

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

Nº 836-0 — SP

(Registro nº 90.0013859-0)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Embargante: *Crefileasing S.A. Arrendamento Mercantil*

Embargada: *Municipalidade de São Paulo*

Advogados: *Hamilton Dias de Souza e outros, e Carlos Robichez Pena e outro*

**EMENTA:** *Tributário. Imposto sobre Serviços (ISS). Leasing. Incidência do imposto. Precedentes do STF e deste STJ.*

Consoante jurisprudência predominante do egrégio Supremo Tribunal Federal e desta egrégia Corte, a prestação habitual de serviços de *leasing* por empresa, está sujeita ao ISS (subsunção no item 52 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68).

**Embargos rejeitados. Decisão por maioria.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro José de Jesus, por maioria, rejeitar os embargos; vencidos os Srs. Ministros Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro (votos anteriores proferidos na presi-

dência do Ministro Pedro Acioli). Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José de Jesus (voto-vista), Garcia Vieira, Hélio Mosimann e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 7 de dezembro de 1993  
(data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: A empresa Crerefileasing S/A Arrendamento Mercantil propôs ação declaratória contra o Município de São Paulo — SP, visando obter o reconhecimento de não incidência tributária do ISS sobre operações dos ramos das suas atividades: arrendamento de bens móveis, através dos contratos denominados de *leasing*.

Julgada procedente a ação (fls. 235/241), a Municipalidade apelou e obteve da 5ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil provimento do recurso, com a reforma da sentença de primeira instância (fls. 288/294).

Interpostos embargos infringentes pela empresa, foram estes rejeitados (fls. 323/325), seguindo-se a interposição do apelo extremo, com o recurso extraordinário admitido (fls. 362/365) e posteriormente desdobrado em recurso especial, remetido a esta Corte para decisão da matéria infraconstitucional (fls. 202).

Apreciado o recurso especial foi negado provimento, por unanimidade, na forma do voto proferido pelo Ministro Pedro Acioli, de cuja decisão encontra-se o acórdão assim ementado:

“Tributário. ISS. *Leasing*.

I — O ISS tem incidência nas operações de arrendamento mercantil — *Leasing* — na forma dos precedentes deste Tribunal.

II — Recurso a que se nega provimento.”

Inconformada com esta decisão, a recorrente traz à colação julgados mais recentes da 2ª Turma deste Tribunal, para suscitar a divergência objeto dos presentes embargos, destacando a ementa do acórdão, em cujo julgado foi relator o Ministro HÉLIO MOSIMANN, no REsp nº 322-SP:

“Tributário. Imposto sobre Serviços. Contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil. Não incidência do tributo.

O *leasing* ou arrendamento mercantil é contrato típico, de características próprias, embora adotando peculiaridades de outras avenças.

Não podendo ser incluído na categoria de contrato locatício de bens móveis, na operação *leasing* não incide sobre serviços.

Recurso especial conhecido e provido.” (fls. 233)

Admitidos os embargos, para discussão, ante a evidência da divergência indicada (fls. 245).

É o relatório.

## VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): A matéria objeto do dissídio suscitado nos presentes embargos de divergência, essencialmente polêmica na doutrina e na jurisprudência, já mereceu estudos aprofundados do Egrégio Supremo Tribunal Federal, assim como das Colendas 1ª e 2ª Turmas deste Tribunal.

A discussão gira, fundamentalmente, em torno da natureza jurídica dos contratos que envolvem operações de arrendamento mercantil de coisas móveis, sob a forma de *leasing*, buscando-se saber se o denominado Imposto Sobre Serviço (ISS) incide sobre tais negócios jurídicos. A verdade, entretanto, é que tanto no Pretório Excelso, quanto neste Tribunal, as dúvidas sobre os principais aspectos jurídicos da controvérsia foram examinadas com percuciência, resultando dos respectivos julgados votos que demonstraram, por parte dos Eminentes Ministros que os proferiram, grande conhecimento da questão discutida.

Entre Turmas desta Colenda 1ª Seção é que se configura a divergência: de um lado, a 1ª Turma, com respaldo em votos proferidos pelos eminentes Relatores Ministros Garcia Vieira (REsp nº 249-RS), Carlos Mário Velloso (REsp nº 61-SP) e Armando Rolemberg (REsps nºs 628-SP e 673-SP), Pedro Acioli (REsps nºs 804-SP e 836-SP) e Geraldo Sobral (REsp nº 2.732-SP), tem decidido,

por unanimidade, seguindo a jurisprudência do STF, no sentido de que o ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis — *leasing*; do outro, a 2ª Turma, também unânime, acompanhando o voto do Eminentíssimo Ministro Hélio Mosimann (REsp nº 322-SP), ao reconhecer que na operação de *leasing* não incide o ISS, por isso que se trata de contrato típico, de características próprias, embora com peculiaridades de outras avenças, mas não incluído na categoria de contrato locatício de bens móveis.

Por reconhecer que se configura a divergência, PRELIMINARMENTE, conheço do recurso.

## VOTO — MÉRITO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Com efeito, depois de fazer acurado estudo sobre os principais fundamentos apresentados nas decisões que se configuram como divergentes, não tenho dúvidas em me inclinar para aceitação do posicionamento adotado, por reiteradas vezes, pela Colenda 1ª Turma. E o faço, com convencimento formado diante da jurisprudência do Pretório Excelso, da qual tem sido destacada, em diversos julgados desta Corte, entre outras, a decisão no Recurso Extraordinário, cuja ementa do acórdão é a seguinte:

“ISS. Arrendamento Mercantil de coisas móveis — *leasing*. Incidência do imposto sobre serviços. Subsunção no item 52 da Lista

de Serviços. Razoável o entendimento de que a prestação habitual, pela empresa, de serviço consubstanciado no arrendamento mercantil — *leasing* de bens móveis, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista.

Recurso extraordinário não conhecido.” (Proc. 106.047-2-SP, 1ª Turma do STF)

Na motivação do seu voto, o Eminentíssimo Relator, Ministro RAFAEL MAYER, assim se manifestou:

“Trata-se como se vê, de controvérsia sobre a legitimidade em face da preceituação — referida, da incidência do ISS sobre a realização, pela empresa, de arrendamento mercantil de bens móveis — *leasing*, previsto expressamente na legislação local como fato gerador do imposto, em face da conceituação — que se tem no número 52 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, referente à locação de bens móveis.

Admitindo que o arrendamento mercantil tem constituição complexa, integrada simultaneamente pelos elementos da locação de bens e da opção de aquisição dos bens locados, o venerando acórdão recorrido, endossando a doutrina da sentença de primeiro grau, invoca o critério da preponderância da atividade desenvolvida, pela empresa prestadora de serviço, para o efeito de inci-

dência tributária e de subsunção no item 52 da lista pois “certo é o elemento factual do arrendamento e incerto o evento da aquisição” (fls.).

Ora, o entendimento é decerto razoável.

Improcede, com efeito, a censura que se lhe faz ao argumento de que, na doutrina dominante e na jurisprudência pacífica desta Corte, a lista de serviços tributáveis é taxativa, não havendo como acrescentar-lhe categoria nela não prevista. Pois, ao ser taxativa a lista, não inibe que se dê às categorias o sentido amplo e compreensivo, de modo que o Município possa exercer plenamente a competência que lhe é deferida, no delineamento do que seja o fato Imponível. Assim mesmo é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se vê do acórdão no RE nº 91.737, da Egrégia Segunda Turma, aliás, invocado pela Recorrente em seu prol, onde ao mesmo tempo que se reconhece a propensão da jurisprudência do Supremo Tribunal pelo caráter taxativo da lista, admite-se que a prestação de serviço de segurança e vigilância encontra correspondência no item 16 da lista (RTJ 97/361).

Certamente, o arrendamento mercantil (*leasing*) cujo tratamento tributário é regulado na Lei nº 6.099/74, e para esse efeito vem aí definido, tem aspectos comple-

xos e um sentido econômico peculiar. Conceituado no parágrafo único do art. 1º do diploma legal, como “a operação realizada entre pessoas jurídicas que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária”, ela envolve, de um lado, uma operação de financiamento da aquisição da mercadoria pela arrendadora e, de outro lado, a opção de compra pelo arrendatário, ao término do arrendamento se não o renovar ou apenas devolução do bem, mas o fundamental, a constituir como que no núcleo e razão da atividade, está no arrendamento.

Esse arrendamento de bens, mediante contratos pertinentes, em que a sua configuração é essencial, quanto ao prazo, quanto ao uso da coisa locada e quanto à retribuição, obviamente eventual a verificação da cláusula optativa, é que constitui a substância da prestação do serviço a que se propõe a empresa, pela qual a sua atividade se torna específica e significativa do ponto de vista fiscal.

Não há, portanto, emprego de analogia criadora de tributo à revelia do art. 108, § 1º, do CTN, mas a apreensão da realidade de um serviço prestado habitualmente, cuja conotação essencial, própria do arrendamento mercantil de móveis, encontra corres-

pondência na categoria no serviço prevista no item 52, a saber, a locação de coisas móveis.

Resta acentuar que o aspecto aqui salientado tem ponderável acolhida na doutrina, como dentre outros vem preferido por **Aliomar Baleeiro** (Dir. Trib. Bras., 10ª ed., pág. 292); a incidência tributária está prevista na legislação dos mais importantes municípios brasileiros e tem o beneplácito da jurisprudência preponderante dos tribunais estaduais.

Por isso há razão de invocar-se a Súmula nº 400.

Não conheço, portanto, do recurso.”

Na mesma linha de entendimento tem se firmado a Colenda 1ª Turma desta Corte, nos precedentes dos Recursos Especiais já citados, dos quais podem ser mencionados, em prol da tese então defendida, acórdãos e trechos bem fundamentados dos respectivos votos dos Eminentes Ministros Relatores:

“Tributário. ISS. *Leasing*.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prestação habitual de serviço de *leasing* por empresa, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista de Serviços. Recurso especial conhecido com base na le-

tra c, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, e provido.”

“ISS. Arrendamento Mercantil. Incidência.

A realidade do arrendamento, sua repercussão econômica, a contraprestação pelo serviço prestado (seu conteúdo fático), constitui o fato gerador do Imposto de Competência dos municípios sobre serviços de qualquer natureza (art. 8º do Decreto-lei 406/68). Demonstrada a divergência e afastada a negatividade de vigência ao Decreto-lei 406/68.

Recurso conhecido e improvido.”

“Tributário. ISS. *Leasing*.

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza — ISS, tem incidência nas operações de Arrendamento Mercantil — *leasing*. Precedentes.

Recurso provido.”

“Tributário, *leasing*. Incidência do ISS.

A jurisprudência desta colenda Corte é pacífica no sentido de que o ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis ou *leasing*.

Recurso conhecido e provido.”

“Tributário. ISS. *Leasing*.

O ISS tem incidência nas operações de arrendamento mercantil — *Leasing* — na forma dos precedentes deste tribunal.

Recurso a que se nega provimento.”

“Tributário. ISS. *Leasing*.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prestação habitual de serviço de *leasing* por empresa, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista de Serviço. Recurso especial conhecido com base na letra a, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, e provido para reformar a sentença.”

“Tributário. ISS. *Leasing*. Incidência do ISS. Lista de serviços. Item 52.

O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis *leasing*. Subsunção no item 52 da Lista de Serviços.

Recurso Especial conhecido e provido.”

O Ministro Garcia Vieira, na fundamentação do seu voto, como Relator do REsp nº 249-RS:

“Como se vê, a decisão recorrida se amolda ao entendimento da Corte Maior e não negou vigência a nenhum dos dispositivos da legislação infraconstitucional, apontados pelo recorrente. Não houve emprego da analogia para a exigência de tributo não previsto em lei (art. 100 do CTN) mas, conforme bem acentuou o Eminente Ministro Rafael Mayer “... a apreensão da realidade de um serviço

prestado habitualmente, cuja conotação essencial, própria do arrendamento mercantil de móveis, encontra correspondência na categoria do serviço prevista no item 52, a saber, a locação de coisas móveis”.

Também, no caso, a lei tributária não alterou “a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado... para definir ou limitar competências tributárias (art. 110 do CTN).”

Do mesmo modo, o Ministro Carlos Mário Velloso, depois de fazer detalhado estudo sobre a natureza jurídica do *leasing*, afirma que a doutrina, ao que parece, caminha no sentido de caracterizar este contrato “como espécie de locação, não uma locação comum, porque nele está presente, posto que de forma incerta, a opção futura de compra dos bens locados pelo arrendatário”. E arremata:

“Sendo assim, certo que predomina no *leasing* a locação, razoável o entendimento de sujeitar-se essa operação ao ISS, presente o item 52 da Lista” (REsp nº 61-SP)”.

Diante dos argumentos apresentados pelas duas correntes do dissídio configurado, convenço-me de que, embora não correspondendo rigorosamente à figura clássica da locação, é o *leasing*, como modalidade do arrendamento mercantil, contra-

to que se caracteriza predominantemente pela locação de bens móveis, estando sujeito à incidência do ISS, quando ocorra a circunstância da prestação habitual de serviço da espécie. Daí porque não vejo razões para mudar o entendimento que vem sendo adotado pela Colenda 1ª Turma deste Tribunal, na esteira da jurisprudência da mais Alta Corte. Conhecido que foi o recurso, sou pela manutenção desta diretriz jurisprudencial.

É o meu voto, não recebendo os embargos.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 836-0 — SP — (90.0013859-0) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Embte.: Crefileasing S/A Arrendamento Mercantil. Advogados: Hamilton Dias de Souza e outros. Embdos.: Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo — DAEE. Advogados: Carlos Robichez Penna e outro.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Demócrito Reinaldo (Relator) e Gomes de Barros, rejeitando os embargos; pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz (em 05.11.91 — 1ª Seção).

Aguardam os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus, Garcia Vieira, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

## VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Na questão ora em debate busca-se o entendimento da Corte quanto à incidência ou não do ISS nos contratos de *leasing* ou arrendamento mercantil, ante os precedentes deste Egrégio Tribunal a configurar decisões divergentes entre suas Turmas julgadoras.

Sobre a matéria, leio e faço juntar por cópia o voto-vista que proferi na 2ª Turma, no julgamento do recurso especial nº 341-SP, convencido de que o arrendamento mercantil é contrato típico, distinto da locação de bens móveis.

Por tais motivos, recebo os embargos.

### ANEXO

#### “RECURSO ESPECIAL

Nº 341 — SP

(Registro nº 89.8883-1)

#### VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: I — Em grau de apelação, o acórdão de fls., da 8ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, reformou a sentença que dera pela procedência da declaratória proposta, ao fundamento de que a operação consistente no arrendamento mercantil de coisas móveis — *leasing* — está subsumida no item 52 da lista de serviços do ISS, e, portanto, sujeita à incidência desse tributo — fls. 426/433.

Processado em face do acolhimento da argüição de relevância, o ex-

traordinário interposto subiu ao Pretório Excelso que, nos termos da decisão de fls. 509, o converteu em especial no que concerne à matéria infraconstitucional.

Nesta Egrégia Turma, o eminente relator, Min. Carlos Velloso, apoiado em precedente de sua própria lavra (REsp nº 61-SP) decidiu não conhecer do recurso.

Na oportunidade, S. Excia. profereu o seguinte voto, **verbis**:

“Primeiro que tudo, esclareça-se que a lista de serviços tributáveis pelo ISS, não obstante taxativa, certo é que às categorias ali postas deve-se emprestar sentido amplo, compreensivo, por isso que a lista “pode designar gêneros, dos quais o intérprete extrai as espécies”. (A. Baleeiro, “Dir. Trib. Brasileiro”, Forense, 10ª ed., pág. 298). A interpretação extensiva da lista, ou a natureza compreensiva da lista de serviços, tem sido acolhida pela doutrina (Geraldo Ataliba, “Estudos e Pareceres de Direito Tributário”, Ed. RT, 1980, III/220) e pela jurisprudência (RE 91.737, RTJ, 97/357; RE 106.047-SP, “DJ” de 13 de dez/85; RE 104.571-PE, RTJ 113/1.387).

Isto esclarecido, a questão a saber é se a locação de bens móveis, que é o serviço tributado pelo ISS no item 52 da Lista, compreendia o *leasing*, arrendamento mercantil, na linguagem da Lei 6.099, de 12.09.74, art. 1º, parág. único, ou “arrendamento financeiro”, segundo Penalva Santos (*Leasing*, RF, 250/46, 57).

O *leasing* é, na verdade, um contrato complexo, porque composto de elementos integrativos e caracterizadores de vários contratos: locação, compra e venda, financiamento, mútuo.

Importa verificar, pois, no caso, o elemento factual que predomina no *leasing*, vale dizer, importa perquirir, na hipótese, se o elemento factual que predomina no arrendamento mercantil é o elemento tipificador da locação.

Esta é a questão.

Porque, se o elemento tipificador do *leasing* for aquele elemento que caracteriza a locação, é razoável o entendimento no sentido de que aquele é espécie desta.

A doutrina, ao que parece, caminha no sentido de caracterizar o *leasing* como espécie de locação, não uma locação comum, porque nele está presente, posto que de forma incerta, a opção futura de compra dos bens locados pelo arrendatário.

**Fábio K. Comparato**, escrevendo sobre o tema, leciona que "... sobre o *leasing* não incide o imposto federal sobre operações financeiras. Sem dúvida, o *leasing* pode representar economicamente uma operação de financiamento na aquisição do equipamento industrial ou comercial de uma empresa. Juridicamente, porém, a operação é veiculada nos moldes de uma locação, com opção unilateral de compra..." ("Contrato de *Leasing*", RF 250/7, 11: RT, 389/7, 13). Para **Garcia Hilário**, o *leasing* poderia ser classificado como arrendamento

(RF, 250/70, 75). **Luiz Mélega** entende que o *leasing* está sujeito ao ISS, tendo em vista o item 52 da Lista, "sob o nome genérico de "Locação de Bens Móveis", instituto de que o *leasing* é um caso particular." ("Aspectos Fiscais do *leasing*", RF, 250/89, 98; "O *Leasing* e o Sistema Tributário Brasileiro", Saraiva, 1975, pág. 77). Para **Tavares Paes**, o *leasing* é forma peculiar de locação, pelo que está sujeito ao ISS (*Leasing*, RT, 1977, pág. 31).

Segundo **El Mokhtar Bey**, o que predomina no *leasing* é a locação: "*C'est le contracte de location qui constitue, assurance, l'instrument juridique fondamental de l'opération de leasing ou crédit bail.*" ("La Symbiotique dans les Leasing ou Crédit-Bail", pág. 3, § 1º).

Para **Sampaio de Lacerda**, o *leasing* constituiria uma operação financeira. ("O *leasing* e a sua aplicação no campo do direito aeronáutico", RF 250/425). Isto, entretanto, não ocorre. É que a sociedade que pratica o *leasing* não faz nenhum empréstimo de dinheiro. O que ocorre, na operação de *leasing*, é a cessão de equipamento mediante uma certa remuneração, com a opção de compra no final do contrato. Em termos econômicos, pode-se afirmar que o elemento desse contrato está presente no *leasing*; em termos jurídicos, entretanto, o elemento que está presente é o da locação: cessão de equipamento, do bem, mediante o pagamento de um aluguel.

Sendo assim, certo que predomina no *leasing* a locação, razoável é o entendimento de sujeitar-se essa operação ao ISS, presente o item 52 da Lista.

Esta é, na verdade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 108.665-SP, Relator o Ministro Oscar Corrêa, "DJ" de 16.05.86)."

Após a competente sustentação oral feita pelo ilustre jurista Professor **Geraldo Ataliba**, com o mesmo brilho e inteligência comum a tantas outras que já assistimos, confesso que dúvidas me assaltaram no trato da questão ora discutida.

Em conseqüência, diante da oportunidade que se me abriu, resolvi pedir vista destes autos, para rever meu entendimento sobre a matéria, trazendo-os, agora, com este voto.

II — Consabido que a controvérsia sobre a legitimidade ou não da incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil de bens móveis é assaz polêmica, tanto na doutrina como na jurisprudência de nossos Tribunais.

Com efeito. Desprezando-se as divergências doutrinárias, por sinal ricas nos argumentos que lhe dão sustentação, fico com a jurisprudencial, fundamento do conhecimento do recurso.

E aqui reside o ponto nodal da questão.

Para concluir pela tributação, entendeu o acórdão recorrido que com-

pondo-se o *leasing* dos elementos de locação de bens móveis e opção por futura compra dos bens locados pelo arrendatário, certo é o elemento factual do arrendamento e incerto o evento da aquisição. Sendo, portanto, preponderante aquela atividade prestada subsume-se, assim, no item 52 da lista respectiva.

O entendimento de que o arrendamento mercantil é equivalente à locação foi contestado pelo acórdão exarado no Reexame Necessário nº 18.501.138-4, proferido pela IV Câmara Cível do Eg. Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul. Do voto proferido pelo relator, em Juiz Décio Antônio Erpen, destaco (fls. 459/460):

"Difere, todavia do arrendamento, porque a prestação no *leasing* é sempre maior do valor que seria o aluguel mormente porque aquele em seu somatório final pode integrar, no futuro, o preço de uma compra.

Ademais, o montante da prestação no *leasing* é o produto de vários ingredientes, v.g. o parcelamento do preço do objeto (seu custo), acrescido de juros compensatórios, mais a depreciação do bem, e o lucro, à guisa de venda.

O custo de manutenção do mesmo objeto do contrato, normalmente corre à conta do tomador-arrendatário, sendo que na locação é suportado pelo locador.

No tocante às benfeitorias difere o tratamento num e noutro

instituto, porquanto nas locações incidem os preceitos contidos nos artigos 1.199 e 516 do C.C., bem assim na atual lei do Inquilinato. No *leasing*, o tratamento é diverso.

No campo processual também há nítida distinção entre ambas as figuras. No caso de inadimplência, o proprietário, em se tratando de *leasing* tem a ação de reintegração de posse, ação essa que não se harmoniza com a locação, quando a ação própria é a de despejo.

Quanto ao prazo, nas locações essa é mais breve, ao contrário do *leasing*, em que são mais amplos.

Da mesma forma, a jurisprudência tem admitido que o arrendatário no *leasing* responde, isoladamente, pelos danos causados pelo objeto a terceiros, afastada a responsabilidade, ainda que remota, da empresa arrendante. O mesmo não ocorre na locação.

Por derradeiro, no *leasing*, há necessariamente uma opção de compra irretroatável em favor do tomador-arrendatário, pré-estabelecido o preço residual, aproveitando-se o somatório das prestações já pagas. E, o valor residual é tão ínfimo que, na prática, o contrato que se aproxima da locação no primeiro estágio, culmina em sendo um contrato de venda de bem móvel, em seu último momento.

Na locação, muito raramente se promove a cláusula de opção de compra, e quase nunca isso ocorre em forma de adesão.

Assim, nítidas distinções existem entre o *leasing*, que nosso legislador rotulou impropriamente de “arrendamento mercantil” com a locação. As leis fiscais 5.099/74, com a nova redação dada pela Lei 7.132/83: mantiveram o instituto em sua plenitude, promovendo, tão-só a tradução para o vernáculo com o *nomen juris* de arrendamento mercantil, quando em seu bojo não se fizeram as aproximações para permitir a configuração de uma locação.”

Sobre a hipótese, no Recurso Extraordinário nº 106.047-SP (RTJ 116/811), proferiu extenso voto, após pedido de vista, o eminente Ministro Oscar Corrêa, assim concluindo S. Excia.:

“17. Para encerrar esse levantamento — que exclui outros eminentes autores (como **Orlando Gomes** — “Contratos”, RF, 1979, 7ª ed., pág. 570; e **Orlando Gomes e Antunes Varela** — “Direito Econômico”, Saraiva, 1977, pág. 279 — que consideram “elemento essencial da caracterização do *leasing* a faculdade reservada ao locatário de adquirir no fim do contrato, os bens que alugou”), a opinião de **Bernardo Ribeiro de Moraes** (Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços, RT, 1ª ed., 1984, págs. 373/374) que, taxativamente, afirma, analisando “alguns casos práticos”:

“10. a locação de bens de equipamento com a opção de sua compra afinal pelo arrendatário

— contrato de *leasing* — não constitui locação de bens móveis. Trata-se de um contrato típico, diverso da locação de bens móveis, inominado, mas com características peculiares, inclusive a obrigação do locador em investir, a de constar no preço do aluguel o valor das parcelas de autorização dos bens alugados e percentagem sobre o montante decrescente do valor do contrato, o que não existe na locação de bens móveis. *Leasing* é contrato típico, que não se confunde com o nosso contrato de locação de bens móveis. O que o caracteriza é o investimento a que se obriga o locador e a cláusula de opção de compra em favor do *lessee* após o término da locação.”

18. Feito esse levantamento sumário da doutrina — e nos desculpamos de tê-lo realizado, para nosso próprio convencimento — é hora de nos pronunciarmos.

*Não há dúvida de que o leasing* hoje, e não só entre nós, é contrato típico, de características próprias, conceituação legal (ainda que deficiente e sumária), constituindo-se — como outros tantos se constituíram — de elementos retirados de outros contratos como a locação, a compra a prestações, o mútuo, mas assumindo contornos indisputáveis que o diferenciam de todos eles.

Tanto que a Lei nº 6.099/74 o definiu e lhe deu características

e nome próprio — de arrendamento mercantil. Bastaria isso para, em face do texto expresso da lei, não pretender incluí-lo na categoria de locação de bens móveis, que se pretende, com a incidência do ISS (item 52 da lista).

19. Para nós, o traço fundamental do *leasing* é o *financiamento*, sem o qual não se completa e integra a *operação financeira* em que importa. Enquanto arrendador e arrendatário estão frente a frente, mas não opera o *financiamento*, não há falar em *leasing*. Pode haver locação de bens, compra e venda; só o *financiamento* leva ao *leasing*.

Não se trata, porém, de simples afirmação. A comprovação vem da própria Lei nº 6.099/74 que, ao dispor sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil, expressamente vinculou-o todo às instituições financeiras, sob o comando do Conselho Monetário Nacional e o Banco Central.

E à lei seguiram-se as Resoluções do Banco Central que a regularam miudamente.

Cria-se, pois, desde logo, situação estranha: instituto inteiramente regulado por lei federal, que a vincula a autoridades administrativas federais, sujeito à regulação que lhe devem; que teve regime tributário estabelecido (com a expressa indicação do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados),

envolvendo, evidentemente, operação financeira, não pode subordinar-se ao ISS, cobrado pelos municípios, quando não se lhe podem encontrar os pressupostos para sua incidência.

Que aliás, hoje se discute mesmo a respeito da locação de bens móveis, se a locação de bens móveis, se a locação de coisa não é *serviço*, etc.

E se o *leasing* não é necessariamente de bens móveis.

Com efeito, não há qualquer restrição ao *leasing* imobiliário na lei brasileira (nem em outras legislações), como acentuam os autores (Fram Martins, ob. cit., pág. 554; Luiz Mélega, ob. cit., pág. 50; Arnaldo Wald, RE 250/44; Penalva Santos, art. cit., RF 250/49; etc.). E a resolução 351, do Banco Central, expressamente o previu.

2. Essas observações — longas que foram — objetivaram demonstrar que não há, **data venia** do voto do eminente Relator, como aceitar que o *leasing* — arrendamento mercantil, pela lei brasileira — sofra a incidência do ISS, se a locação de bens não lhe é nem mesmo o traço mais forte, e até mesmo a compra a prestações — como se vê do art. 11, § 1º, da Lei n.º 6.099/74 — melhor serviria de a ele assemelhar-se, e se o elemento que o configura é o *financiamento*.

O importante, contudo, **in casu**, é que não se lhe aplica o item

52 da lista anexa do Decreto-lei n.º 406/68, referente à *locação de bens móveis*, com o que negada vigência ao art. 8º do Decreto-lei n.º 406/68 e ao referido item, indebitamente aplicado; e, conseqüentemente, ao art. 24, II, da CF, se não definida, na lei complementar, a referida incidência.”

Destarte, após debruçar-me no exame das teses conflitantes, entendo, **data venia** do ínclito relator, e não obstante a orientação contrária da Suprema Corte, que não se aplica ao arrendamento mercantil, contrato típico que é, distinto da locação de bens móveis, o item 52 da lista de serviços anexa ao DL 406/68.

Conheço do recurso pelas letras a e c do artigo 105 da Constituição Federal, e lhe dou provimento.”

#### EXTRATO DA MINUTA

EREsp n.º 836-0 — SP — (90.0013859-0) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Embte.: Crefileasing S/A Arrendamento Mercantil. Advogados: Hamilton Dias de Souza e outros. Embdos.: Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo — DAEE. Advogados: Carlos Robichez Penna e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Américo Luz recebendo os embargos; pediu vista o Sr. Ministro Pádua Ribeiro (em 06.12.91 — 1ª Seção).

Aguardam os Srs. Ministros José de Jesus, Garcia Vieira, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

#### VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, a questão diz respeito ao reconhecimento da não incidência tributária do ISS sobre operações relativas aos contratos denominados de *leasing*.

O Eminentíssimo Ministro-Relator proferiu um brilhante voto em que analisou em profundidade a matéria, baseando-se inclusive num precedente do Supremo Tribunal Federal, do qual foi Relator o Ministro Rafael Mayer.

Depois de abordar os vários aspectos do tema, S. Exa. concluiu no sentido de sustentar, conclusivamente, o seguinte: (lê)

“Diante dos argumentos apresentados pelas duas correntes do dissídio configurado, convenço-me de que, embora não correspondendo rigorosamente à figura clássica da locação, é o *leasing*, como modalidade do arrendamento mercantil, contrato que se caracteriza predominantemente pela locação de bens móveis, estando sujeito à incidência do ISS, quando ocorra a circunstância da prestação habitual de serviço da espécie. Daí porque não vejo razões para mudar o entendimento

que vem sendo adotado pela Colenda 1ª Turma deste Tribunal, na esteira da jurisprudência da mais Alta Corte. Conhecido que foi o recurso, sou pela manutenção desta diretriz jurisprudencial”.

Em suma, o ilustre Relator entende que o ISS incide sobre os chamados contratos de *leasing*.

Dele dissentiu o Sr. Ministro Américo Luz, que também proferiu um brilhantíssimo voto. Não o lerei na sua íntegra, a fim de facilitar o nosso julgamento, porque estou mais preocupado em resumir a tese básica, mesmo porque todos os Colegas já conhecem o tema. Se houver necessidade, o lerei com grande prazer.

Em resumo, o Ministro Américo Luz abordou todos os aspectos da questão controvertida, com apoio em precedentes jurisprudenciais. No final, S. Exa. discordou do ilustre Relator, dizendo: (lê):

“Destarte, após debruçar-me no exame das teses conflitantes, entendo, **data venia** do ínclito Relator, e não obstante a orientação contrária da Suprema Corte, que não se aplica ao arrendamento mercantil, contrato típico que é, distinto da locação de bens móveis, o item 52 da lista de serviços anexa ao DL 406/68”.

Em tal contexto, toda questão concerne em saber se o contrato de *leasing* inclui-se ou não no item

52 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68. Essa é a grande controvérsia. E, para dirimi-la, creio que o tema há de ser focado sob dois ângulos: se se trata de caso de interpretação do texto legal ou se se trata de fazer analogia, diante do texto legal. Esse, no meu ponto de vista, é o aspecto básico. Interpretar o texto legal significa delimitar o seu sentido e seu alcance. Fazer analogia significa procurar pontos comuns em coisas diversas. Identificar pontos de semelhança em leis diversas.

Vejam: o que seria o contrato de *leasing*?

Contrato de *leasing*, conforme sabemos, se pudermos seccioná-lo, envolve algo parecido com contrato de locação, mais o contrato de financiamento e, afinal, até mesmo, a possibilidade de um contrato de compra e venda.

Então, temos, com as ressalvas quanto à locação, pelo menos três contratos englobados no chamado contrato de *leasing*: contrato de locação, contrato de financiamento e contrato de compra e venda. Para aqueles que preferem dar interpretação compreensiva ao texto, há uma preponderância do contrato de locação, daí o seu enquadramento na mencionada lista de serviços; outros, ao contrário, sustentam que há uma predominância do contrato de financiamento, daí que o enquadramento não ocorreria, tratando-se de contrato típico.

Assumindo posição sobre a controvérsia, afigura-se-me que sem se

recorrer à analogia não é possível concluir, no caso, pela incidência do tributo. E por que, na hipótese, se trata de analogia. Explico. Fazer analogia significa procurar pontos comuns em coisas diversas. Considerando-se um determinado objeto, cujos elementos constitutivos fundamentais são A, B e C. E outro objeto cujos elementos constitutivos sejam A', B' e C'. São elementos sem os quais deixariam de existir como tais, pois lhes são identificadores. Comparando os dois objetos, através de seus elementos constitutivos comuns, podemos ter três tipos de relação: relação de identidade, quando há uma correspondência entre esses elementos constitutivos comuns; uma relação de diversidade, quando não há correspondência entre os elementos constitutivos comuns; e relação de analogia ou similaridade, quando há pontos comuns e pontos diversos. É o caso típico da conexão de Direito Processual: quando comparamos duas ações, se têm as mesmas partes, causas de pedir e objetos, são idênticas; se não têm, são diversas; se têm alguns pontos comuns relativamente a esses elementos e outros diversos a relação é de analogia que, processualmente, se chama conexão.

Exercitando esse raciocínio, verificamos que o contrato de *leasing* compõe-se de dois contratos pelo menos: um parecido com o de locação e outro de financiamento. Mas, alguns entendem que há, até mesmo, um terceiro contrato, o de com-

pra e venda, se afinal, o beneficiário do financiamento quiser adquirir a coisa. Então, são três os contratos.

Comparando o contrato de locação com o de *leasing* podemos verificar, com muita boa vontade, que o máximo que há entre eles é uma relação de analogia, na parte pertinente à locação. Com relação ao financiamento, ninguém jamais irá sustentar que o contrato de locação implica contrato de financiamento. Isso não é da natureza do contrato de locação. Tratando-se de analogia e não de interpretação compreensiva penso que não é possível que se tribute sem lei. A propósito, é expresso o § 1º do art. 108 do C.T.N.: “o emprego da analogia não pode resultar na exigência de tributo não previsto em lei”. E, no caso, não há lei que permita fazer incidir o ISS sobre operações decorrentes de contrato de *leasing*. Tanto assim que se promulgou a Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, alterando a Lista de Serviços que acompanha o Decreto-lei 406, de 31 de dezembro de 1968, dela constando o item 79 com a seguinte redação: “Locação de bens móveis, *inclusive arrendamento mercantil*” (grifei). Como se sabe o item 52 da referida lista, com a redação anterior à citada lei, falava simplesmente em “locação de bens móveis”, sem se referir a “arrendamento mercantil”. Todavia, a espécie refere-se a hipóteses ocorridas anteriormente à referida lei.

Com essas breves observações e com a devida vênua ao Ilustre Relator que proferiu um voto muito bem

fundamentado, tendo em vista a argumentação antes expendida, acompanho o voto do Sr. Ministro Américo Luz.

#### EXTRATO DA MINUTA

EREsp nº 836-0 — SP — (90.0013859-0) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Embte.: Crefileasing S/A Arrendamento Mercantil. Advogados: Hamilton Dias de Souza e outros. Embda.: Municipalidade de São Paulo. Advs.: Carlos Robichez Penna e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, recebendo os embargos, pediu vista o Sr. Ministro José de Jesus (em 16.06.92 — 1ª Seção).

Aguardam os Srs. Ministros Garcia Vieira, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

#### VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Para renovar a questão vou ler o relatório e o voto do eminente Ministro Demócrito Reinaldo (lê). Divergindo do relator e por conseguinte recebendo os embargos votaram os Senhores Ministros Américo Luz e Pádua Ribeiro. Faço agora meu pronunciamento sobre a controvérsia. Esta Colenda 1ª

Seção nos Embargos de Divergência no REsp nº 2.732 publicado no DJ de 25.11.91 decidiu pela in incidência do ISS nos contratos de *leasing* em acórdão exteriorizado nesta ementa:

“Tributário. Contratos de *leasing*. Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS).

Os contratos da espécie não constituem fato gerador do tributo em referência, já que têm por traço fundamental a operação de financiamento neles contida e não a utilização temporária do bem, não sendo por outro motivo que estão sistematicamente vinculados a uma instituição financeira, nem tampouco, que tais operações são regulamentadas e fiscalizadas pelo Banco Central.

De outra parte, ainda que pudessem ser assimilados à locação, não se prestariam para tal, já que a locação não se confunde com prestação de serviço.

Embargos acolhidos.”

Sendo relator o eminente Ministro Ilmar Galvão com a adesão dos Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz. E vencidos eu, o eminente Ministro Garcia Vieira e o saudoso Ministro Geraldo Sobral. Com a modificação na composição dos integrantes da Seção com o ingresso de novos Ministros seria conveniente rever aquela decisão, pois à época já se

achava em vigor a Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, que ampliou significativamente a lista de serviços inclusive o *leasing*. Assim tanto naquele caso como neste incidiu a norma do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe:

“A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Sendo assim a Lei Complementar retrocitada incidiu inclusive nas situações anteriormente a sua promulgação respeitado é claro as exceções. Do ponto de vista legal é devido o ISS nos contratos de *leasing* como também já era igualmente devido, apesar da lista ser taxativa, mas cada item comporta interpretação ampla e abrangente segundo a jurisprudência firmada pelo STF na análise pormenorizada do eminente Ministro Oscar Correa no RE 104.571-0 publicado no DJ de 24.05.85. Tal entendimento veio a ser reafirmado por Sua Excelência e publicado na RTJ vol. 117, pág. 1.353 *verbis*:

“No mais, cinge-se a controvérsia a lista de serviços dos Decretos-leis nºs 406/68 e 834/65, sua extensão e abrangência. Quanto a isto reafirma-se a tese do acórdão, que esta Corte referenda, de que a lista de serviços é taxativa, admite interpretação extensiva, nos moldes em que o tem decidi-

do a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tivemos oportunidade de resumir no RE 104.571 (Sessão de 30.04.85), com apoio da Turma”.

Pelo exposto, rejeito os embargos acompanhando o eminente relator, embora reconhecendo os valiosos fundamentos dos que votaram diferentemente.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

EREsp nº 836-0 — SP — (90.0013859-0) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Embte.: Crefileasing S/A Arrendamento Mercantil. Advogados: Hamilton Dias de Souza e outros. Embda.:

Municipalidade de São Paulo. Advogados: Carlos Robichez Penna e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro José de Jesus, a Seção, por maioria, rejeitou os embargos; vencidos os Srs. Ministros Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro (votos anteriores proferidos na presidência do Ministro Pedro Acioli) (em 07.12.93 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José de Jesus (voto vista), Garcia Vieira, Hélio Mosimann e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

---

#### EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL

Nº 901-2 — SP

(Registro nº 93.0015991-7)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Embargante: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Embargada: *Companhia de Telefones do Brasil Central — CTBC*

Advogados: *João Saraiva Lima e outros, e Roberto Muneratti Filho e outros*

**EMENTA:** *Tributário. Embargos de divergência. ICM. Isenção. Convênio ICM 9/75. Revogação por convênios posteriores. Legalidade. Embargos recebidos.*

I — A isenção de tributo, salvo se concedido por prazo certo, pode ser revogada, unilateralmente e ao alvedrio da Fazenda concedente.

II — É legalmente possível a revogação da isenção concedida pelo Convênio ICM 9/75, através da celebração de convênios posteriores (ICM 11/81 e 24/81), por não ser ela (isenção) condicionada, nem a termo. Precedentes do STF.

III — Embargos recebidos. Decisão unânime.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Rocha, Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Gomes de Barros e Américo Luz.

Brasília, 26 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Trata-se de embargos de divergência opostos pelo ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão da egrégia Segunda Turma desta Corte, cujo acórdão restou assim ementado:

“Tributário. Projeto de interesse nacional. Isenção do ICM, convênio — ICM — 9/75.

— Pretendida revogação do benefício fiscal por convênios posteriores. Impossibilidade” (folha 293).

Para configurar o dissídio jurisprudencial, o embargante menciona como paradigma a decisão da colenda Primeira Turma, proferida no REsp nº 20.700-2/SP, resumida no acórdão encimado pela seguinte ementa:

“ICM — Isenção — Revogação — Projeto de interesse nacional.

Embora o Convênio 09/75 tenha assegurado a isenção por prazo indeterminado, ela valeu apenas até 31.12.81, data em que ele perdeu a eficácia.

Na espécie, a isenção que não foi concedida por prazo certo e nem sob condições, podia ser revogada a qualquer tempo (art. 23, § 6º, da CF anterior e art. 178 do CTN).

Precedentes do C. STF.

Recurso conhecido e provido” (fls. 305).

Como é de ver, do confronto das decisões colacionadas, restou configurada a divergência entre as Turmas de Direito Público deste colendo Tribunal, razão pela qual admiti os presentes embargos (folha 316).

Transcorrido *in albis* o prazo para impugnação dos embargos, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Consoante ressaltado no relatório, cuida-se de embargos opostos pela FAZENDA DE SÃO PAULO, em que são confrontados acórdãos das egrégias Primeira e Segunda Turmas, cujo cerne da questão discutida consiste em saber se persiste o entendimento firmado pela egrégia Segunda Turma, no sentido de que é impossível a revogação da isenção do ICM, prevista no Convênio ICM-9/75, por convênio posterior à concessão do benefício fiscal, quando se trate do projeto de interesse nacional, ou se, conforme assente pela Colenda Primeira Turma, há de prevalecer a interpretação, consoante a qual, na espécie, se a referida isenção não foi concedida por prazo certo e nem sob condições, poderá ser revogada a qualquer tempo.

Estou em que, nos casos como o da espécie, a revogação da isenção concedida é legal.

A isenção de tributo, salvo se concedida por prazo certo, pode ser

revogada, unilateralmente e ao alvedrio da Fazenda concedente.

Esse o entendimento que manifestei, ao examinar vários casos semelhantes, não vislumbrando nenhuma razão para justificar a alteração de tal convencimento. Tenho, para mim, que a melhor interpretação, para a matéria posta em discussão, é aquela ditada pela egrégia Primeira Turma. Peço vênias, pois, para transcrever como razão de decidir, excertos do voto proferido no REsp nº 32.363-4/SP, que têm a seguinte dicção:

“É entendimento assente na doutrina, como na jurisprudência, que a *isenção*, a não ser que tenha sido concedida por prazo certo, pode ser revogada, unilateralmente e ao alvedrio da Fazenda concedente. Acerca desse entendimento, esclarece o tributarista **Fábio Fanucchi**:

“A isenção, situada no campo da incidência e só não levando a relação a seu objetivo final e normal (o pagamento) porque o legislador, excepcionalmente, achou não conveniente a cobrança do Tributo, desaparece por simples movimento legislativo capaz de removê-la. Para que ela desapareça basta que o legislador lhe tenha fixado prazo de duração na própria lei concessiva, ou que ele, em outra lei, registre simplesmente: fica revogado tal isenção. Desaparecida a isenção, na lei serão encontrados todos os elementos capazes de levar à conclusão

de haver uma incidência a considerar” (Curso de Direito Tributário Brasileiro, volume 1º, página 102).

Neste mesmo sentido tem-se inclinado a jurisprudência, como se observa de escólio assente no Tribunal de Minas Gerais, ao proclamar: “mesmo que a isenção criada pelos convênios 9/75 e 11/81 tenha prazo de vigência, nada obsta a que este prazo fosse revogado pela Resolução nº 24/81, mediante regras novas. As Resoluções anteriores não poderiam estabelecer isenções para operações futuras e aleatórias, porque podiam ou não ser realizadas. Mesmo na esfera das leis, a irretroatividade não impede que se cassem os efeitos futuros, não protegidos pelo direito adquirido e de operações que se realizassem após a revogação da norma isencionista”.

Como bem afiançou o Dr. Subprocurador-Geral da República, em judicioso parecer, “a incidência imediata das disposições do Convênio ICM 24/81 (atingindo vendas feitas posteriormente ao registro do projeto), alterando o Convênio 9/75, já teve sua legalidade reconhecida pela Egrégia Suprema Corte de Justiça, em decisórios recentíssimos e por sua composição plenária”, que proclamou:

“ICM. Isenção prevista para a saída das máquinas e equipamentos adquiridos para projetos de obra de interesse público, em

execução. Convênios 9/75 e 11/81. Revogação dessa isenção. Ao terminar o julgamento do RE nº 113.149, o Plenário desta Corte dirimiu a controvérsia existente entre suas turmas, decidindo: Quem tem direito à isenção em causa não é o contribuinte de fato, ou seja, o comprador das máquinas e equipamentos nacionais destinados à implementação de projetos que consultem aos interesses do país, mas, sim, o contribuinte de direito, que é o fabricante delas. A este não se exige que assuma qualquer obrigação em contrapartida da isenção, nem lhe é concedida por prazo determinado. Portanto, essa isenção, por não ser condicionada, nem a termo, para o seu titular, pode ser revogada a qualquer tempo, inexistente direito adquirido a ela” (RE-119.223-2-SP, DJU de 9/2/89, pág. 575).

Vale, ainda, como arremate, transcrever as conclusões do Ministério Público Federal, nesta instância, pela sua lucidez e juridicidade: “como se vê das transcrições acima, os Convênios têm em comum a inexistência: a) de qualquer prazo ou termo vinculando o Estado; b) de condicionamento ou contraprestação para os interessados ou o Estado na obtenção ou fruição da vantagem. Constitui, assim, simples unilateralidade do Estado sem nada exigir em troca dos beneficiários e, como tal, revogável em qualquer tempo.”

O meu posicionamento, portanto, é em consonância com a jurisprudência da egrégia Primeira Turma, **data venia** dos que, dela, possam discordar, isto é, no sentido de que a isenção de que trata o convênio ICM-9/75, pode ser revogada pelos convênios posteriores. Recebo, pois, os embargos.

É como voto.

### VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, louvar-me-ei do Relatório do Eminente Ministro-Relator dizendo que o meu entendimento pessoal é no sentido do acórdão trazido a confronto, ou seja: o benefício é irrevogável. No entanto, reconheço que a Egrégia Seção já decidiu em mais de uma vez em sentido contrário e, por isso, ressaltando o meu ponto de vista, acompanho o Eminente Ministro-Relator.

### VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Sr. Presidente, parece-me que somente uma vez a egrégia Primeira Seção decidiu sobre a matéria ora posta e foi nos Embargos de Divergência nº 10.827-0-SP, em que foi relator o eminente Ministro Garcia Vieira e, nessa oportunidade, estavam ausentes os eminentes Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus, votando contra a tese acolhida agora pelo eminente Ministro-Relator, os eminentes Ministros

Hélio Mosimann e Gomes de Barros. Mas parece-me ser esta a primeira vez que a Seção analisa esta problemática com a presença de todos os seus integrantes. Faço tais observações apenas porque o eminente Ministro Gomes de Barros disse ter havido vários precedentes.

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

### VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, no caso, segundo bem demonstrou o ilustre Ministro-Relator, o dissídio pretoriano acha-se configurado, enquanto a Primeira Turma sustenta possibilidade de revogação do benefício fiscal questionado por convênios posteriores, a Segunda Turma tem posição exatamente contrária, isto é, no sentido da impossibilidade da revogação do benefício. Quanto ao mérito, quero relatar que desde que ingressei na Segunda Turma sempre votei no sentido da jurisprudência que então ali prevalecia.

Esta jurisprudência se assentou em vários precedentes, um dos quais consubstancia a decisão embargada, de lavra do Ilustre Ministro Américo Luz. Verifico que, dentre os fundamentos constantes do seu brilhante voto, há invocação de precedente da Segunda Turma do Excelso Pretório, proferido no Recurso Extraordinário 111.638, Rio de Janeiro, do qual foi relator o Emi-

nente Ministro Carlos Madeira. Precedente esse considerado como *leading case*. Acontece que posteriormente, como foi ressaltado da tribuna, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou posição contrária, e o fez por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 113.149, do qual foi relator o Eminentíssimo Ministro Moreira Alves. A ementa deste último julgado foi assim redigida:

“ICM. Isenção prevista para saída das máquinas e equipamentos adquiridos para projeto de obra de interesse público; execução. Convênios 9-75, 11-81 e 24-81. Revogação desta isenção.”

Ao terminar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 113.149, o plenário dirimiu a controvérsia existente entre suas Turmas, aduzindo:

“Quem tem direito à isenção em causa não é o contribuinte de fato, ou seja, comprador das máquinas e equipamentos nacionais destinados à implementação de projetos que consultem os interesses do País, mas sim o contribuinte de direito que é o fabricante deles; a esse não se exige que assuma qualquer obrigação em contrapartida da isenção, nem lhe é ela concedida por prazo determinado. Portanto, essa isenção, por não ser condicionada nem a termo para o seu titular pode ser revogada a qualquer tempo, inexistente direito adquirido a ela.”

Neste contexto refleti sobre a matéria e o fiz inclusive na anterior assembléa quando presidi a sessão em substituição ao Eminentíssimo Ministro Américo Luz. Naquela oportunidade, esta Seção julgou os Embargos no Recurso Especial nº 10.827-0-SP, ou melhor dizendo, completou o julgamento desses embargos e, ao fazê-lo, prevaleceu a tese ora susentada pelo Ilustre Relator.

Com base nos dados aqui expostos, cheguei à conclusão de que a melhor solução é a adotada pela Egrégia Primeira Turma. Por isso, neste ensejo, tendo em conta o precedente desta Seção, peço vênias para retificar a orientação que vinha seguindo na Segunda Turma, para acompanhar o Ilustre Relator.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. A exemplo do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, desde quando passei a integrar a Segunda Turma deste Tribunal, tenho votado no sentido da irrevogabilidade da isenção. Entretanto, apreciando agora os debates, chego à mesma conclusão que chegou o Eminentíssimo Ministro Pádua Ribeiro para reformular o meu ponto de vista e acompanhar, assim, o Eminentíssimo Ministro-Relator, que sustenta a tese da Primeira Turma, de que o convênio pode ser revogado.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente: na Egrégia Primeira Turma sempre defendi o ponto de vista agora defendido pelo Eminentíssimo Ministro-Relator e dos que votaram com S. Exa.

Por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 10.827-0-SP, do qual fui Relator, esta E. Seção firmou entendimento no mesmo sentido e, naquela oportunidade, em meu voto fiz um levantamento não só da Jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça como do Supremo Tribunal Federal — inclusive, citando vários precedentes no mesmo sentido do voto do Eminentíssimo Ministro-Relator.

Farei juntada do meu voto no recurso supracitado, que teve início de julgamento no dia 08.06.93 e conclusão em 28.09.93.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

## ANEXO

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA  
EM RECURSO ESPECIAL  
Nº 10.827-0 — SP

(Registro nº 93.0004791-4)

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Pelo Convênio ICM nº 09, de 15/04/75, os estados signatários concordaram em “conceder isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) nas saídas de

máquinas e equipamentos nacionais, promovidas no mercado interno pelos respectivos fabricantes...”, se estas máquinas e equipamentos se destinassem “à implementação de projetos que consultem ao interesse nacional”. O Convênio ICM nº 11/81 revogou do item I, da Cláusula primeira do Convênio ICM nº 09/75 a expressão: “... ou advindas de financiamentos de programas governamentais de crédito ou ainda provenientes de recursos próprios do investidor quando resultante de lucros não atribuídos, chamada de capital ou incorporação de reservas voluntárias” e, também, o seu parágrafo primeiro.

O Convênio ICM nº 24, de 10/12/81, que revogou as cláusulas terceira e quarta do Convênio ICM nº 09/75, estabeleceu em sua cláusula primeira que:

“As alterações introduzidas no Convênio ICM nº 09, de 15 de abril de 1975, pelo Convênio ICM nº 11/81, de 23 de outubro de 1981, não se aplicam aos fornecimentos contratados até 31 de dezembro de 1981”. Nesta data, 31/12/81, exauriu-se a eficácia do Convênio ICM nº 09/75 e a impetrante pretende obter, com base nele isenção nas saídas de máquinas e equipamentos, promovidas vários anos depois de 31 de dezembro de 1981 e de sua revogação pelo Convênio ICM nº 26/83.

Embora o Convênio ICM nº 09/75 tenha assegurado a isenção por prazo indeterminado, ela valeu apenas até 31/12/81, data em que ele perdeu a eficácia.

Na espécie, a isenção que não foi concedida por prazo certo e nem sob condições e podia ser revogada a qualquer tempo (artigo 23, parágrafo 6º da Constituição Federal anterior e artigo 178 do CTN). A isenção concedida por um Convênio (09/75), pode, perfeitamente, ser revogada por outro convênio. Não existe a nosso ver, direito adquirido à referida isenção porque se trata de isenção pura e simples, sem prazo certo, sem condição onerosa e a impetrante sequer provou que as máquinas e equipamentos nacionais, adquiridas vários anos depois da revogação do Convênio nº 09/75, se destinam mesmo a seu projeto e qual seria o prazo para a conclusão deste. É lógico que não se pode pretender a isenção eternamente e autorização para aquisição de máquinas e equipamentos, sem se fixar um prazo limite.

Frise-se ainda que quem poderia ter direito à isenção, no caso, seria o contribuinte de direito, o fabricante das máquinas e equipamentos nacionais a serem utilizados no projeto e, em relação a este, a isenção não é condicionada e nem é concedida por prazo certo.

A questão é muito conhecida desta Egrégia Corte e já o era do Colendo Supremo Tribunal Federal. No Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais nºs 537-SP, DJ de 13/11/89; 686-SP, DJ de 30/10/89; 1.841-SP, DJ de 16/04/90; 2.356-SP; 10.827-0-SP DJ de 30/11/92; 30.243-6-SP, DJ de 22/03/93; 388-SP, DJ de 22/04/91; 14.790-SP, DJ de 16/03/92; 13.067-SP, DJ de 16/12/91;

12.382-SP, DJ de 23/09/91; 615-SP, DJ de 05/08/91; 494-SP, DJ de 08/04/91; 7.070-SP, DJ de 29/04/91 e 3.762-RJ, DJ de 25/03/91, entendeu que a isenção concedida a projeto de interesse nacional sob condição e por prazo certo, não se pode ser revogada por Convênio posterior. Mas, no caso, como vimos, quem teria direito à isenção seria o contribuinte de direito (fabricante das máquinas) e não o contribuinte de fato (a impetrante) e ninguém, nem mesmo a impetrante, sustenta que a isenção concedida ao primeiro foi condicionada e por prazo certo.

Esta Egrégia Corte, nos Recursos Especiais nºs 22.665-3-SP, DJ de 03/08/92; 802-RJ, DJ de 06/11/89; 20.700-2-SP, julgado no dia 29/04/92; 15.718-SP, DJ de 06/04/92 entendeu ser revogável a isenção.

Nossa Corte Maior, nos Recursos Extraordinários nºs 105.486-7-MG, Relator Eminentíssimo Ministro Oscar Correa, DJ de 30/08/85 e 104.504-3-MG, Relator Eminentíssimo Ministro Octávio Gallotti, julgamento de 06/09/85, já entendia que a isenção prevista no Convênio nº 09/75 é isenção pura e simples, sem ônus ou contraprestação e foi revogada pelo Convênio nº 24/81. A ementa do primeiro foi a seguinte:

“ICM — Isenção prevista no Convênio nº 09/75 e revogada em convênio posterior — 24/81 — na vigência do qual se verifica a saída de máquinas e equipamentos adquiridos.

Isenção pura e simples, sem ônus ou contraprestação.

Incidência imediata e revogabilidade admitida.

Recurso Extraordinário conhecido e provido”.

Na decisão plenária, nos Recursos Extraordinários 113.149 e 119.223-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, DJ de 09/02/90, a Excelsa Corte firmou o entendimento de que referida isenção pode ser revogada.

A ementa deste último acórdão foi a seguinte:

“ICM — Isenção prevista para a saída das máquinas e equipamentos adquiridos para projeto de obra de interesse público, em execução.

Convênios nºs 09/75, 11/81 e 24/81. Revogação dessa isenção.

— Ao terminar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 113.149, o plenário desta Corte dirimiu a controvérsia existente entre suas Turmas, decidindo: “quem tem direito à isenção em causa, não é o “contribuinte de fato”, ou seja, o comprador das máquinas e equipamentos nacionais destinados a implementação de projetos que consultem aos interesses do país, mas, sim, o “contribuinte de direito”, que é o fabricante deles. A este não se exige que assumam qualquer obrigação em contrapartida da isenção, nem lhe é ela concedida por

prazo determinado. Portanto, essa isenção, por não ser condicionada, nem a termo, para o seu titular, pode ser revogada a qualquer tempo, inexistente direito adquirido a ela.”

No mesmo sentido são os seguintes precedentes: AGA nº 128.368-RJ, DJ de 09/02/90; RE nº 109.230-MG, DJ de 23/02/90; RE nº 115.443-SP, DJ de 23/02/90, RE nº 117.951-RJ, DJ de 23/02/90; RE nº 116.848-SP, DJ de 20/04/90; RE nº 117.891-RJ, DJ de 20/04/90; RE nº 114.740-SP, DJ de 27/04/90; RE nº 118.995-SP, DJ de 15/06/90; AGA nº 127.794-RJ, DJ de 15/06/90; AGA nº 124.634-SP, DJ de 22/06/90; AGA nº 128.288-SP, DJ de 22/06/90; RE nº 116.585-SP, DJ de 29/06/90; RE nº 117.907-SP, DJ de 31/08/90.

Peço vênias para me filiar à corrente vencedora no Colendo Supremo Tribunal Federal e em vários precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, e continuar sustentando que a isenção no caso, não foi concedida por prazo certo e nem sob condições, e podia ser revogada a qualquer tempo.

Acolho os presentes embargos para que prevaleça o entendimento adotado pela Egrégia Primeira Turma no Recurso Especial nº 20.700-2-SP.”

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, vinha sustentando também, na Segunda

Turma, ponto de vista contrário ao defendido pelo eminente Ministro-Relator. Não vou insistir, até para não ficar na posição de **solus peregrinus**, pelo que antevejo do encaminhamento da votação.

No precedente da Seção, aqui recordado, fiquei vencido, na boa companhia do eminente Ministro Gomes de Barros. Mas, diante daquele pronunciamento e agora desta manifestação, que vai se encaminhando para a unanimidade, e ainda frente à decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, também hoje fico ao lado do Ministro Humberto Gomes de Barros. Ou seja, ressalvo meu ponto de vista, para acompanhar o Ministro-Relator, recebendo os embargos.

### VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, também tenho por configurado o dissídio jurisprudencial.

Quanto ao mérito, em princípio, votava, na Segunda Turma, com a Jurisprudência nela dominante; posteriormente, verifiquei que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inexistência de direito adquirido. Competindo ao Supremo Tribunal Federal a última palavra em matéria constitucional, é evidente que este Tribunal não pode pôr

em dúvida tal declaração, razão por que retifiquei minha posição na Turma e votei divergindo em alguns recursos especiais, cujos números indicoo: REsps 30.540-1-SP, 30.642-9-SP, 32.276-9-RJ, 650-0-RJ e EREsp 10.827-SP e, nesta oportunidade, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

### EXTRATO DA MINUTA

EREsp nº 901-2 — SP — (93.0015991-7) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Embte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: João Saraiva Lima e outros. Embda.: Companhia de Telefones do Brasil Central — CTBC. Advogados: Roberto Muneratti Filho e outros. Usou da palavra o Sr. Dr. Miguel Francisco Urbano Nagib, pelo embargante.

Decisão: A Seção, por unanimidade, recebeu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 26.10.93 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Cesar Rocha, Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL  
Nº 910-1 — SP

(Registro nº 93.0017214-0)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Embargantes: *José Augusto Lopes e cônjuge*

Embargada: *Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metrô*

Advogados: *Drs. Romeu Giora Júnior e outros, e Paulo Paturalski So-  
lano e outros*

**EMENTA:** *Dissídio pretoriano. Orienta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que na ação de desapropriação de imóvel urbano, a imissão provisória na posse, fica condicionada ao depósito integral do valor apurado em avaliação prévia.*

**Embargos de divergência recebidos.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e, por maioria, os receber; vencido o Sr. Ministro Garcia Vieira, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Américo Luz e Milton Luiz Pereira.

Brasília, 07 de dezembro de 1993  
(data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de embargos de divergência manifestados por JOSÉ AUGUSTO LOPES e s/m contra decisão da Egrégia 1ª Turma retratada nesta ementa:

“Administrativo. Desapropriação. Imissão de posse. Depósito prévio (artigo 3º do Decreto-lei nº 1.075, de 1970).

I — O Decreto-lei nº 1.075, de 1970 não alterou a sistemática da declaração de urgência, para efeito da imissão provisória na pos-

se do bem, mediante o depósito do preço oferecido, mas, apenas permitiu que, nos casos mencionados, o valor do depósito inicial possa equivaler à metade do que foi arbitrado.

II — A urgência, para o feito da imissão provisória, ainda que nos casos definidos no Decreto-lei nº 1.075/70, pode ser declarada em qualquer fase da ação expropriatória.

III — O depósito prévio diz respeito à reparação, em razão da perda provisória da posse pelo expropriado. A indenização integralizada, por determinação constitucional, condiz com o direito de propriedade, na oportunidade em que o domínio (e não só a posse provisória) se transmite ao expropriante, com definitividade.

IV — Recurso provido, por maioria.” (fls. 115)

Dizem os embargantes que o v. aresto entrou em testilha com julgados da Colenda 2ª Turma, que condicionou a imissão provisória na posse do imóvel expropriado ao prévio depósito do seu valor fixado em avaliação provisória.

Admitidos os embargos, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo seu improviamento.

É este o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A divergência é irrecusável. Com efeito, a

decisão embargada da Egrégia 1ª Turma admite o depósito dos 50% da avaliação provisória ou da oferta inicial a autorizar a imissão na posse, enquanto os julgados da colenda 2ª Turma só admitem o depósito em sua totalidade. Há cinquent e dois anos os Tribunais interpretam o Decreto-lei nº 3.365/41. Na época de sua promulgação não havia inflação no Brasil. De lá para cá já não se tem memória dos planos para debelar a espiral galopante do processo inflacionário. Admitir a tese sufragada pelos respeitabilíssimos votos do acórdão embargado de que o depósito dos 50% da avaliação provisória ou da oferta inicial são suficientes para autorizar a imissão na posse de imóvel urbano, é não atentar **data venia** para os gravísimos problemas sociais desencadeados por uma indenização irrisória, que não restitui integralmente a indenização prévia e justa do bem desapropriado. Quem de sã consciência venderia o seu barraco ou a sua mansão pelo preço que as Fazendas, autarquias e empresas estatais querem pagar? Obviamente ninguém. Não conheço uma só pessoa que já foi despojada de seu patrimônio que esteja satisfeita com a indenização recebida.

Assim, o acórdão embargado não só diverge dos julgados trazidos à colação, como também dissente da jurisprudência firmada por esta Corte, no EREsp nº 22.604-6 publicado no DJ de 27.09.93, pág. 19.770, de que foi Relator para o acórdão o eminente Ministro Hélio Mosimann.

Pelo exposto, recebo os embargos a fim de que prevaleça a tese dos acórdãos paradigmáticos.

É o meu voto.

### VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente: É verdade que o artigo 182, parágrafo 3º da Constituição diz que “as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”. Com isso, não está inovando em nada, porque o artigo 5º, inciso XXII, diz que “é garantido o direito de propriedade” e no inciso XXIV diz o seguinte: “a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

E já dizia isso a Constituição anterior. Com referência a esta parte, a Constituição atual não inovou. Agora, como o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões, reconheceu a constitucionalidade do Decreto-lei nº 1.075 e do Decreto-lei nº 3.365 e como entendo que, nesta parte, a Constituição atual não inovou em relação à Constituição Federal anterior, cabendo ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra em matéria constitucional, vou continuar mantendo meu entendimento até que a Suprema Corte, por decisão plenária, decida se realmente é ou não inconstitucional o Decreto-lei nº 1.075.

Por isso, Sr. Presidente, apesar de toda a simpatia que tenho pelo en-

tendimento que predominou nesta Egrégia Seção, peço vênica aos Eminentíssimos Colegas para continuar mantendo o mesmo entendimento que venho sustentando na Primeira Turma no sentido de rejeitar os embargos. Farei juntada de cópia do voto.

### ANEXO

“RECURSO ESPECIAL  
Nº 36.505-8 — SP

(Registro nº 93.0018255-2)

### VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Em ações de desapropriação de imóvel urbano, como no caso, **sub judice**, havendo a declaração de urgência, a expropriante pode ser imitada, provisoriamente na posse, mediante depósito de 50% (cinquenta por cento) da avaliação provisória (Decreto-lei nº 1.075/70). Neste sentido os precedentes do TFR nos Mandados de Segurança nº 104.874-SP, DJ de 13/03/86, 103.893-SP, DJ de 08/08/85, 111.487-SP, DJ de 18.12.86, 104.874, julgado no dia 26/11/85, DJ de 13.03.86 e Agravos de Instrumento nºs 51.052-MG, DJ de 26.02.87, 45.820-SP, DJ de 18/10/84. Do Colendo Supremo Tribunal Federal, o RE nº 89.033-PE, RTJ 88/345, com a seguinte ementa:

“Desapropriação. Imissão de posse **initio litis**, em imóvel residencial urbano. O artigo 3º do Decreto-lei nº 1.075/70 não afronta o parágrafo 22 do artigo 153 da Constituição Federal. Recurso Extraordinário provido.”

Por ocasião deste julgamento, salientou o Eminentíssimo Ministro Relator Djaci Falcão:

“É oportuno esclarecer que expropriante, alegando urgência (Decreto-lei nº 1.075/70), requereu ao juiz da ação, imissão provisória na posse do imóvel e, como o expropriado impugnasse o preço oferecido, foi designado perito para estipular o valor provisório do imóvel. Encontrado o valor de Cr\$ 271.824,00, o Juiz determinou a imissão provisória mediante o depósito de metade do preço.

O artigo 3º do Decreto-lei nº 1.075, de 22/01/70, assim dispõe:

“Artigo 3º — Quando o valor arbitrado for superior à oferta, o Juiz só autorizará a imissão provisória na posse do imóvel, se o expropriante complementar o depósito para que este atinja a metade do valor arbitrado.”

Entendeu, por maioria de votos, o Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco, que a citada regra viola o princípio segundo o qual “É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro...” (parágrafo 22, do artigo 153, da Constituição Federal).

Dá-se a imissão provisória quando o expropriante alega urgência e deposita a quantia arbitrada, nos termos previstos no artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/41.

Outrossim, com o Decreto-lei nº 1.075, de 22/01/70, que regula a imissão de posse, *in itinere*, em imóveis residenciais urbanos, ficou estabelecido que o expropriante, alegando urgência pode imitir-se provisoriamente na posse do bem, mediante o depósito do preço oferecido, se este não for impugnado pelo expropriado em cinco dias de intimação da oferta” (artigo 1º).

Em caso de impugnação o Juiz poderá se valer de perito avaliador (artigo 2º, e seu parágrafo único). Segue-se, então, a regra do artigo 3º, segundo a qual quando o valor arbitrado for superior à oferta, o Juiz autoriza a imissão provisória, “se o expropriante complementar o depósito para que este atinja a metade do valor arbitrado”.

É de se considerar que aí o valor depositado não é definitivo, ficando sujeito a revisão no curso da ação expropriatória, assim, como não se opera a transferência do domínio com a imissão provisória na posse do bem.

Como acerto pondera o Dr. Moacir Machado:

“4. O que o artigo 153, parágrafo 22, da Constituição Federal assegura é o direito de propriedade, não a posse direta. A garantia de prévia e justa indenização se refere àquele direito. No processo desapropriatório, o domínio só se transfere após pagamento integral da indenização fixada.

O valor arbitrado, a que se refere o artigo 3º do Decreto-lei nº 1.075/70, não corresponde à indenização prévia e justa prescrita no preceito constitucional, de forma que o depósito pelo expropriante, integral ou parcial, em nada altera a questão jurídica suscitada pela decisão recorrida.” (fls. 151)

Desse modo, não tem razão o aresto recorrido quando afirma que o artigo 3º do Decreto-lei nº 1.075/70, afronta o parágrafo 22, do artigo 153, da Constituição.”

Se a expropriante não pode, arbitrariamente, depositar quantia meramente simbólica para obter a imissão provisória na posse do imóvel urbano expropriado, esta não lhe deve ser negada, se foi cumprido o disposto na referida norma legal. É claro, que a justa e prévia indenização só será efetivada com a imissão definitiva e não com a provisória e a transferência do imóvel à expropriante somente depois do pagamento integral do valor fixado e não do depósito prévio. Neste sentido vem decidindo esta Egrégia Corte, por ambas as Turmas da Egrégia 1ª Seção, bastando citar o Recurso em Mandado de Segurança nº 242-0-SP, julgado pela Primeira Turma no dia 19 de agosto de 1992, do qual fui Relator, os Recursos Especiais nºs 12.267-SP, julgamento de 11/09/91, 15.215-SP, julgamento de 04/12/91, 12.412-SP, DJ de 16/10/91, 19.044-SP, DJ de 13/04/92, 18.960-SP, DJ de 13/04/92, 21.576-

SP, DJ de 03/08/92, também da Egrégia Primeira Turma, dos quais fui Relator, Recurso Especial nº 24.104-SP, DJ de 07/12/92, da Primeira Turma, Relator Eminentíssimo Ministro Demócrito Reinaldo e Recurso Especial nº 15.733-SP, DJ de 03/08/92, da Egrégia Segunda Turma, Relator Eminentíssimo Ministro Américo Luz.

A Excelsa Corte, em centenas de precedentes, já decidiu pela constitucionalidade do artigo 3º do Decreto-lei nº 1.075, de 22 de dezembro de 1970 e não vejo nenhuma diferença, neste particular entre o disposto no artigo 153, parágrafo 22 da Constituição Federal anterior e no artigo 5º, item XXIV da Constituição de 1988. Em ambos é autorizada a desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Depois, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial decretar a inconstitucionalidade de norma legal. Isto só poderia ser feito pela Excelsa Corte, em Recurso Extraordinário.

Conheço do recurso por negativa de vigência ao artigo 15, **caput** da Lei nº 3.365/41 e dou-lhe provimento.

## VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, não tenho acompanhado a turma no que diz respeito à não-recepção do § 1º e incisos do art. 15 do Decreto-lei 3.365, isto porque entendo que a

Constituição atual nada inovou em relação a justo preço e pagamento prévio; manteve as mesmas disposições das Constituições passadas, o que não significa dizer que, forçosamente, tenha o juiz que aplicar o disposto no § 1º, porque vale a regra do art. 15. O que o § 1º declara é que o juiz poderá determinar a imissão provisória na posse naquelas condições. E, nos tempos bichudos que vimos atravessando, de inflação altíssima, não se justifica não determine o juiz que se faça a avaliação. Mas não concordo quanto a não recepção dos dispositivos pela Constituição vigente.

No que diz respeito, porém, à imissão de posse em imóveis residenciais urbanos, disciplinada pelo Decreto-lei nº 1.075, entendo que os arts. 3º, 4º e parágrafo único do 5º não teriam sido recepcionados, porque consagram regras extravagantes, qual a de estabelecer, por exemplo, o pagamento de metade do preço, ou de admitir-se — ainda que nos seus considerandos se diga que o interesse, no caso, é de manutenção do imóvel, para abrigar-se a família — que se pague indenizações inferiores aos da avaliação que ele obriga, razão por que, com relação a esses dispositivos, entendo não recepcionados. Até porque, disse no voto, hoje estamos vivendo sob a égide de lei que consagra o bem imóvel único como bem de família, para não permitir que se proceda à execução sobre ele.

Com essas considerações, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

## VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, tenho voto a propósito e juntarei cópia dele.

Acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator.

## ANEXO

### “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL Nº 20.788-0 — SP

## VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Peço vênias para divergir do E. Ministro Demócrito Reinaldo. Parece-me ser lícito ao Estado imitar-se provisoriamente na posse de determinado bem. Este fenômeno, em Direito Administrativo, chama-se requisição.

Provisório é o atributo daquilo que existe temporariamente, com o destino de se deixar suceder por algo definitivo.

Imissão provisória existe, quando — por exemplo — o Estado toma posse de determinado terreno, para utilizá-lo como canteiro de uma obra vizinha e devolvê-lo, após.

Na hipótese destes autos, o fenômeno é diferente: a imissão pretendida reveste-se de caráter definitivo.

Não se trata de simples imissão de posse. Cuida-se de esvaziar a propriedade, retirando-lhe todo o substrato.

O argumento de que a imissão provisória atinge a posse, não a propriedade, é improcedente.

A Constituição protege a propriedade como um bem vida, uma fonte de utilidade; não um simples título registrado.

O preceito constitucional, quando condiciona o pagamento a prévia e justa indenização, tem como escopo tornar possível ao expropriado a reconstituição de seu patrimônio.

Ora, quem é expulso de sua casa, tem sua propriedade esvaziada naquilo que ela tem de interessante: o **ius utendi et fruendi**.

A se cumprir o preceito constitucional, antes da expulsão, o expropriado deveria receber dinheiro suficiente para adquirir utilidade equivalente àquela que o Estado lhe está tomando.

A propriedade tem destinação social. Ela deve sucumbir ao primado do interesse público e da necessidade social.

No entanto, esta submissão observa regras inscritas na Constituição. Elas têm como sede, um princípio: o da prévia e justa indenização.

Isto significa: o Estado somente revogará a propriedade, após entregar ao dono, numerário correspondente a seu justo valor econômico.

Coerente com estes princípios, o Decreto-Lei nº 1.075/70, não cogita de imissão definitiva. Trata apenas do ingresso provisório.

Para se valer dos permissivos contidos naquele diploma, o expropriante haverá de fazer demonstração de que seu ingresso no bem expropriando não é definitivo, mas provisório.

Permitir imissão definitiva do expropriante, sem pagamento integral do valor atribuído ao imóvel, em avaliação especial é dar ao DL nº 3.365/41 e ao DL nº 1.075/70, interpretação que os torna inconstitucionais.

**Data venia** do E. Relator, rejeito os embargos.”

## VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, vinha votando tal qual o eminente Ministro Garcia Vieira, mas, a partir do julgamento dos Embargos de Divergência nº 20.788-0-SP, no qual fui vencido, passei a adotar o entendimento da Seção.

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

EREsp nº 910-1 — SP — (93.0017214-0) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus. Embtes.: José Augusto Lopes e cônjuge. Advogados: Romeu Giora Júnior e outros. Embda.: Companhia do Metropolitan de São Paulo — Metrô. Advogados: Paulo Faturalski Solano e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e, por maioria, os recebeu; vencido o Sr. Ministro Garcia Vieira (em 07.12.93 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Américo Luz e Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

---

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL  
Nº 979-0 — SP

(Registro nº 91.0021589-9)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Embargante: *Inducon do Brasil Capacitores S/A*

Embargada: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Hamilton Dias de Souza e outros, e Maria Cecília Cândido dos Santos e outros*

**EMENTA:** Não se conhece de embargos de divergência, quando os julgados apontados discordantes não estão autenticados, e nem se demonstrou que os padrões fossem oriundos de casos nas mesmas circunstâncias específicas.

**Embargos de divergência não conhecidos.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer dos embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Hélio Mosimann,

Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de embargos de divergência manifestado por INDUCON DO BRASIL CAPACITORES S/A contra decisão da Egrégia 1ª Turma consubstanciada nesta ementa:

“ICM — Crédito — Matéria-prima isenta.

Se o recorrente não comprovou o pagamento do ICM na saída da mercadoria a presunção é a de que transferiu tal encargo ao contribuinte de fato sendo, portanto, inviável o direito de crédito, sob pena de se dar guarida ao enriquecimento ilícito.

Recurso provido.” (fls. 1.157)

Diz a embargante em resumo, que a Colenda 1ª Turma ao decidir no caso concreto que é necessária a prova de que não houve repercussão do imposto ao contribuinte de fato, divergiu da orientação firmada por esta Corte nos julgados que indica.

Foram os embargos admitidos e impugnados.

É este o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Nos termos do § 1º do artigo 266 do RI/STJ, a divergência indicada deverá ser

comprovada na forma do disposto no Art. 255, §§ 1º e 2º do Regimento. Sucede que, os julgados colacionados pela embargante às fls. 1.180/1.206 não vieram autenticados e nem se demonstrou que os padrões fossem oriundos de casos nas mesmas circunstâncias específicas, tudo sem as cautelas regimentais.

Pelo exposto, e preliminarmente, não conheço dos embargos.

É o meu voto.

## EXTRATO DA MINUTA

EREsp nº 979-0 — SP — (91.0021589-9) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus. Embte.: Induccon do Brasil Capacitores S/A. Advogados: Hamilton Dias de Souza e outros. Embda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Maria Cecília Cândido dos Santos e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu dos embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 07.12.93 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.