido de desistência do recurso especial, formulado pela recorrente, tem a virtude de obstar a retratação.

Acerca da desistência de recurso, disciplina o Código de Processo Civil que “o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso” (art. 501). Desse dispositivo processual, pode-se inferir que a desistência do recurso não se sujeita a condição nem termo.

José Carlos Barbosa Moreira conceitua a desistência do recurso como o “ato pelo qual o recorrente manifesta ao órgão judicial a vontade de que não seja julgado, e portanto não continue a ser processado, o recurso que interpusera” (cf. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 11ª edição revista e atualizada, Forense Editora, volume V — arts. 476 e 565, Rio de Janeiro, 2003).

No caso em apreço, repita-se, a parte recorrente postulou a desistência do recurso especial com base no artigo 501 do Diploma Processual e, bem assim, o retorno dos autos ao MM. Juízo de 1ª grau. Ao depois, a pretexto de que este Superior Tribunal de Justiça mudou a jurisprudência em favor de sua tese, retratou-se da pretensão anterior e pediu pela continuidade dos atos processuais para que o seu recurso especial fosse julgado.

Consoante se observa do artigo 501 da Lei Processual, o pedido de desistência do recurso pode ocorrer a qualquer tempo, isto é, no período que compreende a interposição até o momento que antecede o julgamento do recurso.

O referido lapso temporal foi observado pela parte recorrente. O que deve ser dirimido, porém, é se a circunstância de não ter sido homologada a desistência, confere o direito de a parte desistente se retratar de seu pedido.

O efeito do pedido de desistência do recurso pode ser extraído do comando previsto no artigo 158 do Código de Processo Civil. Estabelece o dispositivo em comento que “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”. Do parágrafo único, constata-se a exigência de homologação quando a hipótese for de desistência da ação.

No que toca à desistência do recurso, contudo, essa providência não é necessária. A esse respeito vem a calhar, uma vez mais, os ensinamentos de **Barbosa Moreira**, no sentido de que “o órgão judicial, tomando conhecimento da desistência do recurso e verificando-lhe a regularidade, simplesmente declarará extinto o procedimento recursal...” (ob. cit., pp. 332/333). Em outra oportunidade, com a mesma acuidade, adverte o Professor e Desembargador do Estado do Rio de Janeiro que “a desnecessidade da homologação não significa exclusão de toda e qualquer atuação do juiz (ou tribunal). É óbvio que este há de conhecer do ato e exercer sobre ele o normal controle dos atos processuais em geral. A diferença em relação às hipóteses de ato dependente de homologação reside em que, nestas, o pronunciamento judicial tem natureza constitutiva, acrescenta algo de novo, e é ele que desencadeia a produção dos efeitos, ao passo que, aqui, toda a eficácia remonta à desistência, cabendo tão-só ao juiz ou ao tribunal apurar se a manifestação de vontade foi

regular e — através de pronunciamento meramente declaratório — certificar os efeitos já operados” (ob. cit. p. 333).

A barreira intransponível à retratação é a coisa julgada, matéria de ordem pública.

Nessa quadra, conclui-se que a desistência do recurso interposto produz efeitos desde logo e prescinde de homologação, bastando, para tanto, um pronunciamento judicial declaratório desses efeitos, provenientes de ato unilateral da parte recorrente. Pode-se inferir, assim, que, em face dos efeitos que exsurgem da desistência do recurso, não há espaço para posterior retratação.

Aliado aos ensinamentos doutrinários acima reproduzidos, o colendo Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o tema, nos termos de v. julgado oriundo da colenda Primeira Turma, relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 02.08.1993, cuja ementa encontra-se assim redigida:

“Processual Civil. Recurso. Desistência. Desnecessidade de homologação. Impossibilidade de retratação frente aos imediatos efeitos da desistência. Extinção do procedimento recursal. Inaplicação de norma regimental de homologação (art. 34, IX, RISTJ). Arts. 3º, 158 e 501, CPC.

1. A desistência regularmente manifestadora, não comportando condição ou termo, independente do recorrido, salvo para franquear recurso diverso (princípio da fungibilidade), opera efeitos processuais imediatos, inexistente recurso pendente, propiciando a coisa julgada, óbice a eventual retratação (arts. 158 e 501, CPC).

2. Surgindo “fato superveniente” de natureza administrativa, compete ao administrador averiguar da sua aplicação (Lei n. 8.186/1991) a individualizada situação funcional (Lei n. 8.186/1991). Se, para tanto, não for manifestada resistência da Administração Pública, falta o litígio gerador do legítimo interesse de agir judicialmente (art. 3º, CPC).

3. Conhecida a desistência, declara-se extinto o procedimento recursal, certificando-se o trânsito em julgado do acórdão recorrido” (grifos não-originais).

Pelo que precede, em vista do pedido de desistência do recurso especial, declaro extinto o procedimento recursal.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 253.980 — MG (2000/0031581-8)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Município de Belo Horizonte

Procuradores: Cristiana Rodrigues Gontijo e outros

Recorrida: MN Empreendimentos e Participações Ltda

Advogados: Márcia Portella Rabello e outros

EMENTA

Prazo para a impetração de mandado de segurança — Intempestividade de recurso administrativo — Início do transcurso — Recurso especial provido.

Em que pese ao v. acórdão recorrido ter concedido significativa primazia à premissa atinente ao início do prazo decadencial de impetração do *writ*, o que deveria ocorrer somente após a publicação da decisão administrativa, impende seja analisada antecipadamente a premissa referente à tempestividade do recurso administrativo.

Mediante o exame acurado dos autos, constata-se que a recorrida tomou ciência da emissão da guia de recolhimento do ITBI em 17.06.1996, de modo que o prazo para a interposição de recurso administrativo com o escopo de impugnar o lançamento iniciou em 18.06.1996 e terminou em 17.07.1996 (fls. 28/29). Destarte, considerando que a ora recorrida interpôs o recurso administrativo somente em 14.08.1996, cerca de trinta dias após o decurso do prazo, escoreita a decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal ao julgá-lo intempestivo.

Ora, a última observação realizada por **Hely Lopes Meirelles** é de salutar relevância, uma vez que, **in casu**, o recurso administrativo não fora regularmente interposto, afinal, sobreveio a declaração de sua intempestividade. Dessarte, com esteio na pacífica jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, “interposto intempestivamente o recurso administrativo, cumpre considerá-lo como não apresentado, devendo o prazo para impetração de mandado de segurança iniciar-se após trinta dias da data em que teve ciência o contribuinte do auto de infração” (REsp n. 239.575/BA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 06.05.2002, p. 248).

Caso a premissa pertinente à tempestividade do recurso administrativo fosse verdadeira, irretocável estaria o v. acórdão recorrido. Por

outro lado, reconhecida a sua intempestividade, urge seja refutado o r. provimento jurisdicional proferido pelo egrégio Tribunal **a quo**, porquanto desconsiderou tal aspecto do recurso administrativo.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 19.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Município de Belo Horizonte, com amparo no artigo 105, III, alínea **a** da Constituição Federal, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo entendimento fora construído no sentido de que a impetrante somente teve oportunidade de impugnar ato lesivo a seu direito líquido e certo após a decisão proferida em sede de recurso administrativo.

Compulsando-se pormenorizadamente os autos, constata-se que a ora recorrida impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor de Departamento de Rendas Imobiliárias do Município de Belo Horizonte, bem como de seu Prefeito, em virtude do indeferimento do pedido de imunidade tributária relativa ao imposto de transmissão inter vivos, lançado por ocasião da incorporação de bens imóveis dos sócios para a formação do capital social da pessoa jurídica.

Concedida a segurança pelo Juízo de primeiro grau, a Fazenda Pública Municipal interpôs recurso de apelação, mediante o qual alegou, preliminarmente, o transcurso do prazo decadencial de cento e vinte dias e, no mérito, a impossibilidade de caracterização da imunidade tributária do ITBI.

Confirmada a sentença em reexame necessário, o egrégio Tribunal **a quo** ressaltou que, além da não-configuração do decurso temporal de cento e vinte dias, a pretensão mandamental da ora recorrida imprescinde de produção de prova peri-

cial com vistas a apurar sua atividade comercial preponderante, de forma a ensejar a imunidade tributária do ITBI.

Com o escopo de reformar o v. acórdão, o Município de Belo Horizonte interpõe o presente recurso especial, amparado pela alínea **a** do permissivo constitucional, no qual alega exclusivamente a violação ao artigo 18 da Lei n. 1.533/1951, porquanto insuscetível de interrupção o prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração do *writ of mandamus*, por força da interposição de recurso administrativo.

Apresentadas as contra-razões, sustenta a recorrida que o recurso administrativo interposto perante a autoridade coatora possui efeito suspensivo, a teor do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, o que inviabilizou a impetração antecipada do mandado de segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Em que pese ao v. acórdão recorrido ter concedido significativa primazia à premissa atinente ao início do prazo decadencial de impetração do *writ*, o que deveria ocorrer somente após a publicação da decisão administrativa, impende seja analisada antecipadamente a proposição referente à tempestividade do recurso administrativo.

Mediante o exame acurado dos autos, constata-se que o recorrido tomou ciência da emissão da guia de recolhimento do ITBI em 17.06.1996, de modo que o prazo para a interposição de recurso administrativo com o escopo de impugnar o lançamento iniciou em 18.06.1996 e terminou em 17.07.1996 (fls. 28/29). Destarte, considerando que a ora recorrida interpôs o recurso administrativo somente em 14.08.1996, cerca de trinta dias após o decurso do prazo, escorreita a decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal ao julgá-lo intempestivo.

Estabelecidos os deslindes da premissa suso mencionada, cumpre seja analisado o enfoque concedido pelo egrégio Tribunal **a quo** à premissa atinente ao início do prazo decadencial para a impetração do *writ*.

Consoante o entendimento amplamente sedimentado na doutrina e jurisprudência, o prazo para a impetração do mandado de segurança “é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado”, de sorte que “a fluência do prazo só se inicia na data em que o ato a ser impugnado se torna operante ou exequível, vale dizer, capaz de produzir lesão ao direito do impetrante” (**Hely Lopes Meirelles, in** “Mandado de Segurança,

ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, **habeas data**”, 26ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 52/53).

Sobeja ressaltar, ante a especificidade do caso em espécie, que, “se o ato é irrecurável ou apenas passível de recurso sem efeito suspensivo, contar-se-á o prazo da publicação ou da intimação pessoal do interessado; se admite recurso com efeito suspensivo, contar-se-á do término do prazo para recurso (se não for interposto) ou da intimação do julgamento final do recurso (se interposto regularmente)” (ob. cit., p. 53).

Ora, a última observação realizada por **Hely Lopes Meirelles** é de salutar relevância, uma vez que, **in casu**, o recurso administrativo não fora regularmente interposto, afinal, sobreveio a declaração de sua intempestividade.

Dessarte, com esteio na pacífica jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, “interposto intempestivamente o recurso administrativo, cumpre considerá-lo como não apresentado, devendo o prazo para impetração de mandado de segurança iniciar-se após trinta dias da data em que teve ciência o contribuinte do auto de infração” (REsp 239.575/BA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 06.05.2002, p. 248).

Caso a premissa pertinente à tempestividade do recurso administrativo fosse verdadeira, irretocável estaria o v. acórdão recorrido. Por outro lado, reconhecida a sua intempestividade, urge seja refutado o r. provimento jurisdicional proferido pelo egrégio Tribunal **a quo**, porquanto desconsiderou tal aspecto do recurso administrativo. A corroborar esse posicionamento, oportuno colacionar os seguintes arestos:

“Processual Civil. Mandado de segurança. Decadência. Decisão administrativa passível de revisão por recurso com efeito suspensivo. Apelo intempestivo. Termo **a quo** da impetração iniciado após a fluência do prazo recursal. Decadência configurada.

1. A tempestividade do recurso administrativo é requisito essencial para a devolução da matéria impugnada ao órgão julgador, pois intempestivo o recurso, opera-se a coisa julgada administrativa, tornando os seus efeitos efetivos e aptos a atingirem o patrimônio do particular.

2. Passível a revisão e a correção do ato administrativo por recurso com efeito suspensivo, a decadência da impetração da ação mandamental iniciou-se, no presente caso, a partir da fluência do prazo do recurso intempestivo.

3. Decadência da ação mandamental devidamente configurada.

4. Recurso desprovido” (ROMS n. 10.338/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 16.12.2002, p. 283).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para cassar o v. acórdão recorrido, em virtude do decurso do prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração do mandado de segurança.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 284.056 — CE (2000/0108374-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Francisco Tadeu Barbosa de Alencar e outros

Recorrida: Rent Serviços Empresariais Ltda

Advogados: Manuel Luís da Rocha Neto e outros

EMENTA

Tributário. IRPF. Demonstrações financeiras. Ano-base 1990. Correção monetária. IPC e BTNF Lei n. 8.200/1991 (art. 3º, I). Precedente.

1. Declarada a constitucionalidade do art. 3º, I, da Lei n. 8.200/1991, o Decreto Regulamentar n. 332/1991 não contrariou nem ultrapassou os limites da lei.

2. A egrégia Primeira Seção consagrou entendimento de que pretensa violação do art. 43/CTN não permite ao Judiciário determinar a imediata compensação ou restituição tendo em vista que a Lei n. 7.799/1989 teve plena eficácia até a edição da Lei n. 8.200/1991, que a revogou quanto à correção das demonstrações financeiras, havendo ainda lei vigorante regulamentando a devolução. Eventual enriquecimento ilícito do Estado só ocorreria, na vigência da Lei n. 8.200/1991, se a devolução fosse realizada sem atualização do recolhimento em excesso.

3. Não compete ao STJ apreciar possível instituição de empréstimo compulsório por inobservância do princípio da reserva legal e demais hipóteses previstas na Constituição Federal, ao ser indicado o BTNF como fator de correção das demonstrações financeiras do ano-base de 1990 (EREsp. n. 279.035/MG).

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha. Impedido o Sr. Ministro Castro Meira. Presidiu o julgamento a Sr^a. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 17 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ de 27.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Recurso especial fundado nos permissivos **a** e **c**, manifestado pela Fazenda Nacional, após a rejeição dos embargos declaratórios, contra acórdão do TRF da 5^a Região assim resumido na ementa:

“Tributário. Imposto de Renda. Correção monetária de demonstrações financeiras. Lei n. 8.200/1991. Decreto n. 332/1991. — O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de acréscimo patrimonial. A tributação do que não é renda, porque não consubstancia acréscimo patrimonial, mas simples decorrência da inflação, contraria, diretamente, o art. 43 do CTN, e indiretamente, o art. 153, III, da CF/1988. — A pessoa jurídica, contribuinte do imposto de renda, tem direito de proceder a correção monetária de suas demonstrações financeiras do ano-base de 1990, exercício financeiro de 1991, com base no IPC, como reconhecido pela Lei n. 8.200/1991, sem as restrições de seu art. 3^a, I, arts. 39 e 41 do Decreto n. 332/1991. — Apelação e remessa oficial improvidas.” (Fl. 112)

Alega a recorrente violação do art. 535, II, do CPC face ao não-suprimento de omissão acerca da inconstitucionalidade da Lei n. 8.200/1991, obliquamente declarada pelo acórdão recorrido, bem como ofensa ao art. 3^a, I, da referida Lei n. 8.200/1991, ao reconhecer o direito da recorrida de deduzir a diferença da variação entre o IPC e o BTNF do lucro real apurado em 1991, além de divergir das decisões apontadas como paradigmas, pleiteando sua reforma.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte, dispensando-se o parecer do MP Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): A Fazenda Nacional insurge-se contra acórdão regional que reconheceu o direito da recorrida de proceder a correção monetária de suas demonstrações financeiras do ano-base de 1990, exercício de 1991, pelo índice do IPC nos termos da Lei n. 8.200/1991 (art. 3º, I), sem as restrições do Decreto n. 332/1991 (arts. 39 e 41).

A preliminar de nulidade do acórdão por violação do art. 535, II, do CPC deve ser rejeitada, face à inocorrência da omissão apontada, pois o aresto impugnado examinou a questão com base em precedentes da Corte e, ao apreciar os embargos declaratórios demonstrou largamente a improcedência deste recurso.

Quanto ao mérito, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que o Decreto n. 332/1991 não extrapolou a Lei n. 8.200/1991 por ele regulamentada; destarte, as demonstrações financeiras das pessoas jurídicas, relativas ao ano-base de 1990 deveriam ser corrigidas pelo BTNE, haja vista os votos que proferi nos REsp. 161.177/CE e 121.310/RS, de minha relatoria, nos quais enumerei vários precedentes no mesmo sentido.

A egrégia Primeira Seção, porém, no julgamento do REsp n. 133.069/SC, consagrou o voto do eminente Ministro Franciulli Netto no sentido de que o IPC é o índice adequado para correção das demonstrações financeiras no referido período, cuja ementa transcrevo:

“Recurso especial. Tributário. Imposto de renda de pessoa jurídica. Demonstrações financeiras do ano-base de 1990. Correção monetária pelo IPC. Lei n. 8.200/1991. Eficácia retroativa. Entendimento da excelsa Corte. (ADIn n. 712-2/DF). Afastamento das limitações previstas nos artigos 30, I, da Lei n. 8.200/1991 e 39 e 41 do Decreto n. 332/1991. — Perfeitamente válida e legal a aplicação do IPC, ao invés do IRVF e dos demais índices utilizados na atuação do BTN Fiscal, para correção monetária das demonstrações financeiras do ano-base de 1990, exercício de 1991, por ter sido o índice que refletiu a inflação do período, e por atentar contra os princípios constitucionais tributários, consoante pronunciamento da Máxima Corte na ADIn n. 712-2-(ML)/DF, Rel. Min. Celso de Mello, in DJ de 19.02.1993. — Com a edição da Lei n. 8.200, de 28 de junho de 1991, o legislador ordinário, ao reconhecer expressamente a disparidade ocorrida na apuração do imposto de renda das empresas contribuintes no ano-base de 1990, buscou minorar os seus efeitos. — O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da medida liminar requerida na ADIn supra-referida, forte no entendimento de que ‘o princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado, desse modo, como ga-

rantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação’, afirmou que a Lei n. 8.200/1991, por ser mais benéfica ao contribuinte, pode ter efeito retroativo. — De outra parte, não se coaduna com o sistema jurídico pátrio as limitações impostas no artigo 3º, inciso I, da Lei n. 8.200/1991 e nos artigos 39 e 41 do Decreto n. 332/1991, uma vez que, se o recolhimento do débito foi por inteiro, a devolução e/ou a compensação não pode ser escalonada, como se ato de império, em inadmissível facilitário, seja de quatro ou seis anos. Pensar diferente menos não fora que consagrar o enriquecimento ilícito, com inarredável comprometimento do patrimônio da empresa contribuinte.” (Julgado em 14.06.2001)

Contudo, a mesma egrégia Primeira Seção julgou de forma diferente o REsp n. 279.035/MG do qual foi Relator o eminente Ministro Paulo Medina (ementa publicada no DJ de 03.02.2003).

No julgamento do REsp n. 262.296/MG, de que fui Relator, acentuei que o STF, em 02.05.2002, no julgamento do REsp n. 201.465, declarou a constitucionalidade do inciso I do art. 3º da Lei n. 8.200/1991, ao fundamento de que a referida norma, ao prever hipótese nova de dedução na determinação legal, constituiu um favor fiscal, ditado por opção de política legislativa, não se confundindo com empréstimo compulsório. Disse, então, no voto, que “declarado constitucional o inciso I do art. 3º da Lei n. 8.200/1991, sobressai o entendimento de que o Decreto n. 332/1991, ao esclarecer as situações em que os efeitos imediatos são vedados, não contrariou nem ultrapassou os limites legais estabelecidos. Calcado neste precedente da Suprema Corte, a egrégia Primeira Seção fez prevalecer o entendimento perfilado anteriormente quanto à aplicabilidade do art. 3º da Lei n. 8.200/1991 e Decreto n. 332/1991, quando do julgamento do REsp n. 279.035/MG, da relatoria do Ministro Medina, publicado no DJ de 03.02.2003.

À vista do exposto, conheço e dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 331.163 — PB (2001/0069982-4)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: CBPO — Cia. Brasileira de Produtos Óticos

Advogados: Zelandio Marques Silva e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Adonias dos Santos Costa e outros

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Embargos à execução fiscal. Preliminar. Intimação. Irregularidade. Pressupostos. Prequestionamento ausente. Imposto de renda. Omissão de receita. Prática evasiva. Legislação. Lucro arbitrado. Divergência interpretativa. Demonstração. RISTJ, art. 255 e parágrafos. Inadmissibilidade.

1. A falta de prequestionamento dos dispositivos legais não discutidos no acórdão recorrido impossibilita o seguimento do recurso especial.

2. O Fisco está legalmente autorizado a realizar o arbitramento do lucro quando a escrituração contábil não se presta à verificação do lucro real.

3. A simples transcrição da ementa do acórdão confrontado não basta para a comprovação da divergência interpretativa, impondo-se a demonstração analítica do dissenso com a transcrição dos pontos assemeelhados ou discordantes entre o acórdão recorrido e os julgados trazidos a confronto.

4. Recurso especial parcialmente conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso pela alínea **a**, mas lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 1ª de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ de 03.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado por CBPO — Companhia Brasileira de Produtos Óticos com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, por unanimidade, rejeitou a preliminar e,

no mérito, negou provimento à apelação interposta pela ora recorrente, nos autos dos embargos opostos à execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional visando desconstituir título executivo originário de auto de infração de que trata o Processo Administrativo n. 10467004574/90-71.

O v. acórdão afastou a preliminar de cerceamento de defesa. No mérito, decidiu válido o título executivo.

No recurso especial, a Companhia alega ter o acórdão recorrido divergido de julgados do STJ, ao considerar regular a intimação ocorrida através de publicação na imprensa oficial, quando o critério anteriormente adotado nos autos consistia na intimação pessoal. Outrossim, diz violados o art. 250, parágrafo único, e o art. 244, ambos do CPC, ao considerar que não houve prejuízo para a parte e que o ato atingiu a sua finalidade. Por fim, alega violação aos artigos 161, I, e 399 do Decreto n. 85.450/1980 (RIR) e ao Enunciado n. 76 da súmula do extinto TFR, bem como divergência com julgados do TRF da 1ª Região, ao considerar que atraso na escrita ilide o arbitramento do imposto.

Contra-razões não apresentadas.

O recurso foi admitido no Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Tratam os autos de recurso especial manifestado por CBPO — Companhia Brasileira de Produtos Óticos, sucessora da empresa Ion — Indústria Ótica do Nordeste, com fundamento nas letras **a** e **c** do art. 105, III, da CF, em sede de apelação, nos autos de embargos à execução fiscal, esta proposta pela Fazenda Nacional, objetivando desconstituir título executivo fiscal expedido conforme auto de infração em que se verificou a inobservância da obrigatória escrituração de mercadoria no livro de registro de inventário.

A Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região decidiu nos termos do acórdão abaixo ementado (fl. 204):

“Tributário. Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Preliminar. Cerceamento do direito de defesa. Nulidade. Inocorrência. Omissão de receita. Arbitramento do lucro. Art. 400, do RIR/1980. Escrituração mercantil e

fiscal. Presunção **juris tantum**. Imprestabilidade da escrituração. Desclassificação da escrita. Ausência de prova. Presunção de certeza, liquidez e exigibilidade da certidão de dívida ativa. Art. 3º da Lei n. 6.830/1980.

1. É regra geral que no Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios as intimações consideram-se efetuadas pela só publicação dos atos no órgão oficial, art. 236 do CPC, só comportando exceção quando na Comarca não tiver órgão de publicação, art. 237 e incisos do CPC.

2. Considerando que os autos da execução e os embargos tramitam na Capital do Estado, se aperfeiçoa a intimação pela só publicação dos atos processuais no órgão oficial, não havendo que privilegiar a parte embargante, intimando-a pessoalmente, seja por carta registrada com aviso de recebimento ou por carta precatória. Inexistindo, assim cerceamento do direito de defesa.

3. Tendo a embargante apesar de pugnado pela anulação da sentença, ante a alegada ausência de intimação pessoal, com a devida retomada do processo na fase de especificação de provas e, aduzido em suas razões que o juiz pretendia que a mesma apresentasse a absurda produção de prova negativa, não há falar-se em nulidade, em face da inexistência de prejuízo.

4. Para fins de arbitramento do lucro não são relevantes quaisquer omissões de receita, vez que, em alguns casos, é possível, por mera operação matemática, corrigir-se a errônea, servindo o mesmo como base de cálculo do Imposto de Renda nas hipóteses de inexistência de escrituração, recusa de apresentação da escrituração e imprestabilidade da escrituração, art. 399 e incisos do RIR/1980.

5. Estando a escrituração mercantil regularmente inscrita, tem a mesma valor probatório, presunção **juris tantum** a favor do contribuinte, a sua imprestabilidade ante a ocorrência de vícios suscetíveis de afetar a sua adequação ao objetivo principal a que visa, ou seja, a determinação do lucro real, legítima o Fisco recorrer ao arbitramento do lucro, desclassificando assim a escrita mercantil.

6. Na hipótese dos autos estando a empresa sujeita à tributação com base no lucro real, deveria a mesma manter devidamente escriturado todos os livros comerciais e fiscais, conforme preceituam os arts. 156, 157, 161 e incisos e 174, 1º, do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n. 85.540/1980), não ilidindo o arbitramento do imposto, fato de manter, segundo a embargante, devidamente escriturados os demais livros, no período de 1986 a 1989 a exceção do livro de inventário de mercadorias.

7. Incumbe ao embargante o ônus da prova, no tocante à desconstituição do título executivo, face à presunção **juris tantum** de certeza, exigibilidade e liquidez decorrente da certidão de dívida ativa. Precedentes.

8. Sendo imprescindível a produção de prova a fim de demonstrar ser possível, apesar da falta de escrituração do livro de inventário, bem como falta de escrituração da nota fiscal, a verificação da exatidão do lucro real tributável pelo Imposto de Renda, de forma a macular a pretensão executiva, tendo a embargante não desincumbido de tal ônus probanti, válido é o título executivo.

9. Preliminar rejeitada.

10. Apelação improvida.”

A empresa embargante, no recurso especial, assevera divergência jurisprudencial e diz violados o art. 250, parágrafo único, e o art. 244, ambos do CPC, quando o acórdão considerou regular a intimação por meio da publicação na imprensa oficial e sem prejuízo para a parte. Alega que ao considerar que atraso na escrita ilide o arbitramento do imposto, violou os artigos 161, I, e 399 do Decreto n. 85.450/1980 (RIR) e o Enunciado n. 76 da Súmula do extinto TFR, e divergiu de julgados do TRF da 1ª Região.

Quanto à alegada irregularidade na intimação, em que ocorrera violação ao art. 250, parágrafo único, e ao art. 244, ambos do CPC, sem êxito o recorrente. A regra imposta, art. 236 do CPC, determina que as intimações serão feitas, nas capitais, através da publicação dos atos em órgão oficial. A execução fiscal tramita na cidade do Recife, por isso não há que se dispensar tratamento privilegiado à parte mediante intimação pessoal. Por esse motivo não procede a alegação de cerceamento de defesa e, conseqüentemente, de nulidade do ato. A intimação se aperfeiçoou com a publicação do ato processual no órgão oficial.

Não possui melhor sorte o recurso, em referência à alegação de violação aos artigos 161, I, e 399 do Decreto n. 85.450/1980 (RIR) e ao Enunciado n. 76 da súmula do extinto TFR, ao considerar que houve apenas atraso na escrita, sendo, por isso, incabível o arbitramento do imposto.

Não vejo configurada a violação aos dispositivos legais apontados, visto que o Fisco está legalmente autorizado a realizar o arbitramento do lucro quando a escrituração contábil não se mostra apropriada para averiguar o lucro real, como consignado nos autos.

A empresa embargante, ora recorrente, alega que:

“Após exaustiva análise de toda a documentação referente aos exercícios de 1986, 1987, 1988 e 1989, verificou a Fiscalização que não havia nenhuma

irregularidade, *exceto a não-atualização do livro de inventário*, embora este estivesse devidamente registrado na Recebedoria de Rendas da Fazenda Nacional em João Pessoa e atualizado até 1983, não constando, apenas, a escrituração da Nota Fiscal n. 3.633.” (Fls. 04/05) (grifo nosso)

O voto condutor do acórdão recorrido afirma (fl. 200):

“Na hipótese dos autos estando a empresa sujeita à tributação com base no lucro real deveria a mesma manter devidamente escriturado todos os livros comerciais e fiscais, não ilidindo o arbitramento do imposto, fato de manter, segundo a embargante, devidamente escriturado os demais livros, no período de 1986 a 1989, a exceção do livro de inventário de mercadoria, que encontrava-se desatualizado desde 31 de dezembro de 1983, no período em que a empresa encontrava-se em pleno funcionamento, livro este, de essencial importância, uma vez que neles são arroladas com especificação as mercadorias, os produtos manufaturados, as matéria-primas, os produtos em fabricação e os bens em almoxarifado existente na data do balanço patrimonial levantado ao fim de cada período-base de incidência (art. 163 do RIR/1980), ou seja o registro dos estoques iniciais e finais.”

Em sendo a tributação da escrituração contábil a regra, o contribuinte é obrigado a mantê-la em dia a fim de possibilitar o conhecimento do resultado econômico de sua atividade. Não o fazendo, o Fisco tributará com base no lucro arbitrado, meio legalmente autorizado pela ausência da forma mais adequada de tributar a renda das pessoas jurídicas.

Ademais, não houve prova em sentido contrário. Por isso não há que se falar de violação aos dispositivos legais mencionados.

Nesse sentido:

“Tributário. Imposto de renda. Pessoa jurídica. Omissão de receita. RIR/1980, art. 400, parágrafo 6º. Precedentes.

Consoante entendimento assente nas duas Turmas da egrégia Primeira Seção do STJ, ratificando tese esposada pelo extinto TFR e na conformidade da lei, havendo omissão de receita, para efeito de imposto de renda, será considerado lucro líquido o correspondente a 50% dos valores omitidos.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 159.913/PE, DJ de 27.03.2000, de minha relatoria).

“Tributário — Imposto de renda — Tributação reflexa — Quadro que expõe omissão de receita por parte dos integrantes da pessoa jurídica — Arbitramento do lucro — Legislação que visa evitar práticas evasivas — Detrimento do interesse público — Impossibilidade.

— A legislação tributária permite o arbitramento do lucro quando a escrituração contábil se afigure imprestável aos fins de apuração do lucro real.

— A presunção, com força na fiscalização da administração tributária, de que os lucros auferidos foram distribuídos aos sócios, ou ex-sócios, da pessoa jurídica, é presunção **juris tantum**. Entretanto, em nenhum momento processual houve impugnação da prova apresentada no tocante à omissão de receita.

— A interpretação isolada do art. 43 do CTN não pode ser levada a efeito de forma a infirmar que visa evitar práticas evasivas.

— Recurso desprovido.” (REsp n. 397.992/RS, DJ de 03.06.2002, Relator Ministro Luiz Fux)

Quanto à violação ao Enunciado n. 76 da súmula do extinto TFR, é assente nesta egrégia Corte que a divergência interpretativa ou a alegação de violação à súmula não se presta a fundamentar o recurso especial.

O dissenso interpretativo deve ser demonstrado entre o julgado hostilizado e os acórdãos que deram ensejo à edição do verbete. Igualmente, a súmula não se equipara à Lei Federal para justificar a interposição do recurso especial.

Nesse sentido:

“Processual civil — Recurso especial — Ação rescisória — Empréstimo compulsório sobre combustível — Inconstitucionalidade — Restituição — prova de propriedade do veículo — Decadência do direito de propor a ação — inocorrência — CPC, art. 284 — Violação à súmula para fins de interposição do recurso especial — Impossibilidade — Divergência jurisprudencial não comprovada — Inadmissibilidade.

— Ao Tribunal é defeso indeferir a petição inicial antes de conceder ao autor a oportunidade de suprir a falha, no prazo do art. 284 do CPC, para apresentar a certidão do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

— A alegação de contrariedade à súmula do STF não autoriza a interposição do recurso especial, por isso que é assente o entendimento no sentido de que os verbetes ou enunciados dos Tribunais não se equiparam às leis federais para a finalidade prevista no art. 105, III, a da CF.

— A divergência jurisprudencial deve ser estabelecida entre o aresto recorrido e os acórdãos que serviram de apoio à edição da Súmula indicada como dissidente, segundo entendimento pacífico desta egrégia Corte, na interpretação do RISTJ, art. 255 e parágrafos.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 191.795/RJ, DJ de 25.06.2001, de minha relatoria)

Outrossim, o recurso especial fundado na letra **c** do permissivo constitucional porque o acórdão recorrido divergiu de julgados do STJ e do TRF da 1ª Região não reúne condições de admissibilidade nesta superior instância, pois o recorrente limitou-se a citar as ementas dos acórdãos tidos por dissidentes, não procedendo ao indispensável cotejo analítico dos julgados confrontados. Desse modo, carece o referido dissenso dos requisitos exigidos nos artigos 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes desta Corte:

“Processual civil — Recurso especial — Execução fiscal — Falência — Juros de mora — Divergência jurisprudencial não configurada — Lei n. 8.038/1990 e RISTJ, art. 255 e parágrafos — Inadmissibilidade.

— Na interposição do recurso especial fundado na alínea **c** do autorizativo constitucional, a demonstração do dissídio jurisprudencial deve atender aos requisitos exigidos pela legislação de regência, para que se tenha por configurado o dissenso alegado.

— A simples transcrição da ementa do acórdão confrontado não basta para comprovação da divergência interpretativa, impondo-se a demonstração analítica do dissenso, com a transcrição dos pontos assemelhados ou discordantes entre o acórdão recorrido e o julgado trazido a confronto.

— Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 278.270/PR, DJ de 16.12.2002, de minha relatoria)

“Processual Civil. Ação ordinária declaratória do percentual de reajuste das prestações. Mutuários do SFH. Execução. Medida cautelar. Pressupostos. Ausência de prequestionamento. Divergência jurisprudencial. Não-demonstração.

1. Se a matéria posta no acórdão recorrido circunscreveu-se ao exame dos pressupostos de medida cautelar, assim como à interpretação do disposto no art. 219 do CPC, resente-se do requisito do prequestionamento questão infraconstitucional relacionada à suposta violação do art. 580 do CPC.

2. Não se conhece da alegada divergência jurisprudencial nas hipóteses em que o recorrente, desatendendo o disposto no art. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ, não demonstra o necessário cotejo analítico, tampouco apresenta certidão ou cópia integral do acórdão paradigma ou, ainda, do repositório jurisprudencial, oficial ou autorizado, que o publicou.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 20.250/CE, DJ de 12.04.2004, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

Diante do exposto, conheço do recurso especial pela letra a, mas lhe nego provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 413.898 — SC (2002/0016106-9)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrentes: Carlos Passoni Júnior e outros

Advogado: Murílio Rezende Salgado

Recorrida: União

Procuradores: Ailema Paiva Ribeiro e outros

Recorrido: Banco Central do Brasil

Procuradores: Yuri Restano Machado e outros

EMENTA

Processual Civil e Civil — Sentença prolatada por juiz designado por provimento da corregedoria — Regime de “mutirão” — Hipótese de julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I) — Violação ao princípio da identidade física do juiz — Inocorrência — Instituições financeiras do sistema Besc — Regime de administração especial temporária — Ato republicado em 27.02.1987, com correção da data (26.02.1987) — DL n. 2.321/1987 — Início da vigência em 26.02.1987 — Legalidade do ato — aplicação das disposições da Lei n. 6.024/1974 — Possibilidade — Art. 19 do DL n. 2.321/1987 — Precedentes.

— Consoante entendimento pacífico desta Corte, o regime de mutirão, instituído com o objetivo de agilizar a prestação jurisdicional, não fere o princípio da identidade física do juiz, notadamente quando a questão independe da produção de provas em audiência.

— Decretado o regime de administração temporária nas instituições financeiras do sistema Besc na mesma data em que entrou em vigor o DL n. 2.321/1987, autorizador da medida, não há que se falar em ilegalidade.

— As disposições da Lei n. 6.024/1974 são aplicáveis ao regime de administração especial temporária, notadamente, em relação às medi-

das acautelatórias e promotoras da responsabilidade dos ex-administradores, em face do disposto no art. 19 do DL n. 2.321/1987.

— Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os 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 o Relator os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 20 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ de 03.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Carlos Passoni Júnior e outros, ex-diretores de instituições financeiras do sistema Besc, ajuizaram ação de rito ordinário contra a União e o Bacen visando indenização de danos morais e materiais, em razão das restrições que sofreram (indisponibilidade dos bens, inabilitação para o exercício de atividades administrativas em instituições financeiras, proibição de se ausentar da cidade sem prévia autorização, instauração de inquérito policial) com a ilegal decretação da administração especial temporária do Besc, em 25.02.1987.

O MM. Juiz de 1ª grau, preliminarmente, com apoio no Decreto n. 2.321/1987 e no próprio ato acoimado de ilegalidade, da lavra do então presidente do Bacen, reconheceu a ilegitimidade da União para figurar no pólo passivo da ação. No mérito, decidiu pela legitimidade do ato que decretou a administração temporária, ao fundamento de que este encontrava respaldo nos artigos 8º a 15 da Lei n. 4.595/1964 c.c. o art. 1º da Lei n. 6.024/1974, bem como nos artigos 2º, 36, 37 e 50 da Lei n. 6.024/1974. Por fim, entendeu que os documentos de fls. 289 a 573 demonstravam cristalinamente as irregularidades cometidas pelos diretores do Besc, razão pela qual decidiu pela legalidade e legitimidade das medidas adotadas pelo Bacen. Assim, julgou improcedentes os pedidos, condenando os autores ao pagamento das custas e honorários.

Inconformados, os autores interpuseram apelação para o TRF da 4ª Região que, à unanimidade, rejeitou as preliminares de nulidade da sentença, ao funda-

mento de que o regime de mutirão não atentou contra o princípio do juiz natural; e de legitimidade da União. No mérito, negou provimento ao recurso, por entender que as penalidades, ainda que aplicadas antes da entrada em vigência do Decreto-Lei n. 2.321/1987, são legais, por encontrarem fundamento jurídico na Lei n. 6.024/1974.

Alegando omissão no v. aresto no tocante às matérias abordadas pelos artigos 1º do DL n. 2.321/1987, 86, 87, 111 e 113 do CPC, 11 e parágrafo único da Lei n. 5.010/1966, 5º, § 1º, da Lei Complementar n. 35/1979 e 5º, XXXVII, XXXIX e LII, e 153, § 3º, da CF, os autores opuseram embargos declaratórios, que restaram improvidos pela Turma julgadora.

Ainda irresignados, manifestam o presente apelo especial, fundado nas alíneas **a** e **c** do autorizativo constitucional, alegando violação ao artigo 86 c.c. os artigos 111 e 113, todos do CPC, ao art. 11 e parágrafo único da Lei n. 5.010/1966 e ao art. 5º, § 1º, da Lei n. 35/1975. Sustentam a nulidade absoluta da sentença por ter sido prolatada por Juiz Federal substituto lotado em circunscrição diversa. No mérito, alega violação ao art. 1º do DL n. 2.321/1987 e à Lei n. 6.024/1974, sustentando que o “Regime de Administração Especial Temporária” é um regime novo de atuação direta do Bacen sobre uma instituição financeira, não sujeito às disposições relativas à intervenção.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Contra-razões às fls. 699/703.

Admitidos ambos os apelos no Tribunal **a quo**, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Carlos Passoni Júnior e outros manifestam o presente recurso especial insurgindo-se contra acórdãos do TRF da 4ª Região, proferidos em sede de apelação e embargos declaratórios, resumidos nos seguintes termos (fls. 657 e 670):

“Direito Civil. Intertemporalidade. Decreto-Lei n. 2.321/1987. Publicação em 26.02.1987. Regime de administração especial temporária instituído em 25.02.1987. Penalidade. Lei n. 6.024/1974.

Não se revelam ilegítimas, pela alegada falta de previsão legal, as penalidades impostas aos diretores do Besc, uma vez que, embora a publicação do Decreto-Lei n. 2.321/1987 — que instituiu o regime de administração especial temporária — tenha se dado no dia seguinte ao da efetiva atuação do Bacen, as sanções aplicadas encontram fundamento jurídico também na Lei n. 6.024/1974, que cuida da intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras.”

“Embargos declaratórios. Omissão. Inexistência. Questão decidida. Caráter infringente admitido só em casos excepcionais.

Os embargos declaratórios com caráter infringente são admitidos só em condições excepcionais. Precedentes.

A rejeição ou acolhimento do pedido não pressupõe a análise de todas as questões trazidas a juízo pelas partes. Omissão inexistente.”

Alegam os ora recorrentes violação aos preceitos legais elencados no relatório, sustentando a nulidade absoluta da sentença, porque proferida por Juiz Substituto da 1ª Vara Federal de Uruguaiana quando o feito tramitava perante a 6ª Vara da Seção Judiciária de Santa Catarina. Insurgem-se, ainda, contra a aplicação das disposições legais disciplinadoras da intervenção e da liquidação extrajudicial ao regime de administração especial temporária.

No que toca à alegada nulidade da sentença, não assiste razão aos ora recorrentes.

É pacífico o entendimento desta egrégia Corte no sentido de que o regime de “mutirão” não fere o princípio do juiz natural, notadamente quando a questão discutida nos autos independe da produção de provas em audiência.

No caso dos autos, o juiz prolatou a sentença mediante designação da Corregedoria do TRF da 4ª Região, através do Provimento n. 44/1996, que objetivava agilizar a prestação jurisdicional. Não existia, sequer, vinculação do juiz titular da 6ª Vara, porque era hipótese de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, como, inclusive, afirmou o advogado dos ora recorrentes em petição juntada à fl. 593.

Não há que se falar, portanto, em nulidade da sentença.

Nesse sentido:

“Processo Civil. Princípio da identidade física do juiz. Transferência do juiz que colhera a prova. CPC, art. 132. Precedentes. Doutrina. Recurso desacolhido.

I - Nos termos da nova redação dada ao art. 132, CPC, que veio ratificar anterior inclinação da jurisprudência, o afastamento do juiz que concluiu a audiência de instrução, colhendo a prova oral, não impede que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

II - Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz.

III - As substituições do titular por substituto designado pela Corregedoria em regime de cooperação têm por intuito a agilização da prestação jurisdicional.” (REsp n. 149.366/SC, DJ de 09.08.1999, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

“Recurso especial. Processual Civil e Administrativo. Juiz convocado. Competência. Provimento. Mutirão. Afronta não verificada. Adicional por tempo de serviço. Lei n. 3.414/1958. Revogação. Lei n. 4.439/1964. Impossibilidade.

Ao instituir o regime de “mutirão” por meio do Provimento n. 24, a primeira instância não feriu o princípio do juiz natural, não havendo falar-se em incompetência do juiz prolator da decisão. Impertinente a alegação de afronta a dispositivo da Lei n. 3.414/1958, eis que revogado pela Lei n. 4.439/1964.

Recurso desprovido.” (REsp n. 389.516/PR, DJ de 09.06.2003, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca)

No que toca ao mérito da controvérsia, não merece acolhida o pleito dos ora recorrentes.

O regime de administração especial temporária nas instituições financeiras do sistema Besc foi decretado pelo Bacen com apoio nos artigos 1º e 18 do DL n. 2.321/1987 c.c. o artigo 51 da Lei n. 6.024/1974 e, ao contrário do que afirmam os ora recorrentes, não entrou em vigência no dia 25.02.1987. Conforme demonstra a cópia do DOU juntada à fl. 287 dos autos, o ato de decretação da administração especial temporária foi republicado em 27.02.1987 com a data correta, qual seja, 26.02.1987 e não 25.02.1987.

Assim, tendo o ato do Bacen sido editado no mesmo dia da publicação e início da vigência do DL n. 2.321 (26.02.1987), não há que se falar em ilegalidade, por isso que fundado em lei específica válida e vigente.

Quanto à aplicação de disposições da Lei n. 6.024/1974 ao regime de administração especial, a medida encontra apoio no art. 19 do DL n. 2.321/1987, que

assim estabeleceu, notadamente, em relação às medidas acautelatórias e promotoras da responsabilidade dos ex-administradores em razão do objetivo comum da intervenção e da administração especial, que visam à recuperação econômico-financeira e a reorganização da instituição financeira, evitando-lhe a liquidação extrajudicial.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

VOTO-VISTA

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de ação de indenização proposta contra o Banco Central do Brasil, em que ex-diretores de instituições financeiras que sofreram intervenção reivindicam ressarcimento por danos morais e materiais, diante dos desgastes sofridos, como: bloqueio de bens, inabilitação para o exercício de atividades administrativas em instituições financeiras, proibição de afastarem-se da cidade de domicílio sem prévia autorização e instauração de inquérito policial.

Afirmam que ficou apurado ter sido ilegal a decretação do regime de administração especial remporária em 25.02.1987.

Sem sucesso nas instâncias ordinárias, interpuseram os vencidos recurso especial, sendo Relator o Ministro Peçanha Martins que, em judicioso voto, concluiu pelo conhecimento e desprovimento do especial, ao argumento de ser de absoluta legalidade o acórdão.

Pedi vista para melhor debruçar-me sobre os aspectos fáticos que dão suporte à controvérsia.

Como o Relator, afasto a alegada nulidade da sentença, proferida em regime de mutirão por juiz federal substituto, convocado para integrar o trabalho extraordinário devidamente consentido pela Corregedoria.

Além de toda a argumentação constante do voto do Relator, lembro que este Tribunal, no REsp n. 161.424, DJ de 14.04.1998, considerou a legalidade do mutirão.

De referência à legalidade da intervenção, sob a modalidade de administração especial temporária, estava ela prevista na Lei n. 6.024/1974 (art. 51) e no DL n. 2.321/1987 (arts. 1^a e 18), sendo o último de data anterior à intervenção, só concretizada pela republicação em 27.02.1987, um dia depois da vigência do decreto-lei aplicado.

Com essas considerações, voto acompanhando o Relator.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 433.777 — PE (2002/0053998-0)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrentes: Rafaela Cristina Souza de Oliveira e outro

Representados por: Joubert Fonseca de Oliveira

Advogado: Jurandi Fernandes Ferreira

Recorrida: Universidade Federal de Pernambuco — UFPE

Advogados: Edgar Costa Neto e outros

EMENTA

Administrativo — Transferência — Ensino fundamental — Colégio de aplicação da UFPE — Reconhecida a impossibilidade em 1ª e 2ª graus — Recurso especial — Pretendida reforma — Alegada ausência de natureza especial do colégio.

— A colenda Segunda Turma, em recente pronunciamento, apreciou questão semelhante envolvendo Colégio de Aplicação. Na oportunidade, ficou reconhecido o direito de menor estudante, representada por seu pai, militar da ativa, transferir-se para estabelecimento vinculado a qualquer sistema de ensino, inclusive o Colégio de Aplicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (cf. REsp n. 195.708/RJ, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 19.05.2003).

— Nem mesmo a circunstância de cuidar de hipótese de estudante de ensino fundamental é motivo para o impedimento da transferência, pois, nos termos da jurisprudência recente da Seção de Direito Público, essa particularidade, por si só, não deve ser considerada como óbice (cf. REsp n. 600.365/RJ, deste Relator, DJ de 10.05.2004; REsp n. 195.708/RJ, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 19.05.2003 e REsp n. 538.080/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 8.10.2003).

— No que toca à matéria referente à transferência para estabelecimento congênere, merece trazer à balha o entendimento esposado no EREsp n. 388.942/DF, deste signatário, julg. em 10.03.2004, no qual ficou pontificado que “prevalece no âmbito da colenda Seção de Direito Público, (...) que o militar removido **ex officio** tem direito à matrícula em universidade pública, ainda que originariamente tivesse ingressado em instituição de ensino particular, e no novo domicílio haja instituição congênere”.

— Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro Castro Meira. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 11 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 06.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial, interposto por Rafaela Cristina Souza de Oliveira e Paula Izabelle Souza de Oliveira, com fundamento no artigo 105, inciso III, letra **a**, da Constituição da República, com o objetivo de reformar, **in totum**, v. acórdão proveniente do colendo Tribunal Regional da 5ª Região.

Alegam, em suma, que, representadas por seu genitor, foi impetrado mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato supostamente ilegal emanado do Senhor Coordenador-Geral do Colégio de Aplicação do Centro de Educação da Universidade Federal de Pernambuco — UFPE.

Na oportunidade, foi lembrado que o pai das representadas, militar da ativa da Aeronáutica, foi transferido, de ofício, da Base Aérea do Galeão para a Base Aérea do Recife. Em vista disso, no ano de 1999, solicitou a matrícula de suas filhas na 6ª e 7ª séries do ensino fundamental. O pleito foi indeferido pelo Senhor Coordenador-Geral do Colégio, de modo que brotou o referido mandado de segurança fincado na afronta ao disposto na Lei n. 9.536, de 1997.

O MM. Juízo Federal acolheu o pleito liminar, a fim de que a autoridade apontada como coatora fosse compelida a efetuar matrícula das filhas do militar até o julgamento da segurança (cf. fls. 30/31). Ao proferir a sentença, entretanto, o douto magistrado de 1ª grau houve por bem denegar a ordem. Assentou que os colégios de aplicação devem observar disciplina especial, tendo em vista que “há expressa limitação de vagas e o objetivo singular de servir ao aprimoramento do ensino fundamental e médio, por isto sempre ligados às universidades como ‘escolas experimentais’” (fl. 46).

Desse desate sobreveio apelação, a qual, por meio do voto condutor do então Desembargador Federal Castro Meira, hoje ilustre Ministro, integrante desta Corte Superior de Justiça, não foi provida pelo colendo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Restou consignado, em suma, a impossibilidade de transferência para estabelecimento de ensino diferente daquele anteriormente cursado (cf. fls. 70/78).

Inconformadas com esse desfecho, aforaram o presente recurso especial. Refutaram as recorrentes o fundamento no sentido de que o Colégio de Aplicação estaria na categoria especial e, por conseguinte, fora da disciplina comum das escolas públicas. Dessa feita, entendem que o posicionamento adotado pela Corte **a quo** afronta o artigo 49 da Lei n. 9.394/1996 e, bem assim, o artigo 1º, **caput**, da Lei n. 9.536/1997.

Em contra-razões a recorrida aponta a incidência da Súmula n. 126 deste Sodalício que trata da necessidade de interposição de recurso extraordinário. No mais, sustenta que as impetrantes não são oriundas de estabelecimento de ensino congêneres.

Após a admissão do recurso, subiram os autos para este Sodalício.

A douta Subprocuradoria Geral da República, instada a se pronunciar, opinou na forma da manifestação do Ministério Público Federal da instância **a quo**. Por conseguinte, posicionou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): De início, fica afastada a ventilada incidência da Súmula n. 126 deste Superior Tribunal de Justiça.

Aplica-se, no particular, o entendimento anotado por **Theotônio Negrão** e **José Roberto Ferreira Gouvêa**, no sentido de que “não há necessidade de ser interposto recurso extraordinário concomitantemente com recurso especial, se o fundamento constitucional invocado não é suficiente, por si só, para manutenção do acórdão recorrido (STJ — Segunda Turma, REsp n. 27.380-1/SP — EDcl, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 09.12.1992, rejeitaram os embargos, v.u., DJ de 1º.02.1993, p. 457)” (cf. “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, 35ª ed., São Paulo: Saraiva. 2003, p. 1.836).

Colocada essa premissa, passa-se ao exame da irrisignação apresentada pelas recorrentes.

As recorrentes entendem que o posicionamento da Corte de origem afronta o artigo 1º da Lei n. 9.536/1997 e o artigo 49 da Lei n. 9.349/1996, pois, segundo

alegam, “o Colégio de Aplicação, para efeito de transferência de ofício do servidor público, não é especial, não está fora da disciplina comum das escolas públicas” (fl. 82).

A Corte de origem, ao se pronunciar sobre a especialidade do Colégio de Aplicação, assegura que se trata, “na verdade, de um centro de treinamento em pedagogia, que a Universidade mantém para os seus graduados em Educação, especialmente aqueles que estão fazendo pesquisas com vistas à obtenção de Mestrado e Doutorado nas respectivas áreas pedagógicas. A própria denominação, Colégio de Aplicação, está a significar a sua destinação, que é a de servir de campo para a aplicação de técnicas pedagógicas desenvolvidas à luz de pesquisas realizadas pela Universidade” (fl. 74). Denota-se, pois, que esse pensar não destoava do pronunciamento exarado na r. sentença monocrática (cf. fls. 45/47).

A par dessas circunstâncias, contudo, não se deve esquecer que a colenda Segunda Turma, em recente pronunciamento, apreciou questão semelhante envolvendo Colégio de Aplicação. Na oportunidade, ficou reconhecido o direito de menor estudante, representada por seu pai, militar da ativa, transferir-se para estabelecimento vinculado a qualquer sistema de ensino, inclusive o Colégio de Aplicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Confira-se a ementa do mencionado julgado:

“Administrativo. Transferência de estudante. Dependente de militar da ativa. Transferência **ex officio**. Leis ns. 4.024/1961 e 7.037/1982, art. 100, § 1º.

1. Comprovada a remoção de militar da ativa por necessidade de serviço, sua filha, que dele depende, tem direito de transferir-se para estabelecimento vinculado a qualquer sistema de ensino localizado no Município de sua nova residência ou no mais próximo, a qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga. Inteligência do art. 100 e § 1º da Lei n. 4.024/1961, com a redação da Lei n. 7.037/1982.

2. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 195.708/RJ, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 19.05.2003).

Dentro desse contexto, observa-se que não é obstáculo para a transferência a circunstância de tratar-se de Colégio de Aplicação.

Nem mesmo a circunstância de cuidar a hipótese de estudante de ensino fundamental é motivo para o impedimento da transferência, pois, nos termos da jurisprudência recente da Seção de Direito Público, esta particularidade, por si só, não deve ser considerada como óbice (cf. REsp n. 600.365/RJ, deste Relator, DJ de 10.05.2004; REsp n. 195.708/RJ, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 19.05.2003 e REsp n. 538.080/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 08.10.2003).

No que toca à matéria referente à transferência para estabelecimento congênera, merece trazer à balha o entendimento esposado no EREsp n. 388.942/DF, deste signatário, julg. em 10.03.2004, no qual ficou pontificado que “prevalece no âmbito da colenda Seção de Direito Público, (...) que o militar removido **ex officio** tem direito à matrícula em universidade pública, ainda que originariamente tivesse ingressado em instituição de ensino particular, e no novo domicílio haja instituição congênera”.

Pelo que precede, sob todos os enfoques, o pleito recursal merece ser provido.
É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 449.845 — RS (2002/0088080-6)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrentes: Flávio Henriques Fulginiti e outros

Advogados: Marcelo Della Giustina e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

EMENTA

Tributário — Imposto de renda — Rateio do patrimônio de entidade de previdência social líquida.

1. Na dicção do artigo 6º da Lei n. 7.713/1988, só está incluída no rol da não-incidência do imposto de renda, a devolução das contribuições pagas pelos associados.

2. A não-incidência não abrange toda a distribuição do patrimônio, este formado por outras fontes.

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de

Noronha e Castro Meira votaram com a Sr^a. Ministra Eliana Calmon. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial, interposto contra acórdão do TRF da 4^a Região que entendeu pela incidência do imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de resgate das contribuições previdenciárias destinadas a fundo de previdência privada, em caso de liquidação extrajudicial da entidade previdenciária, cuja ementa ficou assim redigida:

Tributário — Liquidação extrajudicial de entidade de previdência privada — Incidência do imposto de renda no saque do montante rateado entre os contribuintes.

O resgate, pelos contribuintes, titulares ou dependentes, de valores vertidos a fundo de previdência privada, por ocasião de liquidação extrajudicial, é caso diverso de resgate por ocasião de desligamento do contribuinte do plano. Naqueles valores resgatados não estão excluídas as importâncias referentes a rendimentos por aplicações realizadas pela entidade ou as contribuições da mesma, caracterizando-se nítido acréscimo patrimonial aos autores, fato gerador de imposto de renda. (Fl. 71)

Alegam os recorrentes, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, dissídio jurisprudencial, bem como violação aos arts. 43, II, do CTN; 150, IV, e 154 da CF/1988. Defendem a tese de que a devolução das contribuições ao fundo não configura acréscimo patrimonial. Aduzem, ainda, que a incidência do imposto de renda sobre as verbas configura **bis in idem**.

Após contra-razões e admitido o especial na origem, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, destaco que não compete a esta Corte, em sede de recurso especial, analisar violação a dispositivos constitucionais.

Prequestionado o art. 43, II, do CTN e configurado o dissídio jurisprudencial, passo ao exame do recurso especial.

A questão versada nos autos merece reflexão cuidadosa, porque encerra aspecto diverso dos já enfrentados em demandas que tratam da incidência do Imposto de Renda sobre as parcelas recebidas pelos associados da previdência privada. A Lei n. 7.713/1988, no art. 6º, permite que fiquem fora da incidência do Imposto de Renda os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, seja em decorrência de morte ou invalidez, seja em razão de ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade, quando tributados esses ganhos na fonte.

Entretanto, neste processo temos, para exame, a questão da incidência do imposto sobre os valores recebidos pelos ex-funcionários da Caixa Econômica Estadual, em razão da liquidação da Fundação dos Funcionários da Caixa Econômica Estadual — Fucae.

Com a extinção do instituto, levou-se a rateio o patrimônio, patrimônio esse formado, como se sabe, não só de recursos próprios dos associados, mas também do resultado das aplicações financeiras da própria instituição e, por último, de contribuições e subsídios do patrão, a também extinta Caixa Econômica Estadual, cujas funções foram posteriormente atribuídas ao Banco do Estado do Rio Grande do Sul — Banrisul.

Extinta a Fucae, coube aos associados a restituição dos valores das suas contribuições, determinando a Diretoria da fundação, após consulta formulada à Superintendência Regional da Receita Federal, a incidência do Imposto de Renda.

Na ação, os autores pleitearam, sem fazer a devida distinção, não só a não-incidência do Imposto de Renda sobre as parcelas devolvidas em resgate, como também a não-incidência sobre o quinhão apurado na liquidação extrajudicial da Fucae.

A sentença de primeiro grau julgou procedentes os pedidos, mas o TRF da 4ª Região, com propriedade, fez a distinção afirmando:

“Não se trata, no presente feito, exclusivamente de verbas decorrentes das contribuições pagas e agora resgatadas, corrigidas monetariamente. Trata-se de um rateio ou divisão, em cujo montante incluem-se também todos os valores decorrentes das aplicações financeiras efetuadas, antes da liquidação, pela entidade, bem como daqueles valores relativos às contribuições dos empregadores.” (Fl. 67)

Nessa decisão, como se viu, considerou-se a tríplex formação do fundo, para o qual convergiram as contribuições dos participantes, as contribuições da entidade empregadora e os investimentos feitos pelo fundo, ao gerir os valores arrecadados.

A incidência do art. 43 do CTN ao caso concreto é patente, porque tudo o que for rateado e que exceder as contribuições dos associados pode ser classificado como aquisição da disponibilidade econômica.

Consideradas as peculiaridades do caso concreto, vejamos a jurisprudência do STJ sobre a questão, observando-se ainda que o recurso especial foi interposto também com fulcro na alínea **c**.

O acórdão trazido como paradigma pelos recorrentes, EREsp n. 76.499/CE, da Primeira Seção, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, decidiu a questão à luz da Lei n. 9.250/1995, sem, entretanto, estabelecer a distinção feita no Tribunal **a quo**, neste específico processo.

O julgamento ocorreu em 1997 e, depois de acirrados debates, restou assentado o entendimento da não-incidência do Imposto de Renda, como se vê da ementa seguinte:

Tributário — Imposto de renda — Dissolução de entidade de previdência privada — Rateio do patrimônio entre quotistas — Não-incidência.

— A entrega aos quotistas do valor de cada quinhão, apurado na liquidação de fundo mútuo de previdência privada, não acarreta acréscimo patrimonial. Por isto, não constitui fato gerador de imposto de renda.

(EREsp n. 76.499/CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, por maioria, julgado em 14.05.1997, DJ de 23.06.1997)

Ficaram vencidos os Ministros Ari Pargendler, Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Do mesmo modo, foram julgados na Turma processos de questão idêntica à do EREsp n. 76.499/CE, sem que tenha sido feita a distinção.

Nesse sentido o REsp n. 412.304/RS, Relator Ministro José Delgado:

Tributário. Fundo de previdência privada. Extinção. Rateio do patrimônio. Imposto de renda. Isenção. Exceção. Contribuições efetuadas sob a égide da Lei n. 9.250/1995.

1. O rateio do patrimônio de entidade de previdência privada extinta, entre os respectivos participantes, não caracteriza acréscimo patrimonial de forma a legitimar o recolhimento de imposto de renda, exceto no tocante à devolução das contribuições efetuadas a partir de 1996, após o advento da Lei n. 9.250/1995, que permitiu ao contribuinte deduzi-las da base de cálculo do tributo em referência.

2. Recurso parcialmente provido.

(REsp n. 412.304/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, julgado em 15.08.2002, DJ de 23.09.2002)

Nesta Segunda Turma segui, sem fazer a diferença, conforme o *leading case* da Seção:

Tributário — Imposto de renda — Dissolução de entidade de previdência privada — Rateio.

1. O patrimônio de entidade imune ao imposto de renda, se rateado entre os associados, quando liquidado, não serve de base de cálculo para o referido imposto.

2. Importâncias recebidas que não se subsumem no conceito de renda (art. 43 do CTN).

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 413.291/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, unânime, julgado em 13.08.2002, DJ de 09.09.2002)

Os precedentes, como se pode perceber pela ementa, examinaram a querela à luz do art. 43 do CTN, sem fazer o cotejo com o art. 6º da Lei n. 7.713/1988. Daí a imperiosa atenção à espécie tratada nos autos.

Aliás, quero, nesta oportunidade, em que novamente me redimo do descuido no julgamento antecedente, enfatizar a situação de um patrimônio que se liquida sem critérios rígidos, o que pode levar ao rateio de verbas públicas inclusive, porque não se ignora que são injetados nas entidades de previdência privada generosos subsídios das entidades estatais mantenedoras.

Com essas considerações, louvando o acórdão, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, **data venia**, fico vencido.

RECURSO ESPECIAL N. 456.650 — PR (2002/0099939-5)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Estado do Paraná

Procurador: Márcia Dieguez Leuzinger

Recorrida: Convoy Informática Ltda

Advogada: Maria Denise Martins de Oliveira

EMENTA

Tributário — ICMS — Serviço prestado pelos provedores de *Internet* — Lei n. 9.472/1997.

1. Os serviços prestados pelos provedores de acesso à *Internet*, embora considerados pelo Confaz como serviços de telecomunicações, pela definição dada no art. 60 da Lei n. 9.472/1997, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, não podem ser assim classificados.

2. O serviço desenvolvido pelos provedores da *Internet* é *serviço de valor adicionado* (art. 61, Lei n. 9.472/1997), o qual exclui expressamente da classificação de serviços de telecomunicações (§ 1º, art. 61).

3. Se o ICMS só incide sobre serviços de telecomunicações, nos termos do art. 2º da LC n. 87/1996, não sendo os serviços prestados pela *Internet* serviço de telecomunicações, e sim, *serviço de valor adicionado* (art. 61, § 1º da Lei n. 9.472/1997), não há incidência da exação questionada.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os 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, João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, julgando mandado de segurança ajuizado por Convoy Informática Ltda com o objetivo de desobrigar-se do pagamento de ICMS incidente sobre os serviços que executa como provedora da *Internet*, manteve a sentença concessiva de segurança em acórdão assim ementado:

Mandado de segurança preventivo. Provedor da internet. Exigência de pagamento do ICMS. Impossibilidade.

“O provedor de acesso à Internet não presta serviço de comunicação ou de telecomunicação, não incidindo sobre a atividade por ele desempenhada o ICMS” (TJPR, acórdão n. 18.207, Primeira Câ. Cível, Rel. Des. J. Vidal Coelho).

Recursos improvidos. (Fl. 298)

Em síntese, entendeu o Tribunal recorrido que a Internet é um serviço de valor adicionado que possibilita o acesso dos usuários e provedores de informações à rede, sendo que estes últimos apenas viabilizam o acesso dos primeiros ao sistema, não se constituindo tal atividade em serviço de telecomunicação ou comunicação a ensejar a incidência do ICMS.

Irresignado, interpôs o Estado do Paraná o presente recurso especial, com fulcro nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando contrariedade em dissídio jurisprudencial em torno do art. 61 da Lei n. 9.472/1997, indicando como paradigma o único precedente desta Corte sobre o tema, o REsp n. 323.358/PR, relatado pelo Ministro José Delgado, bem assim vulneração ao mesmo dispositivo legal.

Após as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Não conheço do recurso pela letra **c**, porque não configurado o dissídio jurisprudencial, uma vez não realizado o cotejo analítico, restando, portanto, desatendidos os requisitos do art. 255 do Regimento Interno do STJ. Passo, contudo, ao exame do especial pela letra **a**, diante do questionamento do art. 61 da Lei n. 9.472/1997.

A questão é nova, ostentando esta Corte um único precedente da Primeira Turma, e sua solução é controvertida, haja vista o número de artigos de tributaristas que debatem o tema, sem unanimidade. Trata-se da interpretação dos artigos 60 e 61 da Lei n. 9.472, de 16.07.1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações.

A CF/1988 determina que, sobre a prestação de serviços de comunicação, incida o imposto sobre circulação de mercadorias (art. 155, II), residindo aí a raiz do problema: o serviço de acesso à Internet é ou não serviço de comunicação? Observe-se que o conceito de comunicação, contido na Constituição Federal, para

efeito de tributação do ICMS, é restrito, por envolver apenas o serviço de comunicação.

A restrição conceitual é óbvia, porque, se assim não fosse, seria fonte geradora do ICMS o fato de alguém se comunicar com outrem pela palavra escrita ou falada. Daí a advertência do Professor **Delvani Alves Lima** em “Tributação dos Provedores da Internet — ICMS ou ISSQN”, publicado em “Direito Tributário Atual”, 1ª edição, 2ª tiragem, pp. 297/319:

A regra matriz do ICMS sobre serviços de comunicação é prestar serviços de comunicação e não realizar comunicação.

Mas o que vem a ser a *Internet*, essa utilíssima ferramenta de comunicação? Internet é uma poderosa rede internacional de computadores que, por meio de diferentes tecnologias de comunicação e informática, permite a realização de atividades como correio eletrônico, grupos de discussões, computação de longa distância, transferência de arquivos, lazer, compras etc (Larousse Cultural).

Para se ter acesso a essa rede internacional, usa-se os serviços do chamado *Provedor de Acesso*, que funciona como uma espécie de “chave que destranca a porta da internet” (**José Wilson Sobrinho**, em “Direito Tributário, Temas Pontuais”, Editora Forense). Assim, tem-se, de um lado, o aparato material que dá suporte à Internet, chamado de “serviço de meio físico”, na linguagem de **Pontes de Miranda** e, do outro, o serviço que propicia o interessado chegar a esse meio físico, que é a atividade desenvolvida pelo *Provedor*, não sendo possível unir ambos os serviços, visto que são eles bem distintos. O provedor nada cria, apenas viabiliza a outrem chegar até às informações. Aliás, é bom destacar que os “serviços da Internet” compreendem variadas prestações, desde a divulgação até o serviço de correspondência entre interlocutores, por via dos *e-mails*, passando pelas operações bancárias, serviço de compra e venda etc.

Dentro de uma simplória descrição, necessária segundo a minha ótica, para a compreensão da questão tributária, temos que o usuário, para ter acesso à Internet, necessita dispor de um computador, de uma linha telefônica e de um *software* específico. Mesmo os locais que dispõem de acesso direto ao provedor, sem utilizar-se de uma linha telefônica particular, não dispensam o uso da telefonia. Ademais, modernamente, é até possível o uso da Internet via rádiofreqüência, sem participação do serviço de telefonia.

O serviço de telefonia, meio de chegar o usuário ao provedor e, a partir daí, conectar ele o usuário à rede, é serviço de telecomunicação, pago de acordo com a quantidade de pulsos utilizados, conforme discriminado na conta telefônica, sobre cujo valor incide o ICMS.

O provedor tem duas funções fundamentais: age como publicitário, alimentando a rede com informações — *Provedor de informações* —, ou permite a conexão do usuário à rede — *Provedor de Acesso*. A função desses últimos é a do nosso interesse, porque é sobre o trabalho deles que existe a polêmica tributária.

Pergunta-se: Qual a natureza jurídica do serviço prestado pelos provedores de acesso? O Confaz firmou entendimento de que se trata de serviço de telecomunicações e, como tal, deve sofrer a incidência do ICMS.

Em verdade, temos, na espécie, uma multiplicidade de relações desencadeadas por um só toque no computador, e não se pode olvidar que há uma relação jurídica contratual do usuário com a telefônica, pela qual paga ele os serviços de telefonia e o ICMS, serviço que não se confunde com o estabelecido entre o usuário e o provedor por ele eleito para prestar o serviço de ligação com a rede internacional de computadores. Esses provedores, por seu turno, para desempenharem a atividade precípua, utilizam-se da ligação telefônica por canais especiais.

O serviço realizado pelos provedores, para alguns, é serviço de comunicação sujeito ao ICMS e, para outros, é uma mera prestação de serviço — serviço de valor adicionado, sujeito ao ISSQN.

Dividem-se os juristas, sendo certo que a doutrina, de forma majoritária, vem proclamando a não-incidência do ICMS, por não identificar o fato gerador no trabalho dos provedores do serviço de comunicação e sim serviço no qual se usa como apoio o serviço de telefonia.

Com efeito, agem os provedores como monitores ou facilitadores do usuário, colocando à disposição dos seus clientes equipamentos e *softwares* que dão acesso e facilitam a utilização do sistema, mas, em verdade, são ambos, provedores e usuários, tomadores do serviço de comunicação, cujo suporte maior e imprescindível é o serviço de telecomunicação.

O serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet é fonte geradora de riqueza, porque geralmente trabalham a título oneroso, identificando-se conteúdo econômico na atividade desenvolvida. No XXVI Simpósio Nacional de Direito Tributário, em torno do tema “Tributação na Internet”, coordenado pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins, em outubro de 2001, na cidade de São Paulo, foram tomadas algumas posições.

Sintetizando, temos conclusões das comissões formadas por ilustres tributaristas, publicadas no Boletim de Direito Municipal n. 1, ed. 2002:

Respostas às questões formuladas pela Comissão Organizadora:

1) Qual o significado do termo “serviço de comunicação” contido no art.

155, II, da Constituição Federal? Pode ele ser aplicado a um provedor de acesso à Internet para fins de tributação pelo ICMS?

Serviços de comunicação, para fins de ICMS, são serviços de transmissão de mensagens entre pessoas, por determinado veículo, a título oneroso.

A competência para definir quais são os serviços de telecomunicações é da União Federal, que, ao editar a Lei Geral de Telecomunicações, de forma compatível com a Constituição Federal, excluiu os serviços prestados pelos provedores.

As atividades desenvolvidas entre os provedores de acesso e os usuários da Internet realizam-se, também, mediante a utilização dos serviços de telecomunicações, sendo ambos, portanto, usuários dos serviços de telecomunicação. Logo, a atividade exercida pelos provedores de acesso em relação a seus clientes não se confunde nem com os serviços de telecomunicação, nem com os serviços de comunicação. Tal atividade não está sujeita a ICMS e, por não constar da lista de serviços, também não se sujeita ao ISS” (72 X 3).

2) A aquisição de *software* através do sistema de *download*, realizada por usuário localizado no Brasil e *site* localizado no exterior, é passível de tributação pelo ICMS (compra de mercadoria) e II (entrada no País de bem/serviço estrangeiro)? Em caso positivo, seria possível à autoridade tributária identificar os fatos geradores dos tributos, assim como fiscalizar o recolhimento destes impostos?

“A aquisição de *software* por encomenda não é passível de tributação, quer pelo ICMS, quer pelo II, por não se estar diante de mercadoria ou produto.

A importação do chamado *software* de prateleira por meio de *download* não se sujeita à tributação pelo ICMS ou pelo II, porque o *software* em si não consubstancia mercadoria ou produto” (74 X 1).

3) Pode a autoridade tributária brasileira solicitar de provedor de acesso à Internet dados relativos a contribuinte, sem com isto estar ferindo o art. 5º, XII, da Constituição Federal? E se a exigência for dirigida a um provedor de hospedagem de *site*?

“Não. A autoridade tributária não pode solicitar de provedor de acesso à Internet, independentemente de determinação judicial, dados de terceiros cobertos pelo sigilo de que cuida o art. 5º, XII, da CF. Se estas informações, detidas pelo provedor de acesso, estiverem disponíveis ao público, não há privacidade, podendo a Administração obter tais dados diretamente pelos meios disponibilizados.

A resposta é a mesma quando se trata de provedor hospedeiro de site. Quando os dados estiverem disponibilizados a todos, genericamente, não há sigilo, podendo a Administração obter os dados que julgar necessários. Na hipótese contrária, os dados alcançados pelo sigilo só podem ser disponibilizados à Administração por força de ordem judicial” (74 X 1).

4. A comunicação jornalística e de natureza editorial, via Internet, goza da imunidade tributária do art. 150, inc. VI, letra **d**, da Constituição Federal?

“Sim. A comunicação jornalística e de natureza editorial, realizada através da Internet, é alcançada pela imunidade tributária do art. 150, VI, **d**, da CF, cuja finalidade é incentivar a livre manifestação do pensamento, a informação, a formação e a cultura, veiculadas por qualquer meio — Entendimento diverso implicaria cancelar o atraso tecnológico” (74 e 1 abstenção).

Quero aqui destacar a posição do Professor **Marco Aurélio Greco** que, em livro de sua autoria, “Internet e Direito”, Editora Dialética, conclui que o serviço prestado pelos provedores é serviço de comunicação sujeito à incidência do ICMS, seja pelo tipo da atividade, seja pela utilidade proporcionada, ou seja, pelo ângulo do usuário e/ou pelo ângulo do provedor. Para o jurista em tela, a Lei de Organização dos Serviços de Telecomunicações — LGT não é parâmetro para definir o que seja ou não tributável pelo ICMS. E argumenta:

Aliás, ela própria exclui do conceito de telecomunicação um serviço que, inequivocadamente, configura prestação de serviço de comunicação (provisão de capacidade em satélite).

(obra citada)

Examinada a doutrina, passo ao exame legislativo, a partir da análise dos arts. 60 e 61 da Lei n. 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, especificamente citada no especial como objeto de vulneração pelo acórdão recorrido:

Art. 60 Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Não tenho dúvida em classificar, diante do inteiro teor da norma, como sendo *serviço de valor adicionado* a atividade desenvolvida pelos provedores, excluído expressamente no § 1º transcrito da rubrica serviço de telecomunicações.

Aliás, na anterior Lei — n. 9.295, de 19.07.1996 —, igual disposição estava no art. 10, o que demonstra a confirmação do entendimento legislativo posteriormente.

Não se olvida que, pela Internet, tem-se uma rede de comunicação entre computadores, o que resulta na prestação de serviço de transmissão, a distância, de idéias, de dados e de imagens diversas. Entretanto, segundo minha ótica, não há respaldo para que o Fisco faça nascer daí um liame jurídico, tributário, o que seria, em termos concretos, fazer incidir o ICMS sobre o tráfego telefônico, já tributado.

O STF, para onde irá a querela, fatalmente, por força da invocação do art. 155, II, da CF, nos pleitos, ainda não se pronunciou a respeito, havendo, no que mais se aproxima do tema, a decisão da Primeira Turma da Corte Maior, em torno dos *softwares* de prateleira, considerados como mercadorias (RE n. 176.626-6/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e RE n. 199.464/1999, Rel. Min. Ilmar Galvão).

O entendimento da Corte Maior foi o de que, na licença de um *software* padrão, existem dois contratos, de cessão de uso e de fornecimento, nos quais não há incidência do ICMS, reservando-se a tributação do imposto estadual para a reprodução em massa de programas em disquetes, de fitas de vídeo ou *software*.

No STJ, a Primeira Turma tem um acórdão da relatoria do Ministro Garcia Vieira que considera como sujeito ao ISS o programa de computador. Veja-se, a propósito, a ementa do REsp n. 39.797-9/SP assim redigido:

ICMS — Programas de computador — Não-incidência. A exploração econômica de programas de computador, mediante contratos de licença ou de cessão, está sujeita apenas ao ISS. Referidos programas não se confundem

com suportes físicos, não podendo ser considerados mercadorias para fins de incidência do ICMS.

Recurso improvido.

Esse acórdão, de dezembro/1994, nada tem com a incidência aqui discutida, servindo para demonstrar apenas qual o encaminhamento lógico da Corte.

Especificamente sobre o tema, há um único precedente, da mesma Primeira Turma, relatado pelo Ministro José Delgado que, em longo e judicioso voto, concluiu serem de comunicação, espécie de serviço de telecomunicações, o prestado pelos provedores.

Para ser fiel ao que foi dito no voto condutor, transcrevo as suas conclusões:

a) Considero provedor como sendo um agente interveniente prestador de serviços de comunicação, definindo-o como sendo “aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na Internet, seja armazenando e disponibilizando o *site* para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviços de Conexão à Internet (PSC), sendo a entidade que presta o serviço de conexão à Internet (SCI)” (**Newton de Lucca**, em artigo “Títulos e Contratos Eletrônicos”, na obra coletiva “Direito e Internet”, p. 60);

b) O provedor vinculado à Internet, tem por finalidade essencial efetuar um serviço que envolve processo de comunicação exigido pelo cliente, por deter meios e técnicas que permitem o alcance dessa situação fática;

c) O serviço prestado pelos provedores está enquadrado como sendo de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações;

d) A LC n. 87, de 13.09.1996, estabelece, em seu art. 2º que incide o ICMS sobre “prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”, círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à Internet, quando os comercializam;

e) Qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento do ICMS;

f) A relação entre o prestador de serviço (provedor) e o usuário é de natureza negocial visando possibilitar a comunicação desejada. É suficiente para constituir fato gerador de ICMS;

g) O serviço prestado pelo provedor pela via da Internet não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61 da Lei n. 9.472, de 16.07.1997.

Peço vênia para divergir, até com um certo acanhamento, dos ilustres mestres Professor **Marco Aurélio Greco** e Ministro José Delgado. Sem querer repetir aqui o que já expus, na essência, sobre a doutrina na qual repousa o meu entendimento, concluo que:

a) o provedor de serviço da rede internacional de computadores é tão usuário dos serviços de comunicação quanto aqueles que a ele recorrem para obter a conexão à rede maior;

b) o provedor de serviço da Internet propõe-se a estabelecer a comunicação entre o usuário e a rede, em processo de comunicação, segundo a Lei n. 9.472/1997 (art. 60, § 1º);

c) o serviço prestado pelos provedores de comunicação enquadra-se, segundo as regras da lei específica (art. 61), no chamado serviço de valor adicionado;

d) o referido serviço é desclassificado como sendo serviço de telecomunicação (art. 61, § 1º, da Lei n. 9.472/1997);

e) se a lei específica retira da rubrica serviço de telecomunicação, o “Serviço de Valor Adicionado”, não poderá o intérprete alterar a sua natureza jurídica para enquadrá-lo na Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, em cujo art. 2º está explicitado que o ICMS incidirá sobre:

prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

f) para ser aplicado o art. 2º da LC n. 87/1996, que disciplina o ICMS, é preciso ter em apreciação a lei especial e posterior, que conceitua os serviços de comunicação;

g) independentemente de haver entre o usuário e o provedor ato negocial, a tipicidade fechada do Direito Tributário não permite a incidência do ICMS. Aliás, em se tratando de serviço, a única brecha em favor do Fisco seria uma lei que incluísse na lista de serviços o que a LGT excluiu como serviço de comunicação sujeito ao ICMS.

Assim, e em conclusão, concluo diferentemente do precedente da Primeira Turma, negando provimento ao recurso especial.

É o voto.

EMENTA

Recurso especial. Tributário. Serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet. Serviço de valor adicionado. Artigo 61 da Lei n. 9.472/

1997 (Lei Geral de Telecomunicações). Norma n. 4/1995 do Ministério das Comunicações. Artigo 21, XI, da Constituição Federal. Não-incidência de ICMS.

O serviço prestado pelo provedor de acesso à Internet não se caracteriza como serviço de telecomunicação, porque não necessita de autorização, permissão ou concessão da União (artigo 21, XI, da Constituição Federal). Tampouco oferece prestações onerosas de serviços de comunicação (art. 2º, III, da LC n. 87/1996), de forma a incidir o ICMS, porque não fornece as condições e meios para que a comunicação ocorra, sendo um simples usuário dos serviços prestados pelas empresas de telecomunicações.

Trata-se, portanto, de mero serviço de valor adicionado, uma vez que o prestador se utiliza da rede de telecomunicações que lhe dá suporte para viabilizar o acesso do usuário final à Internet, por meio de uma linha telefônica, atuando como intermediário entre o usuário final e a Internet. Utiliza-se, nesse sentido, de uma infra-estrutura de telecomunicações preexistente, acrescentando ao usuário novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações (artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações).

“O provimento de acesso não pode ser enquadrado, (...), como um serviço de comunicação, pois não atende aos requisitos mínimos que, técnica e legalmente, são exigidos para tanto, ou seja, o serviço de conexão à Internet não pode executar as atividades necessárias e suficientes para resultarem na emissão, na transmissão, ou na recepção de sinais de telecomunicação. Nos moldes regulamentares, é um serviço de valor adicionado, pois aproveita uma rede de comunicação em funcionamento e agrega mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações” (**José Maria de Oliveira, apud Hugo de Brito Machado, in** “Tributação na Internet”, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 89).

Recurso especial não conhecido pela alínea **a** e conhecido mas não provido pela alínea **c**.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Convoy Informática Ltda, empresa atuante no setor de informática como provedora de acesso à Internet, impetrou mandado de

segurança preventivo, com pedido de liminar, contra ato do Delegado da Receita do Estado do Paraná, sob a alegação de que não estaria sujeita ao pagamento de ICMS, por não ser prestadora de serviços de comunicação.

A liminar foi indeferida (fl. 104). Posteriormente, o r. Juízo de primeiro grau concedeu a ordem, ao fundamento de que “a atividade do provedor não é atividade de comunicação mas sim de intermediador, tanto que o próprio usuário poderá ser seu próprio provedor como ocorre com empresas de maior porte, (...) e que nem por isso transformaram-se em empresas de comunicação” (fl. 167).

Irresignados, o Estado do Paraná e o Delegado Regional da Receita Estadual interpuseram apelação, subindo os autos, também por força de reexame necessário, ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que, por maioria, negou provimento aos recursos.

Entendeu a Corte de origem pela não-incidência do ICMS sobre os serviços da empresa provedora de Internet, por considerar tal atividade como um serviço de valor adicionado, afastando a aplicação do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal.

O v. acórdão restou assim ementado:

“Mandado de segurança preventivo. Provedor da Internet. Exigência de pagamento do ICMS. Impossibilidade.

“O provedor de acesso à Internet não presta serviço de comunicação ou telecomunicação, não incidindo sobre a atividade por ele desempenhada o ICMS” (TJPR, Acórdão n. 18.207, Primeira Câ. Cível, Rel. Des. J. Vidal Coelho).

Recursos improvidos” (fl. 298).

Diante desse desate, o impetrado opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo Tribunal **a quo**.

Alega o Estado do Paraná, em recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, violação ao artigo 61 da Lei n. 9.472/1997. Aponta, ainda, divergência jurisprudencial com julgado deste Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Ministro José Delgado (REsp n. 323.358/PR, DJ de 03.09.2001), no sentido de que a empresa provedora de acesso à Internet presta serviço de comunicação sujeito ao ICMS e de que “o conceito de “comunicação” utilizado pela CF/1988 não é um conceito legal (que se extraia de uma determinada lei), mas sim um conceito de fato (que resulta da natureza do que é feito ou obtido)” (fl. 365).

A ilustre Ministra Eliana Calmon, sorteada Relatora, não conheceu do recurso especial pela alínea **c** e negou-lhe provimento pela alínea **a**.

Sustentou a insigne Relatora que o provedor de acesso nada cria, mas apenas viabiliza a outrem chegar às informações e estabelece a comunicação entre o usuário e a rede, utilizando da ligação telefônica por canais especiais. Nesse sentido, afirmou que os provedores agem como monitores ou facilitadores do usuário, colocando à disposição dos seus clientes equipamentos e *softwares* que dão acesso e facilitam a utilização do sistema, sendo ambos provedores e usuários, cujo suporte maior e imprescindível é o serviço de telecomunicação.

Alegou, ainda, que o provedor presta serviço de valor adicionado, desclassificado pelo artigo 61, § 1º, da Lei n. 9.472/1997 como serviço de telecomunicação, a não se enquadrar, portanto, no artigo 2º da Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, que disciplina o ICMS.

Cinge-se a controvérsia à incidência de ICMS sobre a prestação de serviços de conexão à Internet. A questão central envolve a natureza jurídica do serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet.

O tema foi analisado por esta egrégia Corte apenas uma vez, oportunidade em que a colenda Primeira Turma, por unanimidade, ao julgar, em 21.06.2001, o REsp n. 323.358/PR (in DJ de 03.09.2001) firmou o entendimento de que os provedores de conexão à Internet prestam serviços de comunicação, o que determina a incidência do ICMS.

O ínclito Ministro José Delgado, Relator, salientou, em síntese, que o provedor é um agente interveniente prestador de serviços de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações sujeito ao ICMS, de acordo com o disposto no artigo 2º da LC n. 87/1996; que a relação negocial entre o provedor e o usuário é suficiente para constituir fato gerador do aludido imposto; e que o serviço prestado pelo provedor pela via da Internet não é serviço de valor adicionado, conforme definição do artigo 61 da Lei n. 9.472/1997.

O artigo 155, II, da Constituição Federal, dispõe:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

A Lei Complementar n. 87/1996 estabelece, por outro lado, que:

“Art. 2º. O imposto incide sobre:

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

A Lei n. 9.472/1997, denominada Lei Geral de Telecomunicações — LGT, em seu artigo 61, define o serviço de valor adicionado como “a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações” e, em seu § 1^a, dispõe que o referido serviço “não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”.

No mesmo eito, a Norma n. 004/1995, aprovada pela Portaria do Ministério das Comunicações n. 148/1995, cujo objetivo é regular o uso de meios da Rede Pública de Telecomunicações para o provimento e utilização de serviços de conexão à Internet, já dispunha que serviço de valor adicionado é o “serviço que acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações”. O Serviço de Conexão à Internet, ou SCI, é definido como o “Serviço de Valor Adicionado que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações”, e o Provedor de Serviço de Conexão à Internet, ou PSCI, como “a entidade que presta o Serviço de Conexão à Internet”.

Também a Proposta de Regulamento para o Uso de Serviços e Redes de Telecomunicações no Acesso a Serviços Internet (para substituir a Norma n. 004/1995 do Ministério das Comunicações), objeto da Consulta Pública n. 417, da Anatel, define, em seu artigo 4^o, como Provedor de Acesso a Serviços Internet — PASI, a entidade que oferta Provimento de Acesso a Serviços Internet ou “o conjunto de atividades que permite, dentre outras utilidades, a autenticação ou reconhecimento de um usuário para acesso a Serviços Internet”. Em seu artigo 6^o dispõe, ainda, que “o Provimento de Acesso a Serviços Internet não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor e seus clientes como usuários dos serviços de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a esta condição”.

Por outro lado, o artigo 21, XI, da Constituição Federal, determina que compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações”.

No tocante ao acesso à Internet, **José Eduardo Soares de Melo** explica que:

“O acesso à Internet implica a utilização conjugada de alguns equipamentos — computador, *modem*, linha telefônica, fibra ótica, TV a cabo, telefone celular ou um micro de mão (*palmtop*) — por meio de um programa (*software* — *internet explorer*, *netscape* etc.), instalado no computador de qualquer pessoa, procedendo ao roteamento da ligação por canais contratados pela Embratel, que se conecta a uma empresa estrangeira, além de oferecer diversas outras comodidades (disposição de aparelhos, equipamentos, senhas etc.).

(...)

Participam a operadora (entidade exploradora do STFC — Serviço Telefônico Fixo Comutado, ou SMC — Serviço Móvel Celular); o provedor (pessoa que provê o serviço através da rede pública de telecomunicações), mediante oferecimento de facilidade suplementar do STFC (recursos de códigos de acesso específico e o fornecimento do registro das chamadas destinadas aos provedores) e os usuários (tomadores dos serviços pertinentes à Internet). O provedor transmite ao usuário a informação indispensável para a realização da comunicação do usuário com a Internet, mediante os meios técnicos que dispõem” (in “Tributação na Internet”, Coordenador **Ives Gandra da Silva Martins**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 238).

Hugo de Brito Machado ensina que “a expressão provedor de acesso pode designar o conjunto de equipamentos que viabiliza o acesso de alguém à Internet. No sentido de prestador de serviço, porém, o provedor é a pessoa, física ou jurídica, que utiliza esse conjunto de equipamentos para a prestação de serviço consistente em viabilizar o acesso à Internet” (Ob. cit., p. 88).

Segundo definição de **Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini**, “o provedor de acesso, em linguagem simplificada, constitui o instrumental técnico para que o usuário possa acessar a navegação na Internet; é o meio hábil para possibilitar a entrada na rede internacional de comunicação” (ob. cit., p. 128).

Conforme informações constantes do Resultado da Consulta Pública n. 372 (in “www.anatel.gov.br”), de 21 de março de 2002, realizada pela Agência Nacional de Telecomunicação — Anatel, “no Brasil vários serviços de telecomunicações podem dar suporte a Provimento de Acesso a Serviço Internet, mas por condições da prestação e disponibilidade, 93% das conexões a Provedores de Acesso a Serviço Internet são feitas por meio do Serviço Telefônico Fixo Comutado — SFTC, e apenas 7% utilizam como suporte outros serviços de telecomunicações, tais como, TV a cabo e MMDS”.

Consoante o entendimento de **Marco Aurélio Greco**, “prestador do serviço de comunicação é aquele que fornece os respectivos meios para a comunicação,

assim entendidos não apenas aqueles que tornam possível a instauração de uma relação comunicativa, tais como interfaces, dispositivos, equipamentos etc. Em outras palavras, presta serviço de comunicação quem fornece o ‘ambiente de comunicação’” (in “Internet e Direito”, Dialética, São Paulo, 2000, p. 124). Sustenta o autor que “o provedor de acesso à Internet cria, tecnicamente, um ambiente especial que viabiliza um meio diferente pelo qual podem transitar mensagens, que não se confunde com o ambiente criado pela telefonia” (in “Direito e Internet”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 182).

O referido autor assevera, ademais, que “a utilidade proporcionada pelo provimento de acesso é permitir a transmissão de mensagens, é permitir que as pessoas se comuniquem, viabilizando um sistema de comunicação cujas utilidades estão na flexibilidade das conexões, multiplicidade de caminhos, agilidade na obtenção de informações, facilidade de transmissão etc. Pode-se dizer que se a utilidade obtida pelo usuário em relação à operadora de telefonia é obter uma conexão com certo local, a utilidade obtida pelo provimento de acesso é a conexão com todo o mundo” (in “Internet e Direito”, Dialética, São Paulo, 2000, pp. 133/134). Nesse eito, conclui que “o conceito de ‘comunicação’” utilizado pela CF/1988 não é um conceito legal (que se extraia de uma determinada lei), mas sim um conceito de fato (que resulta da natureza do que é feito ou obtido)” (ob. cit., pp. 136/137).

Do mesmo sentir é a lição de **Luciana Angeiras**, para quem “o serviço de acesso prestado pelo provedor não se restringe apenas a agilizar, facilitar, maximizar a atividade comunicativa entre duas partes, mas efetivamente, promover a comunicação. O serviço de comunicação prestado pelo provedor ao seu cliente assemelha-se ao exemplo da transportadora, que continua prestando serviço de transporte ao seu cliente, ainda que não o faça pessoalmente durante todo o itinerário. É de se concluir, portanto, que se diversas pessoas compõem o **iter** comunicacional para transmitir a mensagem em alguma etapa definitiva do processo, tais pessoas prestam serviços de comunicação” (in “Internet: o Direito na Era Virtual”, organização de **Luís Eduardo Schoueri**, São Paulo, Lacaz Martins, Halembeck, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados, 2000).

A doutrina majoritária, contudo, posiciona-se contrariamente à incidência do ICMS aos serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet.

Kiyoshi Harada, ao examinar a questão, salienta que “o provedor de acesso à Internet libera espaço virtual para comunicação entre duas pessoas, porém, quem presta o serviço de comunicação é a concessionária de serviços de telecomunicações, já tributada pelo ICMS. O provedor é tomador de serviços prestados pelas concessionárias. Limita-se a executar serviço de valor adicionado, isto é, serviços

de monitoramento do acesso do usuário à rede, colocando à sua disposição equipamentos e *softwares* com vistas à eficiente navegação” (in “Tributação na Internet”, Coordenador **Ives Gandra da Silva Martins**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 223).

Nessa esteira é o comentário de **Francisco de Assis Alves**:

“Os provedores viabilizam o acesso à Internet aos usuários e a outros provedores de serviços de informações. Os provedores, portanto, utilizam a estrutura do serviço de telecomunicações existente para proporcionar o acesso, o armazenamento de informações e conectar o usuário à rede. Apenas recebem as informações da rede e as retransmitem ao usuário conectado. (...) A comunicação que ocorre entre os usuários da Internet decorre de um serviço de conexão prestado pelos provedores. E estes, agora sim, utilizam-se de um serviço de comunicação, prestado pelas companhias telefônicas, para efetivarem esta conexão. Assim sendo, o serviço fornecido pelos provedores nada mais é do que um acréscimo ao serviço de telecomunicações, consistindo num serviço de valor adicionado” (ob. cit., p. 173).

A esse respeito, preleciona **Hugo de Brito Machado** que “o certo é que os serviços prestados pelo provedor de acesso não são viáveis sem aqueles aos quais se agregam” (ob. cit., p. 91).

Já **Ives Gandra Martins** pondera que “se o serviço estiver vinculado ao setor de telecomunicação, mas não for considerado serviço de telecomunicação por quem tem competência de definição fiscal, à evidência, não será serviço de comunicação de forma alguma. Ou são serviços de telecomunicações, por estarem vinculados a telecomunicações, ou não são meios de comunicação, por falta de pertinência com outras formas de comunicação” (ob. cit., p. 48).

Relevante, ainda, a observação de **Sacha Calmon** de que “o serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet é um Serviço de Valor Adicionado, não se enquadrando como serviço de comunicação, tampouco serviço de telecomunicação. Este serviço apenas oferece aos provedores de Acesso à Internet o suporte necessário para que o Serviço de Valor Adicionado seja prestado, ou seja, o primeiro é um dos componentes no processo de produção do último” (ob. cit., p. 104).

José Eduardo Soares de Melo assevera que “o provedor cria novas utilidades relacionadas ao acesso cibernético, consistentes no armazenamento, apresentação, movimentação e recuperação de informações, possibilitando os meios de perfazimento da comunicação. Entretanto, não se vislumbram típicos serviços de comunicação, mas atividades que permitem que os usuários se comuniquem com o mundo virtual. Os provedores nada comunicam porque não detêm os conhecimen-

tos constantes da realidade virtual, mas apenas criam condições para que ocorra a ligação entre dois pontos. Tornar possível a ‘relação comunicativa’ (serviço de monitoramento do acesso do usuário à rede) não tem a mesma natureza de participar de modo interativo desta mesma relação” (ob. cit., p. 241).

Oportunas e precisas as considerações tecidas por **José Maria de Oliveira**, citado por **Hugo de Brito Machado**:

“Entende-se que o provimento de acesso à Internet deve ser assim considerado como uma prestação de serviço que utiliza necessariamente uma base de comunicação preexistente e que viabiliza o acesso aos serviços prestados na rede mundial, por meio de sistemas específicos de tratamento de informações.

O provimento de acesso não pode ser enquadrado, assim, como um serviço de comunicação, pois não atende aos requisitos mínimos que, técnica e legalmente, são exigidos para tanto, ou seja, o serviço de conexão à Internet não pode executar as atividades necessárias e suficientes para resultarem na emissão, na transmissão, ou na recepção de sinais de telecomunicação. Nos moldes regulamentares, é um serviço de valor adicionado, pois aproveita uma rede de comunicação em funcionamento e agrega mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações.

Ao se afirmar que o provimento de acesso não é condição necessária e suficiente à realização do fenômeno comunicacional, quer-se informar que os mecanismos tecnológicos do provimento de acesso não viabilizam, por si sós, a comunicação (suficiência), bem como não são indispensáveis para que a comunicação se efetive (necessidade)” (ob. cit., p. 89).

Como salientado pela ilustre Relatora, a questão foi debatida por juristas renomados no XXVI Simpósio Nacional de Direito Tributário, realizado em São Paulo no ano de 2001 pelo Centro de Extensão Universitária — CEU. Concluiu-se, em plenário e em Comissões, por maioria, que os serviços prestados pelo provedores de acesso não sofrem a incidência do ICMS. Nesse sentido, vide trecho da conclusão das Comissões 2 e 3 do aludido Simpósio, citado por **Ives Gandra da Silva Martins**, Coordenador-Geral do evento:

“A expressão ‘serviço de comunicação’, no art. 155, inciso II, da Constituição Federal, significa a atividade remunerada de colocar à disposição de terceiro, meios ou instrumentos para que ocorra a comunicação, como tal entendida a ação bilateral, ou multilateral, em que informações ou dados são enviados de um sujeito a outro, ou a outros, e daquele ou daqueles a este, em verdadeira interação.

Não pode ser aplicada ao provedor de acesso à Internet, porque este não disponibiliza meios e condições necessários e suficientes a que se realize a comunicação. Para que se realize a comunicação fazem-se indispensáveis outros meios, aos quais o provedor simplesmente acrescenta instrumentos que tornam mais fácil, ou mais rápida, a comunicação” (in “Competência Impositiva sobre os Serviços Prestados pelos Provedores de Acesso à Internet”, Revista Dialética de Direito Tributário, n. 75, dezembro de 2001, pp. 72/73).

Diante do exposto, conclui-se que o serviço prestado pelo provedor de acesso à Internet não se caracteriza como serviço de telecomunicação, porque não necessita de autorização, permissão ou concessão da União.

Tampouco oferece prestações onerosas de serviços de comunicação (art. 2º, III, da LC n. 87/1996), de forma a incidir o ICMS, porque não fornece as condições e meios para que a comunicação ocorra, sendo um simples usuário dos serviços prestados pelas empresas de telecomunicações.

Trata-se, portanto, de mero serviço de valor adicionado, uma vez que o prestador se utiliza da rede de telecomunicações que lhe dá suporte para viabilizar o acesso do usuário final à Internet, por meio de uma linha telefônica.

Com efeito, os provedores de acesso à Internet atuam como intermediários entre o usuário final e a Internet. Utilizam-se, nesse sentido, de uma infra-estrutura de telecomunicações preexistente, acrescentando ao usuário novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações (artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações).

Quanto ao alegado dissídio jurisprudencial, denota-se que o precedente colacionado, julgado pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal (REsp n. 323.358/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 03.09.2001), à evidência, diverge do entendimento esposado no v. **decisum** recorrido, razão pela qual deve ser conhecido o recurso pela alínea **c**, porém não provido, diante dos argumentos acima esposados.

Pelo que precede, não conheço do recurso especial pela alínea **a** e, pela alínea **c**, conheço mas lhe nego provimento.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Srª. Ministra-Presidente, recebi, a propósito deste assunto, um substancioso memorial assinado pela Drª. Fernanda Camani e pelo Drª. Paula Evaristo Carlos Regal, estudei-o e concordo integralmente com os votos da Sra. Ministra-Relatora e do Sr. Ministro Franciulli Netto.

Penso que a questão restou corretamente enfrentada nesta Turma, por isso acompanho V. Ex^{as.}, negando provimento ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Pedi vista dos autos para estudar a questão devido à divergência de opiniões entre ilustres Ministros integrantes da Primeira Seção, sobre a natureza jurídica do tributo incidente na provedoria de acesso à Internet.

A **vexata quaestio** situa-se na interpretação do artigo 61 da Lei n. 9.472, de 16.07.1997, em face da Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, que no seu art. 2^a estabelece:

“Incide o ICMS sobre prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição, a ampliação de comunicação de qualquer natureza.”

No campo da informática, as comunicações via internet globalizaram o mundo, tornando possível o diálogo entre pessoas residentes no mais longínquo ponto do planeta por áudio e vídeo.

A possibilitação técnica desta conquista contemporânea da humanidade, se faz mediante técnicas científicas do conhecimento físico, a que os cultores das chamadas ciências metafísicas são pouco afeitos. O fato, porém, significativo para a regulação legislativa da matéria é que tal atividade se subordina a método e processo científicos capazes de proporcionar utilidade às pessoas, denominadas, no contexto econômico-financeiro, consumidores.

Regula-se, pois, desde a geração à transmissão de imagens e sons, mediante concessão de uso do espaço aéreo pelo Estado, guardião dos interesses do povo.

A cessão do espaço aéreo faz-se por meio de concessão, autorização e permissão do Estado, que impõe ao usuário a contrapartida de pagamento de impostos e taxas que reverterão em benefício de todo o povo.

No caso das comunicações, o Estado, regulando a matéria mediante LC de n. 87, de 13.09.1996, prescreveu a incidência do ICMS sobre “as prestações onerosas de comunicação, por qualquer meio...” (art. 2^o).

Dir-se-á incidente sobre todos os meios de comunicação onerosos o ICMS. A exceção se dá com relação às comunicações gratuitas, como acontece com os serviços relevantes prestados por radioamador.

Na televisão a cabo ou por satélite, por exemplo, o pagamento do ICMS se faz incidente sobre o preço cobrado ao consumidor.

A Internet é um campo vasto de transmissão de fatos, imagens, mensagens, enfim, de comunicações humanas, de que se valem os chamados produtores de riqueza para vender bens e serviços à massa de consumidores. É do reino encantado da publicidade despertadora de anseios e desejos no mais das vezes incontrolados do povo, sequioso por usar e consumir os bens da vida, desde os essenciais aos supérfluos, todos submetidos aos desígnios do modismo.

Para que o consumidor tenha acesso a esse mundo mágico, que nos transporta aos salões do Louvre, do Hermitage ou ao Museu de Londres, dentre outras maravilhas da natureza, e nos permite conhecer produtos úteis ou mesmo inúteis, mas desejáveis, necessário que possua um computador e seja filiado a um provedor que, mediante senha, determina o “abre-te Sésamo” da caverna maravilhosa dos Ali-Babás (no bom sentido) do nosso tempo. A simples posse de um computador, porém, não nos habilita a navegar na Internet. Os provedores, os modernos Ali-Babás, necessitam intervir abrindo as portas para as maravilhas e mazelas do mundo contemporâneo.

Tal acesso, porém, se faz de modo oneroso, via linha telefônica e provedora. É certo que alguns provedores não cobram diretamente dos consumidores o acesso ao mundo mágico da Internet. Alguns, porém, o fazem, inclusive os mais famosos e criativos — UOL, AOL e Globo, por exemplo.

Sobre estes, não tenho dúvidas, é inafastável a incidência do ICMS.

Dir-se-á, contudo, que o serviço por eles prestado seria serviço de valor adicionado, como definido pelo art. 61 da Lei n. 9.472, de 16.07.1997.

Lembro-me, porém, que sequer cuidamos de definir a figura do provedor da Internet.

Cuidamos de fazê-lo, dizendo que se trata de um caminho indispensável ao usuário do computador para ter acesso às informações acumuladas nos diversos escaninhos de memórias reunidos nos endereços da Internet. Em cada uma dessas memórias temos milhares de informações, úteis ou inúteis, sobre os mais variados assuntos. De fato, na Internet lê-se jornal, livros, ouve-se música, visitam-se museus, assistem-se filmes, troca-se correspondência, enfim, têm-se acesso a bancos, a bibliotecas, cassinos, *shows business*, futebol, basquete, vôlei, a todos os esportes, sendo infundável a gama de informações disponibilizadas ao usuário, a ponto de estar-se formando uma legião de adoradores da telinha do computador.

Newton de Lucca, ilustre Desembargador Federal e aplicado mestre de Direito da famosa PUC nos diz que o provedor da Internet é “aquele que presta, ao usuário, num serviço de natureza seja franqueando o endereço na Internet seja armazenando e disponibilizando o *site* para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviços de Conexão à Internet (PSC), sendo, a entidade, que presta o serviço de conexão à Internet (SCI) (**In** “Títulos e Contratos Eletrônicos”, na obra coletiva “Direito e Internet”, p. 60).

Em tese, o provedor presta serviços de comunicação ao consumidor via linha telefônica.

Sem a sua intermediação, não é possível acessar o conteúdo, os *sites* da *Internet*. Trata-se de uma realidade eletrônica.

O busiles, porém, reside na lei, e sua interpretação.

Dizem os arts. 60 e 61 da lei de telecomunicações — Lei n. 9.472, de 16.06.1997, denominada Lei Geral de Telecomunicações — LCT:

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicações, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.”

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações”.

Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se o seu provedor como usuário dos serviços de telecomunicações, que lhe dá suporte. Esta é a definição da lei. Diz-se, porém, que a provedoria via Internet não é serviço de valor adicionado.

Penso que é, **data venia** das opiniões em contrário. A provedoria da Internet acrescenta informações através das telecomunicações. A chamada comunicação eletrônica, entre computadores, somente ocorre através das chamadas linhas telefônicas de qualquer natureza, ou seja, a cabo ou via satélite. Sem a via telefônica impossível obter acesso à Internet. Cuida-se, pois, de um serviço adicionado às telecomunicações, como definiu o legislador. O provedor é usuário do serviço de telecomunicações. Assim o diz a lei. Claro que se trava relação de serviço entre o provedor e o consumidor isto para enquadrar o usuário dos serviços televisionados (TT e computadores) dentro da definição geral da lei que o protege — Lei n. 8.078, de 11.09.1990, denominada, CDC — Código de Defesa do Consumidor.

Usuários dos serviços de telecomunicações serão, pois, os provedores e as pessoas que se utilizam dos computadores.

O fato de o provedor possibilitar o acesso à Internet, com a circunstância do pagamento pelo uso da sua intermediação técnica, conduziu os Estados a ver uma nova fonte de recursos via tributação do ICMS, incidente sobre as telecomunicações consoante prescrição da LC n. 87, de 13.09.1996, cujo art. 2^o estabelece a incidência do tributo sobre “as prestações onerosas de serviços de comunicações, por qualquer meio, inclusive a geração, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.”

O pagamento, pelos consumidores, aos provedores de acesso, justificaria, ao ver de renomados juristas, a tributação, com a incidência do ICMS, em conformidade com a LC n. 87.

E com eles concordaria não fosse a regra do art. 61, § 1^o, que expressamente exclui a provedoria dos serviços de telecomunicações. Os serviços obtidos com a provedoria são adicionais aos serviços de telecomunicações por força de lei. De outra parte, não estão definidos na lista de serviços taxativamente autorizadora de cobrança de imposto sobre serviços.

À vista do exposto, outra conclusão não é possível senão a de declarar que sobre os serviços de provedoria à Internet não incidem o ICMS ou o ISS. Acompanho, pois, o voto da Relatora, consagrado por toda a Segunda Turma, pedindo vênias aos que pensam de modo diverso.

RECURSO ESPECIAL N. 489.522 — SP (2002/0147933-3)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor — Febem/SP

Advogados: Soraya G. Kuhlmann e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Administrativo — Estatuto da Criança e do Adolescente — Pena de multa e advertência dos arts. 97 e 193, § 4º, do ECA.

1. A pena deve dirigir-se contra os responsáveis pela entidade, a fim de preservar os destinatários da norma: a criança e o adolescente.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Srª. Ministra Eliana Calmon. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de processo administrativo aberto por Portaria do Juízo da Infância e da Juventude da Capital de São Paulo para apuração de infrações administrativas ocorridas na Febem/SP, em razão de superlotação na Unidade de Atendimento Inicial — UAI, com reincidência no descumprimento de disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA.

A sentença da Juíza de Direito da Infância e da Juventude aplicou medida de advertência à instituição, concedendo o prazo de 180 dias para que fossem implementadas as providências administrativas necessárias para assegurar aos adolescentes a possibilidade de cumprimento das medidas socioeducativas de internação

em unidades adequadas e distintas daquelas utilizadas para a triagem inicial e para a internação provisória.

Houve apelação da Febem/SP e o Tribunal de Justiça, pelo acórdão de fls. 903/907, negou provimento à apelação, entendendo possível a aplicação da medida de advertência à entidade, sem prejuízo da eventual responsabilização dos seus dirigentes, à vista do que dispõe o art. 97, I, do ECA.

Irresignada, interpõe a Febem/SP recurso especial, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, sustentando que o acórdão recorrido violou os artigos 97 e 193, § 4º, do ECA, porque a medida de advertência não pode ser aplicada à instituição, mas apenas a um determinado dirigente ou a um programa específico.

Afirma que, caso seja aplicada nova penalidade à instituição, poderão decorrer prejuízos maiores para a administração da fundação pública, tendo em vista o que ficou consignado no tópico final da sentença de origem, na qual se aventou a possibilidade de afastamento dos dirigentes responsáveis, com fulcro no art. 97, I, do ECA, em caso de reincidência.

Com as contra-razões do Ministério Público do Estado de São Paulo, subiram os autos, admitido na origem o recurso especial.

Nesta instância, opinou o Ministério Público Federal pelo não-conhecimento do recurso, por entender que a tese não encontra amparo nos arts. 97 e 193, § 4º, do ECA.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Prequestionados os arts. 97 e 193, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, passo ao exame do recurso, ultrapassando o juízo de conhecimento.

Advirto que este Tribunal não possui precedentes sobre a tese jurídica versada nos autos e que se resume à indagação: pode pessoa jurídica sofrer penalidade administrativa de multa e advertência?

Preliminarmente, diante da falta de precedentes, ressalto que inexistente óbice ao exame da matéria pelo STJ, como ocorre com as decisões oriundas dos Juizados Especiais.

O art. 97 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao elencar as medidas disciplinares, anuncia que são elas aplicáveis às entidades de atendimento que descumprirem as obrigações constantes do art. 94 do Estatuto, enquanto o § 4º do art. 193 direciona aos dirigentes a multa e a advertência.

Almir Gasquez Rufino, no “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, 4ª ed., coordenado por **Munir Cury** e outros, p. 582, adverte que as medidas punitivas devem ser aplicadas aos dirigentes responsáveis pelas irregularidades, porque, se direcionadas às entidades, poderia haver suspensão, fechamento ou dissolução, levando à penalização da pessoa jurídica e dos seus beneficiários, que ficariam privados de um serviço assistencial, em confronto com a própria razão de ser do Estatuto, cujo escopo é proporcionar à criança e ao adolescente um atendimento que lhes garanta seus direitos básicos, previstos na legislação.

Com esse mesmo entendimento, ensina o Professor **Valter Kenji Ishida**, em “Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência”, 2ª ed.:

A multa destina-se ao responsável legal e não à entidade. Assim, o procedimento de execução para pagamento deverá ter como executado o responsável legal, que responde inclusive com seus bens pessoais. (Fl. 326)

Efetivamente, é lógica a preocupação do legislador, voltado para a proteção dos destinatários do ECA.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso, para anular o acórdão. É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 17.483 — RJ (2003/0212545-9)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Arrows Petróleo do Brasil Ltda

Advogados: Sérgio Mazzillo e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Constitucional e Tributário — ICMS — Petróleo e derivados — Operações interestaduais — Empresa atacadista — Substituição tributária.

1. Não incide ICMS nas operações interestaduais que envolvem a aquisição de petróleo ou seus derivados, quando o destinatário não é o consumidor final do produto. Precedentes.

2. É legal o procedimento do Fisco tendente a antecipar, via instituto da substituição tributária, a cobrança de ICMS nas operações interestaduais de petróleo e seus derivados.

3. A imunidade constitucional envolve somente a primeira etapa do processo de circulação da mercadoria, qual seja, a operação interestadual, de modo que a empresa adquirente, ao renegociar internamente o produto, estará obrigada a recolher o imposto, ocasião em que poderá abater o valor pago antecipadamente ao Fisco pelo substituto tributário.

4. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 04 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ de 31.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se, na hipótese, de recurso ordinário em mandado de segurança, com fulcro no permissivo do art. 105, II, alínea **b**, da Carta da República, interposto de decisão denegatória originária da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em processo que versa sobre a incidência do ICMS nas operações interestaduais que envolvem produtos derivados de petróleo.

O acórdão em referência traz a seguinte ementa:

“Mandado de segurança — Tributário — ICMS — Operações de comercialização de petróleo e seus derivados — Substituição tributária — Previsão constitucional — Isenção não incidente.

A substituição tributária prevista no § 7º do artigo 150 da CF legitima o recolhimento antecipado do ICMS pelo Estado do Rio de Janeiro nas opera-

ções envolvendo petróleo e seus derivados destinados a outras unidades da Federação.

A isenção prevista no artigo 155, § 2º, X, **b**, da CF, não incide na hipótese de substituição tributária, porque nesta o tributo antecipadamente recolhido refere-se a fato gerador final presumido, que, não se efetivando, enseja à devolução do imposto.

Denegação da ordem” (fl. 136).

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados ao argumento de que a via é inadequada à rediscussão da matéria de mérito (fls. 173/174).

Sustenta a recorrente que o Tribunal **a quo**, ao referendar a tributação das operações questionadas, violou a norma ínsita no art. 155, § 2º, inciso X, alínea **b**, da Constituição Federal, que estaria a abrigar o seu direito líquido e certo, por não deixar dúvidas de que “ao comprar derivados de petróleo no Estado do Rio de Janeiro e transportá-los para a cidade de Paulínia, no Estado de São Paulo, notadamente para seu estabelecimento, a Recorrente não está sujeita à tributação do ICMS” (fl. 184).

Aduz, ainda, que, na condição de distribuidora de combustíveis, não é consumidora final do produto, apenas o adquire no Estado do Rio de Janeiro para aliená-lo em São Paulo, não havendo, portanto, como se justificar a cobrança do tributo via substituição tributária, sob pena de bitributação.

Admitido o recurso, sem contra-razões, subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Conheço do recurso, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de polêmica inaugurada com a cobrança de ICMS nas operações interestaduais que visam a aquisição de produtos derivados de petróleo realizadas por empresa atacadista que, não obstante possuir sede no Rio de Janeiro, local onde é adquirida a mercadoria, tem por objetivo destiná-la à sua filial, localizada em Paulínia, Estado de São Paulo, onde será efetivamente comercializada.

Dispõe o art. 155, § 2º, X, **b**, da Constituição Federal que o ICMS não incidirá sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.

A norma em referência, ao consagrar as operações que especifica com o benefício da imunidade do ICMS, tem razão de ser na necessidade de se evitar que o

petróleo, e os combustíveis dele derivados, “cheguem a Estados diversos daqueles em que são produzidos excessivamente onerados, pois sobre o mesmo já pesa o ônus do transporte, sendo razoável, assim, evitar sejam oneradas também pelo ICMS” (**Hugo de Brito Machado, in** Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 18).

Em tais circunstâncias, o exame menos atento da casuística do ICMS poderia levar ao entendimento de que seriam inconstitucionais os procedimentos do Fisco tendentes a assegurar o pagamento, junto ao fornecedor na origem, do tributo presumivelmente devido em decorrência de futuras operações de circulação da mercadoria.

Todavia, não é esse o raciocínio correto porquanto o que se tem, na espécie, é a aplicação do instituto da substituição tributária, previsto no art. 150, § 7º, da Constituição Federal e disciplinado na forma dos arts. 6º e seguintes da Lei Complementar n. 87/1996 (Lei Kandir), cujo art. 9º, ao remeter aos Estados a celebração de acordo específico, com vistas a implementar o regime de substituição tributária em operações interestaduais, assim preceitua em seu § 1º:

“§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;”

Firmados os convênios, no âmbito dos Estados, que regulam o recolhimento antecipado do tributo via instituto da substituição tributária, não há que se cogitar de qualquer ilegalidade no procedimento.

Frise-se que a imunidade constitucional envolve somente a primeira etapa do processo de circulação da mercadoria, qual seja, a operação interestadual, de modo que a empresa adquirente, ao renegociar internamente o produto, estará obrigada a recolher o imposto, ocasião em que poderá abater o valor pago antecipadamente ao Fisco pelo substituto tributário, nos termos do acordo celebrado pelos Estados, no caso, o Convênio ICMS n. 03/1999 (fls. 54/80), cuja cláusula primeira assim dispõe, **in verbis**:

“Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de sujeitos passivos por substituição, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário.”

Preservada, portanto, a imunidade constitucional questionada nos autos, na medida em que, conforme bem registrou o acórdão recorrido, "não se tributa ao que recolhe antecipadamente o imposto, mas sim, ao destinatário final do produto (operação posterior interna)".

Corroborando o entendimento, trago à colação os seguintes arestos da Corte:

"Tributário — ICMS — derivados de petróleo — operações interestaduais — substituição tributária.

— A cobrança antecipada de ICMS, em operação interestadual, envolvendo derivados de petróleo não incide sobre tal negócio, mas sobre as futuras vendas, no varejo, aos consumidores finais.

Precedente (RMS n. 12.368/Humberto)" (RMS n. 16.233/RJ, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 1^o.09.2003).

"Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Substituição tributária. Operações interestaduais. Derivados do petróleo. Possibilidade. Jurisprudência pacífica.

1. Consoante o escólio firmado no âmbito da Primeira Seção do STJ (EREsp n. 45.923/RS; 37.361/SP; 52.520/SP), e admissível a exigência do recolhimento antecipado do ICMS pelo regime da substituição tributária. Res-salva do ponto de vista do Relator.

2. Recurso ordinário conhecido e desprovido. Decisão indiscrepante" (RMS n. 7.608/GO, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 06.10.1997).

"Tributário e Processual Civil — ICMS — Aquisição de petróleo e seus derivados — Substituição tributária — Legalidade — Recurso ordinário em mandado de segurança — Improvimento — Embargos de declaração — Con-tradição — Inocorrência — Rejeição.

Reconhecidas a constitucionalidade e legalidade do regime de substitui-ção tributária na cobrança do ICMS incidente sobre as operações de aquisição de petróleo e seus derivados, não se configurando nenhuma contradição no acórdão que adotou entendimento já pacificado do STJ, não cabe receber embargos de declaração opostos com o objetivo de modificar o julgado.

Embargos rejeitados" (EDcl no RMS n. 11.550/ES, Relator Ministro Gar-cia Vieira, DJ de 11.03.2002).

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso ordinário*.