

**AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA
CAUTELAR N. 2.000 – DF**

(Registro n. 99.0094279-5)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Agravantes: União e Empresa Santo Antônio Transporte e Turismo Ltda
Advogados: Antônio R. Gomes Silva Filho e outro
Agravada: Viação Águas Lindas Ltda
Advogados: Chiang de Gomes e outros

EMENTA: Processual Civil – Medida cautelar – Liminar – Agravo (arts. 258 e 259, RISTJ) – CPC, artigos 796 e seguintes.

1. A decisão liminar deferida em medida cautelar, sem juízo definitivo, assegura a efetividade do processo principal afeito ao direito vindicado. Satisfeitos os seus requisitos não merece o labéu de provimento ilegal ou abusivo.

2. Intangida a sua fundamentação, persistem os efeitos da liminar, não merecendo provimento o inconformismo manifestado, nos agravos interpostos.

3. Agravo sem provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Garcia Vieira, negar provimento a ambos os agravos regimentais, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Custas, como de lei.

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

Ministro Milton Luiz Pereira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Trata-se de agravo regimental malferindo decisão proferida em ação cautelar que deferiu liminar, firme e forte nos seguintes fundamentos:

“Encerrado breve esboço dos antecedentes, fonte do receio de lesão grave ou de difícil reparação ao direito material, aqui e agora, à foco de **summaria cognitio**, com a finalidade de evitar possíveis conseqüências danosas (art. 798, CPC), o exame reside no deferimento, ou não, de resguardar os interesses ameaçados enquanto são vencidos os caminhos processuais das manifestações de inconformismo lançadas no leito recursal próprio.

Espiando, pois, os assuntos postos, no momento, pela viga do ‘efeito suspensivo’, devem ser considerados pontos primordiais: o recurso especial ainda não foi interposto; a demonstração dos requisitos exigidos para o provimento liminar (art. 804, CPC).

Destramando-os, tem espaço, o registro, até aqui, de fato incontroverso: decorrente de formal autorização anterior, a autora executava serviços de transporte coletivo, abruptamente impedidos por decisão administrativa, cuja alegada ilegalidade está sob exame judicial.

Sob a réstia dos fundamentos de direito, erguidos na proposição cautelar, desenha-se o perfil do **fumus boni iuris**.

No sentido do **periculum in mora**, à primeira vista, a inesperada cessação dos serviços, por si, é capaz de produzir conseqüências danosas; **inter alia**: prejuízos ao capital investido, desestruturação da organização administrativa empresarial, transtornos para os empregados e dificuldades no transporte para os usuários. São acontecimentos plausíveis, diante de racional possibilidade, enquanto aguarda-se o julgamento das demandas judiciais em curso.

Assim, até a justa composição do litígio, define-se o perfil de provável e precoce dano ao direito pleiteado na via recursal adequada, consubstanciando-se o **periculum in mora**.

Evidenciados os requisitos da *liminar*, impõe-se examinar fato significativo – o recurso especial ainda não foi interposto. No entanto, a explicação é aceitável:

‘... não foi providenciado pela autora porque o julgamento realizado no dia 28.9 p.f., não teve seu acórdão lavrado, obviamente, não tendo sido lido não foi publicado.’ (fl. 16).

A bem se ver, não se cuida de tardança imputável à interessada; mas, suficiente para causar os prenunciados danos ao direito material vindicado.

Por outra viseira, na virtualidade do recurso, em tese, quando interposto, ser inadmitido, não pode ser definitivo impeço. Deveras, pensar contrariamente seria derruir a via constitucional de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), porque, até àquela decisão, não haveria tutela ao direito ameaçado (MC n. 488, STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *in* Rev. Forense 337/229; MC n. 1.980-RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

Outrossim, anota-se que não são composições judiciais isoladas; pois, existem outras: MC n. 1.475-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *in* DJU de 7.6.1999; MC n. 136-3-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; MC n. 1.482-PR, Rel. Min. Bueno de Souza; MC n. 53-7-RN, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; MC n. 424-PA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; MC n. 1.184, Rel. Min. José Delgado; MC n. 1.310-PR, Rel. Min. José Delgado.

Logo, avultando as indicações de excepcionalidade, **per se**, a falta temporal da interposição do recurso especial, à luz de justificação aceitável, não constitui óbice intransponível ao favorecimento de proteção cautelar. Contudo, ainda sem o aforamento formal, de imediato, não se defere a ‘suspensão’ ao recurso especial e sim aos efeitos do ato judicial (acórdão do agravo contra a liminar) no mandado de segurança (Prot. 1998.01.00.055579-8-TRF-1ª Região, fls. 90, 91 a 107; 108 a 109 e 126).

Concluída a peregrinação processual, pelos motivos aduzidos, apesar de não estar formalizada a interposição do recurso especial, sublinhada a viabilidade da cautelar, presentes os requisitos exigidos, no sítio do juízo de probabilidade e não de certeza (provisoriamente), *liminarmente decido deferir o pedido*, notoriamente, de pronto, *suspensando* a eficácia do ato judicial desconstitutivo da liminar deferida no mandado de segurança indicado (doc. fl. 90), até que se decida, em definitivo, sobre o sucesso, ou não, da interposição e admissão do multicitado recurso especial.” (fls. 131/132).

Concedi a liminar atento para a narrativa da exordial:

“A requerente é autorizatária dos serviços de transportes coletivos de passageiros entre Águas Lindas-GO a Brasília-DF, bem como, Águas Lindas-GO a Taguatinga-DF, autorização esta anterior à edição do Decreto n. 2.521, de 20 de março de 1998.”

(...)

“Dando cumprimento ao dispositivo suso, o Ministério dos Transportes, vem revalidando as autorizações e permissões dantes concedidas, para cuja prova traz-se à colação o Parecer Conjur/MT n. 134/1997...”

(...)

“Pois bem, a despeito disto, que seja, 1) do inquestionável direito da autora ter revalidado sua autorização, bem como, 2) de receber tratamento igual ao dispensado às co-irmãs mencionadas no longo Parecer Conjur/MT n. 134/1997 e assim alcançar a revalidação desejada, não teve ela seu pleito deferido pelo órgão administrativo.

Aqui, um parêntesis necessário ao esclarecimento de que, se pelo parecer colacionado linhas volvidas, o Poder Administrativo coloca às claras sua linha de conduta resumida no respeito à lei, e, no tratamento igual a todas as empresas, porque não deferiu o pleito da autora?, o que ela mesmo se adiante em responder: por interferência política, quiçá da concorrente-litisconsorte Empresa Santo Antônio através de seu presidente, suplente do Senador Luiz Estevão, que no pleito donde se origina esta medida não esconde sua resistência ao referendo do direito da autora.

Pois não haver a autora recebido na esfera administrativa referendo ao seu pedido, tal como manda a lei que deixa prorrogadas as autorizações e permissões existentes, veio ela residir em juízo através, 1) ação ordinária com pedido de antecipação de tutela distribuída à 15ª Vara (Prot. 1998.34.00.01.74000), antecipação esta que lhe foi negada e *ipso facto* ensejou, 2) agravo de instrumento (Prot. 1998.01.00.054378-0-DF, Juiz Jirair Aram Meguerian), que negou a liminar pedida, negativa que desafiou, 3) mandado de segurança (Prot. 1998.01.00.055579-8, Juiz Jirair Aram Meguerian) que concluiu por conceder a liminar assegurando à autora a continuidade da execução que exercia por força de autorização passada pelo Ministério dos Transportes-DTR.

Entretanto, no julgamento do agravo, o relator, Juiz Jirair Aram

Meguerian ficou vencido por dois a um, e a liminar do *writ* ficou prejudicada ensejando comunicação ao magistrado de 1ª grau onde corre a ação ordinária, que por sua vez comunicou àquele órgão administrativo, que, por sua vez impõe a paralisação dos serviços prestados pela autora há alguns anos, em completo arrepio, 1) ao direito de ver-se mantida na execução por força do contido no citado art. 98 do Decreto n. 2.521/1998, bem como, 2) em prejuízo dos interesses das comunidades sociais alcançadas pelos serviços prestados.

Assim, a v. decisão justifica a interposição do recurso especial a essa colenda Corte, o que não foi providenciado pela autora porque o julgamento realizado no dia 28.9 p.f., não teve seu acórdão lavrado, obviamente, não tendo sido lido não foi publicado.” (fls. 3/16). (fls. 130/131).

Contra essa decisão foram interpostos agravos regimentais pela União Federal e pela litisconsorte passiva Empresa Santo Antônio Transportes e Turismo Ltda.

Aduz, em síntese, a União Federal:

“Por primeiro, a atribuição de efeito suspensivo a recurso sequer interposto mostra-se inadequada, porquanto a finalidade do procedimento cautelar estaria ausente.

Realmente, a finalidade maior do provimento cautelar é garantir a efetividade do processo, somente aferível mediante cotejo do recurso com os elementos dos autos, inclusive com a decisão recorrida.

Por segundo, havendo o 1ª grau denegado o pedido de antecipação de tutela (que também se constitui em um provimento liminar), cuja decisão se viu respaldada pelo TRF respectivo, isso aliado à ausência de recurso dirigido ao egrégio STJ, retira deste Superior Tribunal qualquer possibilidade de apreciação – e deferimento – do pedido cautelar, sob pena de supressão das instâncias ordinárias, ainda competentes para decidir a **quaestio iuris**.

Veja-se, ainda, que a fragilidade da decisão ora agravada mostra-se forte, frente a possibilidade de inadmissão do recurso especial, futuro e incerto, que a requerente informa irá propor.

Por terceiro e último, a atribuição de efeito suspensivo a recurso sequer interposto, por certo, prejudica a decisão de admissão ou não

daquele, o que se mostra contrário à independência que as decisões judiciais devem ter” (fls. 142/143).

Alega, no essencial, a Empresa Santo Antônio:

“Em verdade, duas objeções intransponíveis conspiram contra a juridicidade da concessão da medida liminar, d.v., a saber: 1) a Autora não tem título em sede de direito substantivo que lhe embase a pretensão instrumentalizada no pedido liminar, pois que o seu direito de autorização é precário e não pode ser concedido na ausência de prévia licitação, a teor do art. 175 da CF; 2) a precariedade da autorização para viagem, concedida pelo Poder Público à Autora, além de obstaculizada pela ausência da licitação (a autora quer ver-se desobrigada dessa exigência, mercê da procedência da cautelar, isentando-a desse requisito, imperativo, na forma do art. 75 da CF), tem ainda em desfavor da autora o prazo certo a que se referia tal autorização, expirado em 23.7.1998, não sendo factível exigir-se do Judiciário a decretação de novo prazo, sem base legal que o fundamente, tampouco na ausência de prévia licitação...

Além do mais, há que se considerar que tanto a autorização concedida à Autora, a título precário, quanto a prorrogação pretendida em sede cautelar, estão jungidas ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, imunes à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, não há nem a fumaça do bom direito, tampouco o perigo da demora na prestação jurisdicional, inexistentes no exame da liminar, quando menos no mérito da medida cautelar, porquanto o direito da Autora, além de precário desatende ao requisito da licitação, desafiando o preceito do art. 175 da CF.

Todavia, o longo arrazoado da Autora não impede a constatação Jurídica inexorável: o recurso especial que ela ameaça interpor, em data incerta e futura, é manifestamente inviável, sequer ultrapassando o juízo de admissibilidade, por desdobrar-se na seara inóspita da absoluta ausência do direito material cogitado pela vindoura recorrente, bastando observar que seu objeto é manifestamente fático, qual seja, desconstituir a tese da impossibilidade de aferição da verossimilhança da alegação da autora para ver decretada antecipação de tutela e enquadramento da mesma no contexto do art. 98 do Decreto n. 2.521/1998, decisão adotada pelo juízo da Décima Quinta Vara Federal de

Brasília e ratificada pela Segunda Turma do TRF da 1ª Região, ao julgar o agravo e decretar a perda de objeto do mandado de segurança e conseqüente insubsistência da liminar ali deferida, conforme se vê às fls.” (fls. 214/215).

Finalizam ambos os agravantes, requerendo a reconsideração ou submissão do recurso ao colegiado para o fim de ser cassada a liminar concedida.

Anoto que as ora agravantes também apresentaram contestação (fls. 180/218).

A agravada, a seu turno, redargüiu aos agravos internos interpostos pela União (fls. 145/149) e Empresa Santo Antônio (fls. 226/238), a par de noticiar fato ocorrido na Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes (fls. 163/175).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Como encerrado no relatório, os despiques voltam-se contra a decisão que emprestou “efeito suspensivo” a recurso especial, segundo as agravantes, em suma, pontuando razões específicas:

“– atribuição de efeito suspensivo a recurso sem formal interposição;

– a denegação de tutela antecipada no 1º e 2º graus afasta a competência desta Corte Superior;

– incerta a admissão de recurso especial;

– falta de título que possibilite a autora explorar a linha de transporte coletivo no trecho objeto de litígio;

– ausência do ‘bom direito’ e de ‘perigo na demora’ do andamento processual.”

Nesse contexto, sem mais, é preciso reavivar que o provimento *liminar* malsinado resultou de **summaria cognitio**, concentrando-se o seu objetivo no momento do seu provimento para assegurar a efetividade do processo principal afeto ao direito vindicado. Andante, as questões de fundo

somente serão consideradas ao depois, sendo certo que, no caso, a falta de recurso formalmente admitido, por si, não impede a salvaguarda preambular, a fim de garantir proteção judicial urgente. A decisão bem explícita a respeito.

Assim, comporta reviver os fundamentos da decisão agravada:

“... com a finalidade de evitar possíveis conseqüências danosas (art. 798, CPC), o exame reside no deferimento, ou não, de resguardar os interesses ameaçados enquanto são vencidos os caminhos processuais das manifestações de inconformismo lançadas no leito recursal próprio.

Espiando, pois, os assuntos postos, no momento, pela viga do ‘efeito suspensivo’, devem ser considerados pontos primordiais: o recurso especial ainda não foi interposto; a demonstração dos requisitos exigidos para o provimento liminar (art. 804, CPC).

Destramando-os, tem espaço, o registro, até aqui, de fato incontroverso: decorrente de formal autorização anterior, a Autora executava serviços de transporte coletivo, abruptamente impedidos por decisão administrativa, cuja alegada ilegalidade está sob exame judicial.

Sob a réstia dos fundamentos de direito, erguidos na proposição cautelar, desenha-se o perfil do **fumus boni iuris**.

No sentido do **periculum in mora**, à primeira vista, a inesperada cessação dos serviços, por si, é capaz de produzir conseqüências danosas; **inter alia**: prejuízos ao capital investido, desestruturação da organização administrativa empresarial, transtornos para os empregados e dificuldades no transporte para os usuários. São acontecimentos plausíveis, diante de racional possibilidade, enquanto aguarda-se o julgamento das demandas judiciais em curso.

Assim, até a justa composição do litígio, define-se o perfil de provável e precoce dano ao direito pleiteado na via recursal adequada, consubstanciando-se o **periculum in mora**.

Evidenciados os requisitos da *liminar*, impõe-se examinar fato significativo – o recurso especial ainda não foi interposto. No entanto, a explicação é aceitável:

‘... não foi providenciado pela autora porque o julgamento

realizado no dia 28.9 p.f., não teve seu acórdão lavrado, obviamente, não tendo sido lido não foi publicado.' (fl. 16).

A bem se ver, não se cuida de tardança imputável à interessada; mas, suficiente para causar os prenunciados danos ao direito material vindicado.

Por outra viseira, na virtualidade do recurso, em tese, quando interposto, ser inadmitido, não pode ser definitivo impeço. Deveras, pensar contrariamente seria derruir a via constitucional de acesso ao Judiciário (art. 5^o, XXXV, CF), porque, até àquela decisão, não haveria tutela ao direito ameaçado (MC n. 488, STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *in* Rev. Forense 337/229; MC n. 1.980-RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

Outrossim, anota-se que não são composições judiciais isoladas; pois, existem outras: MC n. 1.475-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *in* DJU de 7.6.1999; MC n. 136-3-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; MC n. 1.482-PR, Rel. Min. Bueno de Souza; MC n. 53-7-RN, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; MC n. 424-PA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; MC n. 1.184, Rel. Min. José Delgado; MC n. 1.310-PR, Rel. Min. José Delgado.

Logo, avultando as indicações de excepcionalidade, **per se**, a falta temporal da interposição do recurso especial, à luz de justificação aceitável, não constitui óbice intransponível ao favorecimento de proteção cautelar. Contudo, ainda sem o aforamento formal, de imediato, não se defere a 'suspensão' ao recurso especial e sim aos efeitos do ato judicial (acórdão do agravo contra a liminar) no mandado de segurança (Prot. 1998.01.00.055579-8-TRF-1^a Região, fls. 90, 91 a 107; 108 a 109 e 126)." – fls. 131/132.

Pelo ordenamento dessas idéias, a trato de *liminar*, compreendo que os pontos salientados nos agravos estão respondidos, viandante, não merecendo acolhimento.

Concluída a exposição, reafirmando a fundamentação do **decisum** objurgado, *voto negando provimento aos agravos*.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente, temos que considerar o

seguinte: o acórdão do Tribunal de Origem não foi publicado, quando for publicado, pode caber recurso, inclusive, embargos de declaração. Pode caber embargos infringentes se não for unânime.

Se o acórdão sequer foi publicado, esgotou-se a instância de origem, a competência ainda é do Tribunal para poder examinar o recurso que foi interposto dessa decisão que ainda não foi publicada.

Penso que seja perigoso o Superior Tribunal de Justiça suprimir a instância e dar uma liminar numa situação em que não se consolidou ainda a competência do Superior Tribunal de Justiça. Ela só poderia existir se houvesse um recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça; o que não há e pode nem existir. Esse acórdão pode ser publicado e transitar em julgado.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, impressiona-me a preocupação do Sr. Ministro Garcia Vieira, mas há uma evidente emergência em que é necessário suprir uma situação na qual o autor se encontra absolutamente órfão. Como na vida social não pode haver vazio, penso que o Superior Tribunal de Justiça deva ocupar essa posição.

Peço vênia ao Sr. Ministro Garcia Vieira para acompanhar V. Ex.^a.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 270.943 – DF

(Registro n. 99.0101664-9)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Distrito Federal
Advogados: Raquel Saraiva Gomes de Barros e outros
Agravados: Bruno César de Oliveira e outros
Advogados: Verônica Balbino de Sousa e outros

EMENTA: Processual Civil – Agravo regimental no agravo de instrumento – Incompletude na sua formação – Súmula n. 126-STJ – Traslado extemporâneo.

O especial tem feição do recurso excepcional, aplicando-se-lhe, quanto aos pressupostos de admissibilidade, as mesmas regras àquelas atinentes, bem como ao agravo de instrumento pertinente ao respectivo indeferimento.

Na formação do instrumento, a petição de interposição do agravo de decisão denegatória de seguimento a recurso extraordinário constitui peça essencial à demonstração de inocorrência do trânsito em julgado do fundamento constitucional.

Consoante jurisprudência desta Corte, não se admite o traslado extemporâneo de peça essencial à formação do instrumento.

Agravo regimental improvido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, resolveu anular o julgamento ocorrido no dia 13.4.2000, em face da participação do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, impedido. Em novo julgamento, decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Custas, como de lei.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

Publicado no DJ de 5.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha lavra, pela qual neguei seguimento a agravo de instrumento tendente a viabilizar a subida de recurso especial a esta Corte.

Por manter a decisão agravada, trago o feito em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Neguei seguimento ao agravo de instrumento assinalando como óbice o fato do agravante ter interposto recurso especial concomitantemente ao recurso extraordinário, ambos inadmitidos pelo Tribunal **a quo** e não consta dos autos prova da interposição de agravo de instrumento contra a inadmissão do recurso extraordinário, verificando-se o trânsito em julgado do fundamento constitucional.

A irresignação do agravante consiste no argumento de que interpôs o agravo de instrumento junto ao STF, conforme faz prova acostando agora a certidão e cópia do instrumento e que instruiu o presente recurso com todas as peças obrigatórias à formação do mesmo.

Em que pesem os esforços do agravante em ver analisado o seu recurso, há de considerar, que no âmbito desta Corte, tem predominado o entendimento, segundo o qual é de se exigir, na espécie, a prova da interposição de agravo de instrumento contra inadmissão de recurso extraordinário, a fim de afastar a incidência da Súmula n. 126-STJ. Nesse sentido, entre os reiterados julgamentos sobre a matéria, conforme citados na decisão hostilizada, à guisa de exemplo, pode ser citado o acórdão que porta a seguinte ementa:

“Embargos de divergência. Recurso especial. Acórdão que decide questão apoiada em fundamento constitucional e infraconstitucional. Recurso extraordinário inadmitido sem agravo para o STF. Trânsito em julgado do fundamento constitucional. Inadmissibilidade do especial.

Não interposto agravo de instrumento da decisão denegatória do extraordinário, ocorre o trânsito em julgado do fundamento constitucional adotado pelo acórdão recorrido, suficiente, por si só, para mantê-lo, hipótese em que perde o especial eficácia, pois não pode, mesmo que provido reformar o julgado recorrido, donde a sua inadmissibilidade.

Embargos recebidos.” (EREsp n. 16.630-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU do dia 15.5.1995).

O argumento de que caberia ao Tribunal **a quo** o ônus do traslado da peça tida por faltante, por se tratar de peça essencial não prospera, visto que

cabe ao agravante o dever de zelar pela formação do agravo, instruindo-o com todas as peças obrigatórias e necessárias à sua formação.

Por fim, consoante torrencial jurisprudência desta Corte, não se admite o traslado extemporâneo de peça essencial à formação do instrumento.

Diante do exposto, nego provimento ao regimental.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 139.187 – DF

(Registro n. 97.0046899-2)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Flávio Augusto Coelho Derzi
Advogados: Henrique Neves da Silva e outros
Sustentação oral: Fernando Neves da Silva (pelo recorrido)

EMENTA: I – O art. 816 do CPC não dispensa a existência de perigo iminente. Seu dispositivo funciona como um parágrafo explicitando exceção à regra enunciada pelo art. 814, II. Nele se contém, simplesmente, a afirmação de que, em se tratando de cautela requerida pelo Estado, a prova documental e a justificação podem ser dispensadas.

II – A indisponibilidade patrimonial prevista no art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992 não constitui pena acessória. Seu escopo é perpetuar a existência de bens que asseguram o integral ressarcimento do dano. Inegável, assim, seu caráter preventivo. Não faz sentido sua adoção, quando o eventual ressarcimento esteja assegurado por hipoteca.

III – Embargos declaratórios prequestionadores não são procrastinadores.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília-DF, 24 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 3.4.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O recurso origina-se em pedido de segurança para imprimir efeito suspensivo a agravo interposto contra seqüestro de bens. O seqüestro ocorreu em processo cautelar incidente, relacionado com ação ordinária de improbidade administrativa.

A improbidade teria acontecido quando o impetrante tomou empréstimo do Banco do Brasil. Houve agravo de instrumento.

O v. acórdão recorrido concedeu a segurança, porque:

a) a prova dos autos não deixa enxergar qualquer perigo de lesão ao patrimônio público;

b) o tomador do empréstimo amortizou substancial parte da dívida, afirmando que não a resgatou totalmente, porque não se conforma com a correção monetária;

c) a dívida foi coberta por garantia hipotecária;

d) as sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não têm natureza penal.

O aresto foi condensado nestas palavras:

“1. É admissível mandado de segurança para atacar decisão judicial sujeita a reexame pelo próprio juiz que a proferiu.

2. O Ministério Público, sendo autor da ação de seqüestro, relacionada com a ação de improbidade, não está dispensado de demonstrar a ocorrência do perigo de mora.

3. Inexistência de probabilidade de uma situação de perigo.

4. Empréstimo garantido por hipoteca e fiança, não demonstrando o autor, em princípio, a insuficiência da garantia ou a inidoneidade do fiador.

5. Medida determinando o seqüestro altamente abusiva, merecendo ser corrigida mediante mandado de segurança.” (fl. 288).

Houve embargos declaratórios, que vieram a ser rejeitados, impondo-se multa ao embargante.

O recurso especial monta-se nos permissivos a e c. Nele, o recorrente reclama de ofensas aos artigos 816, I, 822 e 823 do Código de Processo Civil e ao art. 1^a da Lei n. 1.533/1951. Oferece para confronto vários acórdãos, formados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. No apelo desenvolvem-se os argumentos de que:

a) a teor dos artigos 822, IV, 816, I e 823 do Código de Processo Civil, conjugados com o art. 16, § 1^a, da Lei n. 8.429, o seqüestro de bens, por efeito de improbidade não tem como pressuposto o perigo de mora. É que a indisponibilidade constitui resultado necessário da declaração de improbidade;

b) já o art. 816, I, afirma que a medida cautelar requerida pelo Estado não depende de justificação. Vale dizer, quando requerida pelo Estado, a cautela deve ser deferida, mesmo em não havendo perigo de mora;

c) seus embargos declaratórios não tiveram escopo protelatório, mas prequestionador. Ao deixar de os responder o acórdão recorrido ofendeu o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esta a controvérsia.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Examino em primeiro lugar a assertiva de que, a teor do art. 816, I, a medida cautelar requerida pelo Ministério Público deve ser adotada, mesmo na ausência de perigo de lesão irreversível.

Tal afirmação é incorreta. O art. 816 funciona como um parágrafo em que se explicita exceção à regra enunciada pelo art. 814, II. Para este dispositivo, a prova documental ou a justificação prévia é essencial à concessão do arresto. Nele se contém simplesmente a afirmação de que, em se

tratando de cautela requerida pelo Estado, a prova documental e a justificação podem ser dispensadas.

Para o recorrente, a indisponibilidade prevista no art. 7^o, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992 resulta automaticamente da condenação por improbidade, como se fosse pena acessória.

A leitura do referido parágrafo, entretanto, não confirma essa tese. Nele, o legislador esclarece que a indisponibilidade “recairá sobre bens que asseguram o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito”. Como se percebe, a indisponibilidade tem caráter preventivo. Seu escopo é a segurança do ressarcimento. Ora, o acórdão recorrido montou-se no argumento de que eventual ressarcimento encontra-se assegurado por hipoteca. Não enxergo ofensa ao art. 16 da Lei n. 8.429/1992.

O recurso merece provimento no que se refere à aplicação da multa. Em verdade, não encontrei qualquer indício de intuito protelatório, a inspirar a oposição dos embargos declaratórios. O interesse do Ministério Público, não é alongar o processo, mas a rápida obtenção do arresto. Provejo o apelo, para cancelar a multa.

RECURSO ESPECIAL N. 159.903 – SE

(Registro n. 97.0092148-4)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Adonias dos Santos Costa e outros
Recorrido: Curtume Industrial do Nordeste S/A
Advogados: Nilo A. Jaguar e outros

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial (art. 105, III, c, CF) – Acórdão talhado sob a vigia das provas – Súmula n. 7-STJ.

1. O quilate de exame ajustado às circunstâncias factuais, restrito à soberania das instâncias ordinárias, não pode ser garimpado na via especial (Súmula n. 7-STJ). Precedente do extinto TFR, cuja competência revisional ordinária albergava o exame das provas,

constituído por esse itinerário, não se presta como paradigma no recurso especial. Calharia à fiveleta se apresentado para apreciação no TRF editor do aresto verberado na via especial, igualmente competente para analisar provas. O caso, outrossim, não comporta simples valoração das provas.

2. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *não conhecer do recurso*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Impedido o Sr. Ministro Francisco Falcão. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 6 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 12.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Trata-se de recurso especial, amparado pela alínea c do permissivo constitucional, interposto contra o v. acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa está vazada nos seguintes termos:

“Tributário. Arbitramento. Possibilidade de apuração do lucro real. Isenção fiscal que se não afasta pela simples falta de notas fiscais, quando é possível apurar a veracidade dos lançamentos mediante consulta aos fornecedores. Apelo e remessa improvidos.” (fl. 335).

Em suas razões a recorrida disse que o ora Recorrido obteve direito à isenção do Imposto de Renda, por dez (10) anos, “desde que o lucro de sua exploração fosse inteiramente aplicado nas suas atividades industriais”,

estando, portanto, obrigada a demonstrar, por meio de documentação idônea, o resultado de sua atividade e o reinvestimento. Continua afirmando que “não obstante, o(s) ora recorrido(s) deixou (deixaram) de apresentar documentos comprobatórios de despesas lançadas em seus livros, sujeitando-se dessa forma, ao arbitramento do lucro, na forma dos arts. 399, I e III, e 400, do RIR/1980”.

Sustenta que o aresto objurgado dissentiu da jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Transcorreu o prazo legal sem que fossem apresentadas contra-razões.

Por entender demonstrada a divergência jurisprudencial, o ínclito Presidente do Tribunal **a quo** admitiu o recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Sob a vigia da revelação documentária, aprisiona-se à memória que, em ação declaratória da inexistência de relação jurídico-tributária – Imposto de Renda –, negando provimento à remessa oficial e à apelação o vergastado v. acórdão sumariou:

“Tributário. Arbitramento. Possibilidade de apuração do lucro real. Isenção fiscal que se não afasta pela simples falta de notas fiscais, quando é possível apurar a veracidade dos lançamentos mediante consulta aos fornecedores. Apelo e remessa improvidos.”

Batendo de frente, insistindo que cabe ao contribuinte demonstrar as suas atividades e o reinvestimento do lucro obtido, foi interposto o presente recurso (art. 105, III, c, CF).

Definida a causa do litígio, no âmbito processual, principia-se averiguando os requisitos de admissibilidade, de imediato, registrando-se que o v. julgado, destacando a prova pericial, fincou circunstâncias factuais para justificar a conclusão; confira-se o voto-condutor:

“Os fatos essenciais da causa são incontroversos. A Fazenda Nacional reconheceu que a apelada goza de benefício fiscal e a empresa admite que não apresentou notas fiscais relativas a despesas lançadas nos lucros no período de maio a dezembro de 1983.

O laudo pericial, ao invés de apurar os lançamentos nos livros da empresa, cingiu-se a expor idéias a respeito da interpretação de textos legais.

O arbitramento só é admissível quando se inviabilize a apuração do lucro real e, no caso, bem o demonstrou a autora, havia possibilidade de aferir-se a idoneidade dos lançamentos de despesas mediante constatação junto aos fornecedores, na falta de notas fiscais. Esse só dado não autoriza a retirada do benefício de que goza a apelada.” (fl. 332).

Ora, o quilate desse exame não pode ser garimpado na via especial, ficando restrito à soberania das instâncias ordinárias (Súmula n. 7-STJ).

Como ponto derradeiro, à falar da acenada divergência jurisprudencial (alínea c), contempla-se que o precedente juntado como paradigma foi constituído no extinto Tribunal Federal de Recursos (fls. 343/347), cuja competência revisional ordinária abrangia o exame das provas consideradas nas instâncias inferiores. Davante, pois, anotando-se que o aresto escolhido para demonstrar a divergência lineou-se no eito das provas, evidenciou-se que, tal como ocorre com o v. acórdão provocador deste recurso, não se presta à demonstração na via especial. Calharia à fiveleta se apresentado quando do julgamento no egrégio Tribunal Regional Federal, igualmente competente para analisar provas.

Sob o timbre de simples “valoração”, tal como posto no julgado, não ganha aceitação.

Por todo o exposto, *voto pelo não conhecimento do recurso.*

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 206.872 – RJ

(Registro n. 99.0020569-3)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Companhia Sul Brasil de Seguros Terrestres e Marítimos
Advogados: Pedro Afonso de Mendonça Lima e outros
Recorrida: Fazenda Nacional
Advogados: Gisela Vieira de Brito e outros

EMENTA: I – Não há ofensa ao art. 535 do CPC, quando o acórdão, embora rejeitando embargos declaratórios, responde cabalmente as questões neles formuladas.

II – Regulamentar não é copiar o texto da lei, mas explicitar-lhe o escopo ajustando seu dispositivo ao ordenamento jurídico.

III – Quando se refere a condições para o abatimento, pela investidora, dos dividendos distribuídos por empresa coligada, o art. 261 do Decreto n. 85.450/1980 não se contrapõe ao art. 22 do Decreto-Lei n. 1.598/1977. Seu dispositivo, simplesmente explicita normas contidas no ordenamento jurídico.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 24 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 10.4.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O v. acórdão recorrido foi reduzido à ementa, nestas palavras:

“Embora o parágrafo único do art. 22 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 disponha, como regra, que os dividendos distribuídos pela coligada devem ser registrados pela investidora como diminuição do valor do patrimônio líquido do investimento, caso eles não tenham sido computados no orçamento da empresa, na ocasião própria, não podem ser objeto da dedução efetuada pela apelante, face ao disposto no § 2º do art. 261 do RIR/1980.

O referido Regulamento não modificou a Lei, apenas tornou explícito o seu comando.

O v. acórdão na sua parte final, bem examinou a matéria e elucidou qualquer dúvida existente.” (fl. 254).

O aresto foi construído sob este argumento, **verbis**:

“Vê-se, claramente, que a norma contida no § 2º do art. 261 do RIR/1980, em aparente conflito com o parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei n. 1.598/1977, na realidade não se choca com ele. Trata-se de norma específica, aplicável às hipóteses em que são distribuídos os lucros ou dividendos pela sociedade coligada à investidora antes que eles tenham sido integrados ao valor do respectivo investindo, em razão de não constarem do patrimônio líquido da coligada ou controlada, quando da última avaliação da participação da investidora. Nesse caso, os lucros ou dividendos não podem ser registrados como diminuição do valor do investimento.

Em suma; embora o parágrafo único do artigo 22 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 disponha, como regra, que os dividendos distribuídos pela coligada devem ser registrados pela investidora como diminuição do valor do patrimônio líquido do investimento; caso eles não tenham sido computados no orçamento da empresa, na ocasião própria, não podem ser objeto da dedução efetuada pela apelante, face ao disposto no § 2º do art. 261 do RIR/1980. E no caso não se pode falar em alteração de decreto-lei por decreto, mas de explicitação, pois apenas o que ocorreu foi a exegese do texto regulamentado. Como ensina **Hely Lopes Meirelles**, ‘o regulamento, embora não possa modificar a lei, tem a missão de explicá-la e de prover sobre minúcias não abrangidas pela norma geral e ditada pelo legislativo’. Afinal, regulamentar não é reproduzir os termos da lei, mas tornar explícito o seu comando.” (fls. 250/251).

Houve embargos declaratórios. Em resposta a eles, o egrégio Tribunal **a quo** embora nominalmente os tenha rejeitado – esclareceu:

“... A esse respeito, reconheceu, com elogiável propriedade, a r. sentença de fls. 155/161, a necessidade de se interpretar a lei de acordo com o objetivo que a mesma visa alcançar, o que implica em analisar

não o dispositivo isolado, porém articulado com outros. E a partir dessa linha de raciocínio, concluiu a r. sentença, como não poderia deixar de ser, à fl. 150, que:

‘A legislação incidente no caso dos autos visa, dentre outros, um objetivo fundamental à matéria em exame e à pretensão da autora. Diz ele respeito à vedação legal implícita de enriquecimento ilícito do contribuinte, que gera a faculdade da Chefia do Poder Executivo regulamentar o assunto, tal como o fez o Decreto n. 85.450/1980, no § 2º do artigo 261. De conseguinte, não ocorre o alegado vício de frontal divórcio ou de exorbitância flagrante desse dispositivo com o parágrafo único do artigo 22 do Decreto-Lei n. 1.598/1977, tal como pretende a autora.’

E, logo adiante arremata o emérito Julgador, – **verbis**:

‘Permitir-se a exclusão de dividendos recebidos de empresas coligadas, sem antes haver computado tais dividendos no seu investimento, levando em conta as exigências contidas no art. 261 do Decreto n. 85.450/1980, *representaria dispensa indevida de condição legalmente exigida para utilização do benefício. E tal é exatamente o que ocorreu na situação que deu azo à lavratura do auto de infração*, ou seja, a subtração de dividendos da conta de investimentos provenientes de balanço intermediário de coligada, que se achava obrigada a levantá-lo, sem que a autora tivesse observado, como devia, a norma regulamentar.’

Nesse sentido, o Parecer Normativo CST n. 16, de 7.10.1983, vem justamente esclarecer que o artigo 261, §§ 1º e 2º, deve ser examinado à luz das disposições aplicáveis ao regime de avaliação de investimento segundo o valor do patrimônio líquido da sociedade coligada ou controlada, e ao sistema de correção monetária das demonstrações financeiras, previstos, respectivamente, nos artigos 248 e 185 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e integrados na legislação do imposto de renda pelo Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

É indiscutível, pois, que as normas do § 2º do artigo 261 do RIR/1980 não podem deixar de ser aplicadas às hipóteses em que, tal como ocorreu com a apelante, são distribuídos dividendos antes que

os mesmos tenham sido integrados ao valor do investimento e aos resultados da investidora, pois, caso contrário, isso importaria, segundo, aliás, aponta o item 5 do Parecer Normativo CST n. 16/1983, em distorcer o sistema, que, obrigatoriamente, deve ser analisado *integralmente*, não por dispositivos isolados.

Portanto, o regulamento do Imposto de Renda, em seu artigo 261, §§ 1^a e 2^a, nada mais fez senão regular uma situação jurídica inserida na própria sistemática da correção monetária, prevista na Lei n. 6.404/1976, de modo a evitar distorções e plenamente coerente com os procedimentos normais aplicáveis à matéria.” (fls. 267/269).

O recurso especial monta-se na alegação de que foram desrespeitados os artigos:

- a) 535, I e II, do Código de Processo Civil;
- b) 9^a, I e 99 do Código Tributário Nacional;
- c) 22, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 1.598/1977.

Este, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Não procede a alegação de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil. Em verdade, o egrégio Tribunal **a quo** – malgrado tenha rejeitado os embargos – esclareceu cabalmente a dúvida suscitada pela ora recorrente. Deixou claros, então, os fundamentos sobre os quais a decisão foi construída.

Em relação ao tema de fundo, a r. sentença de 1^a grau traduziu a lide, nestas palavras:

“A autora foi autuada pela ré, sob o argumento de haver desobedecido a disposição regulamentar, ao deduzir do valor do investimento efetuado no Banco Nacional dividendos relativos ao balanço intermediário levantado no mês de junho, sem que os tivesse adicionado, primeiramente, ao patrimônio líquido do referido banco, gerando, com esse procedimento, distorção do valor do aludido investimento.

Entendendo a demandante que o regulamento extrapolou os devidos limites, veio a juízo visando à anulação do lançamento decorrente da referida autuação e à obtenção de lucros cessantes.” (fls. 156/157).

Para melhor argumentar, transcrevo o texto do Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 22:

“O valor do investimento na data do balanço (art. 20, I), depois de registrada a correção monetária do exercício (art. 39), deverá ser ajustado ao valor do patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo 21, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimentos.

Parágrafo único. Os lucros ou dividendos distribuídos pela coligada ou controlada deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e não influenciarão as contas de resultado.”

No propósito de regulamentar esse dispositivo, o Poder Executivo baixou o art. 261 do Decreto n. 85.450/1980, dizendo:

“O valor do investimento na data do balanço (art. 259, I), depois de registrada a correção monetária do exercício (art. 347), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo 260, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 22).

§ 1^a Os lucros ou dividendos distribuídos pela coligada ou controlada deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e não influenciarão as contas de resultado (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 22, parágrafo único).

§ 2^a Quando os rendimentos referidos no parágrafo anterior forem apurados em balanço da coligada ou controlada levantado em data posterior à da última avaliação a que se refere o artigo 260, deverão ser creditados à conta de resultados da investidora e, ressalvado o disposto no § 2^a do artigo 256, não serão computados na determinação do lucro real.”

Para declarar improcedente a pretensão da autora, a sentença tomou como premissa a observação de que o regulamento deve explicitar o objetivo da Lei, ajustando seu dispositivo ao sistema em que ela se contém. O eminente Juiz Federal Fernando José Marques, a partir dessa constatação, disse:

“A legislação incidente no caso dos autos visa, dentre outros, um objetivo fundamental à matéria em exame e à pretensão da autora. Diz ele respeito à vedação legal implícita de enriquecimento ilícito do contribuinte, que gera a faculdade da Chefia do Poder Executivo regulamentar o assunto, tal como o fez o Decreto n. 85.450/1980, no § 2º do artigo 261. De conseguinte, não ocorre o alegado vício de frontal divórcio ou de exorbitância flagrante desse dispositivo com o parágrafo único do artigo 22 do Decreto-Lei n. 1.598/1977, tal como pretende a autora.

Permitir-se a exclusão de dividendos recebidos de empresas coligadas, sem antes haver computado tais dividendos no seu investimento, levando em conta as exigências contidas no art. 261 do Decreto n. 85.450/1980, representaria dispensa indevida de condição legalmente exigida para utilização do benefício. E tal é exatamente o que ocorreu na situação que deu azo à lavratura do auto de infração, ou seja, a subtração de dividendos da conta de investimentos provenientes de balanço intermediário de coligada, que se achava obrigada a levantá-lo, sem que a autora tivesse observado, como devia, a norma regulamentar.

Não pode haver dúvida quanto a que a única justificativa para que a lei exclua do cômputo do lucro os dividendos recebidos das coligadas reside em evitar a dupla tributação desse lucro, o que na verdade representa proteção para o contribuinte.

Destartê, se os investimentos realizados em tais empresas já tiverem sido avaliados, o lucro respectivo já gozará da presunção de ter sido incluído no resultado da investidora, donde a possibilidade de ser excluído por ocasião de sua efetiva distribuição. Esse o **racionale** do § 2º do artigo 261 do Decreto n. 85.450/1980.

De conseguinte, interpretar a lei de molde a permitir exclusão de tais dividendos, antes do seu efetivo recebimento pela investidora, sem que esta os tenha atualizado para incluí-los em seu resultado, é cancelar o enriquecimento sem causa.

Por isso que o critério de interpretação restritiva, utilizado pela autora, deve ser descartado, pois não existe na lei ou no regulamento sob exame, nem em qualquer parte do ordenamento jurídico, proteção para tal interesse, antes pelo contrário.” (fls. 159/160).

Valho-me desses argumentos para negar provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 207.484 – SP

(Registro n. 99.0021867-1)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp
Advogados: Cândido Rangel Dinamarco e outros
Recorrida: Companhia de Saneamento de Diadema – Saned
Advogados: João Marques de Azevedo Buonaduce e outros
Sustentação oral: João Marques de Azevedo Buonaduce (pela recorrida)

EMENTA: I – Age em fraude à lei, quem exercendo uma seqüência de atos lícitos obtém resultado contrário ao preceito jurídico.

II – Frauda o art. 737 do CPC, o devedor que, sem ter qualquer bem penhorado, exerce, ação declaratória de nulidade do título executivo, em paralelo à execução, pleiteando antecipação de tutela.

III – Merece reforma, por fraude ao art. 737 e ofensa direta ao art. 585 do CPC, a decisão que a título de antecipação de tutela em ação ordinária, suspende o curso de processo executivo.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 10.4.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Adoto o relatório que orientou a formação do acórdão recorrido:

“Nos autos da ação anulatória de acordo, judicialmente homologado, proposta pela Cia. de Saneamento de Diadema – Saned, contra a Cia. de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp, interpôs esta agravado de instrumento contra r. decisão que deferiu a tutela antecipada, ‘apenas para que se suspenda o curso da Ação Ordinária n. 174/1997 e seu respectivo embargo à execução até decisão final desta ação’, fl. 577 destes autos – 3^a volume.

Narra a agravante que, em ação de indenização proposta contra a agravada, surgiu acordo celebrado em 23 de dezembro de 1996, que foi descumprido por esta após homologado pelo Juízo da 11^a Vara Cível da Capital, onde corria o feito.

Requerida a execução, foi embargada pela executada, a Prefeitura Municipal de Diadema.

A agravada, citada para execução, propôs a referida anulatória.

Sustenta a agravante que a agravada, através do pedido de tutela antecipada, obteve os mesmos efeitos que obteria com embargos à execução, estes não apresentados, redimindo-se a exigência temporal e afastando-se a preclusão.

Menciona como violado o artigo 738 do Código de Processo Civil, bem como o artigo 183 desse mesmo estatuto.

Acrescenta que se viu ferido o artigo 5^o, **caput**, em seus incisos LIV e LV, da Carta Federal (violação da garantia do devido processo legal e da ampla defesa), e, também, o inciso XXXV desse artigo constitucional, resultando impedimento do acesso da agravante à justiça.

Diz, ainda, estar vulnerado o artigo 585, § 1^o, do Código de Processo Civil.

Entende inoocorrer o **periculum in mora** e ressalta não ter sido constricto qualquer bem da agravada, além de não estar presente o requisito do artigo 273 do Código de Processo Civil, referente ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Pleiteou a suspensão da eficácia da decisão recorrida.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido, fl. 609.

Juntou a agravante cópia da comunicação feita ao Juízo de Origem sobre a interposição do presente agravado.

A agravante ingressou com pedido de reconsideração ou seu recebimento como agravado regimental, fl. 615.

A agravada ofereceu contraminuta, refutando os termos do recurso e versando sobre as razões que a levaram à proposta da ação anulatória.

O Relator manteve o indeferimento do pedido de efeito suspensivo, determinando fosse processado o agravo regimental, e mandou o feito à Mesa, para julgamento, também, do agravo de instrumento.” (fls. 731/733).

O agravo foi desprovido pelo v. acórdão recorrido, sob o argumento de que, em verdade, a providência malsinada não chegou a ser um adiantamento de tutela, limitando-se a mera providência cautelar.

Houve embargos declaratórios, respondidos com as afirmações de que:

a) quando a executada exerceu a ação declaratória, não estava precluso o prazo para oferecimento de embargos à execução. Tal não ocorrera, porque, ela não tivera (como continua a não ter) qualquer bem penhorado;

b) a agravante não propôs execução contra a agravada. Simplesmente requereu sua notificação, para que respondesse pelo pagamento de alguns encargos;

c) se não havia execução, impossível cogitar em decurso de prazo para oferecimento de embargos;

d) não cabia, em sede de liminar, efetuar-se a demonstração dos alegados danos cuja eventualidade a medida cautelar visou prevenir, até porque tais danos seriam morais, não materiais;

e) o art. 798 do Código de Processo Civil foi efetivamente aplicado;

f) os artigos 183 e 738 não foram ofendidos pelo acórdão embargado.

O recurso especial, interposto à sombra do permissivo **a**, envolve queixas de ofensas aos artigos 131, 183, 273, I, 535, 585, § 1^o e 738 do Código de Processo Civil.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Como se percebe, a recorrida exerceu ação ordinária visando desconstituir título executivo resultante de transigência homologada em outro processo. Obteve, em antecipação de tutela. Conseguiu assim paralisar execução promovida contra terceira pessoa, com base no título malsinado. Fez isso, sem garantir o juízo de execução, oferecendo bem à penhora.

Com tal artifício, a recorrida, sem ter qualquer bem penhorado, obteve resultado que o ordenamento processual só admite após seguro o juízo da execução, pela constrição patrimonial do devedor (CPC, art. 737).

Praticou-se, assim, evidente fraude à lei.

Com efeito, fraude – todos nós o sabemos – é o ardil, pelo qual uma seqüência de atos lícitos conduz a resultado ilícito. Vale dizer, contorna-se o preceito legal sem o agredir diretamente. Exemplo clássico é aquele do pai que – proibido de vender a seu filho (Código Civil, art. 1.132), aliena o imóvel a terceira pessoa que, de sua vez, o transfere ao filho do alienante.

A sanção cominada à fraude é aquela aplicável quando ocorre ofensa frontal à lei.¹

Na hipótese, a vedação contida no art. 737 foi desobedecida pela decisão que, à semelhança do despacho que recebe embargos a execução, suspendeu o processo executivo. Essa decisão é manifestamente nula.

Como o acórdão recorrido afirmou ser boa a qualidade jurídica do adiantamento de tutela, ele merece reforma.

Não bastasse a ofensa indireta, observo que o acórdão maltratou frontalmente outro dispositivo do Código de Processo Civil: aquele contido no § 1º do art. 585, a dizer que “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução”.

Dou provimento ao recurso.

1. V. a propósito, **Marcos Bernardes de Mello**, Teoria do Fato Jurídico (Plano de Validade) – Ed. Saraiva, 1995, p.p. 82 e segs.).

RECURSO ESPECIAL N. 214.611 – SP

(Registro n. 99.0042715-7)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrentes: Riad Gattas Cury e outro
Advogados: Riad Gattas Cury e outro
Recorrido: Município de São Bernardo do Campo
Advogados: Renata Cristina Iuspa e outros

EMENTA: Processual Civil – Precatório – Honorários advocatícios – Ausência de pagamento – Legitimidade – Intervenção no Município.

O precatório, quando referente à verba honorária, deve ser expedido em nome do advogado que patrocinou a causa, eis que a ele pertence (Lei n. 8.906/1994, artigo 23).

Não tendo sido, contudo, expedido em nome do patrono, carece ele de legitimidade para requerer intervenção no Município por ausência de pagamento da dívida.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado, conhecer do recurso e, no mérito, por unanimidade, negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

Brasília-DF, 17 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro Milton Luiz Pereira, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 29.11.1999.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Riad Gattas Cury e outro, com lastro na Constituição Federal, artigo 105, inciso III, letra **a**, interpõem recurso especial (fl. 142), aduzindo tratar-se de ação de desapropriação na qual houve desistência do Poder Público, sendo a Municipalidade recorrida condenada ao pagamento de honorários advocatícios. Expedido o ofício requisitório, houve sua inclusão no orçamento findo em 31.12.1993.

Face ao não cumprimento da ordem judicial de pagamento, os ora recorrentes ajuizaram representação interventiva que foi julgada extinta pelo egrégio Tribunal **a quo**, por entender que aos ora recorrentes carecia legitimidade para pleitear a intervenção no Município.

Argumentam que o crédito exequendo diz respeito somente à verba honorária e que, por isso mesmo, a única parte legítima a cobrá-lo seriam os patronos, titulares exclusivos do crédito objeto do precatório.

Pede provimento a fim de que seja reconhecida a legitimidade dos recorrentes no presente feito interventivo.

Contra-razões (fl. 64).

Despacho (fl. 182).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, aponta os recorrentes como violado o artigo 23 da Lei n. 8.906/1994, versando sobre questão devidamente prequestionada.

Conheço do recurso pela letra a.

O Município de São Bernardo do Campo propôs uma ação de desapropriação contra Vortice Comércio de Materiais para Construção e Empreendimentos Ltda (fls. 6/9) que foi julgada procedente pelo MM. Juiz Singular (fls. 11/14), por sentença parcialmente alterada pelo egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 16/18). Mas, o autor desistiu da ação (fls. 20/21). O pedido de desistência foi homologado e o autor condenado nos honorários de advogado (fl. 25). Feita a liquidação (fl. 26), homologada a conta (fls. 27/28), foi expedido o precatório em nome de Vortice Comércio de Materiais, Construção e Empreendimentos, sendo expedido o ofício requisitório (fl. 29). O eminente Presidente do egrégio Tribunal de origem solicitou à Prefeitura de São Bernardo do Campo fosse providenciado o depósito da quantia constante da liquidação, devidamente homologada, atualizada (fl. 34). Dois anos depois, informou o Município não ter ainda feito o depósito (fl. 35), tendo, então, os recorrentes, advogados que atuaram na citada ação expropriatória, requerido essa intervenção contra a Municipalidade de São Bernardo do Campo.

Entendo que o precatório deveria ter sido expedido em nome dos requerentes e não da empresa expropriada. Estabelece o artigo 23 da Lei n. 8.906, de 4 de dezembro de 1994, que:

“Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.”

Como se vê, os honorários incluídos na condenação pertencem ao advogado que tem direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer a expedição do precatório em seu nome. Neste sentido os Recursos Especiais n. 135.087-RS, DJ de 10.8.1998, Relator, Ministro Waldemar Zveiter e 163.703-RS, DJ de 15.3.1999, Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo. Mas, se o precatório não foi expedido em nome do advogado, não tem ele legitimidade para requerer a intervenção no Município que deixou de pagar a dívida decorrente da ação de desapropriação. A legitimidade é da empresa expropriada, em nome de quem foi expedido o precatório. Com razão, a meu ver, o Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, Procurador-Geral da Justiça, ao opinar pela ilegitimidade processual dos recorrentes para postular a intervenção que:

“3. Na espécie, a ordem judicial descumprida vem enclausurada num precatório judicial, que foi expedido em favor da empresa Vortice Comércio de Materiais para Construção e Empreendimentos Ltda, que figurou no pólo passivo de ação expropriatória proposta pela Municipalidade requerida.

4. Segundo **Arruda Alvim** (Manual de Direito Processo Civil, vol. I, Ed. RT, p. 349) ‘a **legitimatío ad causam** é a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença’.

5. Cuidando-se de pedido interventivo, deduzido com base no desatendimento de uma ordem ou decisão judicial, a legitimação do promovente se forja extensivamente à legitimação do processo no qual foi emitida a ordem.

6. Com efeito, só quem pode alegar o descumprimento de uma ordem judicial, reclamando a intervenção, é aquele que foi nomeadamente agravado por ela. No caso vertente, quem participou da ação foi indigitada empresa, em nome de quem foi expedido o precatório.

7. A empresa, ao lado da Municipalidade requerida, foi a destinatária da ordem judicial. Logo, só a empresa apontada poderia formular o presente pedido de intervenção.” (fls. 89/90).

Nego provimento ao recurso.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Entendo que o advogado tem direito de

pedir a expedição do precatório para receber os honorários. Como ele não pediu, não pode pretender a intervenção do Município porque não tem precatório em nome dele.

O Sr. Ministro José Delgado: O que o Tribunal decidiu?

O Sr. Ministro Garcia Vieira: É melhor eu ler o voto. (lê)

“O Município de São Bernardo do Campo propôs.....
.. por arbitramento ou sucumbência, pertence ao advogado...”

.....
“Como se vê, os honorários incluídos na condenação.....
.. em nome de quem foi expedido o precatório.”

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Sr. Ministro Delgado, os precedentes que temos, e que V. Ex.^a está bem lembrando, é quando o Presidente do Tribunal faz acerto de atualização entre o...

O Sr. Ministro José Delgado: Gostaria de saber sobre o acórdão. Se o advogado pediu a intervenção...

O Sr. Ministro Garcia Vieira: (lê) “... os advogados têm legitimidade para requerer em nome próprio a intervenção, com lastro em crédito a título de honorários impostos por decisão financeira, pois se trata de direito autônomo”.

O Sr. Ministro José Delgado: Não conheço do recurso, Sr. Presidente, por ser o tema de natureza administrativa. A posição desta Turma, que acompanha já a posição do Supremo Tribunal Federal, é de que, tratando-se de representação interventiva, não cabe recurso especial.

O Sr. Ministro Garcia Vieira: (Lê)

“... A maioria da Turma ...
..... extinto o processo.”

O acórdão foi no mesmo sentido de como estou votando, tanto que estou negando provimento ao recurso.

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, meu voto é não conhecendo do recurso. Estou vencido quanto ao conhecimento por se tratar de procedimento de natureza administrativa. Não cabe recurso especial. É uma preliminar de conhecimento.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Aparte): Parece-me, com

a devida vênia do Ministro José Delgado, que tem razão o Sr. Ministro Garcia Vieira.

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Aparte): A questão é possessória (inaudível).

O Sr. Ministro José Delgado: A origem de tudo foi uma ação interventiva.

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Estou negando provimento ao recurso.

O Sr. Ministro José Delgado: Com a devida vênia, vai de encontro a toda nossa jurisprudência.

O Sr. Ministro Garcia Vieira: O problema é só da intervenção.

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Aparte): Lembro-me de precedentes da nossa Corte, mas julgando pedidos de intervenção. Normalmente, vindo dos Estados...

RECURSO ESPECIAL N. 216.833 – RS

(Registro n. 99.0046699-3)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: João Ernesto Aragones Vianna e outros
Recorrido: Banco Real S/A
Advogados: Sirlei Maria Rama e outros

EMENTA: Execução fiscal – Contribuição social – Auxílio-creche/babá.

O auxílio-creche tem caráter de remuneração e não de indenização e integra o salário-de-contribuição.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

Brasília-DF, 24 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro Milton Luiz Pereira, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 11.10.1999.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpõe recurso especial (fls. 165/169), com fundamento na Constituição Federal, artigo 105, inciso III, letra a, insurgindo-se com o venerando acórdão proferido pelo colendo Tribunal Regional Federal, ementado nos seguintes termos:

“Execução fiscal. Tributário. Contribuição social. Auxílio-creche/babá. Natureza. Não incidência.

1. O “auxílio-creche/babá”, por ter natureza indenizatória, não integra o salário-de-contribuição.

2. Apelação e remessa oficial improvidas.” (fl. 142).

Alega a recorrente não ter o auxílio-creche/babá natureza indenizatória, eis que a despesa é efetuada em favor do empregado, compondo a remuneração dos mesmos.

Aponta a contrariedade ao artigo 28, inciso I, da Lei n. 8.212/1991.

Pede provimento.

Contra-razões (fls. 173/180).

Despacho (fl. 182) admitiu o recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, aponta o recorrente, como violado, o artigo 28, I, da Lei n. 8.212/1991, versando sobre questão devidamente prequestionada.

Conheço do recurso pela letra **a**.

Entendeu o v. acórdão embargado (fl. 142) que “o auxílio-creche/babá, por ter natureza indenizatória, não integra o salário-de-contribuição”. (fl. 142).

Não comungo deste entendimento. Para mim, o auxílio tem caráter de remuneração e não de indenização e integra o salário-de-contribuição. Nesse sentido, o REsp n. 194.229-RS, DJ de 15.4.1999, Relator Ministro José Delgado, de cuja ementa extrai-se que:

“O auxílio-creche tem natureza utilitária em benefício do empregado. São ganhos habituais sob forma de utilidades, pelo que os valores pagos a tal título integram o salário-de-contribuição.”

O eminente Relator sustentou em seu voto que:

“O artigo 28, I, da Lei n. 8.212/1991, determina que o salário-de-contribuição é composto, para o empregado e para o trabalhador avulso, pela remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob forma de utilidades, ressalvado o disposto no § 8º, respeitados os limites estabelecidos pelos §§ 3º, 4º e 5º, do mesmo artigo.

No círculo da mensagem exposta pelo mencionado dispositivo, não me animo em acatar a tese defendida no acórdão de que o auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição, em face de não se caracterizar, ao meu pensar, como indenização por serviços prestados.”

Dou provimento ao recurso e inverte as penas da sucumbência.

RECURSO ESPECIAL N. 218.120 – PR

(Registro n. 99.0049331-1)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná
Recorrido: Alberto Kalau Lopes

Advogado: Toshiharu Hiroki

Interessada: Associação de Defesa e Educação Ambiental de Maringá

EMENTA: Dano ao meio ambiente – Aquisição de terra desmatada – Reflorestamento – Responsabilidade – Ausência – Nexo causal – Demonstração.

Não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental, através de restauração de cobertura arbórea, a particular que adquiriu a terra já desmatada.

O artigo 99 da Lei n. 8.171/1991 é inaplicável, visto inexistir o órgão gestor a que faz referência.

O artigo 18 da Lei n. 4.771/1965 não obriga o proprietário a florestar ou reflorestar suas terras sem prévia delimitação da área pelo Poder Público.

Embora independa de culpa, a responsabilidade do poluidor por danos ambientais necessita da demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 24 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro Milton Luiz Pereira, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 11.10.1999.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: O Ministério Público do Estado do Paraná, com lastro na Constituição Federal, art. 105, III, a, interpõe recurso

especial (fl. 224), aduzindo cingir-se a questão em saber quando se caracteriza a reserva florestal legal, para fins de preservação da flora, considerando-se o disposto no art. 16, **a**, da Lei n. 4.771/1965.

O egrégio Tribunal **a quo**, apreciando apelação interposta em autos de ação civil pública, sustentou não ter ficado demonstrado que o ora recorrido foi responsável pelo desmatamento promovido na área por ele adquirida, nem contribuiu para o dano ambiental.

Aponta violação ao CPC, arts. 3^o e 267 e à Lei n. 4.771/1965, art. 16.

Pede provimento.

Contra-razões (fl. 253).

Despacho (fl. 257).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, aponta o recorrente como violados os artigos 3^o e 267 do CPC, 16, **a**, do Código Florestal (Lei n. 4.771/1965), versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra **a**.

O artigo 16, letra **a**, da Lei n. 4.771/1965, estabelece que “as derrubadas de florestas nativas, primitivas, ou regeneradas, só serão permitidas, desde que seja, em qualquer caso, respeitado o limite mínimo de 20% da área de cada propriedade com cobertura arbórea localizada a critério da autoridade competente”.

Ora, o recorrente não derrubou nenhuma floresta nativa, primitiva ou regenerada e quando adquiriu a sua propriedade já não havia a reserva legal.

Constitui fato incontroverso, nestes autos, a assertiva do recorrente de que adquiriu o imóvel, objeto desta ação, sem qualquer reserva de cobertura florestal, tendo o desmatamento sido feito em épocas anteriores à sua aquisição, pelos antigos proprietários. O réu não desmatou nenhuma parte de sua fazenda.

O STJ, no Recurso Especial n. 156.899-PR, DJ de 4.5.1998, do qual fui Relator, decidiu, nesta egrégia Primeira Turma que:

“Não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental, através de restauração de cobertura arbórea, a particular que adquiriu a terra já desmatada.”

Determina o art. 99 da Lei n. 8.171/1991 que, a partir de 1992, os proprietários de terras serão obrigados a recompor a “reserva florestal”, mediante normas a serem aprovadas pelo órgão gestor da matéria (§ 2º). Ora, não consta que já tenha sido criado este órgão gestor e não se sabe quais seriam essas normas que teriam sido aprovadas. Conclui-se ser inaplicável referido dispositivo legal. Depreende-se do artigo 18, **caput**, da citada Lei n. 4.771/1965 que “nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário”.

Ora, se o recorrente não fez o florestamento ou o reflorestamento de 20% de sua propriedade, poderia o Poder Público fazê-lo. Este dispositivo não obriga o proprietário a florestar ou reflorestar as suas terras, sem que antes o Poder Público tenha delimitado a área a ser florestada ou reflorestada.

O art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, determina que o poluidor é obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, mas exige nexos causal entre a conduta do recorrente e o dano, e isso não restou demonstrado e comprovado nestes autos.

Esta egrégia Turma, nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 156.899-PR, do que fui relator, entendeu que:

“O artigo 18, **caput**, da Lei n. 4.771/1965 não obriga o proprietário a florestar ou reflorestar a sua propriedade, podendo o Poder Público fazê-lo, não tendo havido comprovação do nexos causal entre a conduta da recorrida e o dano ambiental.”

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 222.810 – MG

(Registro n. 99.0061890-4)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Relator p/ acórdão: Ministro José Delgado

Recorrente: Samarco Mineração S/A
Advogados: Luciana Goulart Ferreira e outros
Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais
Advogados: Ronald Magalhães de Sousa e outros
Sustentação oral: Marciano Seabra de Godoi (pelo recorrente)

EMENTA: Tributário – ICMS – Energia elétrica – Contrato de demanda reservada de potência – Fato gerador – Incidência.

1. O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Uihôa Canto).

2. O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

3. O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4. Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5. A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7. Recurso conhecido e provido por maioria.

8. Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a “demanda reservada de potência”, sem ser considerado o total consumido.

ACÓRDÃO

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

Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, preliminarmente, conhecer do recurso, vencido em parte o Sr. Ministro-Relator. No mérito, também por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão. Votaram de acordo com o Sr. Ministro José Delgado os Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros.

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

Ministro José Delgado, Presidente e Relator p/ acórdão.

Publicado no DJ de 15.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por maioria de votos, deu provimento à apelação cível, assim decidindo:

“A cobrança de tributo sem o correspondente fato gerador é ilegal, gerando mesmo enriquecimento sem causa por parte de quem cobra, o que, sem dúvida, é vedado pelo bom senso, pelo Direito.

Esses os motivos sintéticos, mas lógicos, pelos quais entendo que não deve haver a cobrança de ICMS sobre a ‘demanda reservada de potência’, que a obrigatoriedade não é utilizada pela apelante, mas, sim, pela energia efetivamente utilizada e mensurável, concedendo, ainda, o direito de compensação de créditos oriundos da cobrança indevida, a fim de se impedir o locupletamento ilícito, sem causa, por parte da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, invertidas as custas e sucumbência.” (fls. 552/553).

Os embargos infringentes opostos pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais foram acolhidos nos seguintes termos:

“... o ICMS deve ter por base a quantia efetivamente paga, a título de consumo, independentemente do consumo efetivo.” (fls. 602/603).

Os embargos de declaração interpostos pelo contribuinte foram rejeitados.

Contra o v. aresto, a parte interessada interpôs recurso especial fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alegando contrariedade aos artigos 458, II e 535, II, do Código de Processo Civil, 2º, VI e 19 do Convênio n. 66/1988 e 116 do Código Tributário Nacional.

As prélicas recursais estão assentadas nos termos seguintes:

“... impende reconhecer que, negando-se o acórdão recorrido a dar provimento aos embargos opostos pela ora recorrente e declarar a decisão anterior para suprir a omissão constante de seus fundamentos, ocorreu clara contrariedade aos arts. 458, II e 535, II, ambos do CPC...”.

omissis

“A contrariedade ao art. 458, II, é manifesta quando se tem em vista que o acórdão ficou-se omissivo em relação a pontos de suma relevância para a defesa do ponto de vista da ora recorrente. Ora, o contraditório do processo judicial exige que os argumentos centrais deduzidos pelas partes sejam examinados pelos órgãos julgadores monocráticos e colegiados.”

omissis

“... o v. acórdão recorrido não analisou as alegações de ofensa às normas do art. 155, II, da CF/1988, bem como às normas dos arts. 2º, VI e 19 do Convênio n. 66/1988, motivo pelo qual foram opostos embargos declaratórios com o fim específico de prequestioná-las...”.

omissis

“... o Convênio n. 66/1988 atuou no sistema jurídico tributário nacional com uma lei complementar (art. 34, § 8º, do ADCT), devendo, portanto, ser a ela equiparado para efeito de recurso especial...”.

omissis

“A lide se estabeleceu em virtude da Fazenda Estadual entender devida a incidência do ICMS, sobre a parcela de energia a que se denomina ‘demanda reservada’, por entender que, apesar de não corresponder a uma efetiva circulação de energia, constitui uma condição contratual, compondo, portanto, a operação jurídica tributada.

Ocorre, todavia, que a cobrança de ICMS sobre a ‘demanda reservada’ implica a exigência de tributo sem que haja ocorrido o fato gerador do mesmo – a efetiva entrega da energia elétrica ao consumidor.”

omissis

“... é totalmente equivocado o uso que fez o acórdão recorrido do art. 116, II, do CTN, devendo-se no presente recurso especial corrigir-se tal distorção operada quanto ao direito federal. Com efeito, a correta aplicação do direito no caso em tela deve contemplar as normas jurídicas que traçam os aspectos material e temporal da exação em comento: o art. 155, § 3º, da CF/1988, os arts. 1º, 2º e 19 do Convênio n. 66/1988 (expedido em conformidade com o art. 34, § 8º, do ADCT da CF/1988), e ainda as normas complementares encontráveis na Portaria n. 222 do DNAEE. Tais normas, tendo definido com total especificidade o momento em que se reputa ocorrido o fato gerador nas operações de fornecimento de energia elétrica, impedem que o art. 116 do CTN tenha a dimensão que lhe deu o acórdão recorrido.”

Requer:

“... que este egrégio Tribunal conheça e dê provimento ao presente recurso especial no sentido de reconhecer o direito da recorrente de ver analisadas, pelo Tribunal **a quo**, as alegações de ofensa aos arts. 155, II, da CF/1988, bem como os arts. 2º e 19 do Convênio n. 66/1988, anulando-se, por conseguinte, o acórdão recorrido, haja vista que o mesmo infirmou os arts. 458, II e 535, II, do Código de Processo Civil,...”.

omissis

“Uma vez não atendido o pedido acima, caso V. Ex.^{as} entendam que os dispositivos legais suscitados pela recorrente em suas razões de apelação e posteriormente mencionados nos embargos de declaração foram objeto de análise implícita (prequestionamento implícito) pelo Tribunal **a quo**, ou ainda que a interposição de embargos declaratórios pela recorrente supriu a nulidade (omissão) do acórdão recorrido – aplicando-se o princípio da economia processual e a regra do art. 249, § 2º, do CPC, requer-se seja o presente recurso especial conhecido e provido, para a reforma íntegra do v. acórdão recorrido, declarando-se indevida a cobrança do ICMS pelo Estado de Minas Gerais sobre os valores pagos pela recorrente à Cemig a título de ‘demanda reservada de potência’, uma vez não verificado seu fato gerador, nos termos dos arts. 2º e 19 do Convênio n. 66/1988, dispositivos estes infirmados

pelo acórdão recorrido, o mesmo tendo ocorrido quanto ao art. 116, II, do Código Tributário Nacional, aplicado apressada e equivocadamente pelo acórdão recorrido, autorizando-se por conseguinte a compensação das quantias já recolhidas pela recorrente com futuros pagamentos do mesmo imposto.” (fls. 654/678).

As contra-razões foram apresentadas às fls. 714/722.

Ao admitir o seguimento do recurso especial, o nobre 1^a Vice-Presidente do Tribunal **a quo** finalizou:

“... No que respeita aos dispositivos que se referem ao objeto da demanda, tenho como inadmissível a irrisignação, tendo em vista que o STJ já firmou entendimento no sentido de exigir o prequestionamento explícito dos temas controvertidos.

Subsiste, todavia, a alegação de negativa da prestação jurisdicional, capaz de abrir o acesso à via excepcional. Nesse ponto, penso que o inconformismo, magnificamente manifestado e apoiado em autorizadas lições doutrinárias e jurisprudenciais, reclamam o prudente exame da instância superior, competente para definir, com sua autoridade exclusiva, se houve ou não a alegada ofensa ao texto federal.” (fls. 735/736).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Presa a atenção às anunciações delineadas no relatório, comemora-se que, decorrente de ação com pretendida tutela antecipatória, provendo a apelação, no julgamento dos embargos infringentes foi constituído o vergastado v. acórdão restabelecendo a r. sentença de 1^a grau, em suma assentando:

“... o ICMS deve ter por base a quantia efetivamente paga, a título de consumo, independentemente do consumo efetivo.” (fls. 602/603).

Rejeitados os embargos declaratórios, na via especial foram articuladas

as razões do inconformismo procurando demonstrar que o julgado contrariou os artigos 458, I, II, III, e 535, I e II, CPC e, ainda, aos artigos 2º, VI, e 19, do Convênio n. 66/1988 e, finalmente, ao artigo 116, II, CTN.

Definido o **facies**, no primeiro lanço do recurso, algemado à ocorrência de contrariedade aos enunciados padrões insculpidos no CPC, impõe-se o conhecimento (art. 105, III, a, CF).

Nessa lida, ganha significativo espaço registrar o pedido formulado nos embargos de declaração, notadamente visando o exame:

“quanto ao art. 155, II, da CF/1988, ao art. 116, II, do CTN (quanto aos argumentos deduzidos na apelação pela ora embargante e não examinados pelo acórdão) e aos arts. 2º, VI e 19 do Convênio ICMS n. 66/1988.” (fl. 619).

Ora, pelo itinerário dos acontecimentos processuais, primeiramente, à consideração dos fundamentos da sentença (que versou a legislação aplicável – fls. 481/490) e das razões irrisignatórias contra ela lançadas, anota-se que o v. acórdão provendo a apelação ofereceu solução compatível à composição do litígio (fls. 546, 549 e 557). Os embargos infringentes não fugiram dos mesmos limites objetivos; é dizer: os fundamentos de fato e de direito examinados continuaram na alcatifa da proposição inicial, contra-razões e da sentença.

Logo, mantido o mesmo circunlóquio, salvo à hipótese de inovação inadmissível, os embargos declaratórios só poderiam visar o mesmo conteúdo como fonte para o suprimento de acenadas lacunas.

Nessa planura, apenas argumentando, ainda que sem procedência o aresto apropriado aos embargos declaratórios (fls. 636/640), inafastável a conclusão de que, mal ou bem, bem ou mal, mas suficientemente claro na sua motivação, o aresto resolveu a demanda, concretizando a prestação jurisdicional.

Demais disso, desenvolvida argumentação bastante para a composição judicial, despicienda mostra-se a exaustão de todas as razões voltadas ao mesmo fim. Igualmente, não há obrigação do exame, um a um, dos padrões legais mencionados, bastando a averiguação nuclear da questão jurídica debatida. **Máxime**, no caso, quando os julgados de cassação trouxeram à tona os fundamentos da sentença que, o necessário, abordoaram a legislação de regência.

Outrossim, é sabido que a finalidade da jurisdição é compor a lide e não a discussão exaustiva em torno de todos os temas e padrões legais tratados no contraditório. Pois incumbe ao julgador estabelecer as normas jurídicas que incidem sobre os fatos arvorados no caso concreto, atividade excluída da vontade das partes litigantes.

Sob a réstia dessas razões, por uma ou por todas, não proceda a sugerida contrariedade ou negativa de vigência aos artigos 458, I, II e III, 535, I e II, CPC.

Na seqüência da ordem referenciada na manifestação recursal, quanto às prédicas afiveladas ao merecimento da questão tributária – “direito de não recolher o ICMS sobre a ‘demanda reservada’ de energia elétrica” –, tem significância aboroador que a fundamentação prevalecente, com nascedouro na motivação básica de *natureza contratual*, bem destacada na r. sentença, cujos fundamentos, a final, vitoriam-se; confira-se:

“No caso dos autos, temos que existe *um contrato de compra e venda de energia elétrica*, entre a autora e a Cemig, contrato esse não sujeito a qualquer condição suspensiva ou resolutiva.

A empresa autora paga pela demanda de energia elétrica, mesmo que não venha a se utilizar de toda a quantidade contratada.

A Cemig põe à disposição da autora uma determinada quantidade de energia, que, por certo, não pode ser repassada a terceiros, pois poderá ser utilizada a qualquer momento.

Isso significa que a mercadoria energia elétrica foi efetivamente comprada pela autora, aperfeiçoado o contrato de compra e venda entre as partes, não podendo mais a Cemig dispor dessa energia.

Essa é a operação de circulação de mercadoria, pois há a transferência de titularidade do bem, mesmo que não haja, quanto a uma quantidade de energia, uma circulação física, ou deslocamento no espaço.” (fls. 487 – **in fine** – e 488 – grifei).

Essa vertente, como encaminhamento lustral do convencimento, foi acolhida pelo voto-vencedor nos embargos infringentes, com a transcrição feita pelo eminente Desembargador Campos de Oliveira (fls. 603/604).

Agrega-se que, na constituição do v. acórdão embargado, proferindo o voto divergente inspirador dos embargos infringentes, o eminente Desembargador Hugo Bengtsson, sem desprezar a vinculação contratual e as

razões da sentença, também fez resplandecer circunstâncias de natureza fática, relembrando afirmação anterior:

“É inquestionável que o ICMS incide sobre a venda de energia elétrica, sendo a base de cálculo do tributo o preço total do fornecimento, pago pelo consumidor.

O preço faturado e pago, na hipótese vertente, é fixado exclusivamente pela concessionária do setor energético, que certamente, para tanto, leva em consideração, dentre outros fatores, a demanda colocada à disposição do consumidor, além do efetivo consumo de energia em determinado período.

Não vejo, em razão disso, maior interesse na discussão acerca da natureza da demanda, se deve ou não ser tipificada como mercadoria ou serviço, ou, ainda, como aluguel de potência. É que, qualquer que seja a conclusão, um fato emerge certo e indubitável: o preço faturado, e pago pelo consumidor, traz em sua composição também os custos e despesas levados a efeito para colocação da demanda à disposição do interessado, da ora apelante no caso concreto, o quanto basta para legitimar a incidência do tributo na espécie.” (fls. 554/555).

Como necessária presilha à importância do *contrato* na solução da questão sob exame, quando do julgamento da apelação cível, o eminente Relator do aresto visado nos embargos infringentes, apontou:

“... o *contrato* entre Cemig e Samarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face das grandes necessidades desta empresa, entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável, da quantidade de energia elétrica efetivamente gasta, sobre a qual se deve tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante pelo que ela efetivamente não gastou, mas, se precisasse, teria à sua disposição através da Cemig.” (fl. 552 – destaquei).

Desse modo, põe-se à fiveteira que, à falar da “demanda reservada de potência”, estadeada na compra e venda ajustada, o fato decorre de obrigações contratuais, com efeitos na situação obrigacional de pagar, ou não, ICMS. Se o contrato, por si, caracteriza a “circulação de mercadoria”, configurando o fato gerador do ICMS, *in casu*, inegável que a solução não se divorcia da natureza do negócio jurídico contratado, inclusive com repercussões na composição dos custos e despesas com a disposição de energia

elétrica àquela “demanda”. Afinal, se o ICMS, na espécie, não tem como fato gerador a celebração do contrato e sim a circulação (consumo real da energia elétrica) a questão não escapa da premissa: importância do contrato.

Não se nega que os julgados, no sítio das fundamentações comentaram padrões legais e convênio. Todavia, aguilhoetados às decorrentes conseqüências do multicitado contrato e às circunstâncias factuais decorrentes.

Nessa esteira, até aqui, pontua-se: seja conseqüente às verificações aprisionadas ao predito contrato ou necessário exame dos aspectos fáticos, óbices sumulares impedem o conhecimento (verbetes 5 e 7-STJ).

Não bastante, desde a inicial, é notório o destaque constitucional da pretensão (art. 155, II, § 3º, art. 34, § 8º, ADCT). Tanto assim que, enfaticamente, a recorrente queixou-se da falta de análise àquelas disposições constitucionais e, para concretizar o prequestionamento, nos embargos de declaração pediu exame específico (fl. 619). Não é sem razão que, na postulação do recurso extraordinário, conquanto inflexionando observações sobre a legislação ordinária, a viga mestra foi sustentada na Corte Maior.

Viandante, avultando a solução na ordem constitucional, sem vigia nos limites da via especial, para a composição do litígio cativo à incidência questionada, o recurso não merece conhecimento.

Fluente o convencimento das razões desenvolvidas, parcialmente conhecendo do recurso, na parte conhecida (ofensa aos arts. 458, I, II, III e 535, I e II, CPC), *voto negando provimento*.

É o voto.

VOTO-VISTA (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro José Delgado: O eminente Ministro Milton Luiz Pereira, Relator, proferiu voto não conhecendo, quanto ao mérito, de recurso interposto por Samarco Mineração S/A, com a pretensão de pagar ICMS somente pelo total de energia elétrica realmente consumida, independentemente do valor contratual assumido com a fornecedora, isto é, não fazer incidir o referido imposto sobre a denominada “demanda reservada de potência”.

Os aspectos fáticos e jurídicos motivadores da pretensão da recorrente estão expostos, às fls. 645/647, de modo que transcrevo:

“A recorrente, pessoa jurídica de direito privado dedicada ao ramo da mineração, ajuizou contra a Fazenda Pública de Minas Gerais Ação Ordinária com Pedido de Antecipação da Tutela Jurisdicional, objetivando provimento que lhe garantisse o direito de não recolher o ICMS sobre a ‘demanda reservada’ de energia elétrica decorrente do contrato firmado entre a mesma e a Cia. Energética de Minas Gerais – Cemig, bem como o direito de efetuar a compensação das parcelas indevidamente recolhidas àquele título, alegando-se em síntese que não ocorre a circulação da energia elétrica que constitui objeto de tal ajuste contratual (exordial às fls. 2/29). Alegou-se, pois, na inicial, que a cobrança de ICMS sobre tais parcelas de energia elétrica (que nem sequer chegam a sair das linhas de transmissão da Cemig) configura agressão tanto às normas constitucionais que definem o fato gerador do ICMS, quanto às disposições da legislação complementar que cuidam mais detalhadamente da matéria.

O douto Juízo Monocrático, após denegar o pedido antecipatório (fl. 369), exarou sentença julgando improcedente o pedido da autora (fls. 481/490), sob a motivação de que, como o preço da ‘demanda reservada’ é incluído nas cláusulas do contrato existente entre a ora recorrente e a Cemig, seu valor deve ser abarcado pela base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica, haja ou não o ‘deslocamento de toda a energia adquirida’ (fl. 488).

Inconformada, a autora – ora recorrente – interpôs recurso de apelação (fls. 497/512), distribuído à Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, alegando mais uma vez a contrariedade da cobrança do ICMS sobre a demanda meramente contratada a dispositivos da Constituição Federal (art. 155, II) e do Convênio ICMS n. 66/1988 (arts. 2^a, VI e 19), os quais delimitam o fato gerador e a base de cálculo do ICMS.

Foi dado provimento ao recurso de apelação (acórdão de fls. 549/558), por maioria, firmando-se o entendimento de que no caso da energia meramente contratada não ocorre o fato gerador do ICMS, conforme se comprova pelo voto-vencedor do Desembargador Aluizio Quintão (fls. 553/554):

‘Entendo que, por si só, a formalização do contrato de compra ou fornecimento de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria. O fato gerador do ICMS não se configura **in**

casu com o simples pacto, há que se materializar o negócio jurídico na efetiva circulação física ou econômica da mercadoria em termos de seu real consumo. É o que se tira das normas legais e regulamentares sobre específica matéria tributária.

Contra tal acórdão que, por maioria, deu provimento à apelação, a Fazenda Pública de Minas Gerais interpôs embargos infringentes, os quais foram acolhidos pela Quinta Câmara Cível do TJMG, vencidos os eminentes Desembargadores Schalcher Ventura e Aluizio Quintão. Segundo o entendimento abraçado pelo acórdão que acolheu os embargos infringentes, a solução da lide estaria na aplicação do art. 116, II, do CTN, que dispõe que o fato gerador ocorre, em se tratando de situação jurídica, desde o momento em que esta esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável.

Uma vez que o acórdão que acolheu os embargos infringentes, decidindo que ocorre fato gerador do ICMS quanto à demanda reservada, somente apreciou a questão à luz do art. 116, II, do CTN (e mesmo assim sem haver se manifestado quanto ao alegado pela ora recorrente sobre o mencionado dispositivo legal – fls. 505/506), deixando de analisar as diversas alegações da recorrente no sentido da não ocorrência **in casu** do fato gerador do ICMS à luz de diversos dispositivos constitucionais e do Convênio ICMS n. 66/1988 (dispositivos estes mencionados e discutidos na exordial e na apelação), foram interpostos embargos de declaração prequestionadores pela ora recorrente, requerendo fossem supridas tais omissões na fundamentação do acórdão que acolheu os embargos infringentes, para viabilizar-se o atendimento ao disposto nas Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.”

Ressalto, desde logo, que estou de pleno acordo com o voto do eminente Relator na parte que reconheceu inexistir a apontada violação aos arts. 458, II e 535, do CPC.

As razões do voto quanto a esse aspecto são, para mim, suficientes para seguir a conclusão assentada.

Ouso, contudo, divergir, parcialmente, quanto ao não conhecimento do recurso referente ao mérito.

O eminente Relator não conheceu do apelo por dois fundamentos:

a) o do acórdão ter firmado sua decisão com base nas cláusulas contratuais ajustadas entre as partes;

b) existir destaque constitucional autônomo, no caso, o art. 155, II, § 3º, da CF/1988 e o art. 34, § 8º, ADCT.

Apegado a esse panorama, entendeu o eminente Relator que as Súmulas n. 5 e 7, deste STJ, impedem o conhecimento do recurso. Ouso divergir, embora o faça parcialmente.

Correto, ao meu pensar, o entendimento de que a apontada afronta ao art. 155, II, § 3º, e ao art. 34, § 8º, ADCT, de nível constitucional, não pode ser debatida em sede recurso especial. No particular, estou de pleno acordo.

Ocorre que, segundo o convencimento que firmei em decorrência do existente dos autos, há matéria infraconstitucional autônoma, devidamente prequestionada, que necessita ser examinada e decidida, sob pena de não se fazer a entrega perfeita da prestação jurisdicional solicitada pela parte.

Esse meu posicionamento decorre do exame que fiz do acórdão e da peça recursal. Vejamos.

O voto-condutor do acórdão recorrido é do teor seguinte (fls. 601/605):

“Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, anotando, mais uma vez, que a divergência diz respeito à incidência ou não do ICMS sobre o contrato de fornecimento de energia elétrica firmado entre a embargada e a Cemig, entendendo o voto divergente que sim, enquanto os votos-vencedores entendem que não, ressaltando o eminente Relator que:

‘o contrato entre Cemig e Samarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face das grandes necessidades desta empresa, entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável, da quantidade de energia elétrica efetivamente gasta, sobre a qual se deve tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante pelo que ela efetivamente não gastou...’ (fl. 552).

Por sua vez, o douto Revisor assinalou que:

‘por si só, a formalização de contrato de compra ou fornecimento de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria. O fato gerador do ICMS não se configura **in casu** com o

simples pacto, há que se materializar o negócio jurídico na efetiva circulação física ou econômica da mercadoria em termos de seu real consumo” (fl. 553).

Finalmente, diz o eminente Vogal que:

“qualquer que seja a conclusão, um fato emerge certo e indubitado: o preço faturado, e pago pelo consumidor, traz em sua composição também os custos e despesas levados a efeito para colocação da demanda à disposição do interessado, da ora apelante no caso concreto, o quanto basta para legitimar a incidência do tributo na espécie” (fl. 555).

Data venia dou minha modesta adesão ao voto-vencido, pois o ICMS deve ter por base a quantia efetivamente paga, a título de consumo, independentemente do consumo efetivo.

O voto-condutor levou em consideração o art. 116, I, do CTN, quando aplicável, à espécie, é o inciso II, por tratar-se, no caso, de ‘situação jurídica’ e não ‘de fato’. Explica **Aliomar Baleeiro** sobre a ocorrência do fato gerador que:

‘se esta for situação de fato, desde o instante em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias à realização dos efeitos, que lhe são próprios; se for situação jurídica, desde que esteja definitivamente constituída, segundo o direito pelo qual se rege.’ (Direito Tributário Brasileiro, Forense, 10^a ed., p. 458).

A MM.^a Juíza também nesse entendimento fundamentou seu **decisum**, que por sua clareza vale transcrever:

‘No caso dos autos, temos que existe um contrato de compra e venda de energia elétrica, entre a autora e a Cemig, contrato esse não sujeito a qualquer condição suspensiva ou resolutiva.

A empresa autora paga pela demanda de energia elétrica, mesmo que não venha a se utilizar de toda a quantidade contratada.

A Cemig põe à disposição da autora uma determinada quantidade de energia, que, por certo, não pode ser repassada a terceiros, pois poderá ser utilizada a qualquer momento.

Isto significa que a mercadoria energia elétrica foi efetivamente comprada pela autora, aperfeiçoado o contrato de compra e venda entre as partes, não podendo mais a Cemig dispor dessa energia.

Essa é a operação de circulação de mercadoria pois há a transferência de titularidade do bem, mesmo que não haja, quanto a uma quantidade de energia, uma circulação física, ou deslocamento do espaço.’ (fls. 487/488).

E nesse ponto, **Aliomar** esclarece:

‘O CTN, no art. 116, como vimos, declara ocorrido o fato gerador, se definido como situação jurídica, no momento em que esta se acha definitivamente constituída. No art. 117, prevê os casos de atos e negócios sujeitos a cláusulas condicionais, dando solução para a condição suspensiva e para a resolutiva.’ (Ob. cit., p. 459).

E no caso vê-se que houve realmente uma operação de circulação de mercadoria, juridicamente constituída sem cláusulas condicionais.

Com tais considerações, acolho os embargos, **data venia**, para que prevaleça o voto-vencido, restabelecendo-se os efeitos da sentença reformada.”

Ora, de modo indiscutível o aresto acima citado interpretou e aplicou, de modo autônomo, para decidir, o art. 116, I e II, do CTN. São expressivas as passagens que se referem aos mencionados dispositivos e os consideram fundamentais para o **decisum**.

A empresa recorrente, em sua peça recursal, fls. 667/672, invoca, expressamente, o art. 116, II, do CTN, como tendo sido violado pelo acórdão hostilizado.

Entre os vários fundamentos desenvolvidos, alinhou a recorrente o de que (fls. 672/673):

“II.4 Das Manifestações Doutrinárias e Jurisprudenciais sobre a Questão

A doutrina mais autorizada do direito tributário pátrio já se manifestou inequivocamente no sentido da tese ora defendida pela recorrente.

Um dos maiores mestres do direito tributário brasileiro, o Dr. **Gilberto Ulhôa Canto**, se propôs a analisar a questão em minucioso Parecer, publicado em sua conhecida obra *Direito Tributário Aplicado*. Ao longo deste estudo, o justributarista que participou ativamente da elaboração de nosso Código Tributário Nacional, juntamente com **Rubens Gomes de Souza**, dissecou com propriedade cada aspecto da questão, citando inclusive lições do direito comparado.

Sua conclusão não deixa margens a dúvidas:

‘Feitas as considerações que precedem, posso concluir que o valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime do ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (art. 19 do Convênio ICM n. 66/1988). E este é, sem a menor possibilidade de dúvida, o da energia elétrica efetivamente consumida, o que corresponde, no caso da energia elétrica, ao valor da operação de que decorreu a saída, que é a energia consumida.’

Em seguida, **Ulhôa Canto** aborda importantes aspectos da questão:

‘É de toda evidência que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, pois só ela pode ser considerada como entregue ao consumidor, ou, como simples alegoria, como tendo saído da linha de transmissão, e entrado no estabelecimento da consulente. Nem se pretenda que, estando obrigada a pagar pela energia contratada, o consumidor deve considerá-la como preço do KWh para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS, em vez do valor referente aos KWh realmente consumidos. Se assim fosse, estaríamos incorrendo em absurdo, até porque quem consumisse menos do que o contratado pagaria, pelo fornecimento de quantidades de KWh diferentes, um mesmo e único preço. Acresce que a diferença entre a maior quantidade de KWh contratados e a menor de KWh efetivamente consumidos não pode ser tratada como preço do que

tiver sido consumido, pois este é objeto de tarifa fixada pelo Poder Público por unidade de KWh entregue ao consumo, preço esse que não pode ser excedido.’

Rubens Gomes de Souza, ao discorrer sobre o fato gerador do ICM, caracterizou-o como ‘a saída física da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, sendo irrelevante o título jurídico de qual tal saída decorra, e bem assim o fato desse título envolver ou não uma transferência de mercadoria.’

Evidencia-se, portanto, que há uma discussão previamente, questionada (no acórdão e no recurso) sobre a aplicação ou não do art. 116, II, do CTN.

Não é caso, portanto, de interpretação de cláusula contratual; não é matéria de prova. O que deve ser assentado, em face do acórdão recorrido e do recurso interposto, é se, com base no art. 116, II, do CTN, está o fato gerador do ICMS inserido em situação jurídica contratual, a partir do momento em que esse contrato esteja definitivamente constituído ou se há de prevalecer o que estabelece a legislação aplicável à espécie, no caso, o art. 2^a do Convênio n. 66/1988, de que essa hipótese de incidência só ocorre quando da saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não.

Em conseqüência do afirmado, considero não ser matéria fática, nem de interpretação ou de nível constitucional, o desvendar-se, juridicamente, se a “demanda reservada” da energia elétrica, firmada por relação contratual, é fato gerador do ICMS. Estou certo e convencido que tal questão é, nitidamente, de cunho infraconstitucional.

Pelo exposto, com a devida vênia, conheço do recurso, tão-somente, para apreciar essa questão.

É como voto, em preliminar.

VOTO-VISTA (MÉRITO)

O Sr. Ministro José Delgado: Entendo que, no trato da questão Jurídica discutida nos autos, a razão está com a recorrente.

Assim posiciono-me por compreender que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica que tenha sido concretamente consumida pela empresa, em virtude de que somente essa quantidade é que deve ser considerada como utilizada.

O fato gerador do imposto, por conseguinte, consolida-se no exato momento em que a energia sai da fornecedora, circula e entra no estabelecimento do consumidor.

Com razão, portanto, a fundamentação de fls. 665/667:

“A análise do ordenamento jurídico pátrio é bastante clara quanto ao marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato gerador da circulação da mercadoria energia elétrica. Se não, vejamos:

Dispõe o art. 2º do Convênio n. 66/1988 que ocorre o fato gerador do ICMS:

‘(...)

VI – na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou à utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;’

Destarte, percebe-se que se elegeu, nesta modalidade de incidência do ICMS, o momento da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador como o marco de tempo hábil a demarcar a incidência da norma jurídico-tributária. Assim, antes da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, não há como se reputar ocorrido o fato gerador.

Vejamos, agora, como a legislação trata o tema da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, pois como ressaltou **Walter Tolentino Álvares**.

‘O transporte de energia elétrica envolve todas as atividades desde a subestação elevadora, junto às usinas geradoras, através das linhas transmissoras até atingir as subestações abaixadoras, que representam o limite entre o transporte e a distribuição, que se inicia com a rede primária.’

Portanto, a pergunta que se deve fazer é quando se reputa acontecida a saída da mercadoria energia elétrica do estabelecimento gerador, pois a partir daí já se tem por consumado o fato gerador. A

resposta é inequivocamente fornecida pelas normas técnicas expedidas pelo Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAEE), notadamente a Portaria n. 222, de 22.12.1987:

‘Art. 8º O ponto de entrega da energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor, devendo situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora (...)’

A confirmar que no momento da passagem da energia pelo ponto de entrega dá-se a saída de tal mercadoria do estabelecimento gerador, dispõe indubitavelmente o parágrafo único do artigo supracitado:

‘Parágrafo único. Até o ponto de entrega de energia, será de responsabilidade do concessionário elaborar o projeto, executar as obras necessárias ao fornecimento e participar financeiramente, nos termos da legislação respectiva, bem como operar e manter o sistema.’

Ora, enquanto a energia permanece nas linhas de transmissão da concessionária, sem ingressar no ponto de entrega da recorrente, a legislação é clara no afirmar que ainda não ocorreu a saída da mercadoria do estabelecimento gerador, e, deste modo, ainda não se pode reputar ocorrido o fato gerador.

Mesmo porque, se se reputasse ocorrida a saída antes da energia transpor os pontos de entrega, tal saída ocorreria sem discriminação de qualquer usuário, pois a corrente flui pelas linhas de transmissão sem destinatário específico. Assim, até mesmo por óbice lógico, impede-se que se eleja momento anterior à entrega da energia ao consumidor, como marco temporal hábil a reputar como ocorrido o fato gerador.

Outro dispositivo legal corrobora **in totum** este raciocínio, o de que a saída se dá nos pontos de entrega, e a partir de então reputa-se consumado o fato gerador. Trata-se do art. 19 do Convênio n. 66/1988, que define a base de cálculo desta modalidade do ICMS:

‘Art. 19. A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente a operações anteriores e posteriores,

na condição de substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.’

Segundo Paulo de Barros Carvalho, a base de cálculo se destina a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no aspecto material da hipótese de incidência. Pois bem: no presente caso, a base de cálculo irá medir, por assim dizer, a intensidade do ato de circular a mercadoria energia elétrica, através do valor, em dinheiro, da operação ‘da qual decorrer’, **nota bene**, ‘a entrega do produto ao consumidor’.

Ponham reparo os doutos julgadores que o legislador qualificou a operação cujo valor servirá de base de cálculo à exação. Não se trata de qualquer operação, mas somente daquela da qual decorrer a entrega do produto ao consumidor. Logo, é avesso à qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte entrega do produto possa servir de base de cálculo ao imposto.

Assim, como são nítidos **in casu** dois valores correspondentes a duas situações fáticas distintas (numa, fornecimento de energia noutra, garantia de potência), e uma destas situações não chega a configurar o fato gerador do ICMS, somente caberá falar de incidência do imposto sobre o valor da operação de que resultou a entrega de energia – e não daquela que resultou mera garantia de potência.”

De outra face, comungo com a posição adotada pelas razões de fls. 668/672, no referente à aplicação do art. 116 do CTN, no caso em apreço:

“Colendos julgadores, dois graves empecilhos impedem a conclusão de que o artigo 116, II, deve ser aplicado da forma como o foi pelo acórdão recorrido: o primeiro consiste no fato de que se supôs erroneamente que a ‘situação jurídica’ sobre a qual incide o ICMS seja o contrato de compra e venda da mercadoria, e não a circulação da mesma. Tal posicionamento equivoca-se na medida em que concebe o ICMS como um imposto sobre negócios jurídicos, e não como um imposto sobre a circulação de mercadorias (**in casu**, circulação de energia elétrica).

Se fosse o ICMS imposto sobre o ‘tráfego jurídico’, a incidir sobre negócios jurídicos como contratos e outros instrumentos, aí sim

seria lícito compor sua base de cálculo com o valor total do adimplemento, desimportante o fato de ter havido efetiva circulação das mercadorias. Ocorre, todavia, que o ICMS, na modalidade ora examinada, tem como fato gerador não a celebração de contratos, mas a circulação da mercadoria energia elétrica. Ora, tendo em vista que o momento em que se reputa acontecido este fato gerador (aspecto temporal) é a entrega da energia ao consumidor que a utilizará, enquanto tal não ocorrer não se poderá falar em incidência do mandamento jurídico-tributário, e, portanto, incabível a cobrança do imposto.

O segundo empecilho é que não reparou o acórdão recorrido na fase inaugural do **caput** do artigo 116 do CTN: ‘Salvo disposição de lei em contrário’. Veja-se:

‘Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos:

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável.’

Como bem observou Paulo de Barros Carvalho em seu Curso, o artigo 116 do CTN tem aplicação quando o legislador se omite quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência:

‘Quando a previsão hipotética referir-se à situação jurídica (inc. II), ter-se-á por ocorrida no instante em que, na forma do direito aplicável, esteja definitivamente configurada.

A explicação não estaria completa se não assinalássemos a cláusula inicial do preceito – Salvo disposição de lei em contrário. Implica reconhecer que o marco temporal do acontecimento pode ser antecipado ou diferido tanto na contingência do inc. I (situação de fato) quanto na do inc. II (situação jurídica). São matizes de fraseologia jurídica que revelam a liberdade de que desfruta o político ao construir as realidades normativas.’

Ora, como visto acima, tal omissão sobre o aspecto temporal não ocorreu no que diz respeito ao desenho da regra-matriz do ICMS sobre energia elétrica, pois dispositivos do Convênio ICMS n. 66/1988

e normas complementares fixaram inequivocamente na entrega da energia ao consumidor o marco temporal em que se reputa ocorrido o fato gerador do ICMS incidente sobre tal operação.

Na obra do Professor **Luciano Amaro** também encontramos uma clara indicação de que o acórdão recorrido incidiu em equívoco na aplicação do art. 116, II, do CTN:

‘O Código Tributário Nacional enuncia preceito, no art. 116, que implica a distinção entre os fatos geradores que se traduzem numa situação de fato e os que correspondam a uma situação jurídica. Essa discriminação objetiva identificar o momento em que se considera ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos.

Não quer o Código, por certo, ao distinguir entre situações de fato e de direito, dizer que as primeiras não tenham repercussão jurídica (o que seria uma contradição, na medida em que dão nascimento à obrigação jurídica de pagar tributo). Trata-se, porém, de fatos (ou circunstâncias fáticas) que podem não ter relevância jurídica para efeito de uma dada relação material privada, mas, não obstante, são eleitos para determinar no tempo o fato gerador do tributo. Num dado acontecimento, que pode desdobrar-se em várias fases, a lei pode escolher uma determinada etapa deste acontecimento para o efeito de precisar, no tempo, o instante em que o fato gerador se tem por ocorrido e no qual, portanto, tem-se por nascida a obrigação tributária.

Assim, por exemplo, a saída de mercadoria do estabelecimento mercantil configura uma etapa do processo de circulação da mercadoria, eleita pela lei para o efeito de precisar a realização do fato gerador do ICMS, não obstante tal fato (a saída) possa não ter maior relevância no plano do direito comercial; a transmissão da propriedade (**traditio**) pode já ter se operado se a mercadoria já tiver sido entregue no interior do estabelecimento, ou só vir a configurar-se posteriormente (p. ex., no domicílio do destinatário). Mas o fato da saída da mercadoria (do estabelecimento comercial) é eleito pela lei como suporte fático do tributo.’

Assim, é totalmente equivocado o uso que fez o acórdão recorrido do art. 116, II, do CTN, devendo-se no presente recurso especial

corrigir-se tal distorção operada quanto ao direito federal. Com efeito, a correta aplicação do direito no caso em tela deve contemplar as normas jurídicas que traçam os aspectos material e temporal da exação em comento: art. 155, § 3º, da CF/1988, os arts. 1º, 2º e 19 do Convênio n. 66/1988 (expedido em conformidade com o art. 34, § 8º, do ADCT da CF/1988), e ainda as normas complementares encontráveis na Portaria n. 222 do DNAEE. Tais normas, tendo definido com total especificidade o momento em que se reputa ocorrido o fato gerador nas operações de fornecimento de energia elétrica, impedem que o art. 116 do CTN tenha a dimensão que lhe deu o acórdão recorrido.

O acórdão recorrido aplicou o art. 116 do CTN sem prestar a devida atenção às normas tributárias que definem o aspecto temporal do ICMS nas operações de fornecimento de energia elétrica, como se o art. 116 pudesse ser aplicado independentemente das normas tributárias que regulam o tributo específico. Além disso, considerou-se erroneamente que o ICMS tem por fato gerador o que Luciano Amaro chama de 'instrumentação de um negócio jurídico', negócio este identificado com a compra e venda da energia. Ora, o ICMS não grava o negócio jurídico da compra e venda (não é imposto sobre contratos ou sobre o tráfico jurídico), mas grava as operações de circulação de mercadorias, no caso a circulação da energia, sendo que se encontra na legislação federal, como exaustivamente comprovado, a eleição do momento de ocorrência do fato gerador – saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor.

Da mesma forma se manifestou o Professor José **Eduardo Soares de Melo** que, explicando o real alcance do art. 116 do CTN, afirma:

‘O simples fato de a pessoa jurídica receber dinheiro em seu caixa, não significa a ocorrência do fato gerador do imposto de renda, uma vez que o contribuinte somente passa a ter tal obrigação na medida em que se verifica a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, ou proventos de qualquer natureza (art. 43 do CTN), apuráveis segundo regime de competência. Do mesmo modo, a configuração de uma situação jurídica pode não implicar fato gerador, quando a lei reputar necessária a observância de acontecimento físico, que é o caso de contrato de fabricação e venda de produto industrializado, com pagamento de seu preço, e à disposição do comprador, mas que

ainda não foi por ele retirado, incorrendo a ‘saída’ do estabelecimento industrial (momento estipulado para incidência do IPI).’

O exemplo do Professor José Eduardo Soares de Melo, quanto ao IPI, retrata muito bem o equívoco do acórdão recorrido. Veja-se. Assim como a legislação do IPI definiu que o momento em que ocorre o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria industrializada do estabelecimento industrial, e não o momento da entabulação do contrato de fabricação e venda, a legislação do ICMS (dispositivos constitucionais, legais e infralegais acima citados) definiu que o momento de ocorrência do fato gerador do ICMS sobre a energia elétrica é saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor, e não o momento do fechamento do contrato de fornecimento de energia elétrica.”

Na linha do acabado de afirmar, registro as seguintes manifestações:

a) **Gilberto Ulhôa Canto**, in *Direito Tributário Aplicado*, Rio de Janeiro, 1992, p. 125:

“Feitas as considerações que precedem, posso concluir que o valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime do ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (art. 19 do Convênio ICM n. 66/1988). E este é, sem a menor possibilidade de dúvida, o da energia elétrica efetivamente consumida, que corresponde, no caso da energia elétrica, ao valor da operação de que decorreu a saída, que é a energia consumida.”

Em seguida, **Ulhôa Canto** aborda importantes aspectos da questão:

“É de toda evidência que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, pois só ela pode ser considerada como entregue ao consumidor, ou, como simples alegoria, como tendo saído da linha de transmissão, e entrado no estabelecimento da consulente. Nem se pretenda que, estando obrigada a pagar pela energia contratada o consumidor deve considerá-la como preço do KWh para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS, em vez do

valor referente aos KWh realmente consumidos. Se assim fosse, estaríamos incorrendo em absurdo, até porque quem consumisse menos do que o contratado pagaria, pelo fornecimento de quantidades de KWh diferentes, um mesmo e único preço. Acresce que a diferença entre a maior quantidade de KWh contratados e a menor de KWh efetivamente consumidos não pode ser tratada como preço do que tiver sido consumido, pois este é objeto de tarifa fixada pelo Poder Público por unidade de KWh entregue ao consumo, preço esse que não pode ser excedido.”

b) **Rubens Gomes de Souza**, in IVC, ICM e Conferência de Bens Móveis ao Capital da Sociedade, RDP, vol. 2:

“a saída física da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, sendo irrelevante o título jurídico de qual tal saída decorra, e bem assim o fato desse título envolver ou não uma transferência de mercadoria.”

Por fim, acrescento lição do saudoso **Geraldo Ataliba**, in Hipótese de Incidência Tributária, SP, RT, 1991, p. 68:

“Para o direito tributário é irrelevante a vontade das partes na produção de um negócio jurídico. Tal vontade é relevante, para os efeitos privados (negociais) do negócio. Para o direito tributário a única vontade relevante, juridicamente, é a vontade da lei, que toma esse negócio (ou ato unilateral privado) como fato, ao colocá-lo, como simples fato jurídico, na hipótese de incidência.”

Em face do exposto, vinculo-me à argumentação desenvolvida pelo Des. Schalcher Ventura, ao proferir voto na AC n. 83.076/2000, conforme noticiado à fl. 674:

“Ora, no caso em questão, o contrato entre Cemig e Samarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face de grandes necessidades desta empresa, entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável de quantidade de energia elétrica efetivamente gasta, sobre a qual se deve tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante o que efetivamente não gastou.

A cobrança de um tributo sem o correspondente fato gerador é ilegal, gerando mesmo enriquecimento sem causa por parte de quem cobra o que, sem dúvida, é vedado pelo bom senso, pelo Direito.

Esses os motivos sintéticos, mas lógicos, pelos quais entendo que não deve haver a cobrança de ICMS sobre a ‘demanda reservada de potência’, que obrigatoriamente não é utilizada pela apelante, mas pela energia efetivamente utilizada e mensurável, concedendo, ainda, o direito de compensação de créditos oriundos de cobrança indevida, a fim de se impedir o locupletamento ilícito, sem causa, por parte da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, invertidas as custas e sucumbência.”

Isto posto, com a devida vênia, dou provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 226.747 – SP

(Registro n. 99.0071923-9)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Amico Assistência Médica à Indústria e Comércio Ltda
Advogados: Fernando Antônio Cavanha Gaia e outros
Recorrido: Município de São Paulo
Advogados: César Antônio Alves Cordaro e outros
Sustentação oral: Fernando Antônio Cavanha Gaia (pelo recorrido)

EMENTA: Tributário – ISS – Base de cálculo – Valor do serviço – Preço bruto – Empresas de assistência médica.

1. A quantificação da base de cálculo para incidir o ISS a ser pago pelas empresas que exercem atividades de plano de saúde (prestando serviços de assistência médica, hospitalar e laboratorial) é medida pela totalidade do preço mensal pago pelos seus associados, isto é, pela receita bruta sem qualquer desconto.

2. Interpretação do **caput** do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/1968.

3. “O preço do serviço, base de cálculo do ISS, deve corresponder à exata medida da receita própria auferida pelo contribuinte em consonância com o desempenho específico de sua atividade profissional.” (Eduardo D. Botallo, in ISS – Problemas Atuais, Rev. Dir. Tributário, vol. 71, Malheiros, p. 39).

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 22.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Amico Assistência Médica à Indústria e Comércio Ltda, interpõe o presente recurso especial (fls. 52/70), com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **b**, da Constituição Federal, contra acórdão (fls. 42/49) proferido pela Sexta Câmara Extraordinária “A” do 1º Tribunal Civil do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 43):

“Tributário. Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. Atividades de empresas de plano de saúde. Tributação sobre valor arrecadado de associados para recebimento de benefícios de planos pré-estabelecidos. Legitimidade da cobrança. As atividades próprias de organização do sistema de atendimento constituem prestações de serviços que não se confundem com aquelas posteriores, diretamente prestadas por médicos, hospitais e laboratórios. Sentença de improcedência. Apelação improvida.”

Conforme relatado pela sentença de fls. 140/146, a empresa ora recorrente ajuizou ação declaratória cumulada com condenatória em face do Município de São Paulo, precedida de ação cautelar inominada, objetivando:

a) a declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue ao recolhimento do ISS sobre os valores recebidos dos associados em garantia de prestação de serviços de natureza médica;

b) sucessivamente, a declaração do direito de deduzir na base de cálculo do ISS os pagamentos efetuados a terceiros credenciados;

c) a condenação da ré: na repetição dos valores atualizados indevidamente pagos, a aceitar os efeitos patrimoniais dos depósitos efetuados na ação cautelar e ao pagamento dos encargos de sucumbência.

O r. juízo monocrático julgou improcedentes as ações principal e cautelar, ao fundamento nuclear de que a autora não é seguradora, nem pode ser a elas equiparada porque não preenche os requisitos do Decreto-Lei n. 73/1966, nem possui identidade de atividades. E como seus serviços se enquadram nos itens 5 e 6 da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, a autora tem obrigação de recolher o ISS.

Em grau recursal, a apelação da autora foi improvida à luz da interpretação dos seguintes dispositivos:

– art. 1.432 do CC (“Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”);

– art. 8^a do DL n. 406/1968 (“O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa”);

– art. 156, III, da CF/1988 (“Compete aos Municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”);

– Lista anexa à LC n. 56/1987, itens 5 (“assistência médica e congêneres previstos nos itens 1, 2 e 3 desta lista, prestados através de planos de medicina de grupo, convênios, inclusive com empresas para assistência a empregados”) e 6 (“planos de saúde, prestados por empresa que não esteja incluída no item 5 desta lista e que se cumpram através de serviços prestados por terceiros, contratados pela empresa ou apenas pagos por esta, mediante indicação do beneficiário do plano”);

– Legislação do Município de São Paulo, Tabela III, anexa à Lei n. 10.822, de 28.12.1989, itens 5 (“assistência médica e congêneres previstos nos itens 1, 2 e 3 desta lista, prestados através de planos de medicina em

grupo, convênios, inclusive com empresas para assistência a empregados”) e 6 (“planos de saúde, prestados por empresa que não esteja incluída no item 5 desta lista e que se cumpram através de serviços prestados por terceiros, contratados pela empresa ou apenas pagos por esta, mediante indicação do beneficiário do plano”);

– Código Tributário Municipal – Lei n. 6.989/1966, art. 53, § 1^a (“a base de cálculo do imposto é o preço do serviço, como tal considerada a receita bruta a ele correspondente, sem nenhuma dedução, excetuados os descontos ou abatimentos, concedidos independentemente de qualquer condição”).

Nesta ocasião, em sede de apelo especial, alega a recorrente violação do art. 8^a do Decreto-Lei n. 406/1968, além de sustentar que o v. aresto de 2^a grau julgou válido ato/lei do governo local (ato da Prefeitura de São Paulo que negou a dedução da base de cálculo do ISS, fundamentando-se na Lei Municipal n. 6.989/1966, art. 53, § 1^a) contestada em face de lei federal (arts. 8^a e 9^a do Decreto-Lei n. 406/1968).

Sustenta, ainda, que:

a) é sociedade que tem por objeto preponderante garantir a prestação de serviços de natureza médica a seus associados, promovendo, quando houver a demanda de tais serviços, a cobertura dos custos médicos e hospitalares incorridos;

b) busca salvaguardar o seu direito de pagamento do ISS tão-somente calculado com base na efetiva prestação de serviços, possibilitando-lhe a dedução de valores tributados anteriormente, nos termos previstos pelo Decreto-Lei n. 406/1968;

c) não permitir a dedução de sua base de cálculo dos pagamentos efetuados aos credenciados resultaria em injusta e condenável bitributação, pois o mesmo e único serviço (serviço médico ou hospitalar), representado por um único fato gerador, acarreta a incidência do ISS em duplicidade: sobre quem executa (credenciados) e sobre quem paga o serviço (recorrente);

d) a base de cálculo determinada pela LC n. 406/1968 deve guardar estrita coerência com o fato gerador do imposto, ou seja, o conceito de preço do serviço restringe-se à remuneração atribuível à atividade de prestação de serviços desenvolvida pelo contribuinte. Neste compasso, o preço do efetivo serviço será, necessariamente, composto do valor recebido, deduzido do valor repassado aos credenciados, eis que não se pode considerar esta última parcela como receita da sua atividade;

e) relativamente à atividade exercida, não se pode imputar como custo as parcelas pagas às pessoas credenciadas, vez que traduzem mero repasse dos valores recebidos dos associados.

Contra-razões oferecidas (fls. 81/84), defendendo-se:

a) que o **decisum** impugnado não está fundamentado no Decreto-Lei n. 406/1968, mas sim, na LC n. 56/1987;

b) o item 6 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 56/1987 prevê exatamente a atividade da recorrente: prestação de serviços através de planos de saúde, não sendo a mesma prestadora de serviços médicos;

c) o ISS não incide sobre a atividade de pagamento de despesas médicas, ou aquelas relativas a suportar o encargo do custo desses serviços, mas sobre os serviços prestados diretamente a seus clientes, consistentes em propiciar as facilidades, a segurança, a comodidade de contar com os serviços de assistência médica por ela organizados.

Conferido inicialmente crivo negativo ao processamento do apelo (fls. 86/89), agravo de instrumento foi manejado, o qual, convertido em recurso especial, possibilitou o seu exame nesta instância (fls. 182/183).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A discussão desenvolvida no curso da lide em exame e estendida ao âmbito do presente recurso especial, consiste em se definir se a recorrente, empresa prestadora de serviços médicos a seus filiados, deve recolher o ISS tendo como base de cálculo o valor bruto que lhe é pago, mensalmente, pelos seus associados, ou se tal base de cálculo deve ser, concretamente, os valores pagos por seus conveniados deduzidos das quantias pagas aos médicos, hospitais, clínicas e laboratórios credenciados, haja vista que estes são, também, gravados por essa exação.

O acórdão recorrido, no referente exclusivamente à pretensão da recorrente, conforme limites postos em sua peça recursal, entendeu que a base de cálculo para apuração do imposto devido deve ser formada pelo valor bruto das mensalidades.

A respeito, afirmou o aresto questionado (fls. 48/49):

“Dessa forma, sem fundamento a pretensão vestibular sucessiva

de dedução da base de cálculo do ISS dos pagamentos efetuados a terceiros, credenciados.

Esse pedido sucessivo envolve, na realidade, pretensão de autorização de dedução do ISS a ser pago pelos terceiros prestadores de serviços como decorrência de pagamentos que são realizados pela autora, com fulcro na idéia de que, dos valores pagos pelos associados, parte se destinaria a cobrir despesas eventuais destes com terceirizações de serviços de hospitais, clínicas, laboratórios.

Tais espécies creditícias dependeriam de prévia consolidação legal, eis que apenas a lei poderia nortear tal dedução. Incabível decisão judiciária para suprir ato de crédito tributário não previsto em lei.

O pedido sucessivo improcede.

Assim, inexistente a bitributação ou a equivalência absoluta aos contratos de seguro, com previsão expressa legítima na lista de serviços municipais tributáveis pelo ISSQN, descabendo também o pedido sucessivo de dedução por créditos de outros recolhimentos, improcedentes se apresentam as pretensões da principal e cautelar, mantendo-se o entendimento bem exarado pela sentença de primeira instância.”

É de se registrar, desde logo, que a recorrente, não obstante tenha perseguido, no curso da ação intentada, eximir-se, por inteiro, do pagamento do ISS, sob a alegação de ser empresa de seguro, restringiu o seu inconformismo, unicamente, à questão de serem definidos os valores que devem integrar a base de cálculo do mencionado imposto.

É salutar conferir-se os pronunciamentos essenciais registrados, a respeito, na sua peça recursal.

Consigno que, às fls. 55/56, após exaustivo relato sobre os fatos e discussões desenvolvidos no curso da lide, pronunciou-se a empresa recorrente, do modo seguinte (fls. 55/56):

“É assim que, no contexto do acima explanado, busca a recorrente a salvaguarda de seu direito ao pagamento de imposto sobre serviços tão-somente calculados com base na sua efetiva prestação de serviços, possibilitando-lhe a dedução de valores tributados anteriormente, conforme disposto pela legislação federal, através do presente recurso especial, uma vez que restaram feridos os artigos 8º e 9º do Decreto-Lei n. 406/1968.”

Após apresentar fundamentos jurídicos que entende amparar a sua pretensão, conclui (fl. 70):

“Pelo exposto, presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso especial, na forma das alíneas **a** e **b** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, requer a recorrente que este egrégio tribunal conheça e dê provimento ao presente recurso especial no sentido de reformar o v. acórdão guerreado, restabelecendo a prática do melhor direito, julgando procedente o pedido, formulado na exordial, para que a recorrente possa deduzir da base de cálculo do ISS os valores correspondentes ao pagamento a credenciados, já gravados por essa exação, como Medida de Justiça!”

A matéria jurídica está, portanto, devidamente prequestionada. Ela concentra-se na interpretação do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/1968, definidor da base de cálculo para apurar-se o tributo devido.

Na espécie, a recorrente afirma que tal artigo foi violado pela legislação municipal apontada, que determinou considerar-se o valor bruto pago pelo serviço como a base de cálculo do tributo.

O Decreto-Lei n. 406/1968 estabelece:

“Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

§ 2º Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 e 20 da lista anexa, o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes:

- a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços;
- b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto.

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 53, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa, forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal nos termos da lei aplicável.”

Identifica-se, desde logo, que o ISS cobrado da recorrente está vinculado aos serviços descritos nos itens 5 e 6 da Tabela III, anexa à Lei Municipal de n. 10.822, de 28.12.1989:

a) “5 – assistência médica e congêneres previstos nos itens 1, 2 e 3, desta lista, prestado através de planos de medicina em grupo, convênios, inclusive com empresas para assistência a empregados”;

b) “6 – planos de saúde, prestados por empresa que não esteja incluída no item 5 desta lista e que se cumpram através de serviços prestados por terceiros, contratados pela empresa ou apenas pagos por esta mediante indicação do beneficiário do plano.”

Os serviços arrolados acima são os definidos na lista anexada à Lei Complementar n. 56, de 15.12.1987.

No particular, esclareça-se, não há irrisignação da recorrente.

O exame do art. 9^a e de seus parágrafos revela que o preço pago pelo serviço prestado é o centro da base de cálculo.

Do total do preço pago pelo tomador do serviço, a lei só admite, para fins de fixação da base de cálculo, as deduções específicas seguintes: em se tratando de serviços de limpeza de chaminés (item 19) e de saneamento ambiental e congêneres (item 20), a base de cálculo do ISS será o preço pago pelo serviço deduzido do valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços e do valor, se for o caso, das subempreitadas já tributadas pelo imposto.

É a única exceção constante na lei, o que conduz o intérprete a fixar o entendimento de que a base de cálculo do imposto é o preço bruto do serviço, isto é, o que, realmente, o contribuinte recebe pela relação jurídica formada com o particular.

A Segunda Turma deste Tribunal, no REsp n. 12.468-0-SP, Rel. Min. Américo Luz, DJU de 8.8.1994, p. 19.553, fixou entendimento de que “O preço do serviço consiste na renda bruta auferida pelo contribuinte, entendendo-se esta sem os descontos efetivamente concedidos no momento da contratação do serviço”.

Eduardo D. Botallo enfrentou a questão da determinação do conceito da expressão “preço do serviço”, conforme posta no art. 9^a do Decreto-Lei n. 406/1968, no corpo do artigo intitulado ISS – Problemas Atuais, publicado na Rev. de Direito Tributário, vol. 71, Editora Malheiros, p.p. 38 e segs.

A respeito, extraio fragmentos do referido estudo:

“Em suma, uma vez fixado que o ‘preço do serviço’, base de cálculo do ISS, deve corresponder à exata medida da receita própria auferida pelo contribuinte em consonância com o desempenho específico de sua atividade profissional, tudo quanto não estiver contido neste rigoroso parâmetro, refletindo valores contratualmente submetidos a regime de mero reembolso, deve ser tido como irrelevante sob a ótica tributária.” (p. 39).

Antes de tal conclusão, afirmou o mencionado autor que “As despesas próprias fazem parte integrante do exercício profissional e, como tal, correspondem à dimensão ínsita ao ‘preço do serviço’.”

Hugo de Brito Machado, in Curso de Direito Tributário, 13ª ed., Malheiros, p. 302, afirma:

“Em se tratando de serviços prestados por empresas, o imposto, que neste caso é proporcional, tem como base de cálculo o preço do serviço. É a receita da empresa, relativa à atividade de prestação de serviços tributáveis.”

É de ser lembrado que no REsp n. 54.161-5-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, v.u. DJU de 21.2.1994, p. 2.141, ficou assentado que “não se pode destacar da prestação de serviços de assistência médica, como um todo, a parte dela integrante referente ao fornecimento de remédios e alimentação aos pacientes”.

Embora o fato originador do recurso não seja igual do determinador do dissídio ora apreciado, vale, porém, a tese aceita pela Turma de que o valor bruto pago pela prestação do serviço é o que determina o **quantum** da base de cálculo.

Por fim, há de ser considerado que a recorrente, conforme seus estatutos, presta serviços aos seus associados, garantindo-lhes assistência médica, hospitalar e laboratorial. Para tanto, dispõe de hospitais e profissionais próprios ou mantém convênios com terceiros.

Essa atividade da recorrente está bem definida, sem qualquer contestação de sua parte, em trecho do acórdão hostilizado, que transcrevo (fls. 44/45):

“Os objetivos sociais da autora, ora apelante, se definem pelo artigo 2º de seu contrato social (fl. 38), a saber: a) desenvolvimento de sistemas de prestação de serviços de saúde, através de hospitais, casas de saúde e clínicas em geral, a manutenção e administração de escolas de auxiliares de enfermagem, bem como a formação de profissionais para atuarem nas áreas hospitalares, ambulatoriais, casas de saúde e clínicas em geral, dentro dos limites da legislação aplicável; b) aquisição, no mercado doméstico ou internacional, de equipamentos, aparelhos e instrumental para os serviços de saúde e hospitalares; c) prestação de serviços inerentes a hospitais e ambulatorios e as suas instalações e equipamentos, ficando certo que os serviços médicos deverão ser prestados por profissionais habilitados e registrados, assegurada a autonomia e liberdade de desempenho profissional; e d) participação societária em empresas do ramo hospitalar e de saúde.

Em matéria de prestação de serviços a seus associados, cujos pagamentos têm gerado o imposto enfocado, existe uma prestação direta de serviços, diferenciados daqueles que poderão ser prestados por médicos, hospitais e laboratórios, próprios ou terceirizados, e que se inserem no sistema de atendimento elaborado pela própria autora e outras congêneres, selecionando os profissionais que atuarão para suprir a garantia de prestação de serviços gerais de saúde. As prestações de serviços aos associados serão concretizadas por médicos, clínicas, hospitais, casas de saúde ou laboratórios, próprios ou de sua rede credenciada, mas por atividade própria anterior que é exercida pela responsável pela elaboração do plano de saúde, daí as diferenças de padrões e atendimentos que se divisam nas várias ofertas de serviços colocadas à disposição do consumidor.

O trabalho oferecido pela autora a seus associados é de garantia de que bons ou melhores profissionais estarão à disposição para o atendimento eventual e futuro, quando as necessidades individuais ocorrerem. Há, neste particular, inobstante o característico de futuridade e eventualidade da garantia de serviços necessitados pelos associados, uma idéia clara de serviços próprios, responsável pela elaboração de seu respectivo sistema de atendimento.

O pagamento que for realizado aos profissionais representará quitação por prestação de serviços efetivos, com tributação própria, inconfundível com o trabalho desenvolvido pela autora que, para manutenção de seu sistema de atendimento, possui necessidade de profissionais e

funcionários próprios, independente das atividades médicas e correlatas que garante.”

Isto posto, com base nos fundamentos supradesenvolvidos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: A recorrente objetiva a dedução, na base de cálculo do ISS, dos pagamentos efetuados a terceiros credenciados e, a repetição dos valores indevidamente pagos.

Fundamenta sua irrisignação na tese de que sua receita, composta dos pagamentos das mensalidades pelos associados, bifurca-se em receitas relativas aos serviços de intermediação prestados pela recorrente e, receitas relativas aos serviços médicos hospitalares prestados pela rede credenciada.

Assevera que a parcela da remuneração recebida pela recorrente, mas destinada ao pagamento das entidades credenciadas, não pode e não deve ser considerada sua receita, mas como um ingresso financeiro repassado a terceiro.

O eminente Relator, afastando a tese acima mencionada entendeu que a base de cálculo para incidência do ISS deve ser medida pela totalidade do preço mensal pago pelos seus associados sem quaisquer descontos.

Não obstante a respeitável explanação do nobre Relator, ousou discordar, entendendo que a irrisignação do recorrente merece acolhida, senão vejamos:

O art. 9º, **caput**, do Decreto-Lei n. 406/1968, determina: “A base de cálculo do imposto é o preço do serviço”.

Na hipótese em tela, a análise do contribuinte e sua atividade é de rigor para determinar a incidência da exação em comento.

A empresa recorrente presta serviços aos seus associados, intermediando a aproximação destes e das entidades médico/hospitalares credenciadas, às quais podem ou não fazer parte de seu quadro social.

Verifica-se que, por si só, não presta a empresa qualquer serviço médico ou hospitalar aos seus associados. Partindo dessa premissa, a base de cálculo cujo imposto deve incidir prende-se à parcela restrita à intermediação, deduzida a parte cabível ao pagamento dos hospitais e médicos conveniados.

Força é reconhecer que os serviços prestados pelos profissionais médicos e as instituições hospitalares são alcançados pela mesma imposição fiscal cobrada ao recorrente, em assim sendo, o pagamento das parcelas repassadas, acaso inclusas na base de cálculo do ISS, revelam bitributação, uma vez que o imposto será pago através do recolhimento do tributo devido pela recorrente e através dos documentos fiscais emitidos pelos médicos e hospitais quando de sua efetiva prestação de serviços.

Para a incidência de legítima tributação do serviço, faz-se necessário verificar a existência de vínculo entre a prestação do serviço e a receita própria da empresa. Não havendo ganho patrimonial, uma vez que parte da receita é utilizada para o pagamento dos serviços de terceiros, não há que se falar em pagamento sem dedução.

Tenho que essa parcela repassada a terceiro não caracteriza-se como receita mas tão-somente como uma entrada financeira.

Neste diapasão, transcrevo trecho da obra Doutrina e Prática do ISS, p.p. 520/521, **Bernardo Ribeiro de Moraes**, citado no REsp n. 4.045-CE, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, DJU de 25.3.1991, *in verbis*:

“O preço do serviço abrange a receita total auferida, sem quaisquer deduções da importância entrada para o patrimônio do contribuinte, proveniente da prestação de serviços. Abrange, pois, a soma de tudo quanto foi auferido pelo contribuinte como produto de atividade prestada. Da receita bruta, diz o Prof. Rubens Gomes de Souza, ‘não se admite qualquer dedução’.

Devemos ressaltar, aqui, que o vocábulo ‘bruto’ aplicado à receita abrange tão-somente as entradas provenientes do preço do serviço, não qualquer outra entrada financeira. Assim, embora a receita da prestação de serviços seja bruta (sem dedução alguma), isso não quer dizer que não haja deduções das entradas que o contribuinte auferir. Evidentemente, tudo aquilo que não constitua ‘preço do serviço’ ou não seja ‘receita’ do contribuinte pode ser deduzido das entradas financeiras, para que sobre exclusivamente as parcelas que constituam ‘preço do serviço’.”

Com estas considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Francisco Falcão para acompanhar V. Ex.^a.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, trata-se de recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **b**, desafiando acórdão assim resumido: (Lê)

“Imposto e serviço de qualquer natureza. Atividades de empresas de planos de saúde. Tributação sobre o valor arrecadado de associados para recebimento de benefícios de planos pré-estabelecidos. Legitimidade da cobrança. As atividades próprias de organização do sistema de atendimento constituem prestações de serviços, que não se confundem com aquelas posteriores, diretamente prestadas por médicos, hospitais e laboratórios. Sentença de improcedência. Apelação improvida.”

A empresa ora recorrente ajuizou ação declaratória cumulada com condenatória contra o Município de São Paulo, precedida de ação cautelar, visando a declaração de inexistência da relação jurídica que obrigue o recolhimento do ICMS sobre os valores recebidos dos associados em garantia de prestações, e, também, a declaração do direito de deduzir da base de cálculo, os pagamentos efetuados a terceiros credenciados. Por último, a condenação da ré, à repetição dos valores atualizados indevidamente. Está em causa o segundo item, qual seja, a declaração do direito de deduzir da base de cálculo do ISS, os pagamentos efetuados a terceiros credenciados.

Pedi vista diante da excelência dos votos discordantes.

Da leitura dos autos, impressionaram-me alguns detalhes, como, por exemplo, a descrição da atividade da recorrente feita pelo acórdão, que diz o seguinte: (Lê)

“Os objetivos sociais.....
..... que garante.”

Impressionou-me extremamente essa observação de que, na verdade, esses médicos trabalham como prestadores de serviço, não como autônomos e, sim, vinculados à própria empresa.

Por isso, peço vênia ao eminente Ministro Francisco Falcão para acompanhar V. Ex.^a, Sr. Presidente. O decreto-lei estabelece, art. 9^o, ao tratar da base de cálculo, que o imposto na prestação de serviço a que se refere os itens XIX e XX da lista anexa, será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes:

a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviço e o valor da sub-empregada, já tributada pelo imposto.

E esclarece, finalmente, no § 3^o, que quando o serviço a que se refere os itens já mencionados forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto, na forma do art. 1^o, calculado em relação a cada profissional habilitado.

Por essas circunstâncias, acompanho V. Ex.^a.

RECURSO ESPECIAL N. 250.781 – SP

(Registro n. 2000.0022606-8)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Banco Sudameris Brasil S/A
Advogados: Luiz Eduardo de Castilho Giroto e outros
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Mônica Maria Russo Zingaro Ferreira Lima e outros

EMENTA: Processual Civil – Litigância de má-fé – Requisitos para sua configuração.

1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5^o, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para excluir do acórdão recorrido a condenação por litigância de má-fé.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 23 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 19.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial intentado pelo Banco Sudameris Brasil S/A com fulcro nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal de 1988.

O recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Delegado Regional Tributário de São Paulo, que apreendeu mercadorias do ativo imobilizado, entre agências, como forma de compelir a empresa a recolher ICMS. A segurança foi parcialmente concedida e, em sede de embargos de declaração, imposta multa de 10% (dez por cento) das custas por litigância de má-fé, tendo em vista que o recorrente tentou modificar a abrangência e o conteúdo do pedido, violando, destarte, o disposto nos artigos 264 e 321, do Código de Processo Civil (que determinam a impossibilidade de o autor modificar o pedido, após a citação, sem o consentimento do réu).

O Tribunal **a quo** confirmou a sentença, mantendo a penalidade infligida, em acórdão assim ementado (fl. 176):

“Mandado de segurança. Mercadoria apreendida. Inadmissibilidade como meio a exigir recolhimento tributário.

Litigância de má-fé. Manifestações contraditórias do impetrante que induzem à prova irretorquível de alteração propositada do pedido, por embargos e apelo. Recursos improvidos.”

Interpostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Nas razões do especial, aduz-se que houve afronta ao art. 17 do CPC (que estabelece os casos de litigância de má-fé) e 12 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (“A sentença que conceder o mandado fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.”). Ademais, alega-se dissídio pretoriano com julgado deste Tribunal.

Em contra-razões, a Fazenda do Estado de São Paulo afirmou que o acórdão recorrido não merece reparos, devendo ser improvido o presente recurso.

Às fls. 350/355, decisão do Presidente do Tribunal de origem, negando seguimento ao recurso especial por entender não prequestionada a matéria, assim como não demonstrada a divergência pretoriana.

Interposto agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento a fim de se determinar a sua conversão em recurso especial.

Vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Primeiramente, no tocante à alínea **c** do permissivo constitucional, verifico que o especial não merece apreciação, eis que os acórdãos colacionados como paradigmas tratam de matéria diversa (possibilidade de se atribuir efeitos modificativos aos embargos de declaração, com vistas a corrigir erro material) daquela discutida pelo Tribunal de origem. Logo, não restou configurada a divergência jurisprudencial ensejadora da admissão do recurso.

Quanto à alínea **a** do inciso III do art. 105 da CF/1988, percebo que o recurso merece seguimento, tão-só, em relação à alegada violação ao teor do art. 17 do CPC, sendo que o art. 12, parágrafo único, da Lei n. 1.533/1951 não se encontra prequestionado.

Passo, então, à análise do mérito.

O recorrente aduz a existência de afronta ao art. 17 do CPC, por ter sido condenado, em sede de embargos de declaração, à multa de 10% (dez por cento) das custas, em virtude de ter tentado modificar a abrangência e o conteúdo do pedido, violando, dessa maneira, os arts. 264 e 321 do CPC.

Assiste razão ao recorrente. Em primeiro lugar, para que a parte seja

enquadrada como litigante de má-fé, necessário se faz que sua conduta se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC. Não foi o que ocorreu no presente caso, já que ao Banco Sudameris foi aplicada a pena em razão de alegada afronta aos arts. 264 e 321 do CPC, sem que tenha sido apontado em qual inciso do art. 17 do CPC, se embasou a condenação.

Em segundo lugar, não foi dada ao recorrente qualquer chance de defesa da acusação de litigância de má-fé, contrariando-se, por conseguinte, o disposto no inciso LV do art. 5^o da CF/1988, e na melhor doutrina, da qual faz parte o eminente processualista **Nelson Nery Júnior, in verbis**:

“Antes de o juiz declarar o litigante como de má-fé e condená-lo às penas do CPC, art. 18, deve dar-lhe oportunidade para defender-se (CF, art. 5^o, LV).” (*in* Código de Processo Civil Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, p. 248).

Finalmente, não restou demonstrado no aresto recorrido o dano processual para a parte adversa. Assim, consoante entende a jurisprudência consolidada desta Corte, não pode ser reconhecida a litigância de má-fé. É o que declara o seguinte acórdão:

“Processual Civil. Recurso interposto pelo Ministério Público, tempestivamente. Condenação em multa por litigância de má-fé. Impossibilidade.

(...)

Na litigância temerária, a má-fé não se presume, mas exige prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização do dano processual a que a condenação consignada na lei visa a compensar.

Recurso do Ministério Público provido e prejudicado o do Estado.

Decisão unânime.” (REsp n. 76.234-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, DJ de 30.6.1997, p. 30.890).

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, para excluir do acórdão recorrido a sanção imposta por litigância de má-fé.

É como voto.