

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO EDRESP Nº 4.329-0 — SP
(Registro nº 90.07426-6)

Relator: *O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira*

Embargante: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Embargada: *COSNAL — Administração de Restaurantes Indl. Ltda.*

Procuradores: *Drs. Miguel Francisco Urbano Nagib e outros*

Advogados: *Drs. Ilídio Benites de Oliveira Alves e outro*

EMENTA: Processual Civil — Embargos Declaratórios — Omissão — Efeito modificativo excepcional — Arts. 130, 330, I, e 535, CPC.

2. Inequívoca demonstração de que o julgado ancorou-se em fundamentação estranha aos limites objetivos da fundamentação esposada no Recurso Especial, omitindo-se no exame da questão fulcral colacionada pela parte recorrente.

2. O julgamento antecipado da lide não implica em cerceamento de defesa quando o Juiz justifica os aspectos decisivos da causa, no exercício de prudente discricção, suficientemente embasado no seu convencimento (art. 330, I, CPC).

3. Demonstrada a flagrante omissão, no caso, sob o timbre da excepcionalidade, os embargos são acolhidos com efeito modificativo, homenageando-se o princípio da utilidade do processo.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher 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, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de fevereiro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro MILTON PEREIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): A Primeira Turma desta Corte rejeitou, por unanimidade, Embargos de Declaração opostos no Recurso Especial nº 4.329-0-SP, em acórdão assim ementado:

“Processo Civil — Embargos Declaratórios — Tributário — ICM — Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

A clareza do voto condutor, sem contradição entre as suas premissas e conclusão, indicando a jurisprudência predominante, facilitando a compreensão dos seus fundamentos, com notada ausência das hipóteses do art. 535, CPC, não abona provimento dos embargos declaratórios” (fl. 202).

Contra esta decisão o Estado de São Paulo opôs Embargos de Declaração argumentando que, nos Embargos Declaratórios opostos ao acórdão que negou provimento ao Recurso Especial, apontou o erro material “em que incidira a Primeira Turma ao julgar a causa como se se tratasse de questão relativa à incidência de ICM sobre operações de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em bares, restaurantes e estabelecimentos similares”, quando o inconformismo dizia respeito “à necessidade de realização de prova pericial para apuração do direito invocado pela autora”.

Ressaltou o Embargante que o erro material se transformou em violação ao art. 105, inciso III, da Constituição Federal.

Por fim, afirmou:

“Em resumo, o recurso interposto pelo Estado de São Paulo contra uma decisão interlocutória — a que determinou a baixa dos autos para a realização da prova pericial — serviu de pretexto para que a E. Primeira Turma proferisse uma decisão terminativa, conhecendo originariamente do *meritum causae*, suprimindo instâncias e piorando a situação processual do recorrente, em afronta igualmente manifesta ao princípio que veda a *reformatio in pejus*” (fls. 206/207).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil — Embargos Declaratórios — Omissão — Efeito modificativo excepcional — Arts. 130, 330, I e 535, CPC.

1. Inequívoca demonstração de que o julgado ancorou-se em fundamentação estranha aos limites objetivos da fundamentação esposada no Recurso Especial, omitindo-se no exame da questão fulcral colacionada pela parte recorrente.

2. O julgamento antecipado da lide não implica em cerceamento de defesa quando o Juiz justifica os aspectos decisivos da causa, no exercício de prudente discricão, suficientemente embasado no seu convencimento (art. 330, I, CPC).

3. Demonstrada a flagrante omissão, no caso, sob o timbre da excepcionalidade, os embargos são acolhidos com efeito modificativo, homenageando-se o princípio da utilidade do processo.

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): O acórdão desafiado tem a seguinte **ementa**:

“Processual Civil — Embargos Declaratórios — Tributário — ICM — fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

A clareza do voto condutor, sem contradição entre as suas premissas e conclusão, indicando a jurisprudência predominante, facilitando a compreensão dos seus fundamentos, com notada ausência do art. 535, CPC, não abona provimento dos embargos declaratórios”.

Antecipando ao julgado espelhado nessa ementa, colhe-se que, na primeira instância, julgada improcedente a ação, a parte Autora apelou,

“... para anular a r. sentença proferida às fls. 108/117, por ter cometido cerceamento de defesa contra a apelante, e determinar a realização de prova pericial, consagrando o princípio da ampla defesa, assegurando, assim, a aplicação do artigo 331, I, do Código de Processo Civil, violado pela r. sentença recorrida, por ser medida que atende aos preceitos de direito e da Justiça” (fl. 126).

O Egrégio Tribunal *a quo* proveu o apelo, assim:

“O recurso é provido.

A perícia, pela qual houve protesto na inicial, é de rigor. Somente a prova de fato poderá evidenciar se a autora exerce a mercancia de refeições, previamente confeccionadas. Ou se explora a atividade de restaurantes e congêneros; ou se, finalmente, é mera prestadora de serviços operacionais em refeitórios de empresas particulares.

Nessas circunstâncias, anulada a r. sentença recorrida, o processo deverá ser reencetado com o saneamento e a produção de provas, pelas quais houve protesto” (fls. 144/145).

Contra esse v. acórdão, pela Fazenda Estadual, foi lançado Recurso Especial, alegando:

“... o julgamento por eles prolatado no v. acórdão de fls. 144/145 negou vigência aos arts. 130, 330, inciso I e 334, inciso I, do Código de Processo Civil...”.

Assim sendo, diante do exposto, confia a Recorrente seja conhecido e provido, o presente Recurso Especial, para o fim de, restabelecendo a correta interpretação dos dispositivos infraconstitucionais invocados, ser modificado o v. acórdão recorrido, revigorando-se a r. sentença de primeiro grau...” (fls. 150 a 154).

Sucedeu que, no julgamento do Recurso Especial, a questão fulcral ficou desconsiderada, esgrimindo-se apenas quanto à legalidade ou não da cobrança, ficando o acórdão assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. ICM. BASE DE CÁLCULO. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS EM BARES, RESTAURANTES E ESTABELECIMENTOS SIMILARES. DECRETO-LEI 406/68. ART. 97, I E IV, CTN. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA MUNICIPAL.

1. Impossibilidade do recurso da analogia para se entender como base de cálculo como para a incidência a equiparação do fornecimento à saída da mercadoria.

2. Repúdio às chamadas “operações mistas” (art. 97, IV, CTN).

3. Sem lei é vedado exigir tributo (arts. 6º, parágrafo único, e 97, I e IV, CTN).

4. Apenas a Lei Complementar pode excluir da competência municipal o tipo de serviço, então, favorecendo a base de cálculo pelo **total de operações** (art. 156, IV, CF).

5. Recurso improvido” (fl. 190).

Diante da omissão, a Fazenda interpôs embargos declaratórios, rejeitados cônsono o acórdão (fl. 202), causando estes, para que a Turma se pronuncie acerca dos temas propostos (fls. 204/207).

Com efeito, na viseira dessa análise, desbordados os precisos limites objetivos do interposto e admitido Recurso Especial, inafastável a conclusão de que houve a apontada omissão, consubstanciando a negativa de prestação jurisdicional regularmente pedida e processada na via recursal adequada.

Desse modo, conquanto existam divergências na doutrina e jurisprudência a respeito de maior amplitude no alcance dos embargos, quando o acórdão embargado evidencia manifesto equívoco, com temperamentos, tem sido admitido o efeito modificativo. É o caso. Além disso, a omissão foi reiterada no acórdão ora embargado.

Por isso tudo, entendo que, no caso, a omissão pode ser suprida, excepcionalmente, alterando a conclusão do julgamento viciado.

Por tudo isso, verificado que, equivocadamente, o julgamento ancorou-se em fundamentação estranha às específicas razões do Recurso Especial, compreendendo que o processo deve ser útil e não entrave à solução do litígio (deve caminhar para frente e não para trás), sob pena de sustentar-se engano prejudicial forçando penosos recursos, parece-me conveniente e possível a modificação desejada.

Delineada essa solução de abertura, para a conclusão, novamente, trago à colação que, na instância ordinária de origem, a ação foi julgada

no estado da lide, ensejando a apelação, à sua vez, provida; conclusivamente:

“... anulada a r. sentença recorrida, o processo deverá ser reencetado com o saneamento e a produção de provas, pelas quais houve protesto” (fl. 145).

A parla de Recurso Especial (art. 105, III, *a* e *c*, CF), formulado pela Fazenda Estadual, teria ocorrido negativa de vigência de lei federal, arrazoando:

“Entendeu a E. 12ª Câmara Civil do C. Tribunal de Justiça de São Paulo que somente a prova de fato poderia evidenciar a atividade da autora, sendo a perícia de rigor.

Data venia, tal entendimento é equivocado e merece ser reformado, conforme a Recorrente passa a justificar.

O MM. Juiz de primeira instância julgou o feito no estado em que este se encontrava, porque entendeu que o processo não comportava outras provas além daquelas existentes (fls. 109). E bem agiu ao assim decidir, pois o contrato de alteração contratual juntado aos autos às fls. 32 deixou claro e patente qual o objeto social da sociedade:

“Art. 2º — Constitui o objeto da sociedade serviço de **fornecimento de refeições industriais** (Cozinha Industrial)” (g. n.).

A própria autora ao apresentar sua réplica às fls. 99/100 apenas juntou cópia de acórdão, não reiterando desejo de realização de prova pericial. Ao contrário requereu textualmente: “... No mais, reiterando-se os termos iniciais, a autora requer a procedência da ação por ser medida de inteira justiça” (fl. 100). Outrossim, a autora não argüiu matéria relevante a ser apurada através de prova, o que também justifica o julgamento antecipado da lide, vez que a matéria era exclusivamente de direito.

Em razão desses fatos, estava o MM. Juiz singular legitimado a proferir sentença, à vista do disposto nos arts. 130, 330, inciso I e 334, inciso I, do CPC, *in verbis*:

“Art. 130 — Caberá ao Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

“Art. 330 — O Juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I — quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

.....
“Art. 334 — Não dependem de prova os fatos:

I — notórios;

.....

É evidente a notoriedade da atividade explorada pela autora, ora Recorrida, qual seja, a de restaurante industrial, conforme bem observado na r. sentença de primeira instância às fls. 109/110:

“

Antes de mais nada, é preciso que fique claro que a Autora, não é um restaurante, mas inicialmente uma distribuidora de produtos para restaurantes, depois transformada em Administradora de Restaurantes Industriais, atividade na qual não fornece mesas, toalhas, talheres ou garçons, como diz na inicial, nem serve mercadorias para consumo imediato no seu próprio estabelecimento (fls. 32). **O próprio contrato de locação de serviços que a autora trouxe a fls. 45/48, desfaz inteiramente a alegação feita na inicial.** Nos restaurantes industriais, como é notório, o sistema de serviço é automático, não há garçons e serviços como nos restaurantes comuns.

.....” (g. n.).

Assim, a *contrario sensu* do art. 145 do CPC, quando a prova do fato **não depender** de conhecimento técnico ou científico, o Juiz **não precisará** ser assistido por perito. Verifica-se, pois, que a realização de prova desnecessária e protelatória é recriminada em nosso Direito, sendo dever das partes e de seus procuradores evitá-la em tais casos (art. 14, inciso IV, do CPC).

Dessa forma, restou configurado que a prova requerida pela autora em sua Apelação de fls. 123/126 era **desnecessária, por notória e evidente** (fls. 32, 45/48) a atividade comercial desempenhada por ela, sendo a prova pericial admitida no v. acórdão recorrido, se realizada, um ato que se mostrará manifestamente protelatório, impertinente e supérfluo, cabendo ao Judiciário o seu afastamento *in limine* (fls. 151/152).

Vejamos. Para decidir conforme o estado do processo, justificou o MM. Juiz:

“Entendo que o processo não comporta outras provas além daquelas que já contém.

Antes de mais nada é preciso que fique claro que a Autora não é um restaurante, mas inicialmente uma distribuidora de produtos para restaurantes, depois transformada em Administradora de Restaurantes Industriais, atividade na qual não fornece mesas, toalhas, talheres ou garçons, como diz na inicial, nem serve mercadorias para consumo imediato no seu próprio estabelecimento (fls. 32). O próprio contrato de locação de serviços que a Autora trouxe a fls. 45/48 desfaz inteiramente a alegação feita na inicial. Nos restaurantes industriais, como é notório, o sistema de serviço é automático, não há garçons e serviços como nos restaurantes comuns.

Toda a questão se resume na circunstância de existir ou não Lei Federal que defina qual o sujeito passivo do imposto no caso das operações desenvolvidas pela Autora.

A Autora à toda evidência, como se lê no contrato que juntou (fls. 45/48), não serve refeições em seu próprio estabelecimento, adquire mercadorias que prepara e serve nos estabelecimentos das firmas-clientes, assim sendo, promove indubitavelmente a saída de mercadorias” (fls. 109/110).

A bem ver, a tratar de questão jurídica iterativamente submetida ao crivo dos Tribunais (nas instâncias ordinárias e nesta), na espécie, aspectos decisivos da causa, estão suficientemente claros para embasar o convencimento do magistrado. Outrossim, no fluxo do de outras, a prova pericial foi proposta sem justificação razoável da sua necessidade de cerceamento:

“A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado” (RE 101.171 — Rel. Min. Francisco Rezek — *in* RTJ, 115/789).

Desse modo, seja por se cuidar de questão descortinada por amplo conhecimento nos Tribunais, predominando a prudente descrição do Magistrado no exame da prova documentária existente nos autos, ante

as circunstâncias especiais do caso concreto, não se perfila ofensa ao princípio do pleno contraditório, devendo ser prestigiada a antecipação do julgamento (art. 330, I, CPC).

À vista dessa conclusão, pelo sulco de toda a exposição, com submissão aos limites objetivos do Recurso Especial proposto pela Fazenda Estadual, no sítio da excepcionalidade, com efeito modificativo do julgado, acolho os embargos para declarar que, no caso, legítimo o julgamento antecipado, sem o alegado cerceamento de defesa (art. 105, *a*, CF).

Conseqüentemente, como o MM. Juiz de primeiro grau adiantou o mérito, enquanto o E. Tribunal *a quo*, anulando a sentença, determinou o reinício do processo “com o saneamento e a produção de provas...” (fl. 145), para não suprimi-la, os autos devem voltar àquela instância, a fim de que, no tocante ao mérito, aprecie como entender de direito.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

EDcl nos EDcl no REsp nº 4.329-0 — SP — (90.07426-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Milton Pereira. Embte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Procs.: Miguel Francisco Urbano Nagib e outros. Embda.: Cosnal — Administração de Restaurantes Indl. Ltda. Advs.: Ilídio Benites de Oliveira Alves e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (em 17.02.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Cesar Rocha, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.