

REVISTA DE SÚMULAS

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA DE SÚMULAS

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 28, ANO 6
ABRIL 2012

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Francisco Falcão

Chefe de Gabinete

Marcos Perdigão Bernardes

Servidores

Andrea Dias de Castro Costa

Eloame Augusti

Gerson Prado da Silva

Jacqueline Neiva de Lima

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Técnico em Secretariado

Fagno Monteiro Amorim

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,

Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8003, Fax (61) 3319-8992

Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça - V. 1 (nov. 2005) -. Brasília: STJ, 2005 -.

Periodicidade: Irregular.

Repositório Oficial de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nome do editor varia: Superior Tribunal de Justiça / Editora Brasília Jurídica, 2005 a 2006, Superior Tribunal de Justiça, 2009 -.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009: <https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.sumulas>

ISSN 2179-782X

1. Direito, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I. Brasil, Superior Tribunal de Justiça (STJ). II. Título.

CDU 340.142(81)(05)

REVISTA DE SÚMULAS

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Ari Pargendler** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer** (*Vice-Presidente*)

Ministro Francisco **Cesar Asfor Rocha** (*Diretor-Geral da ENFAM*)

Ministro **Gilson Langaro Dipp**

Ministra **Eliana Calmon** Alves (*Corregedora Nacional de Justiça*)

Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto (*Diretor da Revista*)

Ministra Fátima **Nancy Andrichi**

Ministra **Laurita** Hilário **Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro José de **Castro Meira**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Humberto** Eustáquio Soares **Martins**

Ministra **Maria Thereza** Rocha **de Assis Moura**

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**

Ministro **Napoleão** Nunes **Maia Filho**

Ministro **Sidnei** Agostinho **Beneti**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og** Nicéas Marques **Fernandes**

Ministro **Luis Felipe** Salomão

Ministro **Mauro** Luiz **Campbell Marques**

Ministro **Benedito** Gonçalves

Ministro **Raul Araújo** Filho

Ministro **Paulo de Tarso** Vieira **Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel** Diniz **Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos** Ferreira

Ministro Ricardo **Villas Bôas** Cueva

Ministro **Sebastião** Alves dos **Reis Júnior**

Ministro **Marco** Aurélio Gastaldi **Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio** Bellizze Oliveira

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º, e 23.



SUMÁRIO

Súmulas

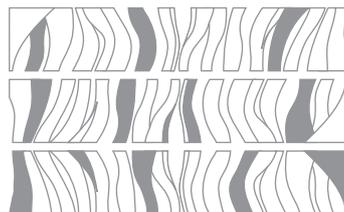
332.....	11
333.....	87
334.....	159
335.....	325
336.....	349
337.....	385

Índice Analítico	449
-------------------------------	------------

Índice Sistemático	455
---------------------------------	------------

Siglas e Abreviaturas.....	461
-----------------------------------	------------

Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça	467
--	------------



Súmula n. 332

SÚMULA N. 332

A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

Referências:

CC/1916, art. 235, III.

CC/2002, art. 1.647, III.

Precedentes:

AgRg no REsp	540.817-DF	(6ª T, 14.02.2006 – DJ 06.03.2006)
REsp	76.399-SP	(6ª T, 02.06.1997 – DJ 23.06.1997)
REsp	94.094-MS	(4ª T, 26.08.1996 – DJ 07.10.1996)
REsp	111.877-RS	(4ª T, 24.08.1999 – DJ 16.11.1999)
REsp	242.293-RJ	(5ª T, 16.05.2000 – DJ 19.06.2000)
REsp	260.465-SP	(5ª T, 08.08.2000 – DJ 04.09.2000)
REsp	265.069-SP	(5ª T, 07.11.2000 – DJ 27.11.2000)
REsp	281.818-SP	(5ª T, 15.05.2001 – DJ 13.08.2001)
REsp	304.179-SP	(6ª T, 07.02.2002 – DJ 19.12.2002)
REsp	329.037-SP	(6ª T, 18.12.2002 – DJ 22.09.2003)
REsp	351.272-SP	(6ª T, 20.11.2001 – DJ 04.02.2002)
REsp	436.017-RS	(4ª T, 05.04.2005 – DJ 30.05.2005)
REsp	525.765-RS	(3ª T, 29.10.2003 – DJ 17.11.2003)
REsp	604.326-SP	(6ª T, 02.03.2004 – DJ 29.03.2004)
REsp	772.419-SP	(5ª T, 16.03.2006 – DJ 24.04.2006)
REsp	832.669-SP	(6ª T, 17.05.2007 – DJ 04.06.2007)
REsp	860.795-RJ	(5ª T, 05.09.2006 – DJ 30.10.2006)

Corte Especial, em 05.03.2008

DJe 13.03.2008 – ed. n. 100

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 540.817-DF
(2003/0071815-0)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Agravante: Aparício Pereira Duarte Filho e outro
Advogado: Paulo Roberto Roque Antônio Khouri e outros
Agravado: Taya Empreendimento e Participações S/A
Advogado: Nixon Fernando Rodrigues

EMENTA

Agravo regimental. Locação. Fiança prestada por pessoa casada sem a anuência do outro cônjuge.

1. Regra geral, é reconhecida a nulidade da fiança prestada por pessoa sem o consentimento do outro cônjuge.
2. Entretanto não se admite venha o marido, em embargos à execução, pugnar pela nulidade do ato que conscientemente praticou, na medida em que tal requerimento cabia à esposa ou algum de seus herdeiros, na hipótese de ser a mesma falecida, nos termos do artigo 239 do Código Civil de 1916.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: *1.* Trata-se de agravo regimental, tirado contra decisão monocrática que, reformando a decisão da Corte de origem, deu provimento a recurso especial manejado pela locadora para reconhecer a ilegitimidade dos fiadores, casados, para requerer, em embargos à execução, a nulidade da fiança por eles prestada sem o consentimento de suas esposas.

Em linhas gerais, sustenta em sua peça recursal que a fiança por eles prestada é nula de pleno direito, visto que preterida solenidade essencial à concretização do ato, na medida em que suas esposas não figuraram no contrato de locação.

Fundamentando seu entendimento na letra dos artigos 145, IV e 235, III, do Código Civil de 1916, bem como em entendimentos doutrinário e jurisprudencial, pugnaram pela reforma da decisão recorrida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): *1.* Sumariando os autos, verifica-se que o cerne da controvérsia resume-se na indagação acerca da validade, ou não, da fiança prestada pelos maridos sem a participação das esposas.

Regra geral, tal tema não mais suscita dúvidas, na medida em que constitui entendimento firme desta Casa que a fiança prestada tão somente por um dos cônjuges sem o consentimento do outro é nula, valendo colacionar, para fins de conferência, dois julgados acerca do tema:

Fiança. Falta de outorga uxória. Nulidade que alcança, inclusive, a meação marital. Precedentes da Corte. I - A fiança prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital. II - O artigo 263, X, do Código Civil, que também fundamentou a decisão recorrida, ao excluir da comunhão a fiança prestada pelo marido, não contradiz a norma do artigo 235, III, do mesmo Código, cuja interpretação, conjugada com o disposto no artigo 239, leva à seguinte conclusão: o marido está proibido de prestar fiança, sem o consentimento da mulher; se o fizer, a mulher pode pleitear a anulação do ato, ainda na constância da sociedade conjugal, com ineficácia total do ato; se a anulação é requerida depois de extinta a sociedade, só a meação da mulher fica

protegida. III - Precedentes da Corte. IV - Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 113.317-MS; Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 26.4.1999 p. 89, REVJUR vol. 261 p. 63, RSTJ vol. 117 p. 336).

Direito Civil. Fiança. Ausência de outorga uxória. Nulidade. Precedentes desta Corte. A fiança prestada sem a outorga uxória não tem eficácia sobre a meação do fiador, pois nula de pleno direito. Precedentes: REsp n. 199.684-RS, n. 113.317-MG, n. 140.482-RS, n. 76.399-SP e n. 94.094-MG. Recurso conhecido e provido (REsp n. 111.877-RS; Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 16.11.1999 p. 213).

Contudo, a conclusão acima descrita somente tem eficácia quando a nulidade é pleiteada pelo cônjuge que não figurou no contrato de locação ou por um de seus herdeiros, na letra do artigo 239 do Código de Civil de 1916, que possui a seguinte redação:

Art. 239. A anulação dos atos do marido praticados sem outorga da mulher, ou seu suprimento do juiz, só poderá ser demandada por ela, ou seus herdeiros (art. 178, § 9º, I, a, e II).

Ora, no caso em tela a situação não fora bem essa, visto que somente em embargos à execução, ou seja, quando já estavam na iminência de sofrer um prejuízo patrimonial é que os agravantes vieram a juízo para requerer a nulidade do ato que praticaram sem o consentimento de suas esposas.

A tese defendida no regimental somente teria sucesso se o contexto acima descrito, de fato, tivesse ocorrido; do contrário, não há falar em provimento do agravo regimental.

Quadra trazer à baila, à guisa de esclarecimento julgado desta Casa, que comprova o quanto fora debatido alhures:

Recurso especial. Fiança. Ausência de outorga uxória. Ineficácia da garantia. De acordo com o art. 235, III, do Código Civil, a fiança prestada pelo cônjuge sem outorga uxória é de total ineficácia, eis que é nulo o ato jurídico quando preterida alguma solenidade considerada essencial pela lei. Na hipótese, ausente o consentimento de um cônjuge, infringida condição essencial à eficácia da fiança. Recurso do recorrente-varão que não se conhece eis que lhe falta legitimidade para requerer nulidade de ato a que deu causa. Recurso conhecido e provido do cônjuge mulher (REsp n. 268.518-SP; Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 19.2.2001 p. 223).

Processo Civil. Antigo rito sumaríssimo. Parceria rural. Possibilidade. Outorga uxória. Fundamento suficiente. Ausência de combate. Súmula n. 283-STF. - O antigo

art. 275, II, **b**, do CPC, também se aplica às parcerias rurais porque as razões que justificam o rito sumaríssimo para a parceria agrícola, também servem à parceria rural. - A legitimidade para nulificar fiança a que falta outorga uxória reserva-se ao cônjuge não outorgante. A hipótese é de nulidade relativa. - É inadmissível recurso especial, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Inteligência da Súmula n. 283-STF (REsp n. 235.356-MT; Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 20.6.2005 p. 263).

2. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.
3. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 76.399-SP (95.0050873-7)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Recorrentes: Sami Mitelmao e cônjuge
Advogado: Antônio Luiz Meirelles Teixeira
Recorrido: Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S/A
Advogados: Vânia Maria B. Oliveira e outro

EMENTA

Locação. Fiança. Falta de outorga uxória. Nulidade que alcança, inclusive, a meação marital. Precedentes da Corte.

1 - A fiança prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital. Precedentes da Corte.

2 - Recurso especial conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Ministros Anselmo Santiago, William Patterson e Vicente Leal. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília (DF), 2 de junho de 1997 (data do julgamento).

Ministro Anselmo Santiago, Presidente

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 23.6.1997

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por *Sami Mitelmão e outro* com fundamento no art. 105, inciso III, letra **a**, da Carta Política, contra acórdão da Oitava Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, proferido em grau de embargos infringentes, assim ementado (fls. 97), *verbis*:

A fiança prestada sem outorga uxória não é ato nulo, mas simplesmente anulável, e somente ao cônjuge prejudicado cabe o direito de postular a sua anulação.

Alegam os recorrentes negativa de vigência ao art. 235, inciso III, do Código Civil e aos arts. 586 e 618 do CPC.

Contra-arrazoado (fls. 109), o recurso cujo processamento foi admitido (fls. 111-112), subiu a esta Corte, vindo-me os autos atribuídos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): A irrisignação dos recorrentes merece acolhida.

Com efeito, o voto vencido que possibilitou a oposição de embargos infringentes está assim fundamentado, *verbis*:

Aqui também, a fiança foi prestada pelo marido, sem outorga uxória. Não há como validar-se o que a lei considera nulo. A jurisprudência colacionada nos embargos e no recurso é no sentido da nulidade.

O que se tem entendido é que a nulidade só pode ser declarada quando reclamada pelo cônjuge que não anuiu. Ora, na espécie dos autos, os embargos com a alegação de nulidade foram interpostos por ambos os cônjuges. No lugar de apenas excluir a meação da mulher, o magistrado deveria ter pronunciado a nulidade.

E não importa que a apelação foi interposta apenas pelo varão. É que a mulher, excluída da execução, poderia ter seu recurso não aceito, por ausência de interesse. A devolutividade da apelação permite que se conheça da matéria invocada nos embargos. (fls. 82-83).

Consoante se depreende da leitura do excerto transcrito, está ele em perfeita harmonia com o entendimento desta Corte sobre a matéria, ou seja, a fiança prestada pelo marido sem outorga uxória é nula de pleno direito e não anulável, alcançando, inclusive a meação marital.

É o que se depreende das ementas a seguir transcritas:

Processo de execução. Embargos. Fiança. Falta de outorga uxória.

- É nula a fiança prestada pelo marido, ainda que omitida a condição de casado, nos termos do art. 235, III, c.c. o art. 145, IV/CC.

- Recurso da mulher conhecido e provido. (REsp n. 99.192-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 2.12.1996, p. 47.707).

Direito Civil. Fiança. Falta de outorga uxória. Nulidade.

1. A fiança prestada pelo marido sem o consentimento da esposa é nula e invalida o ato por inteiro, inclusive a meação marital.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 55.934-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 13.5.1996, p. 15.564).

A doutrina, de igual modo, coerente com o espírito da norma legal (art. 235, III, do Código Civil), não destoa da jurisprudência. Adverte, com efeito, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

Observe-se, todavia, desde logo, que o marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens do casamento, prestar fiança (Cód. Civil, art. 235, n. III); se ele prescindir dessa anuência, nula será a fiança (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2º volume, 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 1965, p. 378).

Ante o exposto, conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 94.094-MS (96.251240)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrente: Mafalda Zanetti Marion
Recorridos: Tancredo Luiz Franca e outros
Advogados: Nelson Rodrigues da Silva
Sebastião Paulo Jose Miranda e outro

EMENTA

Fiança. Outorga uxória. Ineficácia total do ato.

A anulação da fiança, prestada por marido sem outorga uxória, em ação promovida pela mulher durante a constância da sociedade conjugal, acarreta a ineficácia total do ato. Art. 235, III do CCivil.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 26 de agosto de 1996 (data do julgamento).

Ministro Sálvio de Figueiredo, Presidente

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

DJ 7.10.1996

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Mafalda Zanetti Marion propôs ação declaratória de nulidade de fiança contra Tancredo Luiz França, Egídio

Oreste Marion e Ademir Alexandre Marion. Esclarece ser casada pelo regime de comunhão universal de bens com o réu Egídio, tramitando contra a autora e seu marido, como fiadores, e contra o réu Ademir, como devedor principal, filho do casal, uma ação de execução para entrega de coisa fungível, referente a contrato de arrendamento de gado, movida pelo réu Tancredo. Todavia, não assinou o referido contrato, sendo falsa a assinatura que lhe é atribuída. A ação foi julgada procedente para anular a fiança.

Apelou Tancredo Luiz França, pleiteando a reforma da sentença para que não fosse considerada nula a fiança prestada pelo cônjuge varão, mas tão somente excluída a meação da esposa.

A eg. Segunda Turma Cível do TJMS deu provimento ao recurso:

No caso, o exame do tema, bem como da legislação de regência, deixa evidente que a finalidade da norma jurídico foi assegurar proteção à meação da mulher e jamais prestigiar a fraude e a improbidade com abalos no princípio da boa fé. Se é certo que a fiança prestada sem o consentimento se configura como maculada, menos certo não é que a boa fé do apelante deve ser prestigiada, daí porque entende que a fiança deve persistir com relação ao cônjuge que a prestou (fls. 188-189).

Manifestou a autora este recurso especial, que vem fundamentado em ambas as alíneas do permissor constitucional, sustentando: a) a perícia constatou que a assinatura atribuída à autora no contrato de arrendamento é falsa; b) a ação de nulidade de fiança teve como fundamento a falta de outorga uxória, o que caracteriza a sua nulidade, nos termos do artigo 235, III, do CCB, excluindo-se a responsabilidade pelo pagamento da dívida tanto no que se refere à meação da mulher, quanto à do marido, pois a nulidade atinge a fiança por inteiro e não produz nenhum efeito, inclusive em relação aos bens do marido; c) como a recorrente é casada pelo regime da comunhão universal de bens, “é uma ficção dizer que a sua meação foi resguardada, porque a sua meação é parte ideal, não há como separá-la da meação do marido”; d) o v. aresto recorrido aplicou erroneamente o disposto no artigo 255 do CCB e no artigo 3º da Lei n. 4.121/1962, já que a fiança é dívida de favor e não traz qualquer benefício para o casal. Cita o artigo 5º, § 3º, da Lei do Divórcio e divergência com julgados *in* RT 622/151, RT 402/218, RT 376/154, RT 369/246, RT 479/204.

Admitido o recurso, sem contra-razões, chegaram os autos a esta eg. Corte. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): A recorrente deixou bem caracterizada a divergência, com os precedentes citados e analisados em suas razões de recurso, razão pelo qual conheço do recurso.

O Direito Anterior, ao tempo dos Ordenações Filipinas (Livro 4, Tít. 60), estabelecia que a fiança prestada pelo marido, sem outorga uxória, não alcançava os bens incomunicáveis dela, nem a sua meação nas comuns (“Se algum homem casado ficar fiador de qualquer pessoa sem a outorga de sua mulher, não poderá por tal fiança obrigar a metade dos bens que a ela pertencem”). Admitia, portanto, a eficácia da fiança em relação à meação do marido. Mesmo assim, porém, havia respeitável corrente de opinião sustentando que tal fiança só obrigava a meação do marido nos bens móveis, porque, se obrigasse os bens imóveis, iludiria a regra de sua inalienabilidade, sem outorga da mulher (Lafayette, Dir. de Família, parágrafo 39, nota n. 3).

O Código Civil dispôs diferentemente: “O Código Civil eliminou essa exceção (possibilidade da fiança em favor de quem tivesse rendas públicas). Qualquer fiança do marido há de ser autorizada pela mulher. A sanção do direito filipino era também diferente. Mandava imputar a fiança do marido na sua meação. O Código considera-a anulável pela mulher ou seus herdeiros” (Clóvis, Cód. Civil, com. art. 235). A proibição de o marido prestar fiança sem o consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens, atinge a validade do próprio ato, sem qualquer ressalva quanto aos efeitos sobre a meação do fiador casado (art. 235, III, do Código Civil).

O fundamento dessa restrição está na necessidade de sustentar a família, “cuja situação econômica pode ser irremediavelmente perdida por uma imprudência do marido”. Assim dispondo, o nosso diploma difere de todos os outros, “por dar maior extensão a direitos da mulher, e, conseqüente, restringir os do marido, em atenção aos interesses superiores da família” (Clóvis, op. loc.). O Ministro Octavio Kelly, no Recurso Extraordinário n. 5.874, assim votou: “A razão de ser da nulidade repousa no princípio da proteção à fortuna do casal, que não pode ficar sujeita à solução de compromissos alheios aos seus interesses, sob a forma de um favor ou liberdade, que o marido entendesse fazer, pondo em risco a economia do lar e seus próprios recursos. O Código Civil fez ressaltar esse propósito, indo além do que já preceituava a Ordenação do L. IV, tít. 60, excluindo-a da comunhão de modo expresse, e facultando à mulher anulá-la,

mesmo depois de dissolvida a sociedade conjugal, se a obrigação precedeu ao desquite ou à morte do marido” (Interpretação do CC no STF 1/181). A jurisprudência seguiu por essa trilha, como se pode recolher dos julgados da época.

Com a publicação da Lei n. 4.121/1962, - cujo artigo 3º dispunha que, pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação, - ressurgiu o debate sobre a eficácia da fiança, prestada pelo marido sem a outorga uxória, sobre os bens comuns até o limite da sua meação (Clóvis do Couto e Silva, “Dívidas Particulares dos Cônjuges”, artigo citado no voto do des. Pedro Soares Munoz, na Ap. Cív. n. 9.928, TJRS, de 13.11.1969, RT 420/338).

O Supremo Tribunal Federal porém, manteve-se fiel ao princípio consagrado no Código Civil: “Tem decidido o STF ser nula a fiança prestada pelo marido, sem consentimento da mulher, de acordo com o art. 235, III, combinado com os artigos 248, III e 249 do CC. Em harmonia com o art. 235, III, deve ser entendido o art. 263, X, do mesmo Código. Assinalou-se, em algumas decisões, que este dispositivo tem aplicação quando a anulação da fiança é postulada depois da extinção da sociedade conjugal. Nesse sentido, referem-se, estes julgados RE n. 10.280, de 14.4.1947 (AJ 82/126), RE n. 23.605, de 27.4.1954 (RF 165/114), RE n. 52.568, de 30.4.1963, RE n. 55.664, de 14.5.1964, RE n. 29.858, de 21.7.1964, ERE n. 30.673, de 3.3.1966 (RTJ 36/559), RE n. 45.242, de 12.5.1966 (RTJ 38/31), RE n. 70.260, de 26.5.1970 (RTJ 54/138), RE n. 64.856, de 6.11.1970 (RTJ 55/384), RE n. 70.760, de 4.11.1970 (RTJ 56/743). É inaplicável ao caso o art. 3º da Lei n. 4.121, de 27.2.1962, que não revogou o art. 235, III, do C. Civil. Penso que outra não seria a decisão, na espécie, se considerada a fiança simplesmente anulável, e não nula” (RE n. 69.446-RJ, rel. Min. Eloy José da Rocha, RTJ 74/387).

A Lei n. 4.121/1962 não revogou o artigo 235, III, do C. Civil, pois não veio ampliar os limites de responsabilidade, senão que restringir a execução coercitiva dentro das forças da meação, tratando-se de bens comuns e de dívida de qualquer natureza (voto do des. Paulo Boeckel Velloso, na Ap. n. 9.928, na RT 420/338), mas unicamente de dívida pessoal de um dos cônjuges, e não dívida alheia (voto Dr. Toledo Piza, na Ap. n. 78.358, TACSP, de 18.4.1966, na RT 369/246).

Neste Superior Tribunal de Justiça, a eg. 5ª Turma, em acórdão de lavra do em. Min. Edson Vidigal, assim decidiu, no REsp n. 55.934-SP:

1. A fiança prestada pelo marido sem o consentimento da esposa é nula e invalida o ato por inteiro, inclusive a meação marital.
2. Recurso especial conhecido e provido.

Por fim, devo observar que a regra do artigo 263, X, do CC, ao excluir da comunhão a fiança prestada pelo marido, não contradiz a do artigo 235, III do CC, cuja interpretação, conjugada com o disposto no artigo 239, leva à seguinte conclusão: o marido está proibido de prestar fiança, sem o consentimento da mulher; se o fizer, a mulher pode pleitear a anulação do ato, ainda na constância da sociedade conjugal, com ineficácia total do ato; se a anulação é requerida depois de extinta a sociedade, só a meação da mulher fica protegida.

O disposto no artigo 255 do CC não tem pertinência com o caso dos autos, pois atribui ao cônjuge que praticou o ato, sem autorização, a obrigação de responder pela vantagem auferida com a sua prática, o que não acontece quando se cuida de prestação de fiança, ato de favor que não traz nenhuma vantagem ao consorte prestador da fiança.

Posto isso, conheço do recurso, por ofensa ao artigo 235, III, do CC, e pela divergência, dando-lhe provimento, para restabelecer a sentença de procedência da ação.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 111.877-RS (96.0068168-6)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Gilda Stahler
Advogados: Giovana Zimmermann Ody e outro
Recorrida: Arca Administradora de Consórcios Ltda.
Advogados: Betty Mu Meksraitis e outro
Interessado: Rodolfo Emilio Gosmann
Interessado: Rubem Stahler

EMENTA

Direito Civil. Fiança. Ausência de outorga uxória. Nulidade. Precedentes desta Corte.

A fiança prestada sem a outorga uxória não tem eficácia sobre a meação do fiador, pois nula de pleno direito.

Precedentes: REsp n. 199.684-RS, n. 113.317-MG, n. 140.482-RS, n. 76.399-SP e n. 94.094-MG.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ 16.11.1999

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: *Gilda Stdbler* opôs embargos de terceiro à execução que *Arca Administradora de Consórcios Ltda.* move contra *Rodolfo Emílio Gosmann* e seu fiador *Rubem Stabler*, postulando a nulidade da fiança prestada por seu marido, sem seu consentimento.

A r. sentença julgou procedentes os embargos, declarando nulas a fiança prestada e a penhora recaída sobre bem do casal.

Todavia, a egrégia Quinta Câmara do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, deu parcial provimento à apelação interposta pela embargada, exequente, sob os fundamentos sumariados na seguinte ementa:

Embargos de terceiro. Fiança prestada sem outorga uxória. Conseqüências.

A fiança prestada sem outorga uxória ou marital tem existência e validade, mas sua eficácia fica restrita aos bens e meação do fiador, mesmo havendo comunhão universal.

Apelo parcialmente provido. (fls. 118).

Os embargos declaratórios opostos foram unanimemente rejeitados.

Inconformada, a embargante interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando, além de divergência jurisprudencial com julgados que colaciona, contrariedade ao disposto nos arts. 235, inciso III, e 251, inciso I, § único, incisos I e III, do Código Civil e 584, inciso I, do Código de Processo Civil.

Contra-arrazoado às fls. 179-184, o recurso foi admitido na origem pela decisão de fls. 185-186, ascendendo os autos a esta Corte.

Recebidos no meu gabinete no dia 7.2.1997, solicitei a sua inclusão em pauta para julgamento no dia 19.8.1999.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): A questão controvertida cinge-se à validade e eficácia da fiança prestada sem a outorga uxória.

O Tribunal de origem, ao reformar a r. sentença que considerou nula a garantia, filiou-se à corrente que entende que “a fiança, em tal caso, existe e é válida, sendo porém eficaz apenas quanto aos bens e à meação do fiador, mesmo havendo comunhão universal.” (fls. 119).

O inconformismo merece acolhida.

Esta Corte, por diversas vezes, manifestou-se no mesmo sentido do juízo sentenciante, firmando o entendimento de que a fiança prestada sem a anuência do cônjuge é nula de pleno direito, não obrigando, destarte, o patrimônio do casal.

Confira-se os seguintes precedentes:

Direito Civil. Fiança. Outorga uxória.

- A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito da anulação apenas à meação da mulher.

- Recurso provido. (REsp n. 199.684-RS, relator eminente Ministro Felix Ficher, DJ de 7.6.1999).

Fiança. Falta de outorga uxória. Nulidade que alcança, inclusive, a meação marital. Precedentes da Corte.

I - A fiança prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital.

II - O artigo 263, X, do Código Civil, que também fundamentou a decisão recorrida, ao excluir da comunhão a fiança prestada pelo marido, não contradiz a norma do artigo 235, III, do mesmo Código, cuja interpretação conjugada com o disposto no artigo 239, leva à seguinte conclusão: o marido está proibido de prestar fiança, sem o consentimento da mulher; se o fizer, a mulher pode pleitear a anulação do ato, ainda na constância da sociedade conjugal, com ineficácia total do ato; se a anulação é requerida depois de extinta a sociedade, só a meação da mulher fica protegida.

III - Precedentes da Corte.

IV - Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 113.317-MS, relator eminente Ministro Waldemar Zveiter, DJ 26.4.1999).

Direito Civil. Fiança. Ausência de outorga uxória. Ineficácia total do ato. Precedentes. Litigância de má-fé. Inocorrência. Recurso parcialmente acolhido.

I - É de total ineficácia, nos termos do art. 235 - III do Código Civil, a fiança prestada por marido sem outorga uxória.

II - Inocorrendo prejuízo, indevida é a indenização prevista nos arts. 16 e 18, *caput*, CPC.

III - Por outro lado, tratando-se de tema não pacificado na doutrina e na jurisprudência, não se caracteriza a litigância de má-fé com suporte no inciso I do art. 17, pelo que indevida a "indenização" (*rectius*, multa) a que se refere o par. 2º do art. 18, que não se confunde com a indenização (perdas e danos) contemplada nos arts. 16 e 18, *caput*. (REsp n. 140.482-RS, relator eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 2.3.1998).

Locação. Fiança. Falta de outorga uxória. Nulidade que alcança, inclusive, a meação marital. Precedentes da Corte.

1 - A fiança prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital. Precedentes da Corte.

2 - Recurso especial conhecido. (REsp n. 76.399-SP, relator eminente Ministro Fernando Gonçalves, DJ 23.6.1997).

Fiança. Outorga uxória. Ineficácia total do ato.

A anulação da fiança, prestada por marido sem outorga uxória, em ação promovida pela mulher durante a constância da sociedade conjugal, acarreta a ineficácia total do ato. Art. 235, III do CC.

Recurso conhecido e provido. (REsp n. 94.094-MS, relator o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 7.10.1996).

Diante disso, conheço do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a r. sentença.

RECURSO ESPECIAL N. 242.293-RJ (99.0114813-8)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Recorrente: Esther Lousada Pacheco e outro

Advogado: Paulo Sergio da Costa Martins e outro

Recorrido: Nilcea Aparecida Noble dos Santos

Advogado: Isaldo Vieira de Mello

EMENTA

Direito Civil. Fiança. Falta de outorga uxória. Nulidade.

1. A fiança prestada pelo marido sem o consentimento da esposa é nula e invalida o ato por inteiro, inclusive a meação marital.

2. Recurso Especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do Recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo.

Brasília (DF), 16 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ 19.6.2000

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Julgando os Embargos opostos pela recorrente e cônjuge à execução movida por Nilcéia Aparecida Noble dos Santos, o Juiz de 1º grau não acolheu o pedido de nulidade de fiança prestada apenas pelo marido, sem o consentimento da mulher.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu parcial provimento à apelação apenas para acolher a preliminar de ilegitimidade de parte em relação ao marido.

Interpôs, então, Recurso Especial, com base na Constituição, art. 105, III, **a** e **c**. Sustenta violação dos arts. 145, IV e 235, III, do Código Civil, e divergência jurisprudencial.

Alega, em resumo, que é nula a fiança oferecida por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, invalidando o ato por inteiro. Traz para confronto acórdãos do TACSP e desta Corte.

Admitido o recurso, com as contra-razões, subiram os autos a esta Corte.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhor Presidente, o acórdão recorrido, entendendo válida a fiança com relação ao marido que a prestou sem outorga uxória, determinou o prosseguimento da execução contra este, excluindo apenas a meação da cônjuge recorrente.

No entanto, o entendimento jurisprudencial dominante no Excelso Pretório, bem como nesta Corte, é no sentido de que a fiança prestada pelo marido sem o consentimento da esposa constitui nulidade que atinge o ato por inteiro, inclusive a meação marital.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal em Acórdão proferido no RE n. 70.760-GB, Relator o Min. Djaci Falcão, que contém a seguinte ementa:

Fiança. Anula-se integralmente quando prestada pelo marido, sem outorga uxória (art. 235, III, do C. Civil). Inaplicação à espécie do art. 3º, Lei n. 4.121, de 28.8.1962. Dissídio de julgados. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Por oportuno, transcrevo o seguinte trecho do acórdão:

A respeito do alcance da anulação, isto é, se a fiança deve ser totalmente anulada ou apenas dentro dos limites da meação da mulher, adotou o acórdão a primeira solução que, inegavelmente, constitui, pelo menos, interpretação razoável da Lei (Súmula n. 400). () Limitar o efeito da anulação da fiança prestada sem outorga uxória à meação da mulher, é esquecer que, quando a lei exige o consentimento do outro cônjuge para a validade de um outro ato praticado por um deles, mira a proteger o patrimônio familiar, inclusive o dos filhos, e não só a parte daquele cônjuge no patrimônio: tanto assim, que a lei exige essa vênua conjugal, independentemente da natureza do regime de bens.

(...)

Na esteira deste entendimento, merece destaque o acórdão proferido pela 3ª Turma desta Corte no AgRg n. 2.798-RS, Relator o Min. Waldemar Zveiter, assim ementado:

Direito Comercial. Outorga uxória. Devedor solidário (fiador). Contrato de mútuo (empréstimo).

I - Na posição de devedor solidário, pouco importando o *nomem juris* que lhe tenha atribuído no pactuado, sendo casado o mutuário, inexistente a outorga uxória no contrato, segundo interativa jurisprudência, nula é tal garantia, por infringência do art. 235, III, do Código Civil.

II - Decretada a carência da ação para haver do executado o valor da inadimplência do mutuário, pois que parte ilegítima e ainda que a fiança fosse comercial irrelevante a distinção para fins de outorga uxória.

III - Agravo regimental improvido.

Assim também destaco o REsp n. 235.442-SP, desta Quinta Turma, de relatoria do Ministro Felix Fischer, DJ de 14.2.2000:

Direito Civil. Fiança. Outorga uxória.

- A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro.

Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher.

Recurso provido.

Ante o exposto, tenho por violada Lei Federal, como também configurado o dissídio jurisprudencial, pelo que conheço do recurso por ambos os fundamentos constitucionais e ao mesmo tempo lhe dou provimento para julgar procedentes os Embargos, declarando nula a fiança, condenando o embargado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 260.465-SP (2000/0051077.7)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ivany Fonseca Pinto Bellini

Advogado: Odinei Rogerio Bianchin

Recorrido: Maria Thereza Abbade Moreno

Advogado: Nami Pedro Neto

EMENTA

REsp. Processual Civil. Documentos. Autenticação. Direito Civil. Fiança. Outorga uxória.

I - Não é lícito ao juiz estabelecer, para as petições iniciais, requisitos não previstos nos artigos 282 e 283 do CPC. Por isso, não lhe é permitido indeferir liminarmente o pedido, ao fundamento de que as cópias que o instruem carecem de autenticação.

II - A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. *Nula* a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher.

Recurso não conhecido (Súmula n. 83-STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo e Gilson Dipp. Ausente, justificadamente, o Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 8 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator

DJ 4.9.2000

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da *Lex Maxima* contra acórdão proferido pelo e. 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em autos de ação de anulação de fiança, que, rejeitando a preliminar apresentada pela defesa, asseverou que a ausência de autenticação dos documentos apresentados com a inicial não teria conseqüências naquele processo, uma vez que não contestada a autenticidade intrínseca dessa documentação. Entendeu, ainda, referida decisão, quanto ao mérito, ser absolutamente nula a fiança prestada sem outorga uxória.

Insurge-se a recorrente, primeiramente, invocando como contrariados os arts. 365 e 364 do CPC, que a ausência de autenticação da documentação apresentada, por caracterizar falta de requisito para o desenvolvimento válido e regular do processo, deveria levar ao decreto de carência de ação.

E também, sob o argumento de tratar-se a falta da vênua marital em contrato de fiança apenas de hipótese de anulabilidade, não de nulidade, sustenta violação aos arts. 145, IV, e 235, III, do CC, bem como, divergência jurisprudencial.

Recurso admitido na origem, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A súplica não merece acolhida.

Quanto à primeira questão suscitada, cumpre asseverar que não é lícito ao juiz estabelecer, para as petições iniciais, requisitos não previstos nos artigos 282 e 283 do CPC. Por isso, não lhe é permitido indeferir liminarmente o pedido, ao fundamento de que as cópias que o instruem carecem de autenticação.

Neste sentido:

Processual. Prova. Cópia não autenticada.

I - O art. 365, III equipara, em tema de valor probante, o documento público a respectiva cópia. Tal equiparação subordina-se ao adimplemento de um requisito: autenticação por agente público. O CPC, contudo, não transforma em inutilidade a cópia sem autenticação.

II - Fotocópia não autenticada equipara-se a documento particular, devendo ser submetida à contra parte, cujo silêncio gera presunção de veracidade (CPC - art. 372).

(REsp n. 162.807-SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 29.6.1998).

Processual. Petição inicial. Requisitos criados mediante Portaria. Sem previsão em lei processual. Exigência de reprografia autenticada do CPF da parte. Ilegalidade. Mandado de segurança.

- A Portaria n. 253/92 do Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, ao determinar se recusem petições iniciais, quando não acompanhadas de cópia do CPF das partes, incide em ilegalidade.

- Não é lícito ao Poder Judiciário estabelecer para as petições iniciais, requisito não previsto em Lei Federal (CPC art. 282).

(RMS n. 3.568-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 17.10.1994).

No pertinente ao segundo tópico, é pacífico o entendimento desta Corte de que a ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro, sendo nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito da anulação apenas à meação da mulher.

É o que se colhe dos seguintes julgados:

Processo de execução. Embargos. Fiança. Falta de outorga uxória.

- É a nula a fiança prestada pelo marido, ainda que omitida a condição de casado, nos termos do art. 235, III, c.c. o art. 145, IV/CC.

Recurso da mulher conhecido e provido.

(REsp n. 99.192-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 2.12.1996).

Direito Civil. Fiança. Falha de outorga uxória. Nulidade.

1. Afiança prestada pelo marido sem o consentimento da esposa é nula e invalida o ato por inteiro, inclusive a meação marital.

2. Recurso Especial conhecido e provido.

(REsp n. 55.934-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 13.5.1996).

Direito Civil. Fiança. Ausência de outorga uxória. Ineficácia total do Ato. Precedentes. Litigância de má-fé. Inocorrência. Recurso parcialmente acolhido.

I - É de total ineficácia, nos termos do art. 235-III do Código Civil, a fiança prestada por marido sem outorga uxória.

II - Inocorrendo prejuízo, indevida é a indenização prevista nos arts. 16 e 18, *caput*, CPC.

III - Por outro lado, tratando-se de tema não pacificado na doutrina e na jurisprudência, não se caracteriza a litigância de má-fé com suporte no inciso I do art. 17, pelo que indevida a "indenização" (*rectius*, multa) a que se refere o § 2º do art. 18, que não se confunde com a indenização (perdas e danos) contemplada nos arts. 16 e 18, *caput*.

(REsp n. 140.482-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 2.3.1998).

Direito Civil. Fiança. Ausência de outorga uxória. Nulidade. Precedentes desta Corte.

A fiança prestada sem a outorga uxória não tem eficácia sobre a meação do fiador, pois nula de pleno direito. Precedentes: REsp n. 199.684-RS, n. 113.317-MG, n. 140.482-RS, n. 76.399-SP e n. 94.094-MG.

Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 111.877-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 16.11.1999).

Assim, na esteira desses precedentes, não conheço do recurso (Súmula n. 83-STJ).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 265.069-SP (2000/0063964-8)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Oswaldo Ferreira Diniz

Advogado: Adão Armando Ribeiro

Recorrido: Maria de Lurdes Correa de Araujo Alves de Lima

Advogado: Jose Geraldo Mendes

EMENTA

Direito Civil. Locação. Fiança. Falta da outorga uxória. Art. 235, III do Código Civil. Nulidade da garantia. Precedentes. Recurso especial conhecido e desprovido.

1 - É nula a fiança quando prestada sem a necessária outorga uxória, não havendo como se considerá-la parcialmente eficaz para constranger apenas a meação do cônjuge varão, em consonância ao prescrito no art. 235, III do Código Civil.

3 - Recurso especial conhecido mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo e Felix Fischer. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília (DF), 7 de novembro 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 27.11.2000

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, ajuizado por locador em autos de embargos de terceiro, contra acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que mereceu a seguinte ementa:

Embargos infringentes. Embargos de terceiro. Nulidade da fiança prestada por marido sem outorga uxória da mulher. Fiança nula por inteiro. Art. 235, III c.c. art. 145, IV do C. Civil. Pretensão de que prevaleça o voto vencido, que apenas exclui da fiança a meação da mulher não prospera. Nega-se provimento aos Embargos Infringentes. (fls. 107).

Alegam os recorrentes violação dos arts. 1.046, § 3º, do CPC e 3º, da Lei n. 4.121/1962, além de divergência jurisprudencial.

Contra-razões às fls. 156-160.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Em que pese exegeses contrárias, o entendimento desta Corte se consolidou pela nulidade da fiança quando prestada sem a necessária outorga uxória, não havendo como se considerá-la parcialmente eficaz para constranger a meação do cônjuge varão, em consonância ao prescrito no art. 235, III do Código Civil. Não se vislumbra, em consequência, o apontado equívoco legal do acórdão recorrido, sendo certo, ademais, a inafastável incidência das Súmulas n. 13 e n. 83-STJ.

Nesse sentido os precedentes, *verbis*:

REsp. Processual Civil. Documentos. Autenticação. Direito Civil. Fiança. Outorga uxória.

I - Não é lícito ao juiz estabelecer, para as petições iniciais, requisitos não previstos nos artigos 282 e 283 do CPC. Por isso, não lhe é permitido indeferir liminarmente o pedido, ao fundamento de que as cópias que o instruem carecem de autenticação.

II - A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher.

III - Recurso não conhecido (Súmula n. 83-STJ).

(REsp n. 260.465-SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 4.9.2000).

Direito Civil. Fiança. Falta de outorga uxória. Nulidade.

1. A fiança prestada pelo marido sem o consentimento da esposa é nula e invalida o ato por inteiro, inclusive a meação marital.

2. Recurso Especial conhecido e provido.

(REsp n. 242.293-RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 19.6.2000).

Direito Civil. Fiança. Ausência de outorga uxória. Ineficácia total do ato. Precedentes. Litigância de má-fé. Inocorrência. Recurso parcialmente acolhido.

I - É de total ineficácia, nos termos do art. 235-III do Código Civil a fiança prestada por marido sem outorga uxória.

II - Inocorrendo prejuízo, indevida é a indenização prevista nos arts. 16 e 18, caput, CPC.

III - Por outro lado, tratando-se de tema não pacificado na doutrina e na jurisprudência, não se caracteriza a litigância de má-fé com suporte no inciso I do art. 17, pelo que indevida a "indenização" (rectius, multa) a que se refere o § 2º do art. 18, que não se confunde com a indenização (perdas e danos) contemplada nos arts. 16 e 18, caput.

(REsp n. 140.482-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 2.3.1998).

Locação. Fiança. Falta de outorga uxória. Nulidade que alcança, inclusive, a meação marital. Precedentes da Corte.

1 - A fiança prestada sem outorga uxória e nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital. Precedentes da Corte.

2 - Recurso especial conhecido.

(REsp n. 76.399-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 23.6.1997).

Veja-se, ainda, o REsp n. 212.911, DJ 1º.7.1999, de minha relatoria.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 281.818-SP (2000/0103535-5)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Shopping Center Sul S/C Ltda.
Advogado: Sergio Emilio Jafet

Recorrido: Miguel Antonio Della Rosa e cônjuge
Advogado: Sergio Ricardo Nutti Marangoni e outros

EMENTA

Locação. Embargos à execução. Fiança. Ausência de outorga uxória.

Esta garantia prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital.

Condição da ação. Ilegitimidade *ad causam*. Conhecimento de ofício (CPC, art. 301, § 4º). Preclusão. Inocorrência.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Edson Vidigal.

Brasília (DF), 15 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 13.8.2001

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Decidiu a 2ª Câmara, do Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, rel. II. Juiz Gilberto Pinto dos Santos:

Locação. Fiança. Outorga uxória. Ausência. Nulidade da garantia. Aplicação dos artigos 235, III, e 242, I, do Código Civil.

A fiança prestada sem outorga uxória acarreta a ineficácia total do ato.

A esse julgado, Shopping Center Sul S/C Ltda. apresentou recurso especial, sob as alíneas **a** e **c**, por violação ao art. 738, I, do CPC e dissenso pretoriano.

Contra-razões de fls. 165-197.

Admissão às fls. 199.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Extrai-se do voto condutor do acórdão às fls. 139:

A preliminar da impugnação aos embargos foi implicitamente rejeitada, na medida em que o Juízo manteve nos autos o aditamento feito pelos embargantes.

E nada impedia dito aditamento, uma vez que realizado antes da intimação para resposta aos embargos, por conseguinte cabível, *ex vi* do disposto no artigo 264 do Código de Processo Civil, que tem inteira aplicação na espécie, segundo bem explica ARAKEN DE ASSIS, em seu prestigiado “Manual do Processo de Execução” (p. 1.021, 5ª ed.).

Ademais, a matéria ventilada no aditamento (ilegitimidade de parte) pode e deve ser conhecido de ofício, sobre a qual não se projeta a preclusão, consoante o disposto nos arts. 245, § 3º, 267, 301, § 4º, do CPC.

Nesse sentido (fls. 180):

Art. 267, CPC - A ilegitimidade *ad causam*, como uma das condições da ação (art. 267, VI, CPC), deve ser conhecida de ofício (art. 301, § 4º, CPC), incorrendo preclusão a respeito. (STJ - REsp n. 55 - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo - DJU 6.11.1989).

No tocante à letra **c**, a diretriz do Superior Tribunal de Justiça, por seus órgãos fracionários, já se fixou no sentido do acórdão recorrido, de que se destaca este trecho (fls. 140):

Os artigos 235, III, e 242, I, do Código Civil são taxativos no sentido de que um cônjuge “não pode”, sem consentimento do outro, prestar fiança. E em favor da nulidade há ainda o argumento legal do artigo 145, IV, do mesmo Código, que declara nulo o ato em que for preterida solenidade que a lei declara essencial. Ora, a outorga uxória é solenidade especial, portanto a fiança, dela desacompanhada, é ato nulo.

Essa nulidade alcança, inclusive, a meação marital, dado que a falta de consentimento acarreta a ineficácia total do ato. Neste sentido, já reconheceu esta Colenda Câmara, no julgamento das Apelações Sem Revisão n. 532.869, relatada pelo Juiz Felipe Ferreira e n. 511.897, relatada pelo Juiz Peçanha de Moraes.

Também o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem reiterando julgamentos nesta mesma direção, assinalando que *“A fiança prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital”* (REsp n. 113.317-MS, Rel. Min. Waldemar Zveiter - RSTJ 117/337; no mesmo sentido: REsp n. 74.462-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; REsp n. 94.094-MS, Rel. Ruy Rosado de Aguiar; REsp n. 199.684-RS, Rel. Min. Felix Fischer; REsp n. 78.261-SP, Rel. Min. Gilson Dipp; REsp n. 76.399-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, etc.).

A alegação de que a assinatura do marido não foi colhida por mero “lapso” infelizmente não muda a sorte do caso, dado que, como já dito, só se pode admitir a fiança por escrito.

Da minha relatoria: “É nula a fiança prestada pelo marido, ainda que omitida a condição de casado, nos termos do art. 235, III, c.c. o art. 145, IV do C. Civil. Recurso da mulher conhecido e provido” (REsp n. 99.192-SP, DJ 5.11.1996).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 304.179-SP (2001/0019285-8)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Juan José Such Benito

Advogado: Janete Such e outro

Recorrido: Neusa Aparecida Pelegri Rica

Advogado: Elio Antônio Colombo e outros

EMENTA

Recurso especial. Civil. Fiança prestada por esposa sem a outorga marital. Invalidação do ato por inteiro. Ilegitimidade, todavia, do cônjuge que deu causa à nulidade para pleitear a invalidação da garantia. Recurso conhecido e provido.

1. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a fiança prestada pelo cônjuge sem a outorga do outro invalida o ato por inteiro, não se podendo limitar o efeito da invalidação apenas à meação de um deles.

2. Contudo, os artigos 239 e 252 do Código Civil suprimem a possibilidade do cônjuge que deu causa à nulidade vir a buscar a invalidação da garantia.

3. O fato da nulidade da garantia inconstentida está na dimensão da relação dos cônjuges e da família, em nada repercutindo no seu estatuto legal o qualificar-se a mulher como casada no ato da fiança, que a presta, às expressas, sem a autorização do marido.

4. O mesmo se diga do risco assumido pelo locador, no plano da eventualidade, porque é estranho aos próprios da validade da garantia.

5. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença do primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Fontes de Alencar.

Brasília (DF), 7 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 19.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial contra acórdão da Terceira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que, dando provimento ao apelo interposto por Neusa Aparecida Pelegri Riça,

julgou procedentes os embargos de devedor opostos à execução movida por Juan José Such Benito.

O recorrente sustenta que “(...) o Tribunal entendeu como nula a fiança prestada pela apelante-fiadora, entendendo, ainda, que esta não deu causa à nulidade, pois declarou corretamente seu estado civil.” (fl. 62). Ocorre porém que, afirma, o artigo 242 do Código Civil é bem claro no sentido de que a “(...) *mulher não pode*, sem autorização do marido (...) Praticar atos que este não poderia sem consentimento da mulher” (fl. 62), daí porque, assevera, sua obrigação seria a de não prestar fiança sem a autorização do marido, e, não, prestá-la declarando corretamente seu estado civil.

Em conseqüência, alega, a eventual invalidação “(...) somente pode ser requerida pela parte que não deu causa à fiança (...)” (fl. 62).

Aduz, de outro lado, que “(...) em nossa legislação vigente não há expressamente declarado que é nula a fiança prestada por cônjuge sem a outorga uxória (...)” (fl. 63).

Violação dos artigos 243 do Código de Processo Civil, 178, parágrafo 9º, inciso I, alínea **b**, 239 e 242, do Código Civil, bem como dissídio jurisprudencial, fundam a insurgência.

Recurso tempestivo (fl. 61), não respondido e inadmitido (fls. 75-76).

Interposto agravo de instrumento para este Superior Tribunal de Justiça, deu-se-lhe provimento para melhor exame da matéria (fl. 54 do Ag n. 331.322-SP em apenso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, recurso especial contra acórdão da Terceira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que, dando provimento ao apelo interposto por Neusa Aparecida Pelegri Riça, julgou procedentes os embargos de devedor opostos à execução movida por Juan José Such Benito.

O recorrente sustenta que “(...) o Tribunal entendeu como nula a fiança prestada pela apelante-fiadora, entendendo, ainda, que esta não deu causa à nulidade, pois declarou corretamente seu estado civil.” (fl. 62). Ocorre porém que, afirma, o artigo 242 do Código Civil é bem claro no sentido de que a

“(…) *mulher não pode*, sem autorização do marido (...) Praticar atos que este não poderia sem consentimento da mulher” (fl. 62), daí porque, assevera, sua obrigação seria a de não prestar fiança sem a autorização do marido, e, não, prestá-la declarando corretamente seu estado civil.

Em conseqüência, alega, a eventual invalidação “(...) somente pode ser requerida pela parte que não deu causa à fiança (...)” (fl. 62).

Aduz, de outro lado, que “(...) em nossa legislação vigente não há expressamente declarado que é nula a fiança prestada por cônjuge sem a outorga uxória (...)” (fl. 63).

Esta, a fundamentação do acórdão estadual:

(...)

Não se pode afirmar que a apelante deu causa à nulidade, visto como o que lhe competia declarar o fez. Assim, ao concordar com o ato de garantia do contrato (fls. 15 da execução), declinou seu estado de casada. Se assim procedeu, cabia à parte garantida diligenciar a colheita de assinatura do marido. Essa providência dispensa até mesmo conhecimento jurídico, tendo em conta a notoriedade do fato de que fiança é garantia.

A nulidade do ato de fiança, sem outorga uxória, seja por parte do marido ou por parte da mulher, é absoluta e não pode ser afastada, sob o argumento equivocado, constante do fundamento do decisório. (fl. 58).

Decerto, é firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a fiança prestada pelo cônjuge sem a outorga do outro invalida o ato por inteiro, não se podendo limitar o efeito da invalidação apenas à meação de um deles.

A propósito, confira-se os seguintes precedentes:

Direito Civil. Fiança. Outorga uxória.

- A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito da anulação apenas à meação da mulher.

- Recurso provido. (REsp n. 199.684-RS, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 7.6.1999).

Locação. Fiança. Falta de outorga uxória. Nulidade que alcança, inclusive, a meação marital. Precedentes da Corte.

1 - A fiança prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital. Precedentes da Corte.

2 - Recurso especial conhecido. (REsp n. 76.399-SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in DJ* 23.6.1997).

No mesmo sentido: REsp n. 258.357-RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in DJ* 20.8.2001; REsp n. 297.418-MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in DJ* 20.8.2001; REsp n. 281.818-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in DJ* 13.8.2001; AgRgREsp n. 152.499-SP, da minha Relatoria, *in DJ* 13.8.2001; REsp n. 268.518-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in DJ* 19.2.2001; REsp n. 265.069-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, *in DJ* 27.11.2000; REsp n. 260.465-SP, Relator Ministro Felix Fischer, *in DJ* 4.9.2000; REsp n. 235.442-SP, Relator Ministro Felix Fischer, *in DJ* 14.2.2000; REsp n. 55.934-SP, Relator Ministro Edson Vidigal, *in DJ* 13.5.1996; REsp n. 111.877-RS, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, *in DJ* 16.11.1999; REsp n. 182.217-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in DJ* 23.11.1998; REsp n. 140.482-RS, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in DJ* 2.3.1998; REsp n. 242.293-RJ, Relator Ministro Edson Vidigal, *in DJ* 19.6.2000; REsp n. 113.317-MS, Relator Ministro Waldemar Zveiter, *in DJ* 26.4.1999; REsp n. 94.094-MS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *in DJ* 7.10.1996.

É esta, contudo, a letra dos artigos 239 e 252 do Código Civil:

Art. 239. Anulação dos atos do marido praticados sem outorga da mulher, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada por ela, ou seus herdeiros (art. 178, § 9º, I, a, e II).

Art. 252. A falta não suprida pelo juiz, de autorização do marido, quando necessária (artigo 242), invalidará o ato da mulher, podendo esta nulidade ser alegada pelo outro cônjuge, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Ao que se tem, conquanto manifestamente nula a fiança prestada, certo é que os artigos 239 e 252 do Código Civil suprimem a possibilidade do cônjuge que deu causa à nulidade vir a buscar a invalidação da garantia.

O fato da nulidade da garantia inconstitucional está na dimensão da relação dos cônjuges e da família, em nada repercutindo no seu estatuto legal o qualificar-se a mulher como casada no ato da fiança, que a presta, assim, às expensas, sem a autorização do marido.

O mesmo se diga do risco assumido pelo locador, no plano da eventualidade, porque é estranho aos próprios da validade da garantia.

É o que se recolhe na lição de Clóvis Bevilacqua:

(...) O cônjuge, quando infringe a norma legal, que exige a outorga do outro para a realização de um ato jurídico, fá-lo conscientemente; não é justo que seja admitido a alegar a sua insubmissão à lei, para desfazer a relação jurídica estabelecida, porque não lhe convém mais.

A pessoa, que contrata com a mulher, não pode pedir a anulação do ato, ainda quando estivesse de boa fé, porque, em relação a ela, o ato não tem defeito.

(...) (*in* Código Civil, volume 2, p. 122, Francisco Alves, 12ª edição, 1960).

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a sentença do primeiro grau.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 329.037-SP (2001/0073627-6)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: João Batista de Oliveira e cônjuge

Advogado: Hamilton Fernando Ariano Borges e outros

Recorrido: Renato Benini

Advogado: Sérgio Loma

EMENTA

Locação. Fiança. Nulidade. Ausência de outorga uxória.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que a fiança prestada por um dos cônjuges sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando, inclusive, a meação do outro cônjuge.

2. Precedentes.

3. Recurso conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ 22.9.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial, calcado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo assim ementado:

Fiança. Outorga uxória. A fiança prestada sem outorga uxória só produz efeito em relação à meação de quem a prestou, excluída a do outro cônjuge. (fl. 99).

Alega a recorrente, além de dissídio jurisprudencial, violação dos artigos 235, III, e 248, III, do Código Civil, e 535, II, do Código de Processo Civil.

Contra-razões às fls. 165-170.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): De notar, inicialmente, que da análise dos autos extrai-se ter o acórdão recorrido examinado e decidido, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo, não cabendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

No que tange à violação do artigo 235, II, do Código Civil, o acórdão recorrido decidiu contrariamente ao entendimento atual e pacífico desta Corte, segundo o qual a fiança prestada por um dos cônjuges sem a outorga é nula de pleno direito, alcançando, inclusive, a meação do outro cônjuge.

Vejam-se, a propósito:

A - Locação. Embargos à execução. Fiança. Ausência de outorga uxória.

Esta garantia prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital.

Condição da ação. Ilegitimidade *ad causam*. Conhecimento de ofício (CPC, art. 301, § 4º). Preclusão. Inocorrência.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 281.818-SP, Relator o Ministro *José Arnaldo da Fonseca*, DJU de 13.8.2001).

B – Agravo regimental no recurso especial. Civil e Processual Civil. Fiança prestada sem a outorga uxória. Nulidade. Alegação de que o fiador encontrava-se separado de fato da agravada. Matéria estranha ao acórdão impugnado. Não demonstração nas instâncias ordinárias. Aplicação do Enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Improvimento.

1. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a fiança prestada por marido sem a outorga uxória invalida o ato por inteiro, não se podendo limitar o efeito da invalidação apenas à meação da mulher.

2. Não se conhece de recurso especial na hipótese de as razões da impugnação serem estranhas à fundamentação do acórdão alvejado.

3. Não demonstrado nas instâncias ordinárias encontrar-se o fiador separado de fato da agravada por ocasião da prestação da garantia no contrato de locação, não se há de pretender evidenciá-lo em sede de recurso especial, certo que os fundamentos da insurgência, já agora, se insulam no universo fático, cuja reapreciação é vedada pelas vias extraordinárias.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 298.127-RS, Relator o Ministro *Hamilton Carvalho*, DJU de 4.2.2002).

Do exposto, conheço do recurso para considerar nula a fiança prestada por João Batista de Oliveira no contrato de locação objeto desta ação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 351.272-SP (2001/0117638-5)

Relator: Ministro Vicente Leal

Recorrente: Cláudia Regina Ayres Buzzo

Advogado: Antônio Nelson Caires e outro

Recorrido: Malvina Nassif Jorge e outro

Advogado: Lila Kelly Nicezio de Abreu Magri e outro

EMENTA

Locação. Execução. Fiança. Nulidade. Ausência de outorga uxória.

- A fiança prestada pelo marido sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando inclusive a meação marital. Precedentes desta Corte.

- Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente

Ministro Vicente Leal, Relator

DJ 4.2.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Cônjuge de Fiador de contrato de locação comercial opôs embargos à execução de valores relativos a aluguéis e encargos

locativos movida pelos locadores, bem como ação anulatória de fiança, objetivando a declaração de nulidade da fiança prestada sem outorga uxória, tendo sido as duas demandas julgadas parcialmente procedentes pelo R. Juízo de Primeiro Grau, que declarou a validade da fiança prestada até o limite da meação marital (fls. 53-54).

A egrégia Sexta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, negou provimento à apelação interposta pelo cônjuge-*virago*, ao entendimento de que a ausência da outorga uxória não anula a fiança mas apenas exclui a responsabilidade do cônjuge que não a outorgou (fls. 105-110).

Irresignado, o cônjuge *virago* interpõe o presente recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, verberando ter o acórdão recorrido, além de ensejado divergência jurisprudência, violado o disposto nos arts. 145, IV e 235, III, do Código Civil, ao reconhecer a validade de fiança prestada sem outorga uxória (fls. 113-121).

Não apresentadas as contra-razões, o recurso foi admitido na origem (fls. 139-140), ascendendo os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Como delineado no relatório, a controvérsia estampada nos autos tem como ponto basilar a validade da fiança prestada sem outorga uxória em contrato de locação comercial.

Tenho que a irresignação merece prosperar.

Dispõe o artigo 235, inciso III, do Código Civil, que regula a matéria, *litteris*:

O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:

(...)

III - Prestar fiança. (...)

E a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, coerente com o espírito da norma, firmou-se no sentido de que a fiança prestada pelo marido sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando, inclusive, a meação marital.

É o que se depreende das ementas a seguir transcritas:

Direito Civil. Locação. Fiança. Falta da outorga uxória. Art. 235, III do Código Civil. Nulidade da garantia. Precedentes. Recurso especial conhecido e desprovido.

1 - É nula a fiança quando prestada sem a necessária outorga uxória, não havendo como se considerá-la parcialmente eficaz para constranger apenas a meação do cônjuge varão, em consonância ao prescrito no art. 235, III do Código Civil.

3 - Recurso especial conhecido mas desprovido. (REsp n. 265.069-SP, DJ: 27.11.2000, Relator Min. Gilson Dipp).

REsp. Processual Civil. Documentos. Autenticação. Direito Civil. Fiança. Outorga uxória.

I - Não é lícito ao juiz estabelecer, para as petições iniciais, requisitos não previstos nos artigos 282 e 283 do CPC. Por isso, não lhe é permitido indeferir liminarmente o pedido, ao fundamento de que as cópias que o instruem carecem de autenticação.

II - A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher.

Recurso não conhecido (Súmula n. 83-STJ). (REsp n. 260.465-SP, DJ: 4.9.2000, Relator Min. Felix Fischer).

Locação. Fiança. Falta de outorga uxória. Nulidade que alcança, inclusive, a meação marital. Precedentes da Corte.

I - A fiança prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital precedentes da Corte.

2 - Recurso especial conhecido. (REsp n. 76.399-SP, DJ: 23.6.1997, Relator Min. Fernando Gonçalves).

Ora, se a ausência de vênua conjugal torna a fiança nula de pleno direito, não há como se declarar apenas a nulidade parcial do ato nulo para considerar válida a penhora efetivada sobre a menção do cônjuge varão.

Isto posto, conheço e dou provimento ao recurso especial para julgar procedentes os embargos à execução e a ação anulatória, declarando a nulidade da fiança. Fixo os honorários em 10% sobre o valor da condenação. Custas e honorários a serem suportados pelos locadores.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 436.017-RS (2002/0061459-9)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Olferina Nascimento dos Reis
Advogado: João Sedinei Ruaro e outros
Recorrido: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A - Banrisul
Advogado: Ivo da Silva Guimarães e outros
Interessado: Loreno da Silva Reis e outros

EMENTA

Fiança. Ausência de outorga uxória. Nulidade. Art. 235, III, do Código Civil/1916.

- A fiança prestada pelo cônjuge varão sem a outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a sua meação. Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 5 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ 30.5.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sob a alegação de que a fiança prestada por seu marido, Loreno da Silva Reis, em contrato de mútuo celebrado entre o

“Banco do Estado do Rio Grande do Sul - S/A” e José Carlos Rodrigues, é nula de pleno direito por lhe faltar a outorga uxória, Olferina Nascimento dos Reis ajuizou embargos de terceiro contra o “Banco do Estado do Rio Grande do Sul - S/A”, visando excluir da penhora imóvel constituído por uma área contendo quatro hectares e meio, registrado no cartório imobiliário da Comarca de Triunfo (livro 2, fl. 2, registro 3, matrícula n. 1.203). A constrição foi realizada nos autos da execução que o embargado move a José Carlos Rodrigues, Valdir de Oliveira Machado e Loreno da Silva Reis.

O MM. Juiz de Direito, considerando válida a fiança prestada sem outorga uxória, julgou improcedentes os embargos, assegurando, todavia, a meação da esposa à base de 50% sobre o valor obtido com a venda pública do imóvel.

A Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo da embargante para julgar procedentes, em parte, os embargos, ficando assegurada a meação da esposa na base de 50% sobre o valor obtido com a venda pública do imóvel, já que a fiança é eficaz apenas quanto aos bens e à meação do fiador, distribuídos, proporcionalmente os ônus sucumbenciais.

Inconformada, a embargante manifestou este recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do autorizador constitucional, apontando negativa de vigência ao art. 235, III, do Código Civil de 1916, além de dissenso jurisprudencial. Sustentou a nulidade integral da fiança prestada sem a outorga uxória.

Oferecidas as contra-razões, o apelo extremo foi inadmitido na origem, tendo subido os autos a esta Corte por força do provimento do Agravo de Instrumento n. 273.513-RS, para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Acha-se presente no caso o requisito do prequestionamento, pois o decisório apreciou o tema jurídico suscitado no recurso especial.

É assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que a fiança prestada pelo cônjuge varão sem a outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a sua meação (REsp n. 525.765-RS, relator Ministro Castro Filho; REsp n. 604.326-SP, relator Ministro Paulo Medina; REsp n. 343.549-SP, relator

Ministro Vicente Leal; REsp n. 329.037-SP, relator Ministro Paulo Gallotti; REsp n. 140.482-RS, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp n. 111.877-RS, relator Ministro Cesar Asfor Rocha; REsp n. 94.094-MS, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; e REsp n. 277.010-SP, de minha relatoria).

Nesse termos, o acórdão combatido não-somente malferiu a norma do art. 235, III, do Código Civil/1916, como ainda dissentiu da jurisprudência colacionada no apelo excepcional.

Isso posto, conheço do recurso por ambas as alíneas do admissor constitucional e dou-lhe provimento para declarar nula a fiança prestada sem a outorga uxória, excluindo por conseguinte da execução, na integralidade, o imóvel referido na inicial. Pelo banco embargado, as custas processuais e os honorários advocatícios da parte contrária, arbitrados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), atualizáveis a contar desta data.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 525.765-RS (2003/0030275-4)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrente: Rosa Elena Dall'agnol

Advogado: Roberto Laux

Recorrido: Banco Econômico S/A

Advogado: Rui Eduardo Vidal Falcão e outro

Interessado: CSI - Centro Superior de Informática Ltda. e outro

Advogado: Sérgio Angelo Possebon e outro

EMENTA

Processual Civil. Embargos à execução. Coisa julgada. Terceiro. Inexistência. Art. 472 CPC. Fiança. Outorga uxória. Ausência. Ineficácia total do ato. Precedentes.

I – A esposa do fiador tem legitimidade para opor-se à execução, por meio de embargos, a partir de sua intimação da penhora realizada

em bens do casal. A coisa julgada operada na ação de embargos opostos por seu esposo e pela sociedade executada não pode atingi-la, em razão de ela não ter sido parte naquele processo (artigo 472, do Código de Processo Civil).

II – A fiança prestada pelo cônjuge varão sem a outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a sua meação.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 29 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ 17.11.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: O *Banco Econômico S.A.* propôs ação de execução contra *CSI – Centro Superior de Informática Ltda. e Egídio Dall’agnol*, este último na condição de fiador.

Em razão de o reforço da penhora ter recaído em bens do fiador e sua esposa, *Rosa Elena Dall’agnol*, esta última embargou à execução, sustentando a nulidade da fiança prestada por seu marido, em razão da ausência de outorga uxória, bem como a ilegalidade dos acréscimos do contrato executado.

O MM juiz de direito julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para determinar a exclusão da meação da embargante, condenando-a, ainda, ao pagamento de multa, por litigância de má-fé (fls. 56-62).

Apreciando apelação da autora, a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade de votos, deu-lhe parcial provimento, em aresto assim ementado (fl. 133):

Embargos à execução.

Contrato de mútuo.

1. Fiança. Falta de outorga uxória. Anulabilidade.

A ausência de outorga uxória do cônjuge em contrato de mútuo, com pacto de “fiança/aval”, não caracteriza nulidade absoluta, mas sim relativa, passível de anulabilidade, razão por que deve ser resguardada tão-só a meação da mulher.

2. Ofensa à coisa julgada (arts. 467 e 472 do CPC).

Em havendo sentença transitada em julgado acerca do débito em execução, não pode assim haver um novo provimento judicial para dispor sobre esse tema, em respeito à coisa julgada, pois, se assim o fosse, estar-se-ia beneficiando quem já se viu anteriormente atingido pelos efeitos da decisão proferida nos embargos primeiramente opostos.

3. Litigância de má-fé. Inocorrência.

Apelação provida em parte.

Opostos embargos declaratórios pela vencida, foram rejeitados.

Inconformada, ainda, a autora interpõe recurso especial, com fulcro em ambas as alíneas do permissivo constitucional, no qual alega violação aos artigos 235, III, 248, III, 145, IV, e 158 do Código Civil; 535, II, e 472 do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial.

Assevera, preliminarmente, ser nulo o acórdão recorrido, em razão da omissão na apreciação da aplicação dos artigos 145, IV, 158, 178, § 9º, I, b, 235, III, e 248, III, do Código Civil.

Afirma que o aresto discrepa da orientação desta Corte sobre a questão da outorga uxória, no sentido da ausência da formalidade ser causa de nulidade absoluta da fiança prestada pelo cônjuge.

Sustenta, por fim, sua legitimidade para a propositura dos embargos à execução, inclusive para a discussão da dívida, eis que não foi citada para a execução ou atuou como parte nos primitivos embargos opostos pela empresa

executada e seu marido, só tendo tomado conhecimento da demanda por ocasião da penhora dos bens do casal. Por conseguinte, tendo em vista o comando do artigo 472 do Código de Processo Civil, não foi atingida pela coisa julgada formada naquela ação.

Em contra-razões, o exeqüente sustenta que o meio processual adequado à defesa da recorrente seriam os embargos de terceiro, para a defesa de sua meação, sendo inadmissível a tentativa de rediscussão das questões já decididas. Pugna pela prevalência do entendimento perfilhado pelo *decisum* recorrido, no sentido da mera anulabilidade da fiança prestada sem a outorga uxória, resguardada a meação da recorrente.

Inicialmente, o recurso foi inadmitido. Opostos embargos declaratórios pela recorrente, foram acolhidos pelo terceiro vice-presidente do Tribunal *a quo*, com efeitos modificativos, em razão da comprovação do dissídio jurisprudencial com julgados deste Superior Tribunal de Justiça, relativo à tese da nulidade absoluta da fiança prestada sem o consentimento da esposa do fiador.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Eis o teor do voto proferido pela Câmara julgadora *a quo*:

Inicialmente, cabe afastar a tese da recorrente na qual sustenta que a ausência de outorga uxória na fiança prestada pelo seu marido acarreta a nulidade absoluta da obrigação.

Isso porque a ausência de outorga uxória em fiança não torna a garantia nula, mas tão-somente anulável, conforme entendimento majoritário desta Corte.

(...)

Em assim sendo, fica preservada somente a meação da recorrente, como entendeu a douta sentença.

No que se refere à pretensão de atacar a execução, não assiste razão à apelante.

Em primeiro lugar, cabe considerar que uma vez anulada a fiança em relação à embargante, por falta de outorga uxória, ficando assim preservada a sua meação, desaparece o seu interesse em questionar a dívida exeqüenda, na medida em que a exigibilidade desta tinha como causa a existência da referida garantia.

De outro lado, ainda que fosse superada essa questão, a pretensão de questionar a dívida significaria, por via oblíqua, ofender a coisa julgada em relação

ao seu cônjuge, já que este, no momento processual adequado, embargou a execução, já tendo havido trânsito em julgado da decisão a este respeito, não podendo assim um novo provimento judicial dispor sobre tal tema, para, em consequência, beneficiar quem já se viu anteriormente atingido pelos efeitos da decisão proferida nos embargos primeiramente opostos, sob pena de ofensa ao disposto nos arts. 467 e 472 do CPC.

Assim, nas circunstâncias, não prospera a pretensão da recorrente de ver proclamada “a nulidade integral da fiança” e, concomitantemente, ser extirpada da dívida os excessos a título de comissão de permanência.

Contudo, assiste razão à apelante quanto à pretensão de ver cassada a r. decisão atacada que a condenou nas penas de litigante de má-fé, mormente considerando que os embargos foram acolhidos parcialmente e por não vislumbrar em sua conduta processual nenhuma das hipóteses a que se referem os incisos I a VII do art. 17 do CPC.

Fica a sucumbência fixada na r. sentença recorrida, pois o provimento da apelação deu-se tão somente em relação à litigância de má-fé.

É o voto.

Por ocasião dos embargos de declaração, acrescentou-se, *verbis*:

Com efeito, na medida em que o v. acórdão embargado decidiu contrariamente à tese suscitada pela embargante, significa que ela foi rejeitada, sendo incabível, em consequência, a alegação de que teria havido contradição.

Como se vê, o v. acórdão afastou a tese da ora embargante na qual sustentava que a ausência de outorga uxória na fiança prestada pelo seu marido acarretaria a nulidade absoluta da obrigação.

Verifica-se, primeiramente, que o aresto não contém as omissões, nem é carente de fundamentação, como sustenta o especial. Ao contrário, todas as questões cruciais ao deslinde da controvérsia foram apreciadas e decididas naquilo que pareceu pertinente à Turma julgadora *a quo*.

A jurisprudência nesta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. Assim, não há como se pretender a reforma do *decisum* recorrido, sob a alegação de violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, se o acórdão tiver bem delineado as questões a ele submetidas.

Sustenta a instituição financeira recorrida a ausência de legitimidade da recorrente para impugnar o título executivo, em embargos à execução, pois

somente lhe caberia, em sede de embargos de terceiro, a exclusão de sua meação. Tenho que sem razão, todavia.

Revelam os autos que, por ocasião da primeira penhora, somente os bens da sociedade executada foram atingidos. Apenas por ocasião do reforço da penhora é que foram constringidos bens imóveis pertencentes ao fiador e à recorrente, que foi intimada do ato, consoante determina o artigo 669, § 1º, do Código de Processo Civil.

Como cediço, a intimação do cônjuge do executado da penhora em bens do casal é imprescindível, sendo a sua falta causa de nulidade (cf., REsp n. 218.452-SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 8.3.2000, entre outros), e uma das razões para isso é a própria exigência legal de concordância conjugal nos atos voluntários de alienação ou oneração do patrimônio.

A lei faculta-lhe, a partir de então, a via dos embargos à execução ou de terceiro, caso pretenda discutir a dívida ou apenas resguardar sua meação.

Eis a lição de *Araken de Assis* sobre o tópico:

Figurando o cônjuge do executado no título executivo, ele é devedor, pois contraiu a obrigação, e, nesta qualidade adquire legitimidade para embargar.

Nos casos em que, contra o cônjuge não tendo sido ajuizada a execução, seja porque o credor omitiu seu nome, apesar de obrigado no título, seja porque seus bens não respondem pelo cumprimento da obrigação, haja vista as peculiares relações patrimoniais entretidas com o executado, também lhe tocará a ação de embargos (art. 736).

Esta espinhosa questão recebeu amplo exame na rubrica dedicada à intimação da penhora (retro, 224.I). Investe-se o cônjuge na qualidade de parte, não constante, em nome próprio, do título executivo, a partir da intimação contemplada no art. 669, parágrafo único. Formado tal litisconsórcio – ou integrada a capacidade processual, segundo outras manifestações (retro, 43, I) –, o cônjuge adquire legitimidade para embargar. Independentemente, aliás, do alcance da constrição na sua esfera jurídica, o cônjuge ostenta interesse óbvio no desfazimento do título, discutindo a validade e a legitimidade do crédito.

Por outro lado, exigindo o livramento do constringido título diverso daquele empregado para atacar a demanda executória, configura-se hipótese típica de embargos de terceiro (retro, 224.2).

Essas legitimidades não se excluem, conforme alvitra Mário Aguiar Moura, e, nada obstante as dificuldades que atingem o credor, talvez embaraçado com dois embargos, simultâneos ou não, a elementar diferença de *causae petendi* torna as demandas admissíveis. Em outras palavras, o cônjuge poderá questionar o título,

invocando a qualidade de parte, e a penhora, na perspectiva de terceiro. (Manual do Processo de Execução, 5ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 1.001-1.002).

Em nota ao artigo 1.046, § 3º, do Código de Processo Civil, escreve Theotônio Negrão, *verbis*:

Art. 1.046: 16a. Em resumo, nada obsta a que, conforme o caso, a mulher intervenha no processo, ao mesmo tempo, como parte e como terceiro, com base em títulos jurídicos diversos (cf. art. 1.046, § 2º). Assim: “Se a mulher quiser opor-se à dívida contraída pelo marido, a intimação da penhora lhe possibilitará o exercício dessa pretensão nos próprios autos da lide; se, no entanto, pretender afastar a incidência da penhora sobre sua meação, é na posição de terceiro, estranha à *res in iudicio deducta*, que deverá agir, tal como qualquer outro terceiro” (RTJ 100/401; *Citação do Voto do Min. Soares Munôz*). No mesmo sentido: RTJ 105/274; STJ - 4ª Turma, REsp n. 252.854-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 29.6.2000, deram provimento, v.u., DJU 11.9.2000, p. 258. *Contra*: RTJ 79/329).

Enfim, a matéria é complexa. Solução ideal será o conhecimento dos embargos de terceiro como embargos à execução (v. nota n. 8), e vice-versa (v. art. 736, nota n. 8), desde que, em qualquer das hipóteses, no prazo para a respectiva oposição. Se a petição articular, ao mesmo tempo, matéria pertinente a ambos, deverá, de preferência, ser processada como embargos do devedor, se no prazo destes, ficando ressalvada à mulher a possibilidade de, ulteriormente e por peça diferente, opor embargos de terceiro, cujo prazo é mais dilatado (cf. arts. 738 e 1.048). (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 35ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2003, p. 932).

A propósito, assinalou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no precedente REsp n. 252.854-RJ:

Como se vê, a intimação do cônjuge não visa apenas à preservação da metade que lhe cabe sobre o patrimônio, mas também de todo o bem, como litisconsorte passivo na execução. Daí a viabilidade de valer-se dos embargos de devedor e dos embargos de terceiro, conforme o caso.

Na hipótese em exame, para a recorrente, a oportunidade para o exercício de sua defesa só surgiu com a intimação da penhora realizada sobre os bens do casal. Nem o acórdão nem a sentença de primeiro grau afirmaram o contrário, por isso admissível a oposição dos embargos à execução, não havendo falar em coisa julgada, como pretendeu o *decisum* hostilizado, porquanto a sentença proferida nos primeiros embargos não pode alcançar quem não foi parte na lide.

Confira-se a jurisprudência desta Corte, para casos assemelhados:

A sistemática do Código de Processo Civil brasileiro não se compadece com a extensão da coisa julgada a terceiros, que não podem suportar as conseqüências prejudiciais da sentença, consoante princípio estabelecido no art. 472 da Lei Processual Civil. (REsp n. 206.946-PR, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 7.5.2001),

A coisa julgada constituída entre as partes da ação de embargos de terceiro (mulher do devedor e massa insolvente representada pelo síndico) não pode prejudicar aquele que não integrou a relação processual. O devedor, em relação à ação mencionada, é terceiro que não pode ser atingido pelos efeitos da sentença de improcedência dos embargos de terceiro e tem legítimo interesse na apreciação de seu pedido de declaração de impenhorabilidade do imóvel residencial, ainda que a questão jurídica tenha sido tocada na ação ajuizada pela mulher e esta não tenho direito à meação. (REsp n. 345.933-RJ, relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 29.4.2002),

Processual Civil. Eficácia da coisa julgada contra terceiro adquirente. Art. 472 do CPC. I - A coisa julgada torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário e vincula apenas as partes da respectiva relação jurídica. O terceiro adquirente de imóvel, a título oneroso e de boa-fé não é alcançável por decisão em processo de que não fora parte, ineficaz, quanto a este a decisão. II - Recurso Especial conhecido e provido. (REsp n. 158.097-RJ, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 10.5.1999).

Com razão a recorrente, igualmente, no que se refere à nulidade da fiança prestada por seu marido, sem a devida outorga uxória. É incontroversa a jurisprudência neste Superior Tribunal de Justiça quanto à ineficácia total do ato, consoante ilustram os seguintes julgados:

Recurso especial. Direito Civil. Fiança. Outorga uxória. Ausência. Nulidade do ato.

A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher. Recurso provido. (REsp n. 457.588-SP, relator Ministro Félix Fischer, DJ de 25.11.2002),

Fiança. Pessoa casada. Falta de outorga uxória. I - A anulação da fiança prestada por pessoa casada sem anuência do cônjuge acarreta a ineficácia do ato. Precedentes desta Corte. Código Civil, art. 239. Ofensa não caracterizada. II - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 161.472-SP, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 9.6.2003),

Direito Civil. Fiança. Ausência de outorga uxória. Nulidade. Precedentes desta Corte. A fiança prestada sem a outorga uxória não tem eficácia sobre a meação do fiador, pois nula de pleno direito. Precedentes: REsp n. 199.684-RS, n. 113.317-MG, n. 140.482-RS, n. 76.399-SP e n. 94.094-MG. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 11.877-RS, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 16.11.1999).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para anular a fiança prestada, bem como determinar o retorno dos autos à origem, para a apreciação das demais questões suscitadas nos embargos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 604.326-SP (2003/0201752-7)

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Rosemary Stach Garcia

Advogado: Natal Camargo da Silva Filho e outro

Recorrido: Arnaldo Alcover Junior - espólio

Representado por: Neusa Alcover Breves de Menezes

Advogado: Francisco Cardoso Consolo e outro

EMENTA

Locação. Fiança prestada sem outorga uxória. Nulidade de pleno direito. Confissão de dívida igualmente nula.

Esta Corte já firmou posicionamento de que a fiança concedida sem a necessária outorga uxória invalida o ato por inteiro, alcançando, inclusive, a meação do outro cônjuge. Tal ato, por conseguinte, não é anulável, mas sim, nulo de pleno direito.

No caso em apreço, a confissão de dívida que se originou do contrato de fiança, torna-se, de igual forma, nula.

Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 2 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 29.3.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso especial interposto por *Rosemary Stach Garcia*, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, dirigido contra acórdão assim ementado:

Ação declaratória de nulidade. Fiança. Conexão com embargos à execução de confissão de dívida. A novação convalida obrigação anulável, assim a fiança sem outorga uxória quando substituída por confissão de dívida do marido. Apelação não provida.

Em suas razões recursais (fls. 139-147), a recorrente aduz que “(...) se a fiança sem consentimento da mulher é nula e não anulável, via de consequência a novação que daquele contrato resulta também é nula, porquanto a legislação proíbe expressamente que haja novação em face de obrigação nula.”

Apresentadas as contra-razões (fls. 158-173) sustentando a ocorrência da novação e requerendo o não acolhimento do recurso especial.

Eis um breve resumo.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O cerne da questão envolve saber se a confissão de dívida feita pelo marido da recorrente é nula, eis que a fiança, anteriormente realizada, foi prestada sem a outorga uxória.

No voto condutor do aresto recorrido, restou assentado (fls. 134-135):

(...) O que aconteceu foi mesmo a novação. O marido da apelante substituiu a fiança em contrato de locação pela confissão de dívida. Assim, contraiu com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior, nos termos do art. 999 inciso I do Código Civil.

A confissão de dívida é conseqüência do contrato de fiança. Resta saber se poderia ela ser atingida por eventual vício da obrigação anterior.

Sabe-se da divergência jurisprudencial e doutrinária sobre o tema. Este juiz tem entendido que a fiança sem outorga uxória não é nula, mas anulável, devendo receber exame do caso concreto, para entender-se se a falta da assinatura da mulher atinge todo o contrato ou parte dele.

A conseqüência lógica dessa afirmação é de que a novação, em relação às obrigações anuláveis, opera ratificação e pode ser admitida (...)

Porém, esta Corte vem proferindo posicionamento diverso do defendido pelo Tribunal paulista, afirmando que a fiança concedida sem a necessária outorga uxória é nula de pleno direito.

Vem sendo esse o entendimento esposado por este Tribunal em relação à matéria aqui debatida:

Locação. Fiança. Nulidade. Ausência de outorga uxória.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que a fiança prestada por um dos cônjuges sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando, inclusive, a meação do outro cônjuge.

2. Precedentes.

3. Recurso conhecido. (REsp n. 329.037-SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, D.J. em 22.9.2003).

Recurso especial. Direito Civil. Fiança. Outorga uxória. Ausência. Nulidade do ato.

A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher.

Recurso provido. (REsp n. 457.588-SP, Rel. Min. Felix Fischer, D.J. em 25.11.2002).

Direito Civil. Locação. Fiança. Outorga uxória. Ausência. Nulidade.

1 - A fiança prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital. Precedentes da Corte.

2 - Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 422.909-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, D.J. em 30.9.2002).

Assim, decidindo o Tribunal de origem que a confissão de dívida é consequência do contrato de fiança, e sendo este nulo, de pleno direito, aquela torna-se, igualmente, sem validade.

Posto isso, *dou provimento* ao presente recurso para declarar nula a fiança concedida pelo marido da recorrente e, outrossim, a confissão de dívida que dela se originou.

RECURSO ESPECIAL N. 772.419-SP (2005/0130813-7)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Ozires Silva

Advogado: Jose Henrique Nunes Paz e outros

Recorrido: Tavares de Almeida Participações S/C Ltda.

Advogado: Arthur Mosaner Artigas Troppmair e outros

Interessado: Flávio Della Guardia Soares

Advogado: Alexandre Forne

EMENTA

Processual Civil. Locação. Fiança. Prequestionamento. Inexistência. Súmulas n. 282-STF e n. 211-STJ. Ausência da outorga uxória. Nulidade relativa. Arguição pelo cônjuge que prestou a fiança. Ilegitimidade. Decretação de ofício pelo magistrado. Impossibilidade. Recurso especial conhecido e improvido.

1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é nula a fiança prestada sem a necessária outorga uxória, não havendo considerá-la parcialmente eficaz para constranger a meação do cônjuge varão.

2. É inadmissível recurso especial pela alínea **a** do permissivo constitucional, quando os dispositivos infraconstitucionais tidos

por violados não foram debatidos no acórdão recorrido, malgrado tenham sido opostos embargos declaratórios, restando ausente seu necessário prequestionamento. Tal exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não examinadas no Tribunal de origem. Aplicação das Súmulas n. 282-STF e n. 211-STJ.

3. Nos termos do art. 239 do Código Civil de 1916 (atual art. 1.650 do Novo Código Civil), a nulidade da fiança só pode ser demandada pelo cônjuge que não a subscreveu, ou por seus respectivos herdeiros.

4. Afasta-se a legitimidade do cônjuge autor da fiança para alegar sua nulidade, pois a ela deu causa. Tal posicionamento busca preservar o princípio consagrado na Lei Substantiva Civil segundo a qual não poder invocar a nulidade do ato aquele que o praticou, valendo-se da própria ilicitude para desfazer o negócio.

5. A nulidade da fiança também não pode ser declarada *ex officio*, à falta de base legal, por não se tratar de nulidade absoluta, à qual a lei comine tal sanção, independentemente da provocação do cônjuge ou herdeiros, legitimados a argüi-la. Ao contrário, trata-se de nulidade relativa, válida e eficaz entre o cônjuge que a concedeu, o afiançado e o credor da obrigação, sobrevivendo sua invalidade quando, e se, legitimamente suscitada, por quem de direito, vier a ser reconhecida judicialmente, quando, então, em sua totalidade será desconstituído tal contrato acessório.

6. Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Edísio Gomes de Matos (p/ recorrente).

Brasília (DF), 16 de março de 2006 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 24.4.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial manifestado por *Ozires Silva*, com base no art. 105, inc. III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do *Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo* que mantivera incólume *decisum* que, por sua vez, julgou procedente a ação de despejo cumulada com cobrança ajuizada por *Tavares de Almeida Participações S/C Ltda.* contra o ora recorrente, na qualidade de fiador, e *A&B Associados S/C limitada e outros*.

O acórdão recorrido foi assim ementado (fl. 230):

Fiança. Falta de outorga uxória. Anulação. Art. 239 do Código Civil de 1916.

A sanção decorrente da falta de outorga uxória pressupõe iniciativa da parte prejudicada.

Locação. Aluguel e encargos. Pagamento. Prova. Testemunha. Descabimento.

“Obrigatório o recibo, é inadmissível a prova de pagamento de aluguéis e encargos através de testemunhas; impertinente esse requerimento, de rigor o julgamento antecipado dos embargos.”

Opostos embargos declaratórios, foram eles acolhidos pelo Tribunal de origem, sem a alteração do julgado.

Sustenta o recorrente, em suas razões, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 145, inc. IV, 146 e 235, inc. III, do CCB de 1916, bem como ao art. 257, inc. VI, do CPC, ao argumento de que o acórdão recorrido “desconsiderou a nulidade absoluta da fiança prestada pelo Recorrente sem a devida outorga uxória e a conseqüente ilegitimidade do Recorrente para figurar no pólo passivo da demanda” (fl. 250). Isso porque a ausência de outorga uxória, por se tratar de hipótese de nulidade absoluta, “comporta argüição por qualquer interessado” (fl. 254) ou mesmo seu reconhecimento de ofício.

A parte recorrida apresentou contra-razões (fls. 326-332).

Admitido o recurso na origem, os autos subiram a esta Corte (fls. 336-337).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Aduz a parte recorrente, em resumo, que o Tribunal de origem ao não lhe reconhecer a legitimidade para argüir a nulidade da fiança prestada sem a outorga uxória ou ainda a possibilidade do reconhecimento de ofício de tal nulidade, teria violado os arts. 145, inc. IV, 146 e 235, inc. III, do Código Civil de 1916, bem como no art. 257, inc. VI, do CPC, assim como divergido do entendimento desta Corte e de outros Tribunais. Para comprovar tal assertiva, colacionou aos autos cópias de diversos julgados.

É inadmissível o presente recurso especial pela alínea **a** do permissivo constitucional, tendo em vista que as matérias disciplinadas nos arts. 145, inc. IV, 146 e 235, inc. III, do Código Civil de 1916, bem como no art. 257, inc. VI, do CPC, não foram debatidas no acórdão recorrido, malgrado tenham sido opostos embargos declaratórios, restando ausente seu necessário prequestionamento. Tal exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não examinadas no Tribunal de origem. Destarte, aplica-se à hipótese o óbice das Súmulas n. 282-STF e n. 211-STJ. Nesse sentido:

Agravo regimental. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Fundamentação alternativa bastante. Impugnação parcial do acórdão. Inadmissão parcial do recurso especial. Locação. Fiador não citado na ação de despejo. Execução de títulos judicial e extrajudicial. Exclusão dos ônus da sucumbência na ação de conhecimento.

1. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*" (Súmula do STJ, Enunciado n. 211).

(...)

4. Agravo regimental parcialmente provido para dar parcial provimento ao recurso especial. (AgRg no AgRg no REsp n. 329.001-RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 1º.8.2005, p. 577).

Quanto à alegada divergência jurisprudencial, observa-se que os dois primeiros julgados (REsp n. 351.272-SP, Rel. Min. *Vicente Leal*, Sexta Turma, e Acórdão na Apelação Cível n. 2000.01.1.062360-6-TJDF, Rel. Des. *Silvânio Barbosa*, Segunda Turma Cível) não guardam a necessária similitude fática com o acórdão recorrido, prevista nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, c.c.

o 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, tendo em vista que não se pronunciaram quanto à possibilidade, ou não, de o magistrado reconhecer de ofício a nulidade da fiança prestada sem a outorga uxória.

Por sua vez, no diz que respeito ao terceiro paradigma (Acórdão na Apelação Cível n. 2004.001.08864-TJRJ, Rel. Des. *Marco Antônio Ibrahim*, Quarta Câmara Cível), resta demonstrado o dissídio, nos moldes dos precitados arts. 541, parágrafo único, do CPC, c.c. o 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, uma vez que o *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* expressamente reconheceu a possibilidade de o magistrado declarar de ofício a nulidade da fiança quando ausente a necessária outorga do cônjuge do fiador.

Vale ressaltar, de início, que esta Corte já pacificou o entendimento segundo o qual a ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido (valendo a recíproca) invalida o ato por inteiro, de sorte que a garantia seria totalmente nula, não podendo os efeitos dessa nulidade ser limitados apenas à meação da mulher. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ementas:

Processual Civil. Embargos à execução. Coisa julgada. Terceiro. Inexistência. Art. 472 CPC. Fiança. Outorga uxória. Ausência. Ineficácia total do ato. Fiador. Bem de família. Impenhorabilidade. Art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/1990. Não recepção.

(...)

II - A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher.

(...)

Recurso provido. (REsp n. 631.262-MG, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 26.9.2005, p. 439).

Processual Civil e locação. Tema não ventilado na Instância *a quo*. Inadmissibilidade. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356-STF. Fiança. Outorga uxória. Existência. Reexame de provas. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Recurso desprovido.

(...)

II - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que é nula a fiança prestada sem a necessária outorga uxória, não havendo como se considerá-la parcialmente eficaz para constranger a meação do cônjuge varão. Não restando caracterizada a ausência da outorga uxória, não há que se falar em nulidade absoluta da fiança.

(...)

IV - Agravo interno desprovido. (AgRg no Ag n. 595.895-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 20.9.004, p. 326).

Mais detido exame requer, todavia, a matéria relativa à legitimidade para argüir tal nulidade: seria exclusiva do cônjuge que não anuiu, ou, se for o caso, de seus herdeiros? Poderia sê-lo por aquele que prestou a fiança sem a outorga uxória? Ainda, de ofício, poderia ser declarada, judicialmente?

De pronto, deve-se afastar a legitimidade do cônjuge autor da fiança para alegar sua nulidade, pois a ela deu causa. Tal posicionamento busca preservar o princípio consagrado na Lei Substantiva Civil segundo o qual não pode invocar a nulidade do ato aquele que o praticou, valendo-se da própria ilicitude para desfazer o negócio. Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

Recurso especial. Fiança. Ausência de outorga uxória. Ineficácia da garantia.

De acordo com o art. 235, III, do Código Civil, a fiança prestada pelo cônjuge sem outorga uxória é de total ineficácia, eis que é nulo o ato jurídico quando preterida alguma solenidade considerada essencial pela lei.

Na hipótese, ausente o consentimento de um cônjuge, infringida condição essencial à eficácia da fiança.

Recurso do recorrente-varão que não se conhece eis que lhe falta legitimidade para requerer nulidade de ato a que deu causa.

Recurso conhecido e provido do cônjuge mulher. (REsp n. 268.518-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 19.2.2001, p. 223).

A tese abraçada pelo acórdão, resumida na ementa – “A sanção decorrente da falta de outorga uxória pressupõe iniciativa da parte prejudicada” –, é a que melhor coaduna-se, para nós, com a legislação de regência, não obstante entendimento oposto, contido no paradigma apontado, do TJ-RJ, que encampou tese diversa, restando, conforme exige o CPC, art. 541, parágrafo único, e RISTJ, 255 e segs., configurada e demonstrada a divergência (fls. 261, 272 e seguintes).

Para chegar a tal conclusão, o eminente relator desenvolveu, em seu bem lançado voto, a seguinte motivação (fl. 231):

Nos termos do disposto no artigo 239 do Código Civil de 1916, “A anulação dos atos do marido praticados sem a outorga da mulher, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada por ela, ou seus herdeiros”.

Assim, a sanção decorrente da falta de outorga uxória pressupõe iniciativa da parte prejudicada. Referida anulação não pode “ser pronunciada *ex officio* pela autoridade judiciária, nem a requerimento da parte adversa. Depende sempre de

pedido da própria mulher, ou de seus herdeiros, se já falecida” (Curso de Direito Civil, Direito de Família, Washington de Barros Monteiro, 2º Vol. 13ª edição, p. 117), exigência reiterada no atual Código Civil. (artigo 1.650).

Sobre o tema esta Egrégia Câmara deixou definido, em voto da lavra do eminente Juiz Kioitsi Chicuta, autos da Apelação com Revisão n. 642.154-0/4, julgada em 3.10.2002, que a falta de consentimento constitui matéria a ser argüida apenas ao cônjuge preterido: “Fiança. Falta de outorga uxória. Argüição permitida apenas ao cônjuge inocente. Ausência de prova de alteração de conteúdo dos contratos. Embargos julgados improcedentes. Recurso improvido”. No mesmo sentido colaciona-se voto do eminente Juiz Ruy Coppola no julgamento da Apelação n. 561.415 a dispor que “a argüição de nulidade da fiança, por falta de outorga uxória, é privativa do cônjuge prejudicado”.

É oportuno lembrar que o Novo Código Civil, em seu art. 1.650, reitera, pode-se dizer, com redação mais apurada, tal regra atributiva de legitimidade, a saber: “A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros”.

De fato, o art. 235, inc. III, do anterior Código Civil, proibia a prestação de fiança pelo marido, sem o consentimento da mulher; com redação mais técnica e atual, em seu art. 1.647, inciso III, há igual óbice para qualquer dos cônjuges; no vigente CC, estendendo-se ao aval, também, sendo certo que, quanto a este, como anotam os Profs. FREDIE DIDIER JÚNIOR e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, em “Comentários ao Código Civil Brasileiro, Vol, XV, Malheiros, Rio de Janeiro, 2005, p. 84”, citando conclusão a que se chegou na “Jornada de Direito Civil” realizada em junho de 2002, no Superior Tribunal de Justiça: O aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inciso III do art. 1.647 apenas caracteriza a oponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu”.

Como vimos, no entanto, pelos arts. 239 e 1.650 dos respectivos Códigos, tal nulidade ou invalidade, na dicção do último preceito, só poderá ser demandada pelo cônjuge que não subscreveu a fiança. Esta foi, em suma, a posição firmada pelo acórdão recorrido, que é razoabilíssima, para não dizer que é a melhor, pois consentânea, também, com princípios outros do direito, que devem, por seu relevo social, ser considerados.

Em tal contexto, ponderável, *mutatis mutandis*, a doutrina do Prof. LEONARDO MATTIETO, sob o título “Invalidade dos atos e negócios

jurídicos”, publicado na obra “Parte Geral do novo Código Civil”, 2ª, ed. Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2003, p. 346-347:

6. Princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos

A ratificação dos negócios anuláveis (CC 1916, art. 148; CC2002, art. 172), assim como a redução dos negócios acometidos de nulidade parcial (CC1916, art. 153; CC2002, rt. 184) e também a conversão dos negócios nulos (CC2002, art. 170) atendem ao *princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos*, segundo o qual, no conceito de Antônio Junqueira de Azevedo, “(...) tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, deve procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia -, o máximo possível do negócio realizado pelo agente”.

Sobre o fundamento do princípio da conservação, não se pode deixar de dar razão a Eduardo Correia, quando afirma que a ordem jurídica não é inimiga dos interesses individuais e do desenvolvimento da vida social:

A ordem jurídica não é tabu que fulmine totalmente tudo que lhe não é conforme, mas, muito ao contrário, meio de garantir a consecução dos interesses do homem e da vida social; não é inimiga da modelação dos fins dos indivíduos – mas ordenadora e coordenadora da sua realização. Por isso, só nega proteção, ou, vistas as coisas por outro lado, só sanciona, quando é até onde os valores ou interesses que presidem a tal coordenação ou ordenação o exigem. E a idéia domina toda a teoria dos negócios jurídicos.

Ademais, não se compadece com o princípio da boa fé, subjacente aos atos jurídicos ou, na redação do atual Código Civil, negócios jurídicos, em geral, que o fiador, cujo assentimento expresso do cônjuge não ocorreu, possa argüir, com êxito, a nulidade de tal garantia, sob tal fundamento. De forma expressa e clara, a legitimidade para fazê-lo é apenas do cônjuge que não assentiu, conforme resulta dos arts. 239 e 1.650, já transcritos, cujas redações imperativas, cogentes, não deixam dúvidas quanto a tal aspecto, sendo, assim, pessoal, personalíssima mesmo, referida legitimação, que só passará a seus herdeiros, por expressa previsão, se for o caso. Essa conclusão, se necessária fosse, teria, como tem, apoio, ainda, nas regras que se contêm nos arts. 1.502 e 837 do anterior e atual CC, que só permitem ao fiador opor ao credor exceções, defesas, que lhes forem pessoais e, desenganadamente, aquela relativa à ausência da outorga do cônjuge não tem tal natureza, ao contrário, lhe é, juridicamente, estranha, impessoal.

Logo, tal vício não poderá, igualmente, ser reconhecido, declarado, *ex officio*, à falta de base legal, por não se tratar de nulidade absoluta, à qual a lei comine tal sanção, independentemente da provocação do cônjuge ou herdeiros, legitimados a argüi-la. Ao contrário, em seu contexto, também os arts. 178, § 9º, I, **b**, 237 e 263, X, pretéritos; 1.648 e 1.649, atuais, na seara do Direito Civil, revelam se cuidar de nulidade relativa, válida e eficaz entre o cônjuge que a concedeu, o afiançado e o credor da obrigação, sobrevivendo sua invalidade quando e se legitimamente suscitada por quem de direito vier a ser reconhecida judicialmente, quando, então, em sua totalidade será desconstituído tal contrato acessório.

Em tal sentido, doutrina, dentre outros, o saudoso Prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, em “Curso de Direito Civil – Direito de Família”, 36ª, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 137:

Não pode assim ser pronunciado *ex officio* pela autoridade judiciária, nem a requerimento da parte adversa. Depende sempre de pedido da própria mulher, ou de seus herdeiros, se já falecida.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial pela alínea **c**, *negando-lhe, no entanto, provimento*, por concluir, em síntese, que a compreensão dada pelo acórdão recorrido ao art. 239 do anterior Código Civil, ao qual corresponde o art. 1.650 do atual, é, data vênua, a mais adequada e consentânea com os princípios que informam a matéria.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 832.669-SP (2006/0060124-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Recorrente: Detalhe Íntimo Lingerie Ltda. - microempresa e outro
Advogado: Márcia Fazion
Recorrido: Eduardo Lordello
Advogado: Divanir Machado Netto Tucci

EMENTA

Civil. Locação. Alegada violação ao art. 1.483 do Código Civil de 1916 e ao art. 586 do Código de Processo Civil. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Fiança. Outorga uxória. Ausência. Vício que invalida totalmente a garantia, mas que só pode ser alegado pelo cônjuge que não concedeu a vênua conjugal. Precedentes.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, cristalizado no Enunciado da Súmula n. 211-STJ, segundo o qual a mera oposição de embargos declaratórios não é suficiente para suprir o requisito do prequestionamento, sendo indispensável o efetivo exame da questão pelo acórdão objurgado.

2. É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a falta da outorga uxória invalida a fiança por inteiro.

3. No caso dos autos, todavia, a falta da vênua conjugal foi argüida tão-somente pelo cônjuge que prestou a fiança sem a autorização de sua esposa. Nesse caso, é de se aplicar a orientação desta Corte no sentido de não conferir, ao cônjuge que concedeu a referida garantia fidejussória sem a outorga uxória, legitimidade para argüir a sua invalidade, permitindo apenas ao outro cônjuge que a suscite, nos termos do art. 1.650 do atual Código Civil.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta extensão, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Medina.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 17 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJ 4.6.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra aresto proferido Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à apelação e não conheceu do recurso adesivo, nos seguintes termos:

Locação de imóvel. Execução de aluguéis e encargos da locação. Embargos à execução. Fiança. Falta de outorga uxória.

A anulação da fiança por falta de outorga uxória não pode ser pleiteada pelo próprio fiador que derespeitou a norma legal nem é decretável de ofício, uma vez que se trata de ato anulável e não de ato nulo. Falta de comprovação de pagamentos parciais impede deduzi-los da dívida. Multa devida pela desocupação do imóvel, no curso do contrato por prazo indeterminado, sem prévia notificação. Honorários advocatícios e custas devem ser carreados ao sucumbente, que por tais verbas reponde integralmente se a sucumbência foi total, a tanto equivalendo procedência parcial dos embargos em evidente erro material.

Apelação improvida. Recurso adesivo não conhecido.

Os recorrentes apontam violação aos arts. 145, IV e 235, III, do Código Civil de 1916. Argumentam, nesse ponto, que a ausência da outorga uxória torna nula de forma integral a fiança prestada pelo marido em contrato de locação. Sustentam, de outra parte, contrariedade ao art. 1.483 do Código Civil pretérito, ante o prorrogção da garantia fidejussória até a efetiva devolução do imóvel, quando o pacto firmado previa a validade da locação por prazo determinado. Aduzem, também, infringência ao art. 586 do Código de Processo Civil, ante a ausência de liquidez do título extrajudicial em execução. Por fim, indicam dissídio jurisprudencial com arestos desta Corte que deram solução diversa à controvérsia relativa à ausência da outorga marital.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido pela decisão de fl. 358.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O presente recurso especial não merece conhecimento quanto às questões referentes à prorrogação da fiança até a entrega das chaves em contrato de locação que prevê prazo determinado para sua duração e a liquidez do título extrajudicial em execução. Com efeito, tais controvérsias, bem como a aplicação do art. 1.483 do Código Civil de 1916 e do art. 586 do Código de Processo Civil, não foram objeto de análise pelo acórdão impugnado. Embora apresentados embargos declaratórios pela parte ora recorrente, tal não é suficiente para suprir o requisito do prequestionamento, sendo indispensável o efetivo exame da questão pelo acórdão objurgado. Assim, se os recorrentes entendessem persistir omissão no aresto recorrido, deveriam ter alegado ofensa ao art. 535 do Estatuto Processual Civil nas razões do especial.

Dessa forma, ausente o necessário prequestionamento da matéria legal, nos termos da Súmula n. 211-STJ (Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*), inviável a admissão do recurso especial, também com relativamente à interposição pela alínea **c** do permissivo constitucional. Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

Previdenciário e Processual Civil. Alínea **a**. Prequestionamento. Ausência. Aplicação das Súmulas n. 211-STJ, n. 282 e n. 356-STF. Deficiência na fundamentação. Impossibilidade da exata compreensão da controvérsia. Aplicação da Súmula n. 284-STF. Agravo interno desprovido.

I - Em sede de recurso especial é inviável a apreciação de matéria cujo tema não restou discutido à exaustão na instância *a quo*. A mera oposição do recurso integrativo não supre a necessidade do prequestionamento. Aplicável, *in casu*, o Verbete Sumular n. 211-STJ, que assim dispõe: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*." Ademais, incidem, à espécie, os Verbetes de Súmulas n. 282 e n. 356-STF.

(...)

III - Agravo interno desprovido. (AgRg no Ag n. 619.454-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 13.12.2004).

Processo Civil. Agravo regimental. FGTS. Expurgo inflacionário de fevereiro/1989. 10,14%. Súmula n. 211-STJ.

1. O STJ entende que o requisito do prequestionamento é satisfeito quando o Tribunal *a quo* emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial, não sendo suficiente que a parte suscite a questão em embargos declaratórios.

2. Situação específica ocorrida no julgamento do REsp n. 196.878-SP que difere da hipótese dos autos e não autoriza a conclusão de que a mera oposição de embargos supre o requisito do prequestionamento.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 568.465-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 15.3.2004).

Processual Civil. Recurso especial. Prequestionamento. Embargos de declaração. Alegação de ofensa ao CPC, art. 535. Necessidade.

I - A mera oposição de embargos de declaração não supre a falta de prequestionamento dos dispositivos cuja violação é alegada. Para afastar a incidência do Enunciado n. 211-STJ, incumbe ao recorrente argüir a ofensa, se for o caso, do artigo 535, do CPC.

II - Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 385.072-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, DJ 3.6.2002).

No que toca à eventual nulidade da fiança, diante da ausência de outorga uxória, é pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que tal defeito invalida a garantia totalmente, não se podendo restringi-lo à meação do cônjuge que a prestou. Menciono, para exemplificar, os seguintes arestos:

Civil e Processo Civil. Locação. Fiança. Ausência de outorga uxória. Nulidade.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que a fiança prestada por um dos cônjuges sem outorga é nula de pleno direito, alcançando, inclusive a meação do outro cônjuge.

2. Recurso provido.

(REsp n. 555.238-RS, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 26.3.2007).

Civil. Locação. Fiança. Outorga uxória. Ausência. Nulidade integral do ato. Interpretação restritiva. Art. 483, inciso III, CC/1916. Precedentes.

I - O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é pacífico no sentido que a ausência da outorga uxória nulifica integralmente o pacto de fiança.

(...)

Recurso parcialmente provido.

(REsp n. 619.814-RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 21.6.2004).

No presentes autos, todavia, a falta da vênua conjugal foi suscitada tão-somente pelo cônjuge que prestou a fiança sem a autorização de sua esposa. Nesse caso, é de se aplicar a orientação desta Corte no sentido de não conferir, ao cônjuge que concedeu a referida garantia fidejussória sem a outorga uxória,

legitimidade para argüir a sua invalidade, permitindo apenas ao outro cônjuge que a suscite, nos termos do art. 1.650 do atual Código Civil. A propósito de tal questão, menciono os seguintes precedentes:

Agravo regimental. Locação. Fiança prestada por pessoa casada sem a anuência do outro cônjuge.

1. Regra geral, é reconhecida a nulidade da fiança prestada por pessoa sem o consentimento do outro cônjuge.

2. Entretanto não se admite venha o marido, em embargos à execução, pugnar pela nulidade do ato que conscientemente praticou, na medida em que tal requerimento cabia à esposa ou algum de seus herdeiros, na hipótese de ser a mesma falecida, nos termos do artigo 239 do Código Civil de 1916.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 540.817-DF, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 6.3.2006).

Processual Civil. Locação. Fiança. Prequestionamento. Inexistência. Súmulas n. 282-STF e n. 211-STJ. Ausência da outorga uxória. Nulidade relativa. Argüição pelo cônjuge que prestou a fiança. Ilegitimidade. Decretação de ofício pelo magistrado. Impossibilidade. Recurso especial conhecido e improvido.

1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é nula a fiança prestada sem a necessária outorga uxória, não havendo considerá-la parcialmente eficaz para constranger a meação do cônjuge varão.

(...)

3. Nos termos do art. 239 do Código Civil de 1916 (atual art. 1.650 do Novo Código Civil), a nulidade da fiança só pode ser demandada pelo cônjuge que não a subscreveu, ou por seus respectivos herdeiros.

4. Afasta-se a legitimidade do cônjuge autor da fiança para alegar sua nulidade, pois a ela deu causa. Tal posicionamento busca preservar o princípio consagrado na Lei Substantiva Civil segundo a qual não poder invocar a nulidade do ato aquele que o praticou, valendo-se da própria ilicitude para desfazer o negócio.

5. A nulidade da fiança também não pode ser declarada *ex officio*, à falta de base legal, por não se tratar de nulidade absoluta, à qual a lei comine tal sanção, independentemente da provocação do cônjuge ou herdeiros, legitimados a argüi-la. Ao contrário, trata-se de nulidade relativa, válida e eficaz entre o cônjuge que a concedeu, o afiançado e o credor da obrigação, sobrevivendo sua invalidade quando, e se, legitimamente suscitada, por quem de direito, vier a ser reconhecida judicialmente, quando, então, em sua totalidade será desconstituído tal contrato acessório.

6. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp n. 772.419-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 24.4.2006).

Recurso especial. Civil. Fiança prestada por esposa sem a outorga marital. Invalidação do ato por inteiro. Ilegitimidade, todavia, do cônjuge que deu causa à nulidade para pleitear a invalidação da garantia. Recurso conhecido e provido.

1. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a fiança prestada pelo cônjuge sem a outorga do outro invalida o ato por inteiro, não se podendo limitar o efeito da invalidação apenas à meação de um deles.

2. Contudo, os artigos 239 e 252 do Código Civil suprimem a possibilidade do cônjuge que deu causa à nulidade vir a buscar a invalidação da garantia.

3. O fato da nulidade da garantia incontestada está na dimensão da relação dos cônjuges e da família, em nada repercutindo no seu estatuto legal o qualificar-se a mulher como casada no ato da fiança, que a presta, às expressas, sem a autorização do marido.

4. O mesmo se diga do risco assumido pelo locador, no plano da eventualidade, porque é estranho aos próprios da validade da garantia.

5. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença do primeiro grau.

(REsp n. 304.179-SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 19.12.2002).

O acórdão recorrido não divergiu da remansosa jurisprudência desta Casa sobre a questão, razão por que deve ser mantido nesse ponto.

Ante o exposto, *conheço* em parte do presente recurso especial e, nessa parte, *nego-lhe provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 860.795-RJ (2006/0151513-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Carlos Heitor Miranda de Faria e cônjuge

Advogado: Giselle Nunes Severo e outros

Recorrido: Vera Maria Frias do Amaral e outro

Advogado: Beatriz Horta Ramos e outros

EMENTA

Processual Civil. Locação. Fiança. Prorrogação do contrato sem a anuência da esposa. Ausência de responsabilidade.

1. O fiador responderá pelos encargos decorrentes do contrato de locação tão-somente pelo período inicialmente determinado, ainda que exista cláusula estendendo a sua obrigação até a entrega das chaves. Precedentes do STJ.

2. O contrato acessório de fiança obedece à forma escrita, é consensual, deve ser interpretado restritivamente e no sentido mais favorável ao fiador. Assim, a prorrogação por tempo indeterminado do contrato de locação, compulsória ou voluntária, desobriga o fiador que a ela não anuiu. Precedentes.

2. No presente caso, a fiança prestada pelo marido no aditamento do contrato ocorrida em 1º.9.1999, sem a necessária outorga uxória, não tem o condão de convalidar o contrato originário, isso porque não se admite que qualquer dos cônjuges preste fiança sem a autorização do outro. Precedentes.

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Sustentou oralmente: Dr. Aristóteles Atheniense (p/ recorrentes).

Brasília (DF), 5 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 30.10.2006

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por *Carlos Heitor Miranda de Faria e cônjuge* com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ementado nos seguintes termos, *in verbis*:

Apelação. Embargos à execução por título extrajudicial. Contrato de locação inadimplido pela locatária. Execução dos fiadores. Redução do valor locatício que não tem o condão de caracterizar uma novação. Inocorrência de excesso de execução. Improcedência dos embargos. Desprovimento do recurso. (fl. 16).

Requerem os Recorrentes, preliminarmente, a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial; no mérito, sustentam a negativa de vigência aos arts. 145, inciso IV, 235, inciso III e 1.483, todos do Código Civil e ao art. 618 do Código de Processo Civil, argumentando, em síntese, que não podem ser responsabilizados por obrigações advindas após a data contratualmente fixada.

Sustentam, ainda, que não podem responder pela prorrogação contratual realizada sem a outorga uxória.

Contra-razões às fls. (75-88), o recurso não foi admitido na origem, convertido os autos por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, cumpre esclarecer que, nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a via adequada para a concessão de efeito suspensivo a recurso especial é a da medida cautelar, sendo inviável tal pretensão por meio de agravo de instrumento de decisão denegatória do apelo nobre.

Por oportuno:

Processual Civil. Efeito suspensivo ao recurso especial. Excepcionalidade. Via adequada. Medida cautelar. Art. 2º-B da Lei n. 9.494/1997. Tema não ventilado na Instância *a quo*. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356-STF. Suspensão de execução provisória de sentença com base no art. 4º da Lei n. 8.437/1992. Impossibilidade face a inexistência de liminar. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

I - O recurso especial, nos termos do art. 542, § 2º do Código de Processo Civil, deve ser recebido tão somente no efeito devolutivo. O Superior Tribunal de Justiça tem deferido o efeito almejado, em sede de recurso especial, desde que requerido pela via adequada, ou seja, através de medida cautelar devidamente fundamentada e somente em casos excepcionalíssimos o que, *in casu*, não se vislumbra tal ocorrência.

II - Não há que se falar em prequestionamento quando a matéria objeto da discussão na instância *a quo* tratou de tema diverso do constante no recurso especial. Aplicável, à espécie, as Súmulas n. 282 e n. 356-STF.

III - Nos termos do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, o pressuposto básico exigido pela norma, para que seja suspensa a decisão, é a existência de liminar. A norma inserta no dispositivo não comporta interpretação extensiva ao ponto de se considerar comando liminar um decisório que determina a execução provisória de sentença.

IV - Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido. (REsp n. 695.019-MS, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 23.5.2005).

Superada a preliminar, passo à análise do mérito.

Primeiramente, cumpre esclarecer que foi celebrado contrato de locação pelo prazo de 24 meses, com início em 1º.6.1997, tendo como fiadores Carlos Heitor Miranda de Faria e sua esposa Lúcia Macedo Costa, ora Recorrentes; após o término do prazo contratual, em 1º.6.1999, foi realizado aditamento, todavia, sem a outorga uxória.

Diante desse contexto, o Tribunal *a quo* entendeu que o aditamento do contrato realizado sem a outorga uxória da esposa não implicou a exoneração da responsabilidade dos fiadores até a entrega definitiva das chaves, em razão de cláusula contratual anteriormente firmada pelos cônjuges. A propósito, colhe-se o seguinte do aresto recorrido, *in verbis*:

Baseiam-se, os embargantes, no documento de fl. 31, datado de 1º.9.1999, relativo, a um aditamento à cláusula 4ª do contrato de locação (fl. 18), no qual foi reduzido o valor do alugue mensal, temporariamente, pelo prazo de 6 meses, para R\$ 2.722,58. **Tal documento não foi assinado pela esposa do fiador.**

Pretendem, os embargantes, ora apelantes, baseando-se na mencionada omissão do referido documento de fl. 31, considerarem nulo o título objeto da execução a que se respondem.

Acontece que o título executivo é o contrato de locação de fls. 17-23, a que anuíram os fiadores - apelantes "até a quitação final e entrega das chaves" (fl. 22). Tal contrato não foi revogado pelo aditamento de fl. 31, conforme se vê dos seus termos. (fl. 18; sem grifo no original).

Ora, o acórdão recorrido está em dissonância com o entendimento consolidado deste Tribunal, no sentido de que a fixação do termo da fiança na entrega definitiva das chaves, traduz-se na tentativa de impelir os fiadores, que assentiram a um contrato determinado, a se responsabilizarem pela obrigação pelo tempo que convier ao locador e ao locatário, ou seja, por prazo indeterminado, *o que não se admite*.

Ocorre que o contrato acessório de fiança obedece à forma escrita, é consensual e deve ser interpretado restritivamente, no sentido mais favorável ao fiador. Desse modo, a prorrogação do contrato de locação por tempo indeterminado, compulsória ou voluntariamente, desobriga o fiador que a ela não anuiu.

Nesse sentido:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Locação. Prorrogação do contrato por tempo indeterminado. Exoneração do fiador que não anuiu ao contrato. Súmula n. 214-STJ. Litigância de má-fé não configurada. Reexame de prova. Desnecessidade.

1. O fiador responderá pelos encargos decorrentes do contrato de locação tão-somente pelo período inicialmente determinado, ainda que exista cláusula estendendo a sua obrigação até a entrega das chaves.

2. O contrato acessório de fiança obedece à forma escrita, é consensual, deve ser interpretado restritivamente e no sentido mais favorável ao fiador. Assim, a prorrogação por tempo indeterminado do contrato de locação, compulsória ou voluntária, desobriga o fiador que não anuiu. Precedentes.

3. Não havendo abuso do direito constitucional na tentativa de efetivar a pretensão e inexistente qualquer alteração da verdade dos fatos, deve ser afastada a multa imposta por litigância de má-fé e a respectiva condenação ao pagamento de indenização, não implicando tal procedimento o reexame de matéria fático-probatória, vedado pelo Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 702.676-SC, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 20.3.2006).

Ademais, a fiança prestada pelo marido no aditamento do contrato ocorrida em 1º.9.1999, sem a necessária outorga uxória, não tem o condão de convalidar o contrato originário, isso porque não se admite que qualquer dos cônjuges preste fiança sem a autorização do outro, sob pena de o ato se tornar nulo de pleno direito, sendo correto afirmar que a nulidade é tal que não se limita apenas à meação da mulher, alcançando também a do cônjuge virago.

E, nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Locação. Fiança. Nulidade. Ausência de outorga uxória.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que a fiança prestada por um dos cônjuges sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando, inclusive, a meação do outro cônjuge.

2. Precedentes.

3. Recurso conhecido. (REsp n. 329.037-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 22.9.2003).

Recurso especial. Direito Civil. Fiança. Outorga uxória. Ausência. Nulidade do ato.

A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher.

Recurso provido. (REsp n. 457.588-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 25.11.2002).

Direito Civil. Locação. Fiança. Outorga uxória. Ausência. Nulidade.

1 - A fiança prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital. Precedentes da alcançando todo o ato, inclusive a meação marital. Precedentes da Corte.

2 - Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 422.909-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 30.9.2002).

Agravo regimental. Fiança prestada sem a outorga uxória. Nulidade. Penhorabilidade de bem de família.

1. Em se tratando de execução decorrente de contrato de locação de imóvel, a validade e a eficácia de fiança prestada sem a outorga uxória constituem temas cuja análise precede, necessariamente, a discussão acerca da penhorabilidade, ou não, de bem de família.

2. É firme o entendimento no sentido de que a fiança prestada por marido sem a outorga uxória invalida o ato por inteiro, não se podendo limitar o efeito da invalidação apenas à meação da mulher.

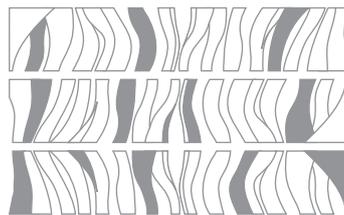
3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 152.499-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 13.8.2001).

Em assim sendo, é de ser afastada a responsabilidade dos fiadores, ora Recorrentes, pelos aluguéis vencidos e não pagos após o término do contrato de

locação, ocorrido em 1º.9.1999, em decorrência da ausência da outorga uxória no aditamento realizado no contrato de locação.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*, para exonerar os Recorrentes da fiança prestada, a partir do término do contrato de locação originariamente firmado, invertendo os ônus sucumbenciais.

É como voto.



Súmula n. 333

SÚMULA N. 333

Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.

Referências:

CF/1988, arts. 37, XXI, e 173, § 1º, III.

Lei n. 1.533/1951, arts. 1º e 2º.

Lei n. 8.666/1993, arts. 1º, parágrafo único, e 4º, parágrafo único.

Precedentes:

AgRg no Ag	246.834-SP	(1ª T, 09.11.1999 – DJ 17.12.1999)
REsp	84.082-RS	(1ª T, 23.05.1996 – DJ 1º.07.1996)
REsp	122.762-RS	(2ª T, 04.08.2005 – DJ 12.09.2005)
REsp	299.834-RJ	(1ª T, 06.11.2001 – DJ 25.02.2002)
REsp	533.613-RS	(2ª T, 04.09.2003 – DJ 03.11.2003)
REsp	598.534-RS	(2ª T, 1º.09.2005 – DJ 19.09.2005)
REsp	639.239-DF	(1ª T, 16.11.2004 – DJ 06.12.2004)
REsp	683.668-RS	(1ª T, 04.05.2006 – DJ 25.05.2006)

Primeira Seção, em 13.12.2006

DJ 14.02.2007, p. 246

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 246.834-SP
(99.0052813-1)**

Relator: Ministro José Delgado

Agravante(s): Banco do Estado de São Paulo S/A - Banespa

Advogado(s): Alceu Malossi Júnior e outros

Agravado(s): Henisa Hidroeletromecânica Empresa Nacional de Instalações Ltda.

Advogado(s): William Roberto Grapella e outros

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento para fazer subir recurso especial. Mandado de segurança. Cabimento. Ato de gerente de departamento de engenharia de banco - Sociedade de economia mista. Art. 1º, § 1º, Lei n. 1.533/1951.

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que, com base no art. 544, § 2º, do CPC, entendeu não emprestar caminhada ao recurso especial negando-lhe, assim, seguimento.

2. O mandado de segurança é instituto criado para enaltecer e dinamizar o Direito Processual. Há que se ter cautela em sua aplicação para não expandi-lo a qualquer situação diversa daquelas para as quais foi criado, nem tampouco reduzir o espectro de abrangência até limitá-lo a um número extremamente restrito de eventos.

3. No caso, o acórdão recorrido, ao decidir a lide, entendeu que é cabível o *mandamus* contra ato de gerente de departamento de engenharia de sociedade de economia mista quando este ato estiver vinculado a contrato advindo de procedimento de licitação, o que indica sua natureza de Direito Público e, em razão disso, a aplicabilidade do remédio em questão. Este deve ser o entendimento a ser seguido para que se proteja a nobreza e funcionalidade do instituto.

4. Teses desenvolvidas que se apresentam infrutíferas à reforma da decisão hostilizada, pelo que se denota a sua manutenção.

5. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na conformidade do relatório, votos, notas taquigráficas e certidão de julgamento constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Brasília (DF), 9 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro Milton Luiz Pereira, Presidente

Ministro José Delgado, Relator

DJ 17.12.1999

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que, com base no art. 544, § 2º, do CPC, entendeu não emprestar caminhada a agravo de instrumento intentado para fazer subir recurso especial, negando-lhe, assim, provimento.

Alega-se, em síntese, que:

a) tanto o fundamento do aresto recorrido como o adotado pela decisão agravada dão ênfase ao fato de a licitação sujeitar-se aos ditames do Direito Público, ainda que realizada por entidade de direito privado, fato que justificaria o cabimento do mandado de segurança;

b) há evidente equívoco na decisão atacada, visto que destoa não só do art. 1º, da Lei n. 1.533/1951, como da própria Constituição Federal, em face de que não é a natureza do ato praticado, se de direito público ou privado, que traça a via processual idônea à impugnação do ato tido por lesivo;

c) o *writ* somente é cabível contra ato de autoridade, havendo-se que examinar a qualidade do agente que praticou o ato tido por violador de direito, jamais o da natureza do mesmo ato.

Tecendo considerações sobre a tese abraçada, requer, por fim, a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A decisão atacada não merece ser reformada, pelo que a mantenho pelos seus próprios fundamentos. Para tanto, mister se faz a transcrição do decisório guerreado, *litteratim*:

Vistos, etc.

O *Banco do Estado de São Paulo S/A - Banespa* interpõe Agravo de Instrumento com o escopo de atacar decisão que negou seguimento a recurso especial que desafiou acórdão que esposou do entendimento segundo o qual é cabível mandado de segurança contra ato praticado por sociedade de economia mista se este ato se vincular a um negócio jurídico com natureza de contrato público resultante de licitação, ou seja, quando o ato estiver diretamente regido pelo Direito Público.

O especial aponta como violado o art. 1º, § 1º, da Lei n. 1.533/1951 (hipótese de cabimento do mandado de segurança). Alega, também, dissídio jurisprudencial e violação de artigos da Constituição Federal (pela qual interpôs recurso extraordinário).

O acórdão recorrido decidiu a questão adotando o seguinte posicionamento (fl. 75): “As empresas de capital misto estão sujeitas ao processo de licitação na contratação de aquisição de bens e serviços de terceiros, procedimento típico de Direito Público, sujeitando o contrato dele resultante às mesmas normas, sendo irrecusável conceituar-se os atos da entidade contratante como de autoridade para fins de mandado de segurança.”

Contraminuta às fls. 140-153.

Relatados, decido.

A decisão proferida pelo Tribunal *a quo* não merece ser reformada. Andou bem o acórdão vergastado ao ampliar o conceito de “autoridade” para fins de mandado de segurança. O Banco Banespa, ainda que seja uma sociedade de economia mista, ao contratar os serviços da empresa de instalações, submeteu o contrato e sua execução ao regime delimitado pelas normas contidas na Lei n. 8.666/1993, pois promoveu a escolha e a contratação da empresa mediante procedimento de licitação.

Ao adotar tal procedimento, a entidade se submeteu a um regime de Direito Público. Afinal, seria desarrazoado pensar que um estabelecimento bancário, tendo a possibilidade de contratar sob o regime de Direito Privado, viesse a se entregar ao sistema de licitação, submetido à Lei Administrativa (n. 8.666/1993), mais moroso e sem a liberdade existente na seara civil, tendo em vista o fato de que neste regime prevalecem princípios como os da autonomia da vontade (em seu sentido mais puro), da livre disposição das cláusulas de forma plenamente

bilateral, além de uma maior simplicidade procedimental do próprio ato de contratação, enfim, com todas as vantagens empresariais contidas na contratação de Direito Privado.

Vale aqui lembrar a lição de HELY LOPES MEIRELLES ao analisar as hipóteses de cabimento do mandado de segurança:

Ato de dirigente de estabelecimento particular - A jurisprudência tem hesitado na admissibilidade de mandado de segurança contra ato de dirigente de estabelecimento particular, como são as escolas e bancos autorizados e fiscalizados pelo Governo como, também, as entidades paraestatais que realizam atividades delegadas pelo Poder Público.

Em tais casos, necessário se torna distinguir os atos praticados com autoridade decorrente da delegação, dos atos realizados no interesse interno e particular do estabelecimento, da empresa ou da instituição. Aqueles podem ser atacados por mandado de segurança; estes, não. (...) Tal é o caso de uma escola, de um banco, de uma sociedade de economia mista ou de uma empresa pública que pratica um ato ou celebra um contrato de Direito Privado, no mesmo plano dos particulares e sem qualquer privilégio administrativo.

Afora as exclusões constitucionais do campo do mandado de segurança, não se justifica qualquer outra restrição ao seu cabimento. Afastar a impetração pela complexidade da matéria, quando o direito pode ser reconhecido por esta via judicial, é comodismo do julgador que não encontra apoio na instituição do *mandamus*. (*in*: Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 19ª edição, Malheiros Editores, 1998, p. 46-47).

Além disso, o entendimento proferido no Recurso Especial n. 84.082-RS, da lavra do eminente Ministro Demócrito Reinaldo, segue essa corrente, tendo sido acompanhado pelo acórdão recorrido e que melhor traduz o deslinde da questão:

Processual Civil. Mandado de segurança contra ato praticado por sociedade de economia mista. Possibilidade. Conceito de autoridade. Art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

O conceito de autoridade para justificar a impetração do *mandamus* é o mais amplo possível e, por isso mesmo, a lei juntou-lhe (ao mesmo conceito), o expletivo: “seja de qual natureza for”. Os princípios constitucionais a que está sujeita a administração direta e indireta (incluídas as sociedades de economia mista) impõem a submissão da contratação de obras e serviços públicos ao procedimento da licitação, instituto juridicizado como de direito público. Os atos das entidades da

administração (direta ou indireta) constituem atividade de direito público, atos de autoridade sujeitos ao desafio pela via da ação de segurança. *In casu*, a companhia estadual de energia elétrica - CEEE - na medida em que assumiu o encargo de realizar a licitação pública para efeito de selecionar pessoas ou entidades para realização de obras e serviços do maior interesse da sociedade praticou atos administrativos, atos de autoridade, já que regidos por normas de direito público e que não poderão permanecer forros a impugnação através do mandado de segurança.

Recurso provido. Decisão unânime. (DJU de 1º.7.1996, 1ª Turma).

É evidente que deve haver uma cautela especial com o conceito de “autoridade” a que a Lei n. 1.533/1951 nos remete, sob pena de se generalizá-lo, estendendo sua aplicação a toda sorte de evento. Do mesmo modo, não se pode restringi-lo ao ponto em que o instituto do mandado de segurança sofra um gradativo esvaziamento, limitando-se apenas àqueles casos mais evidentes, retirando-se a nobreza do instituto, justamente criado para enaltecer e dinamizar o Direito Processual frente aos abusos cometidos em virtude de atos cuja natureza está vinculada ao interesse público. A falta de flagrância a que se submete o caso em conflito não pode ser, nos supracitados dizeres de HELY LOPES MEIRELLES, motivo de “comodismo do julgador”.

Uma vez que o vínculo jurídico entre as entidades contratantes adveio de um instituto típico do Direito Público - a licitação - as relações resultantes deverão obedecer aos princípios contidos neste ramo do Direito e, por consequência, as ações então pertinentes, deverão ser aplicáveis.

Pelas fundamentações acima expostas, com apoio no artigo 544, § 2º do CPC, nego provimento ao agravo de Instrumento em exame.

Com relação à irrisignação do agravante neste aspecto, não vislumbro qualquer novidade em seu agravo regimental modificadora dos fundamentos supra-referenciados, pelo que nada tenho a acrescentar.

Ficou por deveras esclarecida a questão da definição de *autoridade* para fins de impetração da ação mandamental. Não restou, ao meu ver, arestas que, porventura, possam causar dúvidas quanto ao que foi decidido.

Não há, conforme visto das assertivas acima demonstradas, possibilidade de se apoiar a tese desenvolvida, face à ausência de suporte legal e jurisprudencial.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 84.082-RS (95.0070060-3)

Relator: Ministro Demócrito Reinaldo
Recorrente: Construtora Sultepa S.A. e outros
Recorridos: Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE
 Consórcio Convisa
Representado por: Convap Engenharia e Construções S.A.
Advogados: Almiro do Couto e Silva e outros
 Maria Ester Antunes Klin e outros
 Alberto de Lima Vieira e outros
Sustentação oral: Almiro do Couto e Silva, pelos recorrentes

EMENTA

Processual Civil. Mandado de segurança contra ato praticado por sociedade de economia mista. Possibilidade. Conceito de autoridade - art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

O conceito de autoridade para justificar a impetração do *mandamus* é o mais amplo possível e, por isso mesmo, a lei ajuntou-lhe (ao mesmo conceito), o expletivo: “seja de qual natureza for”.

Os princípios constitucionais a que está sujeita a administração direta e indireta (incluídas as Sociedades de Economia Mista) impõem a submissão da contratação de obras e serviços públicos ao procedimento da licitação, instituto juridicizado como de direito público. Os atos das entidades da Administração (Direta ou Indireta) constituem atividade de direito público, atos de autoridade sujeitos ao desafio pela via da ação de segurança.

In casu, a Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE - na medida em que assumiu o encargo de realizar a licitação pública para efeito de selecionar pessoas ou entidades para realização de obras e serviços do maior interesse da sociedade praticou atos administrativos, atos de autoridade, já que regidos por normas de direito público e que não poderão permanecer forros à impugnação através do mandado de segurança.

Recurso provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José de Jesus Filho. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 23 de maio de 1996 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Presidente

Ministro Demócrito Reinaldo, Relator

DJ 1º.7.1996

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo: No Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio da *Companhia Estadual de Energia Elétrica*, Sociedade de Economia Mista, instaurou-se o processo licitatório para efeito de habilitação de empresas ou pessoas visando à construção da Usina Hidráulica Dona Francisca.

Ultimada a primeira etapa do processo licitatório, a Diretoria Coletiva da companhia de Energia Elétrica julgou a fase de habilitação da mencionada concorrência pública.

Sob a alegação de existência de irregularidades no julgamento, a Empresa Construtora Sultepa S.A. e outros impetraram mandado de segurança, que foi denegado, na primeira instância.

Manifestado o recurso apelatório, o Tribunal de Justiça, através de uma de suas Câmaras Cíveis, não conheceu da impetração, sob o argumento do não cabimento, em face de se dirigir contra ato de gestão de Sociedade de Economia Mista.

A decisão, tomada por maioria de votos, foi desafiada, simultaneamente, por recurso especial e embargos infringentes, estes não conhecidos.

Alega-se, no especial, com arrimo nas letras **a** e **b** do permissivo constitucional, ofensa ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951 e Lei n. 8.666, de 1993,

e dissenso pretoriano, eis que, o processo licitatório para construção de obras públicas, ainda que dirigido por Sociedade de Economia Mista, é regido por normas de direito público e os atos praticados em decorrência são atos administrativos, atos de autoridade, impugnáveis pela via da segurança.

Admitido por despacho em agravo de instrumento, subiram os autos a esta instância.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo (Relator): Senhores Ministros:

No Estado do Rio Grande do Sul instaurou-se o processo licitatório (pela Companhia de Energia Elétrica) visando à habilitação de empresas para a construção da Usina Hidráulica Dona Francisca.

Ultimada a primeira etapa do processo licitatório, a Diretoria Coletiva da Companhia Estadual de Energia Elétrica (Sociedade de Economia Mista criada por lei) julgou a fase de habilitação da concorrência pública mencionada.

A *Construtora Sultepa S.A.* e outros impetraram mandado de segurança (contra o ato de julgamento da habilitação, no processo licitatório).

O Tribunal de Justiça ao julgar o recurso de apelação, não conheceu da segurança, sob argumento de ser incabível, por impugnar ato meramente de gestão de Sociedade de Economia Mista - regida por normas de direito privado e concluindo: “só na prática de atos envolvendo a prestação de serviços, creio, possa a *Companhia Estadual de Energia Elétrica* praticar atos de autoridade aos efeitos do cabimento do *mandamus*”.

A decisão, tomada por *maioria* de votos, foi atacada, simultaneamente por recurso especial e embargos infringentes. Alega-se, no especial, arrimado nas letras **a** e **c**, do admissivo constitucional, desafeição ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951, ofensa a Lei n. 8.666, de 1993 (que disciplinou as licitações) e dissenso pretoriano, eis que, deferentemente do regime da Constituição pretérita, o procedimento licitatório para a contratação de obras e serviços por Sociedade de Economia Mista é regido por normas de direito público e os atos praticados pela Administração direta ou indireta, nos procedimentos *licitatórios públicos*, são atos administrativos e, portanto, atos de autoridade vinculados ao direito público.

Rejeitados os embargos infringentes, a recorrente ratificou o recurso especial, com iguais fundamentos.

Toda a pendenga gira em torno de saber-se, se o ato praticado pela Diretoria Coletiva da Companhia de Energia Elétrica, que julgou a fase da concorrência pública, no processo licitatório por ela aberta, para construção de uma Usina Hidráulica, é ato administrativo, emanado de autoridade pública, ou mero ato de gestão de Sociedade de Economia Mista (regida por regras de direito privado) e, por isso mesmo, impossível de impugnação pela via da segurança.

A questão sempre foi tormentosa. Todavia, o conceito de *autoridade* para justificar a via do *mandamus*, segundo os juristas, “é o mais amplo possível. Pode ser autoridade pública a autoridade privada, como, *v.g.*, diretores de estabelecimento de ensino particular, primário, médio ou superior. É sempre ato de autoridade. A lei quer dar ao vocábulo autoridade o sentido mais amplo possível: por isso exprimiu isto com a frase ‘seja de que categoria for’ (J. CRETELLA JÚNIOR, Coms. à Lei de Mandado de Segurança, p. 105).

É este o entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao cuidar, especificamente, da licitação e mandado de segurança:

Cumpra, ademais, que a violação do direito aplicável a estes fatos tenha procedido de autoridade pública. Este conceito é amplo. Entende-se por autoridade pública tanto o funcionário público, quanto o servidor público ou o agente público em geral. Vale dizer: quem quer que haja praticado um ato funcionalmente administrativo. Daí que nem dirigente de autarquia, de sociedade de economia mista, de empresa pública, de fundação pública, obrigados a atender, quando menos aos princípios da licitação, são autoridades públicas, sujeitos passivos de mandado de segurança em relação aos atos de licitação (seja quando esta receber tal nome, seja rotulada de concorrência, convocação geral ou designações quejandas, não importando o nome que se dê ao certame destinado à obtenção de bens, obras ou serviços) (Licitação, p. 90).

Realmente, se assim não fosse, em letra morta estar-se-ia erigindo a regra constitucional do art. 37 e seu inciso XXI, que, aqui, se menciona tão só para demonstrar a eficácia da legislação ordinária.

Art. 37 - A Administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...).

Como se vê, a própria constituição Federal, ao definir os princípios a que está sujeita a Administração direta ou indireta, compreendendo, indevidamente, as Sociedades de Economia Mista, determinou, *pari-passu*, a submissão das contratações de obras e serviço ao procedimento de licitação pública, hoje disciplinado pela Lei n. 8.666, de 21.6.1993. Isso significa que o processo de licitação, a ser observado pela Administração direta ou indireta é instituto juridicizado como de direito público. Os atos das entidades da administração, neste campo, são atos de direito público, atos essencialmente administrativos, atos de autoridade. É, pois, oportuno, lembrar a lição de CASTRO NUNES, ao conceituar os atos de autoridade sujeitos ao ataque pela via da segurança:

A essa ordem de relações jurídicas é alheio o mandado de segurança, impróprio para resolver situações contratuais, assegurar pagamento de dívidas e, de um modo geral, dirimir questões de direito privado. Nesta conformidade está a jurisprudência da Corte Suprema e das Cortes locais. O que se resolve pelo mandado de segurança é relação de direito público, definido pelo dever legal da autoridade e pelo direito correlato de se lhe exigir o cumprimento desse dever (Do M. de Segurança, p. 76-77).

De fato, se assim não fosse, desmoronado estaria todo o sistema constitucional, ao instituir o princípio da moralidade e da publicidade dos atos da Administração, punindo os atos de improbidade e criando, através da legislação ordinária, uma série de instrumentos aptos a que a própria sociedade fiscalize os atos da Administração e das autoridades, em geral, como a ação popular a ação civil pública. Estaria esvaziado esse instrumental se as licitações públicas realizadas e homologadas pelas Sociedades de Economia Mista, para efeito de construção de obras do maior interesse da sociedade, dado o vulto dos dinheiros públicos nelas empregados e o bem estar que ensejam à coletividade fossem consideradas como atos privados e, de conseqüente, imunes à fiscalização da própria sociedade, pela via daqueles remédios judiciais.

In casu, a Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE, na medida em que assumiu o encargo de realizar a licitação pública, para efeito de selecionar pessoas ou empresas para a realização de obras públicas (serviços públicos), praticou atos administrativos que não atos de direito privado ou de gestão. E esses atos administrativos são atos de autoridade, já que regidos por

normas de direito público - constitucional e administrativo - que disciplinam o procedimento licitatório.

J. CRETELLA JÚNIOR define os atos de administração tendo em conta o seu objetivo. Haverá ato administrativo, esclarece o mestre, quando houver prestação de serviço público, seja por entidade da administração direta ou indireta.

O serviço público, ensina o insigne administrativista, “pode ser visto sob a ótica formal ou sob a ótica material. Pelo primeiro aspecto, devemos considerar a sede, o contratante, o meio, o instrumental (homens e máquinas), a entidade que presta o serviço público; pelo segundo aspecto devemos considerar o conteúdo, a substância, a matéria, o serviço em si, a própria prestação fornecida. Cientificamente, se a Administração é gestão de serviços públicos e, melhor ainda, de serviços administrativos, claro que a Administração direta é gestão de serviços públicos administrativos desempenhados pelo centro e Administração indireta a gestão de serviços públicos administrativos prestados por entidades inconfundíveis com o centro, ou seja, gestão desempenhada por interposta pessoa. Daí a importância da noção de serviço público, porque se não houver prestação de serviço público simplesmente não há administração, nem direta, nem indireta. Pelo que, combinando-se o critério subjetivo e o critério objetivo, Administração é o modo de gestão e atividade exercida, ou seja, é uma proposição sintética, a atividade que o Estado desenvolve, mediante a prática de atos concretos e executórios, para a consecução direta ou indireta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos” (Coms. à Constituição de 1988, vol. IV, p. 2.114 e 2.118).

Daí se vê, que a atividade da CEEE (Companhia de Energia Elétrica), ao realizar a seleção licitatória, cujo objetivo final era a realização de obra pública (serviços públicos) e, portanto, “atos concretos na consecução indireta dos interesses públicos, praticou atos de administração, atos de autoridade, efetivando procedimento regido por legislação de Direito Público”. (Constituição e Lei Federal).

Vale, aqui, transcrever trechos do voto do Des. *Arnaldo Riggardo*, por evidentemente judiciosos:

No caso, houve um ato da Diretoria Coletiva da Companhia Estadual de Energia Estadual Elétrica, que julgou fase de habilitação da concorrência pública aberta para a construção da Usina Hidráulica de Dona Francisca. Não resta dúvida de que a companhia de economia mista realiza atos de administração pública, tanto que a

Lei n. 8.666, de 1993, envolve normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública direta e indireta. Sem dúvida, as normas da mencionada lei, por se dirigirem a entidades estatais ou públicas, e inclusive a empresas de economia mista, são de direito público e disciplinam quaisquer atos praticados pelas mesmas, que são de direito público, e de autoridade. Ora, no caso, se exercido o ato na prática de decisão quando de uma função pública, como no caso da licitação a qual é determinada por lei, é evidente o cabimento do presente remédio. Por outro lado, a atividade da CEEE é exercida por concessão pública, tendo ela sido constituída exclusivamente para esta incumbência. A CEEE, pode-se dizer, é um instrumento do Estado, o que se não pode colocar dúvidas. Vale neste particular, citar as seguintes passagens das razões do recurso, ilustradas com a doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: quem atua como instrumento do Estado - observa o ilustre professor da PUC de São Paulo - quem age na prescrição de escopos assumidos por ele, quem pertence à Administração indireta ou descentralizada, quem tem patrimônio formado total ou predominantemente pelo Governo, não pode se eximir a tratar isonomicamente os administrados nem se subtrair aos procedimentos estabelecidos em ordem a buscar os negócios mais convenientes em um certame amplo e aberto. A admirtir-se possam se esquivar as licitações, todo o mecanismo cautelar previsto para os contratos atinentes a empreendimentos deste jaez perderia seu principal objeto. Quer-se dizer: O Estado, graças ao concurso de sociedades mistas e empresas públicas, passaria ao largo de exigências de licitação a dizer, ficaria liberto de todo mecanismo cautelar precisamente nos casos de minunciosíssimos empreendimentos de vulto (Licitação, p. 9) (fls. 1.185-1.186).

Com a razão, o eminente Desembargador. A vingar a tese do acórdão, para a realização de obras de grande interesse coletivo, dado o volume dos dinheiros públicos empregados ou de serviços da maior relevância em razão dos custos financeiros, bastaria que o Estado e demais entidades de Direito Público Interno constituíssem sociedades de economia mista, para o fim de realizar as licitações, e estariam forros de qualquer fiscalização ou ataque pela via do *mandamus* ainda que manifestamente ilegais os atos praticados, na instrumentalização do certame. Não há como não se concluir, na hipótese, que os atos de agentes de sociedades mistas, praticados no procedimento licitatório público (e para o fim de realização de obras e serviços públicos) constituem atos de autoridade, atos administrativos, sujeitos a impugnação pela via da segurança.

Com estas considerações, conheço do recurso pela letra **a** e lhe dou provimento para que, uma vez afastado o incabimento da segurança, voltem os autos à instância de origem para o julgamento do mérito (do mandado de segurança).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 122.762-RS (97.0016800-0)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Construtora Sultepa S/A e outros

Advogado: Jorge do Couto e Silva

Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE

Advogado: Marco Antônio Piazza Pfitscher

Recorrido: Consórcio Convisa

Advogado: Alberto de Lima Vieira

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Dirigente de economia mista. Legitimidade passiva. Mandado de segurança. Licitação.

1. O dirigente de sociedade de economia está legitimado para ser demandado em mandado de segurança impetrado contra ato decisório em licitação. Precedente.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 4 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 12.9.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional em face de acórdão proferido em sede de apelação de mandado de segurança segundo o qual o *mandamus* é via inadequada para combater decisão exarada em processo licitatório de empresa de companhia mista.

No caso vertente, impetrou-se mandado de segurança contra Diretoria Coletiva da Companhia Estadual de Energia Elétrica do Estado do Rio Grande do Sul, sociedade de economia mista, que decidiu a fase de julgamento, na concorrência pública aberta para a construção da Usina Hidrelétrica de Dona Francisca.

Sustenta-se violação ao artigo 1º da Lei n. 1.533/1951 e divergência jurisprudencial. Diz o recorrente:

A União, usando de sua competência para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo” editou a Lei n. 8.666 de 21.6.1993 que veio substituir o Decreto-Lei n. 2.300/1986, sob cuja vigilância a licitação se efetivou.

Todas essas normas - constitucionais ou da legislação ordinária - são inequivocamente de direito público. Os atos por elas disciplinados, quais sejam os praticados pela Administração Pública, direta ou indireta, nos procedimentos licitatórios públicos são, todos eles, atos de direito público, atos administrativos em sentido estrito e, portanto, atos de autoridade, pois não há ato administrativo que não seja ato de autoridade.

Uma vez que tal ato de autoridade, tal ato administrativo ou tal ato de direito público, no caso concreto, foi realizado por sociedade de economia mista estadual, sem ser no exercício de serviço público federal - pois se cogitava de providência prévia à própria construção de obra pública, a qual, só quando concluída seria afastada a serviço público federal - é que o mandado de segurança foi impetrado perante a Justiça Estadual.

O meio escolhido, o mandado de segurança, é adequado, porquanto se cogita, como visto, a de ato de direito público, de ato administrativo, o que, vale dizer, ato de autoridade (fl. 1.186).

Em contra-razões, pugna-se pela manutenção do aresto recorrido.

Admitido o apelo, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

Instado a manifestar-se, o Subprocurador-Geral de República José Flaubert Machado de Araújo pugnou pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Presente os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Passo analisá-lo.

Discute-se no feito a possibilidade de manejo de mandado de segurança contra ato de dirigente de empresa de economia mista em processo licitatório.

Esta Corte já pacificou o entendimento de que o ato praticado por sociedade de economia mista, em licitação pública expõe-se ao *mandamus*.

Disse o Subprocurador-Geral de República José Flaubert Machado de Araújo:

O dirigente de uma sociedade de economia mista quando julga uma licitação pública pratica ato de autoridade, ato de direito público e não ato de gestão, como entendeu o Tribunal *a quo*, pois tal ato está sujeito às normas de direito público que regulam a licitação, não havendo nenhuma diferença do ato de um agente do Estado que realiza a mesma função. Portanto, é perfeitamente cabível a impetração de mandado de segurança.

A doutrina também alberga esse entendimento, conforme a lição do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles a autoridade coatora, ou “o coator poderá pertencer a qualquer dos poderes e a qualquer das entidades paraestatais ou às suas organizações autárquicas ou paraestatais, bem como aos serviços concedidos, permitidos ou autorizados” (*in* “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*”, Malheiros, 2004. p. 61).

Também, o Celso Antônio Bandeira de Mello, assim manifestou-se sobre o conceito de autoridade pública apta a ter legitimidade passiva em mandado de segurança:

Cumpra, ademais, que a violação do direito aplicável a estes fatos tenha procedido de autoridade pública. Este conceito é amplo, Entende-se por autoridade pública tanto o funcionário público, quanto o servidor público ou

o agente público em geral. Vale dizer: quem quer que haja praticado um ato funcionalmente administrativo. Daí que um dirigente de autarquia, de sociedade de economia mista, de empresa pública, de fundação pública, obrigados a atender, quando menos aos princípios da licitação, são autoridades públicas, sujeitos passivos de mandado de segurança em relação aos atos de licitação (seja quando esta receber tal nome, seja rotulada concorrência, convocação geral ou designações quejandas, não importando o nome que se dê ao certame destinado à obtenção de bens, obras ou serviços) - Licitações, p. 90 -.

Nesse sentido, colaciono precedente desta Turma:

Recurso especial. Mandado de segurança contra ato de sociedade de economia mista. Cabimento. Licitação pública. Art. 37, XXI, da Constituição Federal. Lei n. 8.666/1990. Precedentes.

As empresas de economia mista sujeitam-se a processo de licitação pública para aquisição de bens e contratação de obras e serviços de terceiros (art. 37, XXI, da Constituição Federal). Dessarte, os atos administrativos que envolvem a promoção de licitação pública por empresa de economia mista são atos de autoridade, submetidos ao regime de Direito Público (Lei n. 8.666/1993), passíveis de questionamento por mandado de segurança.

“O dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas qualificadas como de Direito Privado), ainda quando sejam elas meramente exploradoras de atividade econômica, também pode ser enquadrado como ‘autoridade’ no que concerne a atos expedidos para cumprimentos de normas de Direito Público a que tais entidades estejam obrigadas, como *exempli gratia*, os relativos às licitações públicas que promovam” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 221) (REsp n. 533.613-RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 3.11.2003).

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 299.834-RJ (2001/0004197-3)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Pantanal Linhas Aéreas Sul-Matogrossenses S/A

Advogado: José Manoel de Arruda Alvim Netto e outros

Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás

Advogado: Cândido Ferreira da Cunha Lobo e outros

Recorrido: Os mesmos

Recorrido: Total Linhas Aéreas S/A

Advogado: Telmo Expedito Rosa de Melo e outros

Sustentação oral: Pedro Lucas Lindoso, pela Petrobrás S/A

EMENTA

- Ato praticado por sociedade de economia mista, em licitação pública expõe-se a mandado de segurança.

- É que a incidência do art. 267, VI do CPC, pressupõe o reconhecimento de que o pedido enfrenta impossibilidade. Sem a demonstração de tal pressuposto, não há como declarar-se extinto o processo.

- A licitação limita-se em gerar um direito de preferência em favor do concorrente vitorioso. A Administração pode deixar de realizar o negócio prometido aos licitantes, indenizando o vitorioso, se for o caso. Ela fica, entretanto, proibida de contratar o negócio com outra pessoa que não seja o vitorioso - titular de impostergável preferência.

- Acórdão que, louvando-se na prova dos autos, defere Mandado de Segurança considerando demonstrada a ofensa a direito líquido e certo. Não pode o STJ, em recurso especial, declarar que tal concessão magoou o art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

- O art. 18 da Lei n. 1.533/1951 não é ofendido quando se elege como termo inicial para decadência do direito ao Mandado de Segurança, a data em que o impetrante tomou conhecimento da irregularidade.

- Impossível o conhecimento do recurso especial, se a demonstração de supostas ofensas à Lei n. 8.666/1993, requer profundo exame no texto do edital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente dos recursos e, na parte conhecida, negou-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro José Delgado, Presidente

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 25.2.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: - Total Linhas Aéreas S/A pediu Mandado de Segurança contra ato do Presidente da Petrobrás. Quer, com tal medida, afastar a recorrente Pantanal Linhas Aéreas de licitação para aluguel de aeronaves. Por efeito de tal alijamento, manifestou pretensão de desconstituir e adjudicar para si, contrato firmado com esta empresa (chamada ao processo, como litisconsorte passiva). A Segurança foi deferida, sob os argumentos de que:

1) “não apenas o cadastro da empresa licitante (Pantanal) explicita que a proponente está com a sua saúde financeira abalada, como, segundo o balanço apresentado pela própria proponente, esta não atinge o índice mínimo de comprovação de boa situação financeira, que é 2 (dois) como ficou previsto no *Adendo D*, conforme o item 3.1.1, p. 3/12 do Edital”;

2) “a matéria acima suscitada não mereceu resposta nem dos impetrados, nem da litisconsorte admitida Pantanal Linhas Aéreas Sul -Matogrossenses Ltda.”;

3) “é cabível a segurança pretendida, concedendo-se o *writ of mandamus*, uma vez que houve violação das normas do edital, conforme os itens 3.1.1 e 6.5, letra **a**, parte final (...)”;

4) não procede o argumento de que a Segurança tornou-se impossível, à vista de que o contrato impugnado concretizou-se como ato jurídico perfeito. É que, em sendo ilegal, o ato não se aperfeiçoa;

5) tampouco merece agasalho a tese de que não foram esgotados os meios administrativos;

6) em tema de legitimidade passiva, a Petrobrás é sociedade de economia mista, agindo em suas contratações como integrante da Administração, praticando atos sujeitos ao controle do Mandado de Segurança. (fls. 428 e segts.).

A Segurança foi confirmada em apelação. O v. acórdão, ora recorrido, além de adotar os fundamentos da Sentença, montou-se em argumentação que passo a resumir (fls. 891 e segts.):

a) O Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 84.082 - Demócrito, proclamou a possibilidade de Mandado de Segurança contra ato emanado de Sociedade de Economia Mista;

b) não há como dizer que o julgado avançou sobre o controle do mérito administrativo. Em verdade, a Sentença limitou-se em desconstituir ato administrativo viciado por ilegalidade;

c) não houve decadência do direito ao Mandado de Segurança, porque o termo inicial de prazo extintivo de tal direito é o momento em que a impetrante teve acesso ao balanço da litisconsorte passiva.

Houve embargos declaratórios, formulados pela litisconsorte passiva. Neles, a embargante:

1) discute o alcance do dispositivo em que a sentença determinou a contratação da Recorrida, afirmando que o pedido neste sentido enfrenta impossibilidade jurídica. Pediu que esse tema fosse examinado à luz do art. 267 do Código de Processo Civil;

2) o direito ao Mandado de Segurança sofreu decadência. Teria ocorrido aí ofensa ao art. 18 da Lei n. 1.533/1951;

3) não se discutiu o argumento de que a apresentação do Certificado de Regularidade emitido pela Petrobrás eximia o licitante da necessidade de comprovar sua higidez econômica. Este tema, queixou-se a embargante, não foi debatido na formação do aresto, à luz do art. 32, § 3º da Lei n. 8.666/1993.

Os embargos foram rejeitados. O Tribunal *a quo* afirmou, entretanto, que o acórdão embargado não contém “qualquer resquício de gravame aos artigos legais apontados, nem espelha contrariedade a verdade revelada nos autos”. (fl. 903).

As duas litisconsortes interpuseram recursos especiais.

Pantanal Ltda. invocou os permissivos **a** e **c**, para dizer que o acórdão:

1. Maltratou os artigos 267, VI e 535 do CPC.

- O art. 267, VI do Código de Processo Civil foi desrespeitado porque, ao determinar que a Petrobrás celebrasse o contrato com a impetrante, o acórdão acolheu pedido juridicamente impossível;

- já a suposta ofensa ao art. 535, I e II do CPC foi suscitada em homenagem à eventualidade. A recorrente está convencida de que os dispositivos legais apontados por ela como ofendidos foram efetivamente debatidos na formação do acórdão.

2. Afrontou os artigos 1º e 18 da Lei n. 1.533/1951.

- A ofensa ao art. 1º manifestou-se quando a decisão negou eficácia ao CRCC, passado em favor da recorrente, declarando ser líquido e certo o direito da recorrida.

- Quando desprezou o dia em que foram abertos os envelopes, como termo inicial da decadência, o acórdão rompeu o com art. 18.

3. Aplicou incorretamente o art. 31, I, § 1º e o art. 41 da Lei n. 8.666/1993.

- Esses dois artigos foram ofendidos quando se afirmou que a recorrente deixou de atender as regras neles inseridas. É que o art. 31 restringe o alcance das exigências a serem impostas ao licitante, ao passo que o art. 41 limita-se em proclamar a obrigatoriedade do edital.

4. Divergiu de acórdão gerado na Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, a dizer que o Poder Judiciário não pode avançar sobre o mérito do ato administrativo.

A *Petrobrás* também recorreu, invocando o permissivo **a**. Para esta empresa, o acórdão praticou ofensa ao art. 1º, § 1º da Lei n. 1.533/1951 e aos artigos 3º, 27, e 31 da Lei n. 8.666/1993:

1. O art. 1º da Lei do Mandado de Segurança foi agredido porque não cabe mandado de segurança contra ato praticado por órgão de sociedade de economia mista.

2. A ofensa aos dispositivos da Lei de licitações resultou de o acórdão haver afastado a recorrente Pantanal, apesar de seus recursos econômicos bastarem à garantia do contrato.

As duas litisconsortes passivas manejaram recursos extraordinários. Ambos reprovados no juízo de admissibilidade.

Esta, a controvérsia.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Aprecio, inicialmente, o suposto dissídio pretoriano. A primeira recorrente não demonstrou, com a necessária precisão, a divergência entre o acórdão recorrido e o paradigma que trouxe à colação, formado no julgamento do REsp n. 196.368 - Garcia. Em verdade, nesse aresto, a Primeira Turma proclamou ser impossível ao Poder Judiciário avançar sobre o mérito do ato administrativo. O acórdão recorrido, entretanto, não praticou tal avanço. Como observou o E. Tribunal *a quo*, a Segurança foi deferida, porque:

considerado presente no ato administrativo a contaminação de algum vício, justifica-se na órbita do direito o controle da legalidade do ato sob o pronunciamento do Poder Judiciário. (fl. 893).

Longe de haver divergência, há concordância entre os dois julgados.

Não conheço do recurso, sob o enfoque do dissídio pretoriano.

Afasto, a seguir, o argumento de que, não cabe Mandado de Segurança contra ato praticado no âmbito de sociedade de economia mista. A tese, embora seja verdadeira, comporta exceção. Esta Turma, ao julgar o REsp n. 202.157, de que fui relator, referindo-se a precedente manifestação, disse:

Cabe Mandado de Segurança contra atos das sociedades de economia mista, nas licitações públicas efetuadas por elas. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 84.082 - Demócrito).

A afirmada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, malgrado esteja destacada nas razões do recurso interposto pela litisconsorte Pantanal Transportes Aéreos, não existiu. O signatário de tais razões, em exercício de prudência, levantou o tema, para a eventualidade de alegar-se (o que não houve) falta de prequestionamento.

Não enxergo ofensa ao art. 267, VI do Código de Processo Civil. Nos termos da argumentação desenvolvida pela recorrente Pantanal, teria havido ofensa indireta. É que, ao impor a contratação da sociedade impetrante, o Tribunal teria prestigiado pedido impossível; ora, diz a recorrente, se o pedido é impossível, extingue-se o processo (art. 267, VI); como, na hipótese, não se declarou a extinção, o acórdão ofendeu esse dispositivo do CPC.

O argumento, malgrado seu admirável aviamento, peca em um detalhe. É que a incidência do inciso VI pressupõe o reconhecimento de que o pedido enfrenta impossibilidade. Tal pressuposto, entretanto, não foi demonstrado. É verdade que a licitação limita-se em gerar um direito de preferência em favor do concorrente vitorioso. A Administração pode deixar de realizar o negócio prometido aos licitantes, indenizando o vitorioso, se for o caso. Ela fica, entretanto, proibida de contratar o negócio posto em licitação, com outra pessoa que não seja o vitorioso - titular de imposterável preferência. Na hipótese destes autos, o negócio prometido efetivou-se. Com efeito, Pantanal Linhas Aéreas obteve, por adjudicação, o contrato, após ser proclamada vitoriosa em disputa com a impetrante Total Linhas Aéreas. Por efeito deste processo, Pantanal foi alijada, desfazendo-se a adjudicação. Ora, desconstituída a adjudicação, o direito de contratar transfere-se, necessariamente, à licitante remanescente.

Quando determinou que a locação fosse celebrada com a impetrante, o acórdão não fez mais do que emprestar eficácia à licitação. Não enfrentou qualquer impossibilidade jurídica. Se assim ocorreu, o art. 267, VI não sofreu ofensa, nem mesmo indireta.

A suposta ofensa aos arts. 1º e 18 da Lei n. 1.533/1951, não me parece evidente.

O acórdão recorrido considerou líquido e certo o direito da impetrante, porque,

a ilegalidade do ato atacado, retratado na não comprovação pela empresa proponente, de sua boa situação financeira, viu-se, inclusive, confessada à fls. 495 dos autos, na afirmativa de que a “empresa Pantanal Linhas Aéreas Sul Matogrossenses S/A, apesar de ter problemas financeiros, teve seu cadastro deferido, constando de seu CRCC a pertinente restrição. (fl. 893).

Para enfrentar esse argumento, o Superior Tribunal de Justiça seria compelido a penetrar no exame do edital, avaliando o alcance do CRCC e sua adequação ao contrato licitado. Como tal atividade é impossível no julgamento de recurso especial, esta parcela do apelo não merece conhecimento.

A suposta ofensa ao art. 18 da Lei de Mandado de Segurança também não ocorreu. De fato, este dispositivo marca o prazo e o termo inicial de decadência do direito ao Mandado de Segurança. O marco de partida é a “ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

O acórdão afirmou que tal ciência somente ocorreu, quando a impetrante “teve acesso ao balanço da segunda apelante”. Não vejo como semelhante demarcação possa ofender o preceito do art. 18. Ofensa haveria, se entre o “acesso ao balanço” e o pedido de segurança houvesse decorrido tempo superior aos cento e vinte dias estabelecidos na Lei.

Apurar as ofensas aos artigos 3º, 27, e 31 da Lei n. 8.666/1993, apontadas pela Petrobrás é tarefa que requer profundo exame do edital - exame desenvolvido pela recorrente, em suas razões de recurso. O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, não pode avançar em semelhante empreitada. Esta parcela do recurso especial não pode ser conhecida.

Conheço parcialmente dos recursos e, nessa parte, nego-lhes provimento.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Presidente): Srs. Ministros, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, especialmente por S. Exª ter demonstrado, em face do que está posto no acórdão, que a situação de não boa condição financeira da empresa está duvidosa nos autos; mais que isso, está confessada. Parece-me que esse elemento tem profunda relevância, além de outros aspectos processuais, como bem salientado por S. Exª.

RECURSO ESPECIAL N. 533.613-RS (2003/0035605-7)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: American Bank Note Company Gráfica e Serviços Ltda.

Advogado: Ulisses Bacchin e outro

Recorrido: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A - Banrisul e outro

Advogado: José Pierre Pinto de Bitencourt e outros

EMENTA

Recurso especial. Mandado de segurança contra ato de sociedade de economia mista. Cabimento. Licitação pública. Art. 37, XXI, da Constituição Federal. Lei n. 8.666/1990. Precedentes.

As empresas de economia mista sujeitam-se a processo de licitação pública para aquisição de bens e contratação de obras e serviços de terceiros (art. 37, XXI, da Constituição Federal). Dessarte, os atos administrativos que envolvem a promoção de licitação pública por empresa de economia mista são atos de autoridade, submetidos ao regime de Direito Público (Lei n. 8.666/1993), passíveis de questionamento por mandado de segurança.

“O dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas qualificadas como de Direito Privado), ainda quando sejam elas meramente exploradoras de atividade econômica, também pode ser enquadrado como ‘autoridade’ no que concerne a atos expedidos para cumprimentos de normas de Direito Público a que tais entidades estejam obrigadas, como *exempli gratia*, os relativos às licitações públicas que promovam” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 221).

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 4 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ 3.11.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial interposto por American Bank Note Company Gráfica e Serviços Ltda., com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Emerge dos autos que a recorrente impetrou mandado de segurança, com pedido liminar, contra o Presidente do Banco do Estado do Rio Grande do Sul - Banrisul e a Comissão de Licitação do Banrisul, por ofensa a seu direito líquido e certo decorrente da classificação da proposta de outra licitante, em licitação promovida pelo Banrisul, que tem por objeto o fornecimento de cheque empresarial.

O r. Juízo de primeiro grau deferiu a liminar (fl. 94) e concedeu a segurança, “para anular o ato impetrado, bem como todos os seqüenciais praticados, que confirmou o julgamento do certame, utilizando como critério de desempate a composição do capital social das empresas em detrimento do sorteio” (fl. 171).

Irresignados, os impetrados interpuseram recurso de apelação, provido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O v. acórdão restou assim ementado:

Mandado de segurança. Sociedade de economia mista.

O mandado de segurança é remédio contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições pelo Poder Público. Descabe contra ato praticado por pessoa jurídica de direito privado quando não estiver no exercício de função delegada pelo Poder Público (fl. 226).

Aponta a recorrente violação ao artigo 1º, § 1º, da Lei n. 1.533/1951, além de divergência jurisprudencial com julgado desta egrégia Corte (REsp n. 84.082-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo), no sentido de que é cabível mandado de segurança “para atacar ato de agente da administração pública, mesmo que de economia mista” (fl. 241).

Opina o Ministério Público Federal pela admissão do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cinge-se a controvérsia ao cabimento de mandado de segurança contra ato de sociedade de economia mista em procedimento licitatório para contratação de fornecedor de cheque empresarial.

As empresas de economia mista sujeitam-se a processo de licitação pública para aquisição de bens e contratação de obras e serviços de terceiros, a teor do que dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, aplicável à Administração direta e indireta.

A respeito do tema, segue a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas qualificadas como de Direito Privado), ainda quando sejam elas meramente exploradoras de atividade econômica, também pode ser enquadrado como “autoridade” no que concerne a atos expedidos para cumprimentos de normas de Direito Público a que tais entidades estejam obrigadas, como *exempli gratia*, os relativos às licitações públicas que promovam (*in* “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 221).

Dessarte, os atos administrativos que envolvem a promoção de licitação pública por empresa de economia mista são atos de autoridade, submetidos ao regime de Direito Público (Lei n. 8.666/1993), passíveis de questionamento por mandado de segurança.

A título de ilustração, cumpre trazer à balha os seguintes precedentes deste egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Ato praticado por sociedade de economia mista, em licitação pública, expõe-se a Mandado de Segurança.

- (...)

- Impossível o conhecimento do recurso especial, se a demonstração de supostas ofensas à Lei n. 8.666/1993, requer profundo exame no texto do edital (REsp n. 299.834-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 25.2.2002).

Processual Civil. Mandado de segurança contra ato praticado por sociedade de economia mista. Possibilidade. Conceito de autoridade. Art. 1. da Lei n. 1.533/1951.

O conceito de autoridade para justificar a impetração do “*mandamus*” é o mais amplo possível e, por isso mesmo, a lei ajuntou-lhe (ao mesmo conceito), o expletivo: “seja de qual natureza for”.

Os princípios constitucionais a que esta sujeita a Administração direta e indireta (incluídas as sociedades de economia mista) impõem a submissão da contratação de obras e serviços públicos ao procedimento da licitação, instituto juridicizado como de Direito Público. Os atos das entidades da Administração (direta ou indireta) constituem atividade de Direito Público, atos de autoridade sujeitos ao desafio pela via da ação de segurança.

In casu, a Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE - na medida em que assumiu o encargo de realizar a licitação pública para efeito de selecionar pessoas ou entidades para realização de obras e serviços do maior interesse da sociedade praticou atos administrativos, atos de autoridade, já que regidos por normas de Direito Público e que não poderão permanecer forros à impugnação através do mandado de segurança.

Recurso provido. Decisão unânime (REsp n. 84.082-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 1º.7.1996).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 598.534-RS (2003/0180973-5)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Unnisa Soluções em Meios de Pagamento Ltda.
Advogado: Luiz Rodrigues Wambier e outros
Recorrido: CSU Cardsystem S/A e outro
Advogado: Rafael Bicca Machado e outros

EMENTA

Processual Civil. Mandado de segurança. Sociedade de economia mista. Licitação. Conceito de autoridade coatora. Caracterização.

1. Segundo doutrina e jurisprudência, o conceito de autoridade coatora deve ser interpretado da maneira mais abrangente possível.

2. Decisão exarada em processo licitatório de sociedade de economia mista - *Banco Banrisul S/A* - é ato de autoridade coatora,

nos termos do § 1º do art. 1º da Lei n. 1.533/1951, passível, portanto, de impugnação via mandado de segurança - Precedentes desta Corte.

3. Recurso especial provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim ser processado o mandado de segurança.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 1º de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 19.9.2005

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: - *Unnisa Soluções em Meios de Pagamento Ltda.* impetrou mandado de segurança, indicando como autoridade coatora a Presidente da Comissão de Licitações do *Banco Banrisul S/A*, em razão de ter sido negado provimento ao recurso administrativo interposto pela impetrante contra decisão que declarou a habilitação da empresa *CSU Cardsystem S/A* a participar da segunda fase do procedimento licitatório.

A segurança foi denegada em primeiro grau, ensejando o apelo da empresa vencedora. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, contudo, negou provimento ao recurso, acolhendo a preliminar de extinção do processo por impossibilidade jurídica, entendendo descaber mandado de segurança contra ato da comissão de licitação de sociedade de economia mista, cujo proceder na gestão da atividade bancária, equivalente ao de uma entidade privada, vale dizer, não há delegação, embora, em tais circunstâncias, o ente esteja obrigado a licitar, por comando constitucional (art. 173, § 1º, III).

Segundo a Corte Estadual, o uso do *mandamus* pressupõe ato de autoridade, segundo a dicção do art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, e do art. 1º, § 1º, da

Lei n. 1.533/1951, e ato de autoridade não se define pela forma como se realiza, ou seja, mediante licitação ou não, mas sim pela origem. No caso, como o *Banco Banrisul S/A* não exerce atividade delegada, não se tem a figura da autoridade, embora haja a figura do contrato administrativo, por se tratar de sociedade de economia mista.

Irresignada, *Unnisa Soluções em Meios de Pagamento Ltda.* interpôs o presente recurso especial, com fulcro nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, sustentando negativa de vigência ao art. 1º, § 1º, da Lei n. 1.533/1951 e dissídio jurisprudencial com arestos desta Corte.

Após as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): - Prequestionado o dispositivo indicado e bem caracterizado o dissídio jurisprudencial, passo ao exame do recurso especial, destacando que doutrina e jurisprudência hoje são acordes em afirmar que, interpretando-se o § 1º do art. 1º do art. 1.533/1951, o conceito de autoridade coatora no mandado de segurança deve ser o mais amplo possível.

Não se tem dúvida, portanto, na hipótese dos autos, que a negativa de provimento a recurso administrativo em processo licitatório de sociedade de economia mista é ato de autoridade coatora, que se enquadra perfeitamente nos ditames da Lei n. 1.533/1951, uma vez que o mencionado ato está estritamente vinculado à delegação do Poder Público, não se tratando de providência relacionada à mera gestão administrativa da instituição.

No mesmo sentido desse raciocínio, destaco da jurisprudência desta Corte os seguintes precedentes:

Recurso especial. Mandado de segurança contra ato de sociedade de economia mista. Cabimento. Licitação pública. Art. 37, XXI, da Constituição Federal. Lei n. 8.666/1990. Precedentes.

As empresas de economia mista sujeitam-se a processo de licitação pública para aquisição de bens e contratação de obras e serviços de terceiros (art. 37, XXI, da Constituição Federal). Dessarte, os atos administrativos que envolvem a promoção de licitação pública por empresa de economia mista são atos de autoridade, submetidos ao regime de Direito Público (Lei n. 8.666/1993), passíveis de questionamento por mandado de segurança.

“O dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas qualificadas como de Direito Privado), ainda quando sejam elas meramente exploradoras de atividade econômica, também pode ser enquadrado como ‘autoridade’ no que concerne a atos expedidos para cumprimentos de normas de Direito Público a que tais entidades estejam obrigadas, como *exempli gratia*, os relativos às licitações públicas que promovam” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 221).

Recurso especial provido.

(REsp n. 533.613-RS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, DJ 3.11.2003, p. 312).

Recurso especial. Alíneas **a** e **c**. Mandado de segurança. Legitimidade passiva da concessionária (Companhia Riograndense de Saneamento - Corsan). Corte do fornecimento de água potável. Falta de pagamento. Ausência de prequestionamento dos dispositivos de Lei Federal apontados. Acórdão recorrido com enfoque constitucional nesta parte. Divergência jurisprudencial não configurada.

Os atos praticados por dirigente de sociedade de economia mista, que presta serviço público por meio de contrato de concessão, podem ser impugnado por meio de mandado de segurança.

A Corte *a quo* em momento algum se manifestou sobre os dispositivos legais tidos por malferidos, nada obstante a oposição dos embargos de declaração. Se pretendessem os recorrentes fosse sanada alguma eiva no acórdão, deveriam ter alegado violação ao artigo 535 do CPC, a fim de viabilizar o exame da questão por este Tribunal Superior. Incidência da Súmula n. 211-STJ.

Não se pode conhecer do recurso especial pela divergência quando o acórdão recorrido ancorou-se em preceitos constitucionais para solução da questão sobre a qual aponta divergência.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 259.100-RS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, DJ 4.8.2003, p. 252).

Processo Civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Concurso público. Aprovado preterido em sua nomeação e posse e, posteriormente, anistiado. Omissão no cumprimento pelo dirigente de sociedade de economia mista. Banco de Brasília - BRB. Ato de autoridade e não de gestão. Legitimidade passiva *ad causam* reconhecida. Prejudicial afastada.

1 - O dirigente da Sociedade de Economia Mista submete-se, quando pratica atos típicos do Direito Público, aos princípios que vinculam toda a Administração, como a moralidade, legalidade, impessoalidade, etc. Logo, tais atos não podem ser classificados como meros atos de gestão, o que descaracterizaria a simbiose

de sua personalidade jurídica. Sendo o Banco de Brasília - BRB um ente paraestatal e seu administrador nomeado, inclusive, pelo Poder Público, a impugnação do ato omissivo que não acatou a anistia homologada, a qual determinou a nomeação e posse do recorrente, aprovado em concurso público para o cargo de Economista, é passível de impugnação através do remédio constitucional do mandado de segurança. Inteligência do art. 1º, da Lei n. 1.533/1951.

2 - Recurso conhecido e provido para, reformando *in totum* o v. acórdão de origem, rejeitar a preliminar que declarou incabível o mandado de segurança e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de *a quo*, para que julgue o mérito da impetração.

(REsp n. 413.818-DF, Rel. Min. Jorge Scartezini, 5ª Turma, unânime, DJ 23.6.2003, p. 409).

Processo Civil. Mandado de segurança. Dirigente de sociedade de economia mista. Relação de emprego. CLT. Ato de gestão. Descabimento. Precedente. Divergência jurisprudencial não caracterizada. Recurso desacolhido.

I - O ato de dirigente de sociedade de economia mista, que demite empregado com fundamento na Consolidação das Leis do Trabalho, não se sujeita a mandado de segurança, por não se tratar de "exercício de atribuições de Poder Público" (art. 5º, LXIX, da Constituição).

II - A divergência jurisprudencial não se caracteriza entre o acórdão que diz respeito a licitação, procedimento administrativo típico, e o aresto que trata de relação empregatícia regida pelo direito privado.

(REsp n. 204.270-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, unânime, DJ 24.2.2003, p. 236).

- Ato praticado por sociedade de economia mista, em licitação pública expõe-se a mandado de segurança.

- É que a incidência do art. 267, VI do CPC, pressupõe o reconhecimento de que o pedido enfrenta impossibilidade. Sem a demonstração de tal pressuposto, não há como declarar-se extinto o processo.

- A licitação limita-se em gerar um direito de preferência em favor do concorrente vitorioso. A Administração pode deixar de realizar o negócio prometido aos licitantes, indenizando o vitorioso, se for o caso. Ela fica, entretanto, proibida de contratar o negócio com outra pessoa que não seja o vitorioso - titular de impostergável preferência.

- Acórdão que, louvando-se na prova dos autos, defere Mandado de Segurança considerando demonstrada a ofensa a direito líquido e certo. Não pode o STJ, em recurso especial, declarar que tal concessão magoou o art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

- O art. 18 da Lei n. 1.533/1951 não é ofendido quando se elege como termo inicial para decadência do direito ao Mandado de Segurança, a data em que o impetrante tomou conhecimento da irregularidade.

- Impossível o conhecimento do recurso especial, se a demonstração de supostas ofensas à Lei n. 8.666/1993, requer profundo exame no texto do edital.

(REsp n. 299.834-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, unânime, DJ 25.2.2002, p. 222).

Processual Civil. Mandado de segurança contra ato praticado por sociedade de economia mista. Possibilidade. Conceito de autoridade - art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

O conceito de autoridade para justificar a impetração do *mandamus* e o mais amplo possível e, por isso mesmo, a lei ajuntou-lhe (ao mesmo conceito), o expletivo: “seja de qual natureza for”.

Os princípios constitucionais a que esta sujeita a administração direta e indireta (incluídas as sociedades de economia mista) impõem a submissão da contratação de obras e serviços públicos ao procedimento da licitação, instituto juridicizado como de direito público. Os atos das entidades da Administração (direta ou indireta) constituem atividade de direito público, atos de autoridade sujeitos ao desafio pela via da ação de segurança. *In casu*, a Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE - na medida em que assumiu o encargo de realizar a licitação pública para efeito de selecionar pessoas ou entidades para realização de obras e serviços do maior interesse da sociedade praticou atos administrativos, atos de autoridade, já que regidos por normas de direito público e que não poderão permanecer forros a impugnação através do mandado de segurança.

Recurso provido. Decisão unanime.

(REsp n. 84.082-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, unânime, DJ 1º.7.1996, p. 24.002).

Diante do exposto, merece correção o acórdão impugnado, motivo pelo qual dou provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos à instância de origem, para o processamento do mandado de segurança.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 639.239-DF (2004/0014238-6)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Itaotec Componentes e Serviços S/A - Grupo Itaotec Philco

Advogado: Luís Eduardo Corrêa Serra e outros
Recorrido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT
Advogado: Hebert Barros Bezerra e outros
Sustentação oral: Luis Eduardo Corrêa Serra, pela recorrente

EMENTA

Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Mandado de segurança. Ato coator. Empresa pública. Contrato firmado a partir de prévio procedimento licitatório para compra de equipamentos de informática.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. Hipótese em que a controvérsia a ser dirimida cinge-se em definir se é cabível a impetração de mandado de segurança contra ato de Presidente de empresa pública, *in casu*, da ECT, consubstanciado em procedimento licitatório cujo objetivo cingia-se à contratação de serviços e equipamentos de informática.

3. “Cumpre, ademais, que a violação do direito aplicável a estes fatos tenha procedido de autoridade pública. Esta conceito é amplo, Entende-se por autoridade pública tanto o funcionário público, quanto o servidor público ou o agente público em geral. Vale dizer: quem quer que haja praticado um ato funcionalmente administrativo. Daí que um dirigente de autarquia, de sociedade de economia mista, de empresa pública, de fundação pública, obrigados a atender, quando menos aos princípios da licitação, são autoridades públicas, sujeitos passivos de mandado de segurança em relação aso atos de licitação (seja quando esta receber tal nome, seja rotulada concorrência, convocação geral ou designações quejandas, não importando o nome que se dê ao certame destinado à obtenção de bens, obras ou serviços)” (Licitações, p. 90)” (Celso Antônio Bandeira de Mello, citado pelo e. Min. Demócrito Reinaldo, no julgamento do REsp n. 100.168-DF, DJ de 15.5.1998).

4. Deveras, a ECT tem natureza jurídica de empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida, motivo pelo qual conspiraria contra a *ratio essendi* do art. 37, da Constituição Federal e da Lei n. 8.666/1993 considerar que um contrato firmado mediante prévio procedimento licitatório e que é indubitavelmente espécie de ato administrativo consubstanciar-se-ia mero ato de gestão.

5. O edital de licitação subscrito por Presidente de empresa pública com o objetivo de contratar serviços e materiais de informática, equivale ato de autoridade haja vista que se consubstancia em ato administrativo sujeito às normas de direito público. (Precedentes: REP n. 533.613-RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 7.6.2004; REsp n. 533.613-RS; Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 3.11.2003; REsp n. 327.531-DF; Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.8.2002; REsp n. 100.168-DF; Rel. Min. Demócrito Reinaldo DJ de 25.5.1998).

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 6.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: *Itautec Componentes e Serviços S/A - Grupo Itautec Philco* interpôs recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c**, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, contra acórdão proferido em sede de apelação pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

Mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Contratação de empresa para fornecimento de equipamentos de informática. Atividade de gestão. Carência da ação. Precedentes.

1. A contratação de empresa para fornecimento de equipamentos de informática pela ECT não se constitui em ato delegado do Poder Público à autoridade impetrada, passível de impugnação por meio de mandado de segurança, mas apenas mero exercício do *jus gestionis*, daí que inaplicável o disposto no artigo 1º, § 1º, da Lei n. 1.533/1951. Precedentes desta Corte e do STJ.

2. Apelação desprovida.

Trata-se originariamente de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado pela *Itautec*, ora recorrente, contra ato do Presidente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, objetivando: a) a anulação dos atos praticados pela comissão de licitação da Concorrência n. 31/1997; b) a suspensão do respectivo contrato firmado entre a ECT e a empresa *Microsens* para fins de fornecimento de equipamentos de informática; ou c) se acaso ainda não firmada a avença, a desclassificação de referida empresa pelo não atendimento do item “2” objeto do certame.

O r. Juízo monocrático, com fulcro no art. 267, I e VI, do CPC, indeferiu a inicial extinguindo o processo sem julgamento do mérito, ante a ilegitimidade passiva *ad causam* do Presidente da ECT sob o fundamento de que empresa pública com personalidade jurídica de direito privado não pode ser considerada autoridade coatora para fins de impetração de mandado de segurança, bem como, em razão de que “o ato atacado, consubstanciado em licitação que a impetrante pretende ver suspensos os seus efeitos, não é ato de império, mas sim de simples gestão” motivo pelo qual considerou não restar caracterizado “ato de autoridade na condução do procedimento licitatório, posto não se pode considerá-lo como ato delegado pelo poder público”.

Irresignada, a empresa apelou tendo o Tribunal de origem, por unanimidade, negado provimento ao recurso, nos termos da ementa supratranscrita.

Opostos embargos de declaração, restaram os mesmos rejeitados, sob os seguintes fundamentos:

Embargos de declaração. Pretensão de pronunciamento de nulidade. Arguição de violação de normas legais. Descabimento.

1. Os embargos declaratórios não são instrumento processual idôneo para a proclamação de argüida nulidade ou impugnar violação de disposição de lei, ainda que com o objetivo de prequestionamento. Precedentes da Corte.

2. Os embargos de declaração não se prestam à reforma do acórdão.

3. Embargos rejeitados.

Na presente irresignação especial, aponta a recorrente, a violação dos seguintes dispositivos legais:

a) art. 535, II, do CPC, tendo em vista que, ao rejeitar embargos de declaração, o Tribunal *a quo* negou-se em emitir pronunciamento explícito acerca do disposto nos arts. 3º e 4º, da Lei n. 8.666/1993, cuja manifestação é imprescindível para a solução da controvérsia. Apontou, ainda, dissídio jurisprudencial com julgados do STJ;

b) arts. 3º e 4º, da Lei n. 8.666/1993, porquanto o acórdão recorrido revelou-se equivocado ao afirmar que os atos praticados por autoridades de empresas públicas em procedimentos licitatórios são meros atos de gestão e não se caracterizam como ato de autoridade para efeitos de cabimento do *writ*. Aduz, em suas razões, que:

As empresas públicas estão plenamente vinculadas à observância do disposto na Lei n. 8.666/1993 no que pertine à realização de licitações, isso é incontroverso, valendo-se de todas as prerrogativas inerentes à Administração Pública, especialmente aquela que garante a supremacia do interesse público sobre o privado.

Assim, os atos praticados em certames licitatórios não são atos de direito privado, eis que há flagrante desequilíbrio entre as partes envolvidas, exatamente em função das prerrogativas próprias dos entes públicos, atribuídas ao Recorrido, que, no caso, agiu nessa qualidade e sob as regras de direito público.

Não é por outra razão que o art. 3º, da Lei de Licitações estabelece que os entes públicos sujeitos ao regime de licitação, se sujeitam a todos os princípios próprios da Administração Pública. Note-se que os agentes executores do procedimento licitatório, porque praticam atos de natureza administrativa, são tratados como agentes públicos, podendo, inclusive, sofrer sanções típicas aplicáveis exclusivamente a pessoas com essa qualidade.

Essa situação fica ainda mais cristalina ao se analisar o comendo do art. 4º, da Lei n. 8.666/1993, *verbis*:

(...)

c) arts. 1º e 2º, da Lei n. 1.533/1951, porquanto, *in casu*, o ato de autoridade restou consubstanciado no fato de que os dirigentes da empresa pública, ao conduzirem o certame visando a contratação de serviços e materiais de informática, com base na lei de licitações, praticaram, indubitavelmente, ato de império haja vista que ato administrativo sujeito às normas de direito público.

Ainda, aponta dissídio jurisprudencial com o REsp n. 100.168-DF, da relatoria do e. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 25.5.1998, onde restou caracterizado como ato de autoridade o procedimento licitatório firmado por empresa pública, e, portanto, impugnável por meio de mandado de segurança.

Contra-razões apresentadas pela ECT pugnando, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso ante a ausência de prequestionamento e, no mérito, pelo seu improvimento sob os seguintes fundamentos:

(...)

Caso ultrapassada a preliminar acima, o que se admite apenas a título de argumentação, não merece prosperar o recurso interposto. A ECT é empresa pública federal, criada pelo Decreto n. 509/1956. A atividade que lhe é afeta, nos termos do inciso 21, X, da Constituição Federal de 1988, é o serviço postal.

Sendo este o serviço público que lhe incumbe, somente se relativos a esta atividade, cabe mandado de segurança contra atos de dirigentes desta estatal. Isto é óbvio. O mandado de segurança é ação que visa atacar atos de autoridade praticado contra disposição legal ou com abuso de poder. Se não estiver praticando ato de autoridade, não há que se falar em mandado de segurança para atacar aquele o mesmo.

(...)

Verifica-se, portanto, que a aquisição por parte da ECT de equipamentos não está relacionada à atividade postal. Neste contexto, descabe por completo mandado de segurança contra dirigente desta estatal, se os atos praticados não estiverem relacionados a essa função.

Disto advém necessariamente a inafastável conclusão de que mero ato de gestão da empresa estatal não é passível de anulação pela via mandamental, visto não poder ser considerado, o Presidente da ECT, autoridade, para os efeitos da Lei n. 1.533/1951.

Temos, por conclusão, que o dirigente desta estatal é parte manifestamente ilegítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, visto não ter praticado qualquer ato de autoridade, entendido este para as atividades da ECT, com aquele disciplinado nos arts. 7º e 8º, de Lei n. 6.538/1978 - Lei dos Serviços Postais.

(...)

Realizado o juízo de admissibilidade positivo do apelo extremo, na instância de origem, ascenderam os autos ao E. STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, a violação do art. 535 do CPC, não restou configurada, uma vez que o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos. Neste sentido, os seguintes precedentes da Corte:

Ação de depósito. Bens fungíveis. Armazém geral. Guarda e conservação. Admissibilidade da ação. Prisão civil. Cabimento. Orientação da Turma. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Recurso especial. Enunciado n. 7 da Súmula-STJ. Honorários advocatícios. Processo extinto sem julgamento de mérito. Aplicação do § 4º do art. 20, CPC. Equidade. Recurso do banco provido. Recurso do réu desacolhido.

(...)

III - Não padece de fundamentação o acórdão que examina suficientemente todos os pontos suscitados pela parte interessada em seu recurso. E não viola o art. 535-II o aresto que rejeita os embargos de declaração quando a matéria tida como omissa já foi objeto de exame no acórdão embargado.

(...) (REsp n. 396.699-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15.4.2002).

Processual Civil. Decisão una de relator. Art. 557, do Código de Processo Civil. Inteligência a sua aplicação. Inexistência de omissão no acórdão recorrido. Matéria de cunho constitucional examinada no Tribunal *a quo*.

(...)

3. Fundamentos, nos quais se suporta a decisão impugnada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar, portanto, a obscuridades, dúvidas ou contradições. O não acatamento das argumentações contidas no recurso não implica em cerceamento de defesa, posto que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide.

4. Não está obrigado o Juiz a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, mas, sim com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

(...)

9. Agravo regimental não provido (AGA n. 420.383, Rel. Min. José Delgado, DJ 29.4.2002).

Processual Civil. Embargos de declaração. Violação ao art. 464, II, do CPC. Inocorrência. Apelação. Decisão por maioria. Recurso especial.

I - Os embargos de declaração possuem finalidade determinada pelo artigo 535, do CPC, e, excepcionalmente, podem conferir efeito modificativo ao julgado. Admite-se também embargos para o fim de prequestionamento (Súmula n. 98-STJ). Exigir que o Tribunal *a quo* se pronuncie sobre todos os argumentos levantados pela parte implicaria rediscussão da matéria julgada, o que não se coaduna com o fim dos embargos. Assim, não há que se falar em omissão quanto ao *decisum* vergastado, uma vez que, ainda que de forma sucinta, fundamentou e decidiu as questões. O Poder Judiciário, para expressar sua convicção, não precisa se pronunciar sobre todos os argumentos suscitados pelas partes.

(...)

Recurso especial não conhecido (REsp n. 385.173, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 29.4.2002).

No que pertine às alegadas violações aos arts. arts. 3º e 4º, da Lei n. 8.666/1993, e arts. 1º e 2º, da Lei n. 1.533/1951, verifica-se que os dispositivos apontados como violados foram devidamente prequestionados, muito embora, os preceitos da lei de licitações o tenham sido ventilados de modo implícito, pelo acórdão recorrido, consoante se colhe do voto-condutor, *verbis*:

Estatui o artigo 1º, § 1º, da Lei n. 1.533/1951:

Art. 1º (...)

§ 1º. Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções.

Neste aspecto, a contratação de empresa para fornecimento de equipamentos de informática, fls. 22, a toda evidência, não se constitui em atividade delegada do Poder Público à autoridade impetrada, eis que a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT* é empresa pública federal, com personalidade jurídica de direito privado. Logo, é indiscutível que essa prestação não se subsume a atividade delegada passível de impugnação através de mandado de segurança, mas apenas mero exercício do *jus gestionis*, daí que inaplicável o disposto no artigo 1º, § 1º, da Lei n. 1.533/1951.

Igual compreensão, colhe-se de iterativa jurisprudência sintetizada nos seguintes fragmentos:

Mandado de segurança. Ato de dirigente de empresa pública, desvinculado de atividade delegada do poder público. Ato de autoridade. Não caracterização.

1. Não se caracteriza como ato de autoridade, para fins de mandado de segurança, o ato de dirigente de empresa pública, quando não praticado no exercício de atividade delegada do Poder Público. Assim, o ato de dirigente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que não esteja ligado à execução dos serviços de coleta, transporte e entrega de correspondência, não se reveste dessa natureza e, por conseguinte, não é impugnável por meio de mandado de segurança.

2. O ato de rescisão de contrato para fornecimento de cestas básicas a serem distribuídas aos empregados da ECT não é objeto de delegação por ela recebida da União, já que não está ligada à atividade postal, configurando ato de gestão.

3. Processo extinto sem julgamento de mérito.

4. Prejudicada a apelação interposta pela impetrante. (TRF1, AMS n. 1998.01.00.096002-1-DF, 6ª Turma, Relator Juiz Daniel Paes Ribeiro, DJ 10.8.2001).

Licitação. Ato de gestão. Empresa pública. Mandado de segurança. Descabimento. Carência da ação. Anulação da sentença. Caixa Econômica Federal. Delegação de função do poder público.

1. Tanto a Constituição Federal (art. 5º, LXIX), quando a Lei n. 1.533/1951 (art. 1º e parágrafo 1º) mostram claramente que um dos pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança é a existência ou a iminência de ato ou omissão, por parte de autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, quando digam respeito à função delegada.

2. Possível a impetração de mandado de segurança contra ato de dirigente de empresa pública, tal como a Caixa Econômica Federal, mas tão somente quando se relacionar com a função delegada do Poder Público, como na hipótese do FGTS e de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação.

3. A realização de licitação para prestação de serviços técnicos de tratamento de dados encontra-se no âmbito do ato de gestão da CEF, que, assim, se enquadra no parágrafo 1º do art. 172 da Constituição Federal, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

4. Ilegitimidade passiva *ad causam* reconhecida de ofício, com declaração de carência da ação mandamental.

5. Remessa oficial provida.

6. Liminar cassada, sentença anulada. (TRF1, REO n. 95.01.22891-6-MA, 1ª Turma, Relator Juiz Lindoval Marques de Brito, DJ 14.12.1998).

Mandado de segurança. Ato de autoridade. Caracterização. Preterição de contratação de candidato melhor classificado em prova de seleção para preenchimento de vagas no quadro de pessoal da Caixa Econômica Federal. Natureza do ato.

1. Não se caracteriza como ato de autoridade a preterição de contratação de candidato melhor classificado em prova de seleção para preenchimento de vagas no quadro de pessoal da Caixa Econômica Federal, já que a admissão de seus servidores é mero ato de gestão.

2. Os prepostos da Caixa Econômica Federal somente detêm a qualidade de autoridade pública quando atuam no exercício de funções delegadas do Poder Público.

3. Carência da ação reconhecida.

4. Apelação provida.

5. Remessa oficial prejudicada.

6. Sentença reformada (TRF1, AMS n. 94.01.37066-4-AM, 1ª Turma, Relator Juiz Catão Alves, DJ 11.12.1997).

Processual Civil. Mandado de segurança. Autoridade coatora. Ato de gestão interna de pessoa jurídica de direito privado. Ilegitimidade passiva *ad causam*.

1 - Nos termos do art. 1., parágrafo 1º, da Lei n. 1.533/1951, afora os casos típicos, são consideradas autoridades, legitimadas a figurarem no pólo passivo de mandado de segurança "as pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções", daí porque equivocou-se o Tribunal recorrido ao entender que o Diretor de Administração e Recursos Humanos da Caixa Econômica Federal pode responder a mandado de segurança, onde se busca a nulidade de regra editalícia que restringe a 19 (dezenove) anos a idade mínima para inscrição em concurso público para escriturário. É que, tratando-se ato de gestão interna de pessoa jurídica de direito privado, não se enquadra como sendo de autoridade e, por isso mesmo, não é atacável pela via do *writ*. Precedentes do extinto TFR.

2 - Recurso especial conhecido por ambas as alíneas e provido. (STJ, REsp n. 70.325-DF, 6ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 15.6.1998).

Portanto, é indubitoso que a contratação de empresa para realizar serviços que tais pela ECT não é atividade que foi delegada pela Administração ao impetrado, daí palmar que, *in casu*, não se qualifica o ato censurado como de autoridade delegada da União para permitir o procedimento do mandado de segurança.

No particular, irrepreensível a sentença, fls. 100:

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT é empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado. Por outro lado, o ato atacado, consubstanciado em licitação que a impetrante pretende ver suspensos os seus efeitos, não é ato de império, mas sim simples gestão. Não se vislumbra ato de autoridade na condução do procedimento licitatório, posto que não se pode considerá-lo como ato delegado pelo Poder Público.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Consectariamente, atendido o requisito do prequestionamento e demonstrado o dissídio jurisprudencial, nos moldes exigidos pelo art. 255 do RISTJ, impõe-se o conhecimento do presente recurso especial.

A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se em definir se é cabível a impetração de mandado de segurança contra ato de Presidente de empresa pública, *in casu*, da ECT, consubstanciado em procedimento licitatório cujo objetivo cingia-se à contratação de serviços e equipamentos de informática.

O recorrente alega o Tribunal *a quo* equivocou-se ao afirmar que os atos praticados por autoridades de empresas públicas em procedimentos licitatórios são meros atos de gestão e não se caracterizam como ato de autoridade para efeitos de cabimento do *writ*.

Aduz, que:, *in casu*, o ato de autoridade restou consubstanciado no fato de que os dirigentes da empresa pública, ao conduzirem o certame visando a contratação de serviços e materiais de informática, com base na lei de licitações, praticaram, indubitavelmente, ato de autoridade haja vista que ato administrativo sujeito às normas de direito público.

Nas lições do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles a autoridade coatora, ou “o coator poderá pertencer a qualquer dos poderes e a qualquer das entidades paraestatais ou às suas organizações autárquicas ou paraestatais, bem como aos serviços concedidos, permitidos ou autorizados” (*in* “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*”, Malheiros, 2004. p. 61).

Celso Antônio Bandeira de Mello, citado pelo e. Min. Demócrito Reinaldo, no julgamento do REsp n. 100.168-DF, (DJ de 15.5.1998), ao cuidar especificamente da licitação e do mandado de segurança, assim dissertou quanto à abrangência da expressão “autoridade pública”, *verbis*:

Cumpra, ademais, que a violação do direito aplicável a estes fatos tenha procedido de autoridade pública. Esta conceito é amplo, Entende-se por autoridade pública tanto o funcionário público, quanto o servidor público ou o agente público em geral. Vale dizer: quem quer que haja praticado um ato funcionalmente administrativo. Daí que um dirigente de autarquia, de sociedade de economia mista, de empresa pública, de fundação pública, obrigados a atender, quando menos aos princípios da licitação, são autoridades públicas, sujeitos passivos de mandado de segurança em relação a atos de licitação (seja quando esta receber tal nome, seja rotulada concorrência, convocação geral ou designações quejandas, não importando o nome que se dê ao certame destinado à obtenção de bens, obras ou serviços) (Licitações, p. 90).

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles, *in* “Direito Administrativo Brasileiro”, 18ª ed. Malheiros, p. 149, concluiu que “atos de gestão são os que a Administração pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. Tal ocorre nos atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados. Esses atos serão sempre de administração, mas nem sempre administrativos típicos, principalmente quando bilaterais, de alienação, oneração ou aquisição de bens, que se igualam aos do Direito Privado, apenas antecedidos de formalidades administrativas para sua realização (autorização legislativa, licitação, avaliação, etc) (...)”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* “Direito Administrativo”, 12ª ed., p. 204 acrescenta que os atos de gestão “são os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; (...)”.

Deveras, a ECT tem natureza jurídica de empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida, motivo pelo qual conspiraria contra a *ratio essendi* do art. 37, da Constituição Federal e da Lei n. 8.666/1993 considerar que um contrato firmado mediante prévio procedimento licitatório e que é indubitavelmente espécie de ato administrativo consubstanciar-se-ia mero ato de gestão.

O edital de licitação subscrito por Presidente de empresa pública com o objetivo de contratar serviços e materiais de informática, equivale ato de império haja vista que consubstancia-se em ato administrativo sujeito às normas de direito público.

Aliás, esta Corte Superior já se manifestou quanto à legitimidade passiva de dirigentes de empresas públicas ou de sociedades de economia mista em

sede de mandado de segurança, consoante se colhe das ementas dos seguintes julgados:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Mandado de segurança. Legitimidade passiva. Agente da Caixa Econômica Federal. Decadência. Inocorrência. Idade mínima fixada para concurso público.

I - Ao se submeter a normas de direito público para seleção e contratação de servidores, instituindo concurso e convocando-os pela ordem de classificação, a empresa pública sujeita-se a controle através de mandado de segurança.

(...) *omissis*.

Recurso desprovido.

(REsp n. 533.613-RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 7.6.2004).

Recurso especial. Mandado de segurança contra ato de sociedade de economia mista. Cabimento. Licitação pública. Art. 37, XXI, da Constituição Federal. Lei n. 8.666/1990. Precedentes.

As empresas de economia mista sujeitam-se a processo de licitação pública para aquisição de bens e contratação de obras e serviços de terceiros (art. 37, XXI, da Constituição Federal). Dessarte, os atos administrativos que envolvem a promoção de licitação pública por empresa de economia mista são atos de autoridade, submetidos ao regime de Direito Público (Lei n. 8.666/1993), passíveis de questionamento por mandado de segurança.

“O dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas qualificadas como de Direito Privado), ainda quando sejam elas meramente exploradoras de atividade econômica, também pode ser enquadrado como ‘autoridade’ no que concerne a atos expedidos para cumprimentos de normas de Direito Público a que tais entidades estejam obrigadas, como *exempli gratia*, os relativos às licitações públicas que promovam” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 221).

Recurso especial provido.

(REsp n. 533.613-RS; Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 3.11.2003).

Recurso especial. Mandado de segurança. Cabimento. Anistia. Readmissão de empregados públicos. Autoridade coatora. Presidente da empresa. Ato de império.

O presidente de empresa pública é parte legítima para figurar no pólo passivo de mandado de segurança impetrado para garantir a readmissão de ex-empregados públicos anistiados com base na Lei n. 8.878/1994, uma vez que a readmissão, em tais casos, revela-se como ato de império, e não de mera gestão.

(...) *omissis*

Devem retornar os presentes autos ao egrégio Tribunal *a quo* para que, superadas as questões preliminares da ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora e da inadequação da via do mandado de segurança, prossiga no exame dos demais aspectos oferecidos pelo *writ*.

Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 327.531-DF; Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.8.2002).

Processual Civil. Mandado de segurança. Presidente de empresa (Terracap). Atos praticados nos procedimentos licitatórios de natureza pública. Sujeição a impugnação via *mandamus*.

I - A alienação de bens integrantes do patrimônio das entidades da administração direta ou indireta esta sujeita ao procedimento da licitação pública, hoje disciplinada pela Lei n. 8.666, de 1993, sendo o ato praticado, neste campo de direito público, de autoridade e essencialmente de natureza administrativa, suscetível, portanto, ao ataque pela via do mandado de segurança.

II - *In casu*, a Terracap, na medida em que submeteu ao processo licitatório imóveis integrantes do seu patrimônio, para efeito de selecionar proponentes a sua aquisição, praticou atos administrativos que não são de direito privado ou de gestão. E esses atos administrativos são atos de autoridade, porquanto regidos por normas de direito público - constitucional e administrativo - que disciplinam o procedimento licitatório.

III - Recurso provido. Decisão por maioria.

(REsp n. 100.168-DF; Rel. Min. Demócrito Reinaldo DJ de 25.5.1998).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial interposto.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Mandado de segurança contra ato de presidente da ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos), praticado no âmbito de procedimento de licitação. Cabimento do *writ*, já que a ECT, embora constituída como empresa pública, tem natureza jurídica autárquica, integrando a Fazenda Pública (STF: RE n. 407.099-5-RS), sendo seus atos, portanto, de autoridade. Recurso especial provido.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Cuida-se, originariamente, de mandado de segurança impetrado contra ato do presidente da Empresa

Brasileira de Correios e Telégrafos visando a desclassificar empresa vitoriosa em processo de licitação, por alegado descumprimento de exigência do edital, e a obter determinação para que se proceda a nova classificação entre os licitantes remanescentes. O TRF da 1ª Região confirmou a sentença que indeferira a petição inicial, extinguindo o processo com base no art. 267, I e VI, do CPC, por considerar que “a contratação de empresa para fornecimento de equipamentos de informática, fl. 22, a toda evidência, não se constitui em atividade delegada do Poder Público à autoridade impetrada, eis que a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT* é empresa pública federal, com personalidade jurídica de direito privado. Logo, é indiscutível que esta prestação não se subsume a atividade delegada passível de impugnação através de mandado de segurança, mas apenas mero exercício do *jus gestionis*, daí que inaplicável o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 1.533/1951” (fl. 127). Foram rejeitados os embargos de declaração opostos com o objetivo de obter da Corte de origem manifestação acerca de dispositivos da Lei n. 8.666/1993 e da Constituição Federal.

No especial, fundado nas alíneas **a** e **c**, a recorrente aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 535, II, do CPC, 1º e 2º da Lei n. 1.533/1951 e 3º e 4º da Lei n. 8.666/1993, sustentando, essencialmente, que (a) é nulo o acórdão que rejeitou os embargos de declaração, por ter deixado de sanar os vícios ali indicados; (b) as empresas públicas submetem-se às normas da Lei n. 8.666/1993, valendo-se das prerrogativas inerentes à Administração Pública, nomeadamente a relativa à supremacia do interesse público, razão pela qual não se podem considerar de direito privado os atos praticados no âmbito de procedimentos licitatórios; (b) “todo ato praticado pelas empresas públicas em sede de licitação é tido como ato de império” (fl. 152), porque, realizado sob o regime especial de direito público, o é “em nome e interesse do Estado, tornando cabível o mandado de segurança como forma de defesa” (fl. 156). Pede (a) a anulação do acórdão que julgou os embargos de declaração, ou, sucessivamente, (b) o reconhecimento do cabimento do *mandamus*, com a determinação do retorno dos autos à origem para apreciação do seu mérito.

O relator, Min. Luiz Fux, deu provimento ao recurso especial, aduzindo, em suma, que “a ECT tem natureza jurídica de empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida, motivo pelo qual conspiraria contra a *ratio essendi* do art. 37 da Constituição Federal e da Lei n. 8.666/1993 considerar que um contrato firmado mediante prévio procedimento licitatório e que é indubitavelmente espécie de ato administrativo consubstanciar-se-ia mero

ato de gestão” e que “o edital de licitação subscrito por presidente de empresa pública com o objetivo de contratar serviços e materiais de informática equivale a ato de império, haja vista que se consubstancia em ato administrativo sujeito às normas de direito público”.

Pedi vista.

2. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

No caso concreto, o acórdão decidiu fundamentadamente sobre as questões postas à sua apreciação, emitindo, inclusive, juízo expresso acerca da qualificação do ato impugnado como de mera gestão (fls. 127 e 129), tema suscitado nos embargos de declaração. Não há cogitar, portanto, de ofensa ao art. 535 do CPC.

3. A simples obrigação legal de se submeter a regime licitatório não altera, no meu entender, a natureza jurídica da empresa pública - que é uma pessoa jurídica de direito privado, submetida por norma constitucional ao mesmo regime das demais pessoas privadas (CF, art. 173, § 1º, II). Assim, embora submetidos à licitação, os contratos por elas celebrados continuam submetidos ao regime de direito privado, como negócios de simples gestão. Não fosse assim, teríamos de admitir a existência de regime de direito público para os contratos celebrados também por todas as demais empresas submetidas a regime licitatório pelo art. 173, § 1º, II, da CF - inclusive, portanto, as próprias subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Todavia, no caso da ECT, a situação é peculiar. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 407.099-5-RS, 2ª Turma, Min. Carlos Velloso, DJ de 6.8.2004, apreciando a questão sobre estar ou não a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos abrangida pela imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a), com base na distinção entre empresas públicas que exploram atividade econômica, sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, e empresas públicas prestadoras de serviços públicos, cuja natureza jurídica é de autarquia, decidiu em sentido afirmativo, por considerar integrar a referida empresa a Fazenda Pública.

Sendo assim, como integrante da Fazenda Pública, não pode haver dúvida de que os atos por ela praticados estão subsumidos no conceito de “atos de autoridade” a que se refere o art. 1º e seu § 1º da Lei n. 1.533/1951, sendo, portanto, passíveis de impugnação por meio de mandado de segurança.

4. Diante do exposto, acompanhando o relator, Min. Luiz Fux, dou provimento ao recurso especial, para determinar o retorno dos autos ao juiz de primeiro grau, para que aprecie o mérito da impetração. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 683.668-RS (2004/0121366-3)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Relator para o acórdão: Ministro Luiz Fux

Recorrente: EBV - Empresa Brasileira de Vigilância Ltda.

Advogado: Marlon Nunes Mendes e outros

Recorrido: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A - Banrisul

Advogado: Marieli Patta Sturmer e outros

Sustentação oral: Marlon Nunes Mendes, pela recorrente

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Ato coator praticado por diretor de sociedade de economia mista (Banrisul). Licitação. Cabimento.

1. Consoante a doutrina clássica e a jurisprudência dominante, o conceito de autoridade coatora deve ser interpretado da forma mais abrangente possível.

2. Sob esse ângulo, a decisão proferida em processo de licitação em que figure sociedade de economia mista é ato de autoridade coatora, alvo de impugnação via Mandado de Segurança, nos moldes do § 1º, do art. 1º da Lei n. 1.533/1951. Precedente: REsp n. 598.534-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 19.9.2005.

3. É cediço na Corte que o “dirigente de sociedade de economia está legitimado para ser demandado em mandado de segurança impetrado contra ato decisório em licitação”. (REsp n. 122.762-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 12.9.2005).

4. Deveras, a doutrina do tema não discrepa desse entendimento, ao revés, reforça-o ao assentar: “Cumpre, ademais, que a violação

do direito aplicável a estes fatos tenha procedido de autoridade pública. Este conceito é amplo, Entende-se por autoridade pública tanto o funcionário público, quanto o servidor público ou o agente público em geral. Vale dizer: quem quer que haja praticado um ato funcionalmente administrativo. Daí que um dirigente de autarquia, de sociedade de economia mista, de empresa pública, de fundação pública, obrigados a atender, quando menos aos princípios da licitação, são autoridades públicas, sujeitos passivos de mandado de segurança em relação aos atos de licitação (seja quando esta receber tal nome, seja rotulada concorrência, convocação geral ou designações quejandas, não importando o nome que se dê ao certame destinado à obtenção de bens, obras ou serviços)' (Licitações, p. 90)" (Celso Antônio Bandeira de Mello, citado pelo e. Min. Demócrito Reinaldo, no julgamento do REsp n. 100.168-DF, DJ de 15.5.1998)." (REsp n. 639.239-DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 6.12.2004).

5. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista da Sra. Ministra Denise Arruda, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux os Srs. Ministros Denise Arruda (voto-vista) e José Delgado.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 4 de maio de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator p/ Acórdão

DJ 25.5.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 258-292) interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo

constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 246-252) cuja ementa é a seguinte:

Mandado de segurança. Sociedade de economia mista.

O mandado de segurança é remédio contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições pelo Poder Público. Descabe contra ato praticado por pessoa jurídica de direito privado quando não estiver no exercício de função delegada pelo Poder Público.

Recurso desprovido (fl. 249).

No recurso especial, a recorrente aponta ofensa ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951, aduzindo, em síntese, que (a) o impetrado tem seu capital majoritário pertencente à Administração Pública; (b) o impetrado integra a Administração Indireta do Estado “como instrumento de descentralização de seus serviços” (fl. 264); (c) suas atividades adentram também ao domínio do Direito Público e (d) a presente demanda tem como objeto o processo de licitação, regulado pelo Direito Público. Indica divergência entre o entendimento adotado pelo acórdão recorrido e o proferido no REsp n. 84.082-RS (Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, DJ de 1º.7.1996). Em contra-razões (fls. 294-311), o recorrido aduz, em síntese, que (a) a recorrente não demonstrou a contrariedade à legislação federal, tampouco o dissídio jurisprudencial; (b) o acórdão recorrido se assenta em fundamentos constitucionais não atacados; (c) a pretensão recursal enseja reexame de matéria fática; (d) o fato da concorrência seguir os dispositivos da lei de licitações, não transmuda a natureza do contrato do Direito Privado para o Público; (e) não há decisão de autoridade administrativa oponível por meio de mandado de segurança.

É o relatório.

VOTO

Ementa: Processual Civil. Mandado de segurança. Ato praticado por diretor de sociedade de economia mista (Banco do Estado do Rio Grande do Sul - Banrisul), em procedimento de licitação para contratar serviços de vigilância bancária. Inviabilidade.

1. O mandado de segurança é, segundo a Constituição, instrumento para controle jurisdicional de atos abusivos ou ilegais

“quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público” (CF, art. 5º, LXIX).

2. As sociedades de economia mista que exploram atividade econômica são pessoas jurídicas de direito privado, sujeitando-se, por imperativo constitucional, “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civil, comerciais, trabalhistas e tributários” (CF, art. 173, § 1º, II). Assim, os contratos que celebram no exercício da gestão de suas atividades econômicas ordinárias são regidos pelo direito privado.

3. A submissão da sociedade de economia mista a regime de licitação não acarreta, só por isso, alteração da natureza do contrato daí decorrente, que não se transforma em contrato administrativo. Nele não há a incidência de cláusulas exorbitantes ou de garantias e privilégios de direito administrativo e nem a presença do Estado como autoridade.

4. Assim, embora obrigatórias por lei, mas não havendo nelas a prática de ato de autoridade, as licitações promovidas por sociedades de economia mista que exploram atividade econômica e por outras sociedades direta e indiretamente sob domínio estatal não estão sujeitas a controle jurisdicional por mandado de segurança.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não existem os óbices indicados nas contra-razões. Houve prequestionamento da legislação federal tida por violada bem como a demonstração da divergência jurisprudencial a respeito. Por outro lado, a matéria tem contornos infraconstitucionais no que se refere à aplicação da Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 1.533/1951) e seu exame prescinde do revolvimento de matéria fática.

2. O mandado de segurança é, segundo a Constituição, instrumento para controle jurisdicional de atos abusivos ou ilegais “quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público” (CF, art. 5º, LXIX). Ora, as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica não são pessoas jurídicas de direito público, mas sim de direito privado, estando sujeitas, por imperativo constitucional, “ao regime jurídico próprio das empresas

privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civil, comerciais, trabalhistas e tributários” (CF, art. 173, § 1º, II). No desenvolvimento de suas atividades econômicas ordinárias (como, *v.g.*, a contratação de serviços de vigilância), são atos privados, e não atos de Estado, praticados por autoridade.

3. É certo que a Constituição submete tais empresas a regime próprio de licitação em seus contratos (CF, art. 173, § 1º, III). Tal exigência é feita também em relação a outras sociedades, até mesmo àquelas controladas indiretamente pelo Estado (Lei n. 8.666, de 21.6.1993, art. 1º, § 1º). Todavia, a submissão a regime de licitação não acarreta, só por isso, alteração da natureza do contrato daí decorrente, que não se transforma em contrato administrativo. Seria afrontoso à Constituição (art. 173, § 1º, II) afirmar que nesses contratos há a incidência de cláusulas exorbitantes (em relação ao direito privado) ou de garantias e privilégios de direito administrativo e ou a presença do Estado como autoridade. Seria, se assim se entendesse, a completa vulgarização do contrato administrativo. É o que reconhece também a doutrina. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “se a entidade for *exploradora de atividade econômica*, suas relações negociais com terceiros (...) serão sempre regidas pelo Direito Privado”, de modo que “seus contratos não serão contratos administrativos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 14 ed. Malheiros Editores, p. 186), inobstante a obrigatoriedade de licitação (p. 37). No mesmo sentido Marcos Juruena Villela Souto:

Os contratos celebrados por empresas estatais, atuando na exploração econômica de seu negócio ou patrimônio, não devem ser considerados contratos administrativos, nos termos da CF, art. 173, §§ 1º, II, e 2º, não devendo tais entes ser equiparados aos demais que integram a Administração Pública, já que realizam negócios jurídicos sem a supremacia do poder de império. Tal fenômeno decorre, pois, da personalidade jurídica de direito privado das sociedades de economia mista e empresas públicas, impondo regime distinto dos demais entes da Administração Pública. Às empresas estatais é aplicado o regime de direito comum, a que se submetem todas as pessoas jurídicas de direito privado, regulando os atos da vida empresarial. Caso seus contratos contivessem os elementos inerentes ao regime público, estariam ferindo o princípio da isonomia, dado o tratamento desigual que seria dispensado a estas em relação a outras empresas com as quais muitas vezes competem (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo em Debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 146).

4. Releva enfatizar que, no caso, se trata de sociedade de economia mista que simplesmente explora atividade econômica. Não se confunde, portanto,

com as da outra espécie, as que prestam serviços públicos, cuja disciplina constitucional é diversa: as primeiras são disciplinadas no art. 173, enquanto que as prestadoras de serviços públicos seguem as regras do art. 175, submetendo-se ao regime administrativo de concessão.

Eis o texto dos dispositivos constitucionais referidos:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

- I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado

5. Assim, embora obrigatórias por lei, mas não havendo nelas a prática de ato de autoridade, as licitações promovidas por sociedades de economia mista que explorem atividade econômica e por outras sociedades direta e

indiretamente sob domínio do Estado, não estão sujeitas a controle jurisdicional por mandado de segurança, instrumento constitucional que também não pode ser vulgarizado. Isso não significa que eventual ofensa ou ameaça a direito, praticados por agentes daquelas estatais fiquem imunes a pronta repressão pelo Judiciário. É claro que não, mas os meios processuais para tanto são os ordinários, o que inclui as formas de tutela de urgência, inclusive as antecipatórias (CPC, art. 273) e as cominatórias (art. 461).

Em casos assemelhados, assim decidiu o Tribunal:

Processo Civil. Mandado de segurança. Dirigente de Sociedade de economia mista. Relação de emprego. CLT. Ato de gestão. Descabimento. Precedente. Divergência jurisprudencial não caracterizada. Recurso desacolhido.

I - O ato de dirigente de sociedade de economia mista, que demite empregado com fundamento na Consolidação das Leis do Trabalho, não se sujeita a mandado de segurança, por não se tratar de "exercício de atribuições de Poder Público" (art. 5º, LXIX, da Constituição).

II - A divergência jurisprudencial não se caracteriza entre o acórdão que diz respeito a licitação, procedimento administrativo típico, e o aresto que trata de relação empregatícia regida pelo direito privado.

(REsp n. 204.270-PR. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ de 24.2.2003).

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Preclusão. Sentença concessiva. Remessa de ofício. Cabimento. Sociedade de economia mista. Ato de autoridade. Ato de gestão. Não conhecimento.

1. "Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato (...)" (artigo 183 do Código de Processo Civil).

2. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a sentença concessiva de mandado de segurança, por força do artigo 12, parágrafo único, da Lei n. 1.533/1951, está sujeita a reexame necessário, ainda que o ato impugnado seja praticado por sociedade de economia mista.

3. Consideram-se autoridades, para os efeitos da Lei de Mandado de Segurança, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções (artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei n. 1.533/1951).

4. Não se trata de ato de autoridade, mas, sim, de ato de gestão, praticado no interesse exclusivo da sociedade de economia mista, atuando como empregador, em nada se identificando com as específicas funções delegadas pelo Poder Público, tal qual resulta da letra do artigo 21, inciso XII, alínea **b**, da Constituição da República, o ato de Gerente de Departamento de Recursos Humanos de Companhia Energética, em que se faculta a seus empregados que recebem

benefício de aposentadoria por tempo de serviço a opção pela manutenção do vínculo empregatício, mediante a suspensão do pagamento do benefício junto ao INSS, ou, ainda, a preservação do recebimento do benefício, mediante a extinção do contrato de trabalho.

5. Recurso não conhecido.

(REsp n. 278.052-PR, Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJ de 15.4.2002).

4. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

VOTO-ANTECIPADO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, o primeiro precedente de minha relatoria foi nesta Turma, em 1966, apreciando o caso do Banco Regional de Brasília, em que me posicionei no sentido de não mitigar os princípios postos no art. 37 da Constituição Federal, combinado com o inciso XXI, que determina expressamente que a sociedade de economia mista se submeta ao processo de licitação, em combinação, ainda, com o art. 173, inciso III.

Não posso ver o ato de licitação fora do âmbito do Direito Administrativo e conceber que deixe de se submeter ao controle do mandado de segurança pela necessidade da celeridade. Se assim não o fosse, onde ficaria a ação popular? Esta ação pode ser intentada para controlar os atos praticados por qualquer agente da sociedade de economia mista porque se entende que esses são atos de natureza administrativa.

Temos na doutrina administrativa, como V. Exas. sabem, os atos administrativos puros e os não-puros, ou mistos. A sociedade de economia mista pratica atos de natureza privada na sua essência de natureza privada, na sua mercantilização. Ela não pratica esses atos de natureza puramente privada quando referentemente ao seu funcionamento, tanto que é obrigada a fazer concurso público: é um ato administrativo com o objetivo de preencher seus quadros; o mesmo ocorre no caso de licitação.

O art. 37 da Constituição Federal preceitua:

A Administração Pública direta e indireta (...) Administração Pública direta e indireta.

O art. 173 da Constituição Federal diz, como citou V. Exa. com muita clareza:

Ressalvados os casos (...) da Administração Pública.

Então, a valorização do princípio da Administração Pública é um princípio de Direito Administrativo, gerando atos administrativos.

Esse é o entendimento que tenho desde 1966. Tenho compromisso com essa tese, desde muito, em vários votos que tenho proferido a respeito e também em campo doutrinário.

Como o Sr. Ministro Relator mencionou, já em 2003, a Quinta Turma, em um caso em que era parte o Banco de Brasília, reconheceu que é passível a impugnação de licitação mediante o remédio constitucional do mandado de segurança, o que consta do memorial apresentado pelos nobres advogados e foi julgado em 23.6.2003, tendo como Relator o Sr. Ministro Jorge Scartezzini, cuja decisão foi unânime.

Peço vênia ao ilustre Ministro Relator para antecipar o meu voto, dando provimento ao recurso especial.

VOTO-ANTECIPADO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Ministro-Relator, se por um lado procede o fato de que há acórdãos não tão recentes quanto os das Turmas de Direito Privado, considerando realmente a questão sob a ótica que o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki observou, submeto ao debate a questão de que, quando estabeleceu um regime de Direito Privado para as sociedades de economia mista, a Constituição Federal quis que a sociedade tivesse maior flexibilidade, maleabilidade no exercício das suas atividades.

A sociedade de economia mista, porque está sujeita ao regime de Direito Privado, pode comprar direto, não precisa comprar mediante licitação. Entretanto, no meu modo de ver, a partir do momento em que se abre um regramento de Direito Público, promovendo uma licitação, à semelhança dos julgados da Segunda Turma, de Direito Público, do Sr. Ministro Franciulli Netto e, também, do próprio autor que o ilustre Ministro-Relator citou, na sua obra de Direito Administrativo (Malheiros, São Paulo, 2002, p. 221), também entende que nesses casos, há ato de autoridade.

Dessas lições, já tinha me valido para aquele acórdão que debatemos sobre a empresa pública de Correios e Telégrafos. O Supremo Tribunal Federal entendeu, em um fundamento que até pode ser emprestado a esse caso, que

as sociedades de economia mista sofrem influência significativa do dinheiro público; por isso que considerou, para esses efeitos, a empresa de Correios e Telégrafos uma empresa pública passível de mandado de segurança.

Uma licitação retrata um procedimento formal, solene, editado em prol da Administração Pública. Por outro lado, o próprio mandado de segurança, paradoxalmente, nesses casos, pela sua celeridade, agilidade, mandamentalidade e cognição superficial, sempre que em risco à moralidade administrativa, também é servil à Administração Pública, porque, mediante o *writ*, se consegue estagnar uma licitação que, se prosseguir em razão do cumprimento das liturgias da ordinariade, se consumará e estaremos, então, frente à teoria do fato consumado etc.

Creio que essa matéria precisa ser pacificada, mas confesso que, assim como V. Exa. continua convicto do seu ponto de vista, continuo convicto de que, no momento em que a sociedade de economia mista deixa de atuar como pessoa jurídica de Direito Privado, como, por exemplo, comprando diretamente, mas antes, realiza uma atividade que subsume os padrões de Direito Público, esse dirigente que absorve aquela legislação de Direito Público e age como se fosse um administrador público, fica, sim, sujeito ao mandado de segurança. Essa é minha impressão e, também, a da Segunda Turma em dois acórdãos lavrados pelo Sr. Ministro Franciulli Netto, que são mais recentes do que os das Turmas de Direito Privado.

Peço vênua ao Sr. Ministro Teori Albino Zavascki para antecipar meu voto, dando provimento ao recurso especial.

VOTO VENCEDOR

O Sr. Ministro Luiz Fux: Consoante exposto pelo E. Relator:

Trata-se de recurso especial (fls. 258-292) interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 246-252) cuja ementa é a seguinte:

Mandado de segurança. Sociedade de economia mista.

O mandado de segurança é remédio contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições pelo Poder Público. Descabe contra ato praticado por pessoa jurídica de direito privado quando não estiver no exercício de função delegada pelo Poder Público.

Recurso desprovido (fl. 249).

No recurso especial, a recorrente aponta ofensa ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951, aduzindo, em síntese, que (a) o impetrado tem seu capital majoritário pertencente à Administração Pública; (b) o impetrado integra a Administração indireta do Estado “como instrumento de descentralização de seus serviços” (fl. 264); (c) suas atividades adentram também ao domínio do Direito Público e (d) a presente demanda tem como objeto o processo de licitação, regulado pelo Direito Público. Indica divergência entre o entendimento adotado pelo acórdão recorrido e o proferido no REsp n. 84.082-RS (Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, DJ de 1º.7.1996). Em contra-razões (fls. 294-311), o recorrido aduz, em síntese, que (a) a recorrente não demonstrou a contrariedade à legislação federal, tampouco o dissídio jurisprudencial; (b) o acórdão recorrido se assenta em fundamentos constitucionais não atacados; (c) a pretensão recursal enseja reexame de matéria fática; (d) o fato da concorrência seguir os dispositivos da lei de licitações, não transmuta a natureza do contrato do Direito Privado para o Público; (e) não há decisão de autoridade administrativa oponível por meio de mandado de segurança.

É o relatório.

Em seu voto, o E. Relator sustenta:

Processual Civil. Mandado de segurança. Ato praticado por diretor de sociedade de economia mista (Banco do Estado do Rio Grande do Sul - BARRISUL), em procedimento de licitação para contratar serviços de vigilância bancária. Inviabilidade.

1. O mandado de segurança é, segundo a Constituição, instrumento para controle jurisdicional de atos abusivos ou ilegais “quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público” (CF, art. 5º, LXIX).

2. As sociedades de economia mista que exploram atividade econômica são pessoas jurídicas de direito privado, sujeitando-se, por imperativo constitucional, “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civil, comerciais, trabalhistas e tributários” (CF, art. 173, § 1º, II). Assim, os contratos que celebram no exercício da gestão de suas atividades econômicas ordinárias são regidos pelo direito privado.

3. A submissão da sociedade de economia mista a regime de licitação não acarreta, só por isso, alteração da natureza do contrato daí decorrente, que não se transforma em contrato administrativo. Nele não há a incidência de cláusulas exorbitantes ou de garantias e privilégios de direito administrativo e nem a presença do Estado como autoridade.

4. Assim, embora obrigatórias por lei, mas não havendo nelas a prática de ato de autoridade, as licitações promovidas por sociedades de economia mista que exploram atividade econômica e por outras sociedades direta e indiretamente

sob domínio estatal não estão sujeitas a controle jurisdicional por mandado de segurança.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

Concessa venia, ouso divergir do e. Relator.

Consoante a doutrina clássica e a jurisprudência dominante, o conceito de autoridade coatora deve ser interpretado da forma mais abrangente possível.

Sob esse ângulo, a decisão proferida em processo de licitação em que figure sociedade de economia mista é ato de autoridade coatora, alvo de impugnação via Mandado de Segurança, nos moldes do § 1º, do art. 1º da Lei n. 1.533/1951. Nesse sentido o seguinte precedente:

Processual Civil. Mandado de segurança. Sociedade de economia mista. Licitação. Conceito de autoridade coatora. Caracterização.

1. Segundo doutrina e jurisprudência, o conceito de autoridade coatora deve ser interpretado da maneira mais abrangente possível.

2. Decisão exarada em processo licitatório de sociedade de economia mista - **Banco Banrisul S/A** - é ato de autoridade coatora, nos termos do § 1º do art. 1º da Lei n. 1.533/1951, passível, portanto, de impugnação via mandado de segurança - Precedentes desta Corte.

3. Recurso especial provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim ser processado o mandado de segurança.

(REsp n. 598.534-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 19.9.2005).

Extrai-se do voto da E. Relatora o seguinte excerto:

Não se tem dúvida, portanto, na hipótese dos autos, que a negativa de provimento a recurso administrativo em processo licitatório de sociedade de economia mista é ato de autoridade coatora, que se enquadra perfeitamente nos ditames da Lei n. 1.533/1951, uma vez que o mencionado ato está estritamente vinculado à delegação do Poder Público, não se tratando de providência relacionada à mera gestão administrativa da instituição.

No mesmo sentido desse raciocínio, destaco da jurisprudência desta Corte os seguintes precedentes:

Recurso especial. Mandado de segurança contra ato de sociedade de economia mista. Cabimento. Licitação pública. Art. 37, XXI, da Constituição Federal. Lei n. 8.666/1990. Precedentes.

As empresas de economia mista sujeitam-se a processo de licitação pública para aquisição de bens e contratação de obras e serviços de terceiros

(art. 37, XXI, da Constituição Federal). Dessarte, os atos administrativos que envolvem a promoção de licitação pública por empresa de economia mista são atos de autoridade, submetidos ao regime de Direito Público (Lei n. 8.666/1993), passíveis de questionamento por mandado de segurança.

“O dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas qualificadas como de Direito Privado), ainda quando sejam elas meramente exploradoras de atividade econômica, também pode ser enquadrado como ‘autoridade’ no que concerne a atos expedidos para cumprimentos de normas de Direito Público a que tais entidades estejam obrigadas, como *exempli gratia*, os relativos às licitações públicas que promovam” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 221).

Recurso especial provido.

(REsp n. 533.613-RS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, DJ 3.11.2003, p. 312).

Recurso especial. Alíneas **a** e **c**. Mandado de segurança. Legitimidade passiva da concessionária (Companhia Riograndense de Saneamento - Corsan). Corte do fornecimento de água potável. Falta de pagamento. Ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei federal apontados. Acórdão recorrido com enfoque constitucional nesta parte. Divergência jurisprudencial não configurada.

Os atos praticados por dirigente de sociedade de economia mista, que presta serviço público por meio de contrato de concessão, podem ser impugnado por meio de mandado de segurança.

A Corte *a quo* em momento algum se manifestou sobre os dispositivos legais tidos por malferidos, nada obstante a oposição dos embargos de declaração. Se pretendessem os recorrentes fosse sanada alguma eiva no acórdão, deveriam ter alegado violação ao artigo 535 do CPC, a fim de viabilizar o exame da questão por este Tribunal Superior. Incidência da Súmula n. 211-STJ.

Não se pode conhecer do recurso especial pela divergência quando o acórdão recorrido ancorou-se em preceitos constitucionais para solução da questão sobre a qual aponta divergência.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 259.100-RS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, DJ 4.8.2003, p. 252).

Processo Civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Concurso público. Aprovado preterido em sua nomeação e posse e, posteriormente, anistiado. Omissão no cumprimento pelo dirigente de sociedade de

economia mista. Banco de Brasília. BRB. Ato de autoridade e não de gestão. Legitimidade passiva *ad causam* reconhecida. Prejudicial afastada.

1 - O dirigente da Sociedade de Economia Mista submete-se, quando pratica atos típicos do Direito Público, aos princípios que vinculam toda a Administração, como a moralidade, legalidade, impessoalidade, etc. Logo, tais atos não podem ser classificados como meros atos de gestão, o que descaracterizaria a simbiose de sua personalidade jurídica. Sendo o Banco de Brasília - BRB um ente paraestatal e seu administrador nomeado, inclusive, pelo Poder Público, a impugnação do ato omissivo que não acatou a anistia homologada, a qual determinou a nomeação e posse do recorrente, aprovado em concurso público para o cargo de Economista, é passível de impugnação através do remédio constitucional do mandado de segurança. Inteligência do art. 1º, da Lei n. 1.533/1951.

2 - Recurso conhecido e provido para, reformando *in totum* o v. acórdão de origem, rejeitar a preliminar que declarou incabível o mandado de segurança e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de *a quo*, para que julgue o mérito da impetração.

(REsp n. 413.818-DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma, unânime, DJ 23.6.2003, p. 409).

Processo Civil. Mandado de segurança. Dirigente de sociedade de economia mista. Relação de emprego. CLT. Ato de gestão. Descabimento. Precedente. Divergência jurisprudencial não caracterizada. Recurso desacolhido.

I - O ato de dirigente de sociedade de economia mista, que demite empregado com fundamento na Consolidação das Leis do Trabalho, não se sujeita a mandado de segurança, por não se tratar de "exercício de atribuições de Poder Público" (art. 5º, LXIX, da Constituição).

II - A divergência jurisprudencial não se caracteriza entre o acórdão que diz respeito a licitação, procedimento administrativo típico, e o aresto que trata de relação empregatícia regida pelo direito privado.

(REsp n. 204.270-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, unânime, DJ 24.2.2003, p. 236).

- Ato praticado por Sociedade de Economia Mista, em licitação pública expõe-se a mandado de segurança.

- É que a incidência do art. 267, VI do CPC, pressupõe o reconhecimento de que o pedido enfrenta impossibilidade. Sem a demonstração de tal pressuposto, não há como declarar-se extinto o processo.

- A licitação limita-se em gerar um direito de preferência em favor do concorrente vitorioso. A Administração pode deixar de realizar o negócio

prometido aos licitantes, indenizando o vitorioso, se for o caso. Ela fica, entretanto, proibida de contratar o negócio com outra pessoa que não seja o vitorioso – titular de impostergável preferência.

- Acórdão que, louvando-se na prova dos autos, defere mandado de segurança considerando demonstrada a ofensa a direito líquido e certo. Não pode o STJ, em recurso especial, declarar que tal concessão magoou o art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

- O art. 18 da Lei n. 1.533/1951 não é ofendido quando se elege como termo inicial para decadência do direito ao mandado de segurança, a data em que o impetrante tomou conhecimento da irregularidade.

- Impossível o conhecimento do recurso especial, se a demonstração de supostas ofensas à Lei n. 8.666/1993, requer profundo exame no texto do edital.

(REsp n. 299.834-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, unânime, DJ 25.2.2002, p. 222).

Processual Civil. Mandado de segurança contra ato praticado por sociedade de economia mista. Possibilidade. Conceito de autoridade - art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

O conceito de autoridade para justificar a impetração do *mandamus* e o mais amplo possível e, por isso mesmo, a lei juntou-lhe (ao mesmo conceito), o expletivo: “seja de qual natureza for”.

Os princípios constitucionais a que esta sujeita a administração direta e indireta (incluídas as sociedades de economia mista) impõem a submissão da contratação de obras e serviços públicos ao procedimento da licitação, instituto juridicizado como de direito público. Os atos das entidades da administração (direta ou indireta) constituem atividade de direito público, atos de autoridade sujeitos ao desafio pela via da ação de segurança. *In casu*, a Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE - na medida em que assumiu o encargo de realizar a licitação pública para efeito de selecionar pessoas ou entidades para realização de obras e serviços do maior interesse da sociedade praticou atos administrativos, atos de autoridade, já que regidos por normas de direito público e que não poderão permanecer forros a impugnação através do mandado de segurança.

Recurso provido. Decisão unanime.

(REsp n. 84.082-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, unânime, DJ 1º.7.1996, p. 24.002).

Ademais, é cediço na Corte que o “dirigente de sociedade de economia está legitimado para ser demandado em mandado de segurança impetrado contra

ato decisório em licitação”. (REsp n. 122.762-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 12.9.2005).

Deveras, a doutrina do tema não discrepa desse entendimento, ao revés, reforça-o ao assentar: ““Cumpre, ademais, que a violação do direito aplicável a estes fatos tenha procedido de autoridade pública. Esta conceito é amplo, Entende-se por autoridade pública tanto o funcionário público, quanto o servidor público ou o agente público em geral. Vale dizer: quem quer que haja praticado um ato funcionalmente administrativo. Daí que um dirigente de autarquia, de sociedade de economia mista, de empresa pública, de fundação pública, obrigados a atender, quando menos aos princípios da licitação, são autoridades públicas, sujeitos passivos de mandado de segurança em relação a atos de licitação (seja quando esta receber tal nome, seja rotulada concorrência, convocação geral ou designações quejandas, não importando o nome que se dê ao certame destinado à obtenção de bens, obras ou serviços)’ (Licitações, p. 90)” (Celso Antônio Bandeira de Mello, citado pelo e. Min. Demócrito Reinaldo, no julgamento do REsp n. 100.168-DF, DJ de 15.5.1998).” (REsp n. 639.239-DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 6.12.2004).

Com essas considerações, e pedindo *venia* ao nobre Relator, *dou provimento* ao Recurso Especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Recurso especial. Mandado de segurança. Licitação. Sociedade de economia mista. Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A. Ato decisório de seu dirigente em procedimento licitatório. Sujeição ao mandado de segurança. Legitimidade passiva ad causam do diretor. Provimento do recurso, acompanhando a divergência.

A Sra. Ministra Denise Arruda: 1. Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional em face de acórdão do c. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 246-252), assim ementado (fl. 249):

Mandado de segurança. Sociedade de economia mista.

O mandado de segurança é remédio contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de

atribuições pelo Poder Público. Descabe contra ato praticado por pessoa jurídica de direito privado quando não estiver no exercício de função delegada pelo Poder Público.

Recurso desprovido.

Em sede de recurso especial, o Relator, Ministro Teori Albino Zavascki, houve por bem negar provimento ao recurso, assim sintetizando seu entendimento:

Processual Civil. Mandado de segurança. Ato praticado por diretor de sociedade de economia mista (Banco do Estado do Rio Grande do Sul - Banrisul), em procedimento de licitação para contratar serviços de vigilância bancária. Inviabilidade.

1. O mandado de segurança é, segundo a Constituição, instrumento para controle jurisdicional de atos abusivos ou ilegais “quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público” (CF, art. 5º, LXIX).

2. As sociedades de economia mista que exploram atividade econômica são pessoas jurídicas de direito privado, sujeitando-se, por imperativo constitucional, “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civil, comerciais, trabalhistas e tributários” (CF, art. 173, § 1º, II). Assim, os contratos que celebram no exercício da gestão de suas atividades econômicas são regidos pelo direito privado.

3. A submissão da sociedade de economia mista a regime de licitação não acarreta, só por isso, alteração da natureza do contrato daí decorrente, que não se transforma em contrato administrativo e nem a presença do Estado como autoridade.

4. Assim, embora obrigatórios por lei, mas não havendo nelas a prática de ato de autoridade, as licitações promovidas por sociedades de economia mista que exploram atividade econômica e por outras sociedades direta e indiretamente sob domínio estatal não estão sujeitas a controle jurisdicional por mandado de segurança.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

Na seqüência, o Ministro Luiz Fux, antecipando seu voto, veio a divergir do Relator, para dar provimento ao recurso, por entender que, quando a sociedade de economia mista deixa de atuar como pessoa jurídica de direito privado, por exemplo, quando realiza uma atividade que se subsume aos padrões de Direito Público, agindo como se fosse um administrador público, fica sujeita, sim, ao mandado de segurança, consoante precedentes da Segunda Turma, de que foi Relator o Ministro Franciulli Netto.

O Ministro José Delgado, igualmente antecipando seu voto, veio também a divergir do Relator, para dar provimento ao recurso especial, fazendo menção a votos que anteriormente proferiu e consoante precedente de relatoria do Ministro Jorge Scartezzini, julgado em 23 de junho de 2003.

Pedi vista dos autos.

2. O art. 5º, LXIX, da CF/1988, estabelece que conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

No caso, questiona-se se o diretor de sociedade de economia mista, caracterizada como pessoa jurídica de direito privado, exploradora de atividade econômica, pode ser considerado *autoridade*, para responder à ação constitucional do mandado de segurança.

A Emenda Constitucional n. 19/1998 alterou o art. 173 da Constituição Federal, para estabelecer que, “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”; no § 1º, acrescentou que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, *observados os princípios da administração pública*; (...)”.

Ora, se em relação à contratação de serviços de segurança as empresas de economia mista só poderão realizá-la através de licitação, tais atos devem-se amoldar aos princípios da Administração Pública, e o dirigente responsável será considerado *autoridade*, e, como tal, será parte legítima passiva para responder ao mandado de segurança.

Nesse sentido, aliás, é a orientação doutrinária sobre o tema.

Hely Lopes Meirelles disserta: “Com relação às empresas que *exploram atividade econômica* a licitação e a contratação ficarão sujeitas aos *princípios* da



Administração Pública, nos termos de seu futuro estatuto jurídico (CF, art. 173, § 1º, III, com a redação da EC n. 19/1998) (...)", e, no que concerne a seus diretores ou dirigentes, é observado: "Os dirigentes das empresas estatais são investidos em seus cargos na forma que a lei ou seus estatutos estabelecerem. Eles ficam sujeitos ao mandado de segurança quando exerçam funções delegadas do Poder Público (art. 5º, LXIX), à ação por improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992, arts. 1º e 2º) e à ação penal por crimes praticados contra a Administração Pública (CP, art. 327, parágrafo único)." (**Curso de Direito Administrativo**, 26ª ed., Malheiros, p. 345).

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre servidores públicos e agentes públicos, assim se manifesta: "O dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas qualificadas como de Direito Privado), ainda quando sejam elas meramente exploradoras de atividade econômica, também pode ser enquadrado como 'autoridade' no que concerne a *atos expedidos para cumprimento de normas de Direito Público* a que tais entidades estejam obrigadas, como *exempli gratia*, os relativos às *licitações públicas que promovam*." (**Curso de Direito Administrativo**, 17ª ed., Malheiros, p. 228).

Outro não é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao tratar do mandado de segurança. A autora refere que "(...) as autoridades das entidades da Administração Indireta, incluindo as empresas sob controle acionário do Estado, podem ser tidas como *coatoras*, para esse fim, quando exerçam funções delegadas do Poder Público. Essa possibilidade, que constava do artigo 1º, § 1º, da Lei n. 1.533, de 31.12.1951, e da Súmula n. 510, do STF, decorre agora do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição." E acrescenta: "(...) considera-se *ato de autoridade* todo aquele que for praticado por pessoa investida de uma parcela de poder público. Esse ato pode emanar do Estado, por meio de seus agentes e órgãos ou de pessoas jurídicas que exerçam funções delegadas. Isto quer dizer que abrange atos praticados pelos órgãos e agentes da administração direta e da indireta (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos)." (**Direito Administrativo**, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 393 e 637, respectivamente).

Vale mencionar o entendimento de Marçal Justen Filho: "A EC n. 19/1998 deu nova redação ao art. 173, que passou a prever que as entidades da Administração indireta, exercentes de atividade econômica, passariam a sujeitar-se a regime jurídico específico, no tocante às licitações. Ali se previu um 'estatuto' para tais entidades, ao qual caberia disciplinar licitação e contratação

‘observados os princípios da administração pública’ (inc. III). Supõe-se que a vontade do legislador reformador era de aliviar as restrições da Lei n. 8.666, relativamente a sociedades de economia mista e empresas públicas exercentes de atividade econômica. Mas a nova redação não assegurou tal resultado. Afinal, manter um único regime de licitações e contratos administrativos, aplicável tanto à Administração direta como à indireta, não infringe a nova redação constitucional. Respeitar os princípios da Administração Pública pode significar tanto necessidade de observar *todos* eles (tal como se põe com a Administração Direta) como também pode ser interpretado como respeitar apenas os mais essenciais. A questão apenas pode se resolver no âmbito da legislação infraconstitucional. Enquanto não for editado um estatuto de licitações da Administração Indireta, a matéria continuará sob a disciplina da Lei n. 8.666.” (**Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 10ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 16-17).

Nesse sentido, aliás, são os precedentes deste Tribunal, que afastam a conceituação de, em casos similares, os atos de dirigente de sociedade de economia mista serem considerados apenas *atos de gestão*, e não *atos de autoridade*. Os precedentes da Quinta Turma, no REsp n. 413.818-DF, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 23.6.2003, e no REsp n. 278.886-PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 4.11.2002, são nesse sentido; mas, em sentido diverso, considerando tais atos como de gestão, e, de consequência, não conhecendo do mandado de segurança, é o precedente da Sexta Turma, no REsp n. 278.052-PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 15.4.2002.

Por sua vez, recentemente a Segunda Turma apreciou o REsp n. 598.534-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 19.9.2005, reconhecendo, também em sede de mandado de segurança, como parte legítima passiva e autoridade coatora, em processo licitatório, o diretor de sociedade de economia mista (*Banco Banrisul S/A*). No mesmo sentido, o REsp n. 122.762-RS, de relatoria do Ministro Castro Meira, DJ de 12.9.2005, no qual se afirma: “O dirigente de sociedade de economia está legitimado para ser demandado em mandado de segurança impetrado contra ato decisório em licitação.” Há também decisão do Ministro Franciulli Netto no REsp n. 533.613-RS, DJ de 3.11.2003, sendo consignado na ementa: “As empresas de economia mista sujeitam-se a processo de licitação pública para aquisição de bens e contratação de obras e serviços de terceiros (art. 37, XXI, da Constituição Federal). Dessarte, os atos administrativos que envolvem a promoção de licitação pública por empresa de economia mista são atos de autoridade, submetidos ao regime de Direito Público (Lei n. 8.666/1993), passíveis de questionamento por mandado de segurança.”

Esta Primeira Turma tem precedente do Ministro José Delgado, no REsp n. 430.783-MT, DJ de 28.10.2002, bem assim do Ministro Humberto Gomes de Barros, no REsp n. 299.834-RJ, DJ de 25.2.2002, e um precedente mais antigo, de relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, no REsp n. 84.082-RS, DJ de 1º.7.1996, todos admitindo a legitimidade passiva do dirigente de sociedade de economia mista, para responder a mandado de segurança, em hipótese de licitação.

Portanto, em conclusão, com respeitosa vênia ao entendimento externado pelo Ministro Relator, acompanho os votos anteriormente expendidos pelos Ministros Luiz Fux e José Delgado, para reconhecer a legitimidade passiva do dirigente de sociedade de economia mista, quando da prática de ato decisório em sede de licitação.

É o voto.



Súmula n. 334

SÚMULA N. 334

O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet.

Referências:

Lei n. 9.472/1997, arts. 60 e 61, § 1º.

LC n. 87/1996, art. 2º.

Precedentes:

EREsp	456.650-PR	(1ª S, 11.05.2005 – DJ 20.03.2006)
REsp	453.107-PR	(1ª T, 14.02.2006 – DJ 13.03.2006)
REsp	456.650-PR	(2ª T, 24.06.2003 – DJ 08.09.2003)
REsp	511.390-MG	(1ª T, 19.05.2005 – DJ 19.12.2005)
REsp	736.607-PR	(1ª T, 25.10.2005 – DJ 19.12.2005)
REsp	745.534-RS	(1ª T, 09.03.2006 – DJ 27.03.2006)

Primeira Seção, em 13.12.2006

DJ 14.02.2007, p. 246

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 456.650-PR
(2003/0223462-0)**

Relator: Ministro José Delgado

Relator para o acórdão: Ministro Franciulli Netto

Embargante: Estado do Paraná

Procurador: César Augusto Binder e outros

Embargado: Convoy Informática Ltda.

Advogado: Pedro Luciano Marrey Jr e outros

Sustentação oral: César Augusto Binder, pelo Estado do Paraná

Gláucia Frascino, pela empresa embargada, Convoy
Informática Ltda.

EMENTA

Embargos de divergência. Recurso especial. Tributário. Serviço prestado pelos provedores de acesso à *internet*. Artigos 155, II, da Constituição Federal, e 2º, II, da LC n. 87/1996. Serviço de valor adicionado. Artigo 61 da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações). Norma n. 004/1995 do Ministério das Comunicações. Proposta de regulamento para o uso de serviços e redes de telecomunicações no acesso a serviços *internet*, da Anatel. Artigo 21, XI, da Constituição Federal. Não-incidência de ICMS.

Da leitura dos artigos 155, inciso II, da Constituição Federal, e 2º, inciso III, da Lei Complementar n. 87/1996, verifica-se que cabe aos Estados e ao Distrito Federal tributar a prestação onerosa de serviços de comunicação. Dessa forma, o serviço que não for prestado de forma onerosa e que não for considerado pela legislação pertinente como serviço de comunicação não pode sofrer a incidência de ICMS, em respeito ao princípio da estrita legalidade tributária.

Segundo informações da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, “a *Internet* é um conjunto de redes e computadores que se interligam em nível mundial, por meio de redes e serviços de telecomunicações, utilizando no seu processo de comunicação protocolos padronizados. Os usuários têm acesso ao ambiente *Internet* por meio

de Provedores de Acesso a Serviços *Internet*. O acesso aos provedores pode se dar utilizando serviços de telecomunicações dedicados a esse fim ou fazendo uso de outros serviços de telecomunicações, como o Serviço Telefônico Fixo Comutado” (“Acesso a Serviços *Internet*”, Resultado da Consulta Pública n. 372 - Anatel).

A Proposta de Regulamento para o Uso de Serviços e Redes de Telecomunicações no Acesso a Serviços *Internet*, da Anatel, define, em seu artigo 4º, como Provedor de Acesso a Serviços *Internet* – Pasi, “o conjunto de atividades que permite, dentre outras utilidades, a autenticação ou reconhecimento de um usuário para acesso a Serviços *Internet*”. Em seu artigo 6º determina, ainda, que “o Provimento de Acesso a Serviços *Internet* não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor e seus clientes como usuários dos serviços de telecomunicações que lhe dá suporte.”

Por outro lado, a Lei Federal n. 9.472/1997, denominada Lei Geral de Telecomunicações – LGT, no § 1º de seu artigo 61, dispõe que o serviço de valor adicionado “não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”. O *caput* do mencionado artigo define o referido serviço como “a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.”

O serviço prestado pelo provedor de acesso à *Internet* não se caracteriza como serviço de telecomunicação, porque não necessita de autorização, permissão ou concessão da União, conforme determina o artigo 21, XI, da Constituição Federal.

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

Na lição de Kiyoshi Harada, “o provedor de acesso à *internet* libera espaço virtual para comunicação entre duas pessoas, porém, quem presta o serviço de comunicação é a concessionária de serviços

de telecomunicações, já tributada pelo ICMS. O provedor é tomador de serviços prestados pelas concessionárias. Limita-se a executar serviço de valor adicionado, isto é, serviços de monitoramento do acesso do usuário à rede, colocando à sua disposição equipamentos e *softwares* com vistas à eficiente navegação.”

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

Conforme pontifica Sacha Calmon, “o serviço prestado pelos provedores de acesso à *Internet* é um Serviço de Valor Adicionado, não se enquadrando como serviço de comunicação, tampouco serviço de telecomunicação. Este serviço apenas oferece aos provedores de Acesso à *Internet* o suporte necessário para que o Serviço de Valor Adicionado seja prestado, ou seja, o primeiro é um dos componentes no processo de produção do último.”

Nessa vereda, o insigne Ministro Peçanha Martins, ao proferir voto-vista no julgamento do recurso especial embargado, sustentou que a provedoria via *Internet* é serviço de valor adicionado, pois “acrescenta informações através das telecomunicações. A chamada comunicação eletrônica, entre computadores, somente ocorre através das chamadas linhas telefônicas de qualquer natureza, ou seja, a cabo ou via satélite. Sem a via telefônica impossível obter acesso à *Internet*. Cuida-se, pois, de um serviço adicionado às telecomunicações, como definiu o legislador. O provedor é usuário do serviço de telecomunicações. Assim o diz a lei.”

Conclui-se, portanto, que, nos termos do artigo 110 do Código Tributário Nacional, não podem os Estados ou o Distrito Federal alterar a definição, o conteúdo e o alcance do conceito de prestação de serviços de conexão à *Internet*, para, mediante Convênios Estaduais, tributá-la por meio do ICMS.

Como a prestação de serviços de conexão à *Internet* não cuida de prestação onerosa de serviços de comunicação ou de serviços de telecomunicação, mas de serviços de valor adicionado, em face dos princípios da legalidade e da tipicidade fechada, inerentes ao ramo do direito tributário, deve ser afastada a aplicação do ICMS pela inexistência na espécie do fato imponible.

Segundo salientou a doutra Ministra Eliana Calmon, quando do julgamento do recurso especial ora embargado, “independentemente de haver entre o usuário e o provedor ato negocial, a tipicidade fechada do Direito Tributário não permite a incidência do ICMS”.

Embargos de divergência improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça “Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade conheceu dos embargos e, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda, negou-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Franciulli Netto que lavrará o acórdão.” Votaram com o Sr. Ministro Franciulli Netto os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins.

Licenciado, nesta assentada, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 11 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

Ministro Luiz Fux (Art. 52, IV, b, do RISTJ)

DJ 20.3.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O *Estado do Paraná* intenta embargos de divergência para discutir acórdão da egrégia Segunda Turma desta Corte, da lavra da eminente Ministra Eliana Calmon, assim ementado:

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

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

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

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

4. Recurso especial improvido.

O embargante afirma que o mencionado aresto divergiu de outro proferido pela egrégia Primeira Turma (REsp n. 323.358-PR, deste Relator), no sentido oposto à decisão embargada, *id est*, de que incide o ICMS sobre a prestação de serviço de acesso à *internet*. A ementa do referido julgado registra:

Tributário. Provedor da *internet*. Prestação de serviço de comunicação, espécie de serviço de telecomunicação. Relação de natureza negocial com o usuário. Fato gerador de ICMS determinado. Incidência. Lei Complementar n. 87/1996. Lei n. 9.472/1997.

1. Recurso Especial interposto contra v. acórdão que entendeu que “o provedor de acesso à *internet* não presta serviço de comunicação ou de telecomunicação, não incidindo sobre a atividade por ele desempenhada o ICMS.”

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

3. O provedor vinculado à *internet* tem por finalidade essencial efetuar um serviço que envolve processo de comunicação exigido pelo cliente, por deter meios e técnicas que permitem o alcance dessa situação fática.

4. O serviço prestado pelos provedores está enquadrado como sendo de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações.

5. A Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, estabelece, em seu art. 2º, que incide o ICMS sobre “prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição a ampliação de comunicação de qualquer natureza”, círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à *internet*, quando os comercializam.

6. Qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento do ICMS.

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

8. O serviço prestado pelo provedor pela via da *internet* não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

9. Recurso provido.

Conhecida a divergência e devidamente intimada, a parte embargada não ofereceu impugnação.

É o relatório.

VOTO VENCIDO (EM PARTE)

Ementa: Tributário. Embargos de divergência. Provedor da *internet*. Prestação de serviço de comunicação, espécie de serviço de telecomunicação. Relação de natureza negocial com o usuário. Fato gerador de ICMS determinado. Incidência. Lei Complementar n. 87/1996. Lei n. 9.472/1997.

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

2. O provedor vinculado à *internet* tem por finalidade essencial efetuar um serviço que envolve processo de comunicação exigido pelo cliente, por deter meios e técnicas que permitem o alcance dessa situação fática.

3. O serviço prestado pelos provedores está enquadrado como sendo de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações.

4. A Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, estabelece, em seu art. 2º, que incide o ICMS sobre “prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição a ampliação de comunicação de qualquer natureza”, círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à internet, quando os comercializam.

5. Qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento do ICMS.

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

7. O serviço prestado pelo provedor pela via da *Internet* não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

8. Embargos de divergência acolhidos.

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A respeito do tema em comento, no REsp n. 323.358-PR, deste Relator, DJ de 3.9.2001, desenvolvi os seguintes fundamentos:

O tema enfrentado e decidido pelo acórdão consiste na interpretação dos artigos 60 e 61, da Lei n. 9.472/1997, visando à definir se os serviços prestados pelos provedores da *Internet* são de comunicações ou não.

O aresto entendeu que esse tipo de serviço não é de comunicações, pelo que sobre ele não incide o ICMS.

As razões do *decisum* em questão são as que transcrevo (279-281):

2. Vê-se dos autos que a impetrante interpôs mandado de segurança preventivo objetivando livrar-se da incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de conexão com a Internet, que executa, alegando que eles não podem ser considerados como de comunicação, nos moldes do artigo 61, da Lei n. 9.472/1997, que o define como serviço de valor adicionado.

A solução a ser dada à pendência, passa pelo saber-se se a prestação de serviços de conexão com a *Internet* são considerados como de comunicação/telecomunicação, circunstância essa que culminaria na incidência do imposto estadual, ou, se tais serviços são de valor adicionado, o que a afastaria.

Sobre o tema grassa divergência, ainda.

O Confaz pretende que a prestação do serviço de acesso à *internet* constituir-se-ia em serviço de telecomunicação, sofrendo, por isso, a incidência do ICMS.

Diante disso, impende ver-se se os serviços de acesso à *internet* como prestados pelos provedores, define hipótese de serviço de telecomunicação.

Sabidamente, o serviço de conexão à *Internet* é um serviço de valor adicionado que possibilita o acesso dos usuários e provedores de informações à rede (Portaria n. 148/1995 do Ministério das Comunicações), viabilizando como intermediário, o provedor, o ingresso do usuário à rede, pelo que não se constitui em serviço de telecomunicações ou de comunicação.

Diante disso, é inafastável que a atividade dos provedores não é fato gerador de ICMS.

Esse entendimento foi adotado por Edgard Pitta de Almeida, para quem, visto que o provedor não realiza transporte de sinais de telecomunicações, mas tão somente utiliza o sistema de transporte de sinais já existente, não há que se falar de tributação pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transportes e Comunicações - ICMS como serviço de comunicação, porque o serviço em tela não se confunde com aquele (Revista Dialética de Direito Tributário - n. 14, fls. 8).

No mesmo sentido é a posição de Fugimi Yamashita, quando disse que a *Internet*, enquanto provedor de informações, é serviço de valor adicionado, não se confundindo com o serviço de telecomunicações. Ela apenas utiliza o serviço de telecomunicações (este sim sujeito ao ICMS) para a ele adicionar uma utilidade (transmissão de informações) que não tem a natureza de comunicação. (Fugimi Yamashita, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas - 22, fls. 41).

Diante do exposto, tratando-se a *Internet* de um provedor de informações e sendo esta atividade um serviço de valor adicionado não se sujeita à incidência do ICMS.

Pelo exposto, *acordam* os desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, confirmando a sentença sob reexame.

A doutrina tem assumido posição divergente sobre o assunto.

A execução da controvérsia recursal está centrada, ao meu pensar, em um único aspecto: o de definição se o serviço prestado pelo provedor de acesso à *internet* tem características de comunicação. Em caso positivo, incide o ICMS, por disposição expressa do art. 155, II, da CF/1988.

No trato do assunto, considero como substancioso o estudo feito por Luciana Angeiros, publicado na obra "*Internet – o Direito na Era Virtual*", organizada por

Luís Eduardo Schoueri, p. 238-249, quando analisou a natureza do serviço de acesso à *internet* prestado pelos provedores.

A autora citada escreveu, a respeito:

Vimos que a *Internet* corresponde à interligação entre diversas redes de computadores como se fossem uma só, formando um novo e poderoso veículo comunicacional, que permite a troca de informações em todo o mundo de forma ágil e barata.

O termo “provedor”, que vem do verbo *prover*, significa “abastecer, fornecer, munir”. Ao se falar em provedor, é importante distinguir o que se denomina provedor de serviço de conexão à *Internet* (PSCI), aquele que providencia o acesso do usuário, do provedor de serviços de informações (PSI), aquele que abastece a rede com informações.

Diversos são os serviços que podem ser prestados via *Internet*. O nosso estudo estará centrado na análise do serviço de conexão do usuário à *Internet*, prestado pelo provedor, ficando de fora uma gama de serviços que também podem ser prestados via *Internet* – como os serviços de e-mail, publicidade e propaganda –, os quais possibilitam o chamado comércio eletrônico (shopping virtual), assim como as diversas operações bancárias efetuadas via a *Internet*.

Para que alguém acesse a rede e passe a ter à sua disposição todo manancial de informações que se encontra disponível nas milhares de redes de computadores do mundo inteiro, é necessário, basicamente: (i) computador; (ii) linha telefônica ou outro meio de comunicação, como TV a cabo; (iii) modem; (iv) *software* específico (*Netscape Navigator*, *Internet Explorer*, dentre outros); e (v) estar conectado a um provedor de acesso à *Internet*.

Diante da interpretação que fizemos do ICMS constitucionalmente previsto – e após tentarmos desvendar a atividade efetivamente exercida pelos provedores de acesso à *Internet* – concluímos que os provedores prestam serviço de comunicação.

Os usuários (entenda-se por usuários aqueles que possuem todos os instrumentos necessários para que se dê a comunicação com a rede: computador equipado, basicamente, com um modem e *software* específico), ao pretenderem acessar a *Internet*, antes de tudo comunicam-se (tomador do serviço) com o provedor de acesso (receptor), mediante ligação telefônica. Uma vez recebida a mensagem, implicitamente, de que o usuário pretende acessar a *Internet*, o provedor (que, na maioria das vezes, é remunerado pelo serviço de acesso prestado ao seu assinante) conecta-o prontamente à *Internet*, mediante a utilização de uma rede de alta velocidade, os chamados *backbones* (grande tronco de comunicação que é a “espinha dorsal” da *Internet*).

Os provedores de acesso, tendo em vista o alto custo, normalmente não possuem *backbones*, que lhes são cedidos em parcelas pela *Embratel* ou por outra empresa.

De uma forma resumida, teríamos, em princípio, no mínimo dois fatos comunicacionais envolvendo a prestação de serviço de comunicação com a *Internet*:

1) Usuário – Provedor

(canal físico – telefonia)

2) Usuário – Provedor – *Internet*

(canal físico – telefonia) (*backbone* – fibra ótica ou outro cabo)

No fato comunicacional 1 (F1), quem presta o serviço de comunicação entre o usuário (tomador do serviço) e o provedor (receptor) é uma empresa de telefonia ou outro veículo comunicacional adequado, e o ICMS incidirá sobre a remuneração paga a empresa de telefonia pelo tomador (usuário). Esta é a conclusão a que chegaram, sem maiores divergências, todos aqueles que já analisaram essa questão.

Em síntese, o fato comunicacional 1 tem o usuário como o tomador do serviço de comunicação em relação à empresa de telefonia.

Contudo, não é só perante uma empresa de telefonia, de TV a cabo ou outro meio físico adequado que o usuário é tomador de serviço de comunicação.

No fato comunicacional 2 (F2), o usuário também é tomador do serviço, visto que contrata com o provedor a transmissão de dados seus para a *Internet*. O fato comunicacional final surge entre o usuário e a *Internet*, e é o provedor quem presta o serviço de comunicação: por seus computadores passarão todos os dados transmitidos entre o usuário e a *Internet*, servindo de canal físico.

Em um primeiro momento, há transmissão de informação necessária ao estabelecimento da comunicação entre usuário e *Internet*. Tal dado, que consiste no endereço lógico do usuário – o denominado IP (*Internet Protocol*) – é transmitido pelo provedor à *Internet*. O endereço lógico é pressuposto para que possamos cogitar de “comunicação”, pois só a partir da sua atribuição é que o usuário passa a ser reconhecido pela *Internet*, recebendo as informações advindas da rede.

O provedor presta os serviços próprios de quem detém os meios técnicos para promover o processo comunicacional. Não conseguimos vislumbrar o serviço prestado pelo provedor como um mero *plus* à comunicação instalada entre emissor e receptor. A atividade do provedor compõe o processo comunicacional, tendente ao ato final: comunicação entre emissor e receptor.

O fato comunicacional entre usuário e *Internet*, contudo, é complexo, e pode pressupor uma prestação do serviço de comunicação não só por parte do provedor, mas também de outra(s) empresa(s) de telecomunicação. Isso porque o provedor poderá necessitar de um terceiro que lhe preste serviço de comunicação, ou seja, que lhe sirva de canal físico para que a mensagem do usuário chegue à *Internet*. Assim ocorre, por exemplo, quando o provedor não possui backbones para que haja conexão com a *Internet*, e necessita contratar uma empresa que lhe dê acesso a alguns canais de alta velocidade (normalmente os provedores brasileiros contratam com a *Embratel*, que cobra pelo uso dos seus *backbones*).

Neste passo, teríamos um outro fato comunicacional (anterior ao fato final) em que o provedor passaria a figurar também como tomador do serviço de comunicação perante a empresa detentora dos canais físicos de que necessita. Tal fato integra a seqüência de fatos que tendem ao fato final: a comunicação entre o emissor e o receptor.

A *Embratel*, por sua vez, pode não ser possuidora de todos os *backbones* necessários para comunicar o provedor com a Harvard University, por exemplo, no que também ela necessitará ter acesso a canais de outras empresas estrangeiras para cumprir o contrato formado perante o provedor. E assim, indeterminadamente, podem surgir diversos fatos (F1+F2+F3+F4 ...) ao longo de um único processo comunicativo, até o efetivo nascimento da relação comunicacional entre o emissor e o receptor.

A circunstância de o provedor ser tomador dos serviços da *Embratel* ou de outra empresa não quer dizer que ele deixou de estar contratualmente obrigado a transmitir dados do seu cliente à *Internet*. Numa relação ele é tomador; em outra, é prestador do serviço. Mas isso não traz maiores implicações, uma vez que um único agente pode ser, ao mesmo tempo, tomador do serviço de comunicação, se considerarmos um determinado fato comunicacional, e prestador de serviço de comunicação, se considerarmos uma outra relação.

Conforme dissemos linhas atrás, para que haja comunicação é fundamental a existência de um emissor e de um receptor. O receptor não integra a prestação do serviço de comunicação, sendo sua presença, contudo, necessária para que a comunicação se efetive. Ademais, entre duas pessoas – emissor e receptor –, é essencial que seja compartilhado um mesmo código, na medida que a mensagem precisa ser decodificada pelo seu receptor.

A noção de serviço de comunicação tributável pelo ICMS está muito ligada à de transporte da mensagem, ou seja, de alguém que faz chegar mensagem de outrem a um terceiro. Mas não é só. Prestar serviço de comunicação consiste na atividade de colocar à disposição do cliente os meios necessários para a transmissão de informações.

É sabido que nem sempre a comunicação se realiza pessoalmente entre duas pessoas, sendo, por vezes, transmitida por terceiros que realizam função já há muito conhecida como a de um mensageiro.

O provedor é contratado por um usuário da *Internet* para ser o “mensageiro”, ou seja, para transmitir dados seus à *Internet*. O fato de o provedor, por sua vez, necessitar subcontratar um outro agente que lhe sirva de canal físico de transmissão de sinais, para levar a mensagem à *Internet*, não quer dizer que deixou o provedor de servir de “mensageiro” na relação comunicacional entre o usuário e a *Internet*.

A título de exemplo, que é sempre a melhor maneira de traduzir um raciocínio, comparemos o serviço prestado por uma empresa de transporte e o serviço de um despachante.

Um empresa “A” é contratada por uma pessoa para que lhe preste serviço de transporte de móveis de sua antiga residência em São Paulo para novo endereço na Bahia. Sucede que a empresa “A” subcontrata a empresa “B” para que esta leve os móveis da sua cliente até Salvador, já que não atua no Nordeste do país. A empresa “B”, por sua vez, subcontrata uma empresa “C” para que esta faça o transporte marítimo dos móveis do porto de Santos até Salvador. Pois bem. O fato de a empresa “A” ter subcontratado com “B” não afasta o nascimento de relação jurídica de direito privado entre o cliente e a empresa “A” que tem por objeto a obrigação de fazer chegar a Salvador, na Bahia, os seus bens móveis. As outras relações que eventualmente nasceram a partir do primeiro contrato não alteram a sua natureza: prestar serviço de transporte, e sobre a sua remuneração incide o ICMS.

Por outro lado, pensemos numa pessoa que é contratada para prestar serviço de despachante (previsto na lista de serviços da Lei Complementar n. 56/1987), com o objetivo de tomar as providências necessárias ao transporte de mercadorias provenientes do exterior. O serviço do despachante não se confunde com o da empresa que faz o transporte. O despachante cuida apenas da contratação da empresa de transporte, dos documentos necessários, verifica e agiliza o cumprimento do serviço, tudo, enfim, que seja necessário para que o serviço de transporte das mercadorias, prestado por um terceiro, ocorra em favor do seu cliente.

O serviço de acesso prestado pelo provedor não se restringe apenas a agilizar, facilitar, maximizar a atividade comunicativa entre duas partes, mas efetivamente, promover a comunicação. O serviço de comunicação prestado pelo provedor ao seu cliente assemelha-se ao exemplo da transportadora, que continua prestando serviço de transporte ao seu cliente, ainda que não o faça pessoalmente durante todo o itinerário. É de se concluir, portanto, que se diversas pessoas compõem o *iter* comunicacional para transmitir a mensagem em alguma etapa definida do processo, tais pessoas prestam serviços de comunicação. Assim, todos aqueles que,

reconhecidamente, estiverem envolvidos no processo comunicacional de forma a prestar serviço que possibilite a transmissão da mensagem do emissor para o receptor, de acordo com o nosso ponto de vista, prestam serviços de comunicação. Enfim, qualquer serviço prestado por um terceiro visando a permitir, proporcionar e viabilizar a comunicação, desde que tenha conteúdo patrimonial, sofre a incidência do ICMS. No caso específico da comunicação com a *Internet*, ainda hoje é comum que mais de uma pessoa preste serviço de comunicação, considerando que é raro uma única empresa de provedores possuir todos os meios necessários para transmitir a mensagem.

Com o passar do tempo, a tendência é que uma empresa seja, ao mesmo tempo, detentora dos cabos que ligam o usuário ao provedor e provedora de acesso, além de também ser dona dos *backbones* que a conectam diretamente com a *Internet*, sem precisar contratar canais da Embratel ou de outra empresa. Nesta hipótese, entendemos que o provedor estaria claramente prestando sozinho o serviço de comunicação, aí incluído o de telecomunicação.

Enfim, mediante transmissão por canais próprios - ou não -, o provedor é quem recebe a mensagem com a incumbência de passá-la adiante, com destino à *Internet*, servindo de “mensageiro”, vale dizer, de terceira pessoa que se obriga a levar a mensagem do usuário até a *Internet*.

É o provedor, repita-se, que fornece um endereço ao usuário, assim como é ele que faz o “roteamento”, isto é, que tem os meios próprios para encontrar o melhor caminho para levar o endereço do seu cliente aos computadores da *Internet*.

Vejamos o entendimento de Clélio Chiesa:

Os serviços dos prestadores de acesso consistem primordialmente em realizar o “roteamento” da ligação telefônica por canais contratados da Embratel, proporcionando a interligação dos seus clientes à rede. É o elo de ligação dos usuários ao mundo virtual da *Internet*, possibilitando que seu cliente mantenha uma comunicação com os demais usuários e banco de dados disponíveis na rede.

Com esse aparato de *hardwares* e *softwares*, que viabilizam a entrada do usuário à rede, outros serviços são prestados pelos provedores, tais como a dinamização de informações, controle do tempo de conexão, fornecimento de caixa postal para o recebimento de mensagens.

Nota-se que os provedores de acesso não realizam o transporte de sinais de comunicação, mas utilizam-se dos sistemas de transporte já existentes para o fim de estabelecer o elo de ligação do usuário com a *Internet*. Há, portanto, dois serviços distintos: um de transporte

de sinais, viabilizado pelas empresas de telecomunicações, e outro proporcionado pelos provedores de acesso, representado pela conexão do usuário à *Internet*.

(...)

Os serviços prestados pelos provedores de acesso à *Internet* caracterizam-se como serviços de monitoramento do acesso do usuário à rede, colocando à disposição do cliente equipamentos e *softwares* que irão facilitar sua navegação pelo sistema, além de outros serviços, tais como armazenamento de informações, contagem do tempo de uso; porém nenhum destes consiste em dar condições para que a comunicação se efetive, pois ambos, tanto o usuário quanto o provedor, são tomadores do serviço de comunicação, que é prestado pelas concessionárias dos serviços de telecomunicações.

Em que pese o autor ter concluído de forma diversa da nossa, reconhece que o provedor, enquanto usuário do serviços de telecomunicações, é o elo entre o usuário e a *Internet*, possibilitando a manutenção da comunicação entre as partes.

Na mesma linha, abalizada doutrina – defendida, dentre outros, por Roque Antônio Carraza, José Eduardo Soares de Melo e José Wilson Ferreira Sobrinho – admite que o provedor é elemento de ligação entre o usuário e *Internet*, mas conclui que não presta serviço de comunicação, uma vez que é tomador do serviço de telecomunicação.

Contudo, a constatação de ser o provedor usuário do serviço de telecomunicações, para nós, não é fator concludente da natureza do serviço prestado pelo provedor ao seu cliente. O serviço de comunicação não se confunde com o serviço de telecomunicação, que pode ser realizado por empresa diversa.

Atualmente, o mais comum é o provedor não possuir todos os canais necessários para que a comunicação ocorra, os quais lhe são fornecidos por empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações. Sucede que os sinais transmitidos pela empresa concessionária de telecomunicações são fornecidos pelo provedor, restando evidente que o serviço por ele prestado é essencial à comunicação.

Sem nos preocuparmos com um rigor técnico, resumiríamos dizendo que o provedor concede ao seu cliente um dado necessário para que a comunicação se realize: um código, um endereço que, como a própria palavra já indica, identifica o receptor da mensagem e informa para onde ela deverá ser encaminhada. O provedor também faz o “roteamento” da ligação, ou seja, procura qual o melhor caminho para se conectar a outros computadores da rede. Assim, claro está que somente a existência do serviço prestado pelas “teles” – canal físico – não é suficiente, sendo que o

serviço do provedor é da mesma forma imprescindível para que se perfaça o *iter* comunicacional entre as partes.

Na preciosa contribuição de Marco Aurélio Greco:

Todo aquele que pretenda se conectar à *Internet*, para ser reconhecido na rede e poder enviar e receber mensagens precisa se utilizar de um endereço lógico. (...) Neste contexto surge a figura do provedor de acesso à *Internet* pois, em função de convenções de âmbito internacional, definiu-se um padrão de endereços (os 4 conjuntos de números) e atribuindo-se a cada país um grupo de endereços. Por sua vez, uma entidade responsável em cada país (no Brasil, a Fapesp) atribui faixas de endereços lógicos a cada entidade que pretenda ser provedor de acesso à *Internet*. (...) é atribuído ao usuário, pelo provedor, um endereço lógico que irá permitir que ele seja reconhecido pelos demais.

Verifica-se, pois, que o provedor presta serviço essencial para que a comunicação exista, uma vez que, antes de tudo, é através dele que exsurge a figura do receptor. Mas só isso não basta. É óbvio que, se ele fornece o endereço lógico ao seu usuário, mas o canal físico para o transporte desta rede não se estabelece – ou se, por absurdo, não houvesse mensagem a ser transmitida pelo emissor (*Internet*) ou esta não pudesse ser decodificada pelo receptor –, não haveria comunicação, que pressupõe a presença de todos estes elementos juntos.

Com efeito, sem a presença de todos os elementos – emissor/canal/mensagem/código/receptor – não há, efetivamente, comunicação. Idéia esta, aliás, que precisa ficar muito clara na discussão desta questão e de tantas outras (em sua maioria decorrentes do surgimento dos modernos meios de comunicação) que pressupõem a análise do conteúdo semântico do vocábulo “comunicação”.

Vejamus a oportuna colocação de Paulo de Barros Carvalho sobre “comunicação”:

Importa enfatizar que podemos, perfeitamente, isolar os elementos que a compõem, numa proposta de feição analítica, a despeito de ser a comunicação una, significa dizer, um processo que se não constitui de elementos separáveis de todos os demais, ou de acontecimentos afastados do contexto em que se verificam. Pela abstração, exemplifica Lourival Vilnova, é possível, numa maçã, considerarmos em separado sua cor, forma, peso e cheiro, efetuando, assim, uma separação abstrata. Mediante esse recurso, separa-se o inseparável, sendo possível empregá-lo sempre que pretendemos aprofundar o exame de determinado objeto. Foi o que fizemos, a fim de proporcionar melhor compreensão da estrutura comunicacional.

É bem verdade que, normalmente, o provedor, para ver instalada a comunicação do seu cliente com a rede, necessita de um terceiro que sirva de canal transmissor. Isso, contudo, não quer dizer que também ele, provedor de acesso, deixe de estar prestando um serviço de comunicação entre o usuário e a *Internet*. É o provedor, através do canal físico adequado, que deve levar um dado do seu cliente à *Internet*, bem como permitir ao seu cliente receber mensagens da rede. Portanto, trata-se de terceiro que tem uma obrigação contratual de fazer a conexão entre o usuário e a *Internet*, e que fornece condições materiais para que a comunicação ocorra. É importante reiterar que todos os dados trocados entre usuário e rede passam pelo provedor; o qual, por isso, necessariamente presta serviço de comunicação.

A empresa de telefonia, de TV a cabo, a Embratel ou outra empresa que detenha os meios adequados para transmitir informações prestam serviço de comunicação, especificamente de telecomunicação. Por sua vez, a Constituição Federal, em seu artigo 155, II, em momento algum diz que o ICMS incide sobre a prestação de serviço de telecomunicações, de modo que não há razão para se cogitar de limitação ao campo impositivo do imposto.

Vale dizer, ainda, que a Lei n. 9.472/1997, conhecida como a Lei Geral de Telecomunicações, não é suficiente para solucionar e encerrar a questão ora em discussão.

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

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

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

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

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

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

É verdade que o provedor de acesso coloca à disposição dos seus clientes diversos equipamentos, programas, *softwares*, *hardwares*, tudo, enfim, que facilite, melhore e amplie o fluxo de informações, dando agilidade aos serviços disponibilizados pelo provedor. Andou bem o legislador ao estabelecer que tais recursos tecnológicos, que apenas “ajudam” na comunicação, não configuram “prestação de serviços de telecomunicação”, com o que estamos de acordo.

Ocorre que o provedor de acesso não presta apenas um serviço de valor adicionado, não é um mero *plus* à comunicação. Antes de tudo, é parte integrante do processo comunicacional; está relacionado com o canal físico, sendo o responsável por levar um dado do seu cliente à *Internet*, bem como por manter a comunicação entre o emissor (*Internet*) e o receptor (usuário) através de seus computadores.

É oportuno esclarecer que não nos parece coerente a idéia propugnada por alguns autores no sentido de que, em vista dos provedores nunca terem necessitado obter concessão para realizar seus serviços, estaria reforçada a idéia de que não há prestação de serviço de comunicação.

Descabe qualquer indagação acerca de os provedores não serem todas empresas concessionárias de serviço público. Primeiro, porque a Constituição não limita a incidência do ICMS aos serviços de telecomunicação, mas sim aos serviços de comunicação, conceito que, a nosso ver, engloba a telecomunicação e qualquer outra modalidade comunicacional. Segundo, porque o legislador constituinte estabelece que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações e de radiodifusão.

Ora, consente o entendimento de que os provedores, em sua maioria, não prestam serviços de telecomunicações. A grande dúvida que se tem apresentado é se o provedor de acesso presta serviço de comunicação, ou seja, se é parte integrante, essencial e necessária para viabilizar o processo comunicacional entre o usuário e a *Internet*, permitindo – ou não – a troca de mensagem entre ambos.

Quando o cliente contrata um provedor para, mediante pagamento, viabilizar sua comunicação com a *Internet* – e é esta a relação que nos propusemos analisar, ainda que saibamos que a conexão possa ocorrer de outras formas –, o fato de o serviço de telecomunicações ser também indispensável não corresponde a afirmar que o serviço prestado pelo

provedor não o é, e nem sequer que não seria serviço de comunicação. Conforme restou pontificado linhas atrás, entendemos que a relação comunicacional com a *Internet*, já por representar uma grande rede de computadores interligados, é complexa e muito dificilmente se perfaz com um único ato ou fato praticado pelo prestador do serviço. O provedor presta serviço de comunicação, pois detém meios e modos que viabilizam a comunicação, ainda que não todos, como linhas telefônicas, cabos, fibras óticas (*backbones*), estas também fundamentais para a conexão com a grande rede.

Assim, deixemos claro que o cliente contrata o provedor para que ele possibilite a sua comunicação com a *Internet*. Se o provedor contrata outra pessoa que detém os meios físicos (cabos, fibras óticas, linha telefônica, etc.) para transmitir a mensagem – serviço de (tele) comunicação –, porque não os possui, isso não quer dizer que o primeiro deixou de prestar o serviço de comunicação ao seu cliente.

O provedor de acesso é, sem dúvida, o elo de ligação entre o usuário e a rede, que permanece constante durante toda a relação comunicacional, donde concluímos que se sujeita ao recolhimento do ICMS.

A conclusão que acabo de registrar harmoniza-se com o entendimento manifestado pelo Fisco, em resposta oferecida ao consultado pela recorrida, conforme está às fls. 53-57:

O Setor Consultivo desta Secretaria, já através da Consulta n. 168, de 13 de agosto de 1996, manifestou-se de que é devido o ICMS nas prestações de serviços via *internet*, sendo o mesmo considerado serviço de comunicação.

Tal entendimento foi corroborado pelo Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que expediu o Parecer PGFN/CAT/N. 2.042/1997, de 5 de dezembro de 1997, em razão do questionamento referente à incidência do ICMS nos serviços de comunicação via *internet*, no Brasil, por intermédio do Memorando n. 36-SE-CONFAZ/COTEPE/ICMS, do qual transcrevemos o que segue:

1. É costume desta Procuradoria Geral antes de seu pronunciamento final, a oitiva dos órgãos técnicos com a finalidade de se obter os elementos necessários à uma correta interpretação do tema objeto de estudo. Dessa forma, o presente questionamento foi previamente enviado ao Ministério das Comunicações para que este informasse se a *internet* é ou não serviço de comunicação, quais os ônus incidentes sobre o serviço, como se faz a ligação entre o servidor e o usuário e o que é necessário para que alguém se habilite como servidor. Em resposta o Sr. Ministro de Estado das Comunicações subscreve o Aviso n. 173/MC informando que:

Com relação ao assunto, informo a Vossa Excelência que a comunicação via *internet* constitui serviço de valor adicionado não sendo considerada serviço de telecomunicações (§ 1º do art. 61 da Lei n. 472, de 16 de julho de 1977).

Esclareço, ainda, que o serviço de valor adicionado apoia-se em um serviço de telecomunicações específico, que lhe dá suporte, como o telefônico, que já é tributado objeto pelo ICMS.

2. A Lei n. 9.295, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, conceitua Serviço de Valor Adicionado dizendo em seu art. 10:

Art. 10. É assegurada a qualquer interessado na prestação de Serviço de Valor Adicionado a utilização da rede pública de telecomunicações.

Parágrafo único. Serviço de Valor Adicionado é a atividade caracterizada pelo acréscimo de recursos a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação e recuperação de informações, não caracterizando exploração de serviço de telecomunicações.

3. O suporte Constitucional para a cobrança do ICMS está no inciso II do art. 155, *verbis*:

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

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e *de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.* (grifo nosso).

4. A Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, ao dispor sobre o mencionado tributo estabeleceu, no seu art. 2º, a incidência do imposto sobre “prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.”

5. Fica claro que a incidência ou não do imposto se refere à prestação do serviço oneroso de comunicação, ou seja, o caráter comercial é preponderante para enquadramento na regra matriz de incidência. O Prof. Roque Antônio Carrazza (“O ICMS na Constituição”, Malheiros, p. 71) assevera que o “ICMS não incide sobre

a comunicação propriamente dita, mas sob a relação comunicativa”, isto é, a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra.

Isto é feito mediante a instalação de microfones, caixas de som, telefones, radiotransmissores etc. Tudo enfim, que faz parte da infraestrutura mecânica, eletrônica necessárias à comunicação.

O serviço de comunicação tributável por meio de ICMS se perfaz com a colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens. Embora o sistema seja arcaico, um serviço de pombos–correio postos a disposição de uma pessoa (física ou jurídica), para a transmissão ou recepção de mensagens, pode perfeitamente ser tributado pelo ICMS.

São irrelevantes para fins de ICMS, tanto a transmissão em si mesma considerada (“relação comunicativa”), como conteúdo da mensagem transmitida.

É que os participantes da relação comunicativa (“v.g.” os locutores esportivos) não prestam serviços nem uns para os outros nem para terceiros. Eles simplesmente comunicam.

Situação diversa ocorre quando pessoa (física ou jurídica) mantém em funcionamento o sistema de comunicações, consistente em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélites etc.

Agora, sim: há uma relação negocial entre o prestador e o usuário, que possibilita, a este último, a comunicação. É o quanto basta para que o ICMS incida. Mesmo que o usuário mantenha os equipamentos desligados”.

6. O deslinde da questão aqui analisada está justamente em saber se o serviço prestado pelos provedores da *internet* é ou não de comunicação, ou seja, se os provedores fornecem aquele suporte – condições materiais – para que a comunicação ocorra. Para tanto faz-se necessário um exame da espécie de serviço prestado pelos provedores.

7. Preliminarmente consignamos que todas as informações a respeito da *internet* e dos provedores de acesso são provenientes de documento elaborado pela Embratel, destinado a orientar clientes interessados em fornecer o serviço.

8. Esclarece o documento que a *internet* é uma “rede de redes”, centenas de milhares de computadores estão interligados e, a cada dia, mais sistemas estão se associando a ela. A grande “rede das redes” não pertence a ninguém, as partes integrantes podem pertencer a alguma empresa ou a um País, mas a rede em conjunto não possui

titularidade. Embora a *internet* em si não tenha sido criada para fins comerciais, antes para fins de segurança, educação e pesquisa, é cada vez maior a demanda e o interesse por acessos comerciais, seja para uso pessoal ou corporativo. Em função disso, existem empresas que fornecem acessos comerciais à *internet* e que são denominados "*internet service providers*" (no Brasil a Embratel é a primeira "*Internet service provider*").

9. São enumeradas como facilidades disponíveis na *internet* a disseminação e a troca de informações nas suas mais diversas formas, destacando-se:

Eletronic mail – mensagem de texto, digitada de um teclado de computador e enviada a outro usuário, através da rede. O e-mail possibilita, também, a participação em listas de debates (*mailing lists*), que são fóruns de discussões não interativos.

New groups – mensagens enviadas a um grupo de pessoas ao mesmo tempo, por intermédio de um sistema chamado Usenet.

FTP – transferência de arquivos; e

Chat – mais conhecido como "bate-papo". A rede possui diversos sistemas que possibilitam o intercâmbio de informações, as mais diversas, entre duas ou mais pessoas.

10. Além dessas facilidades os provedores disponibilizam na rede espaço para seus clientes confeccionarem sua própria *home page*.

11. Para participar da *internet* cada país costuma possuir estruturas de rede (*backbones*) com conectividade através do protocolo TCP/IP – *transmission Control Protocol/Internet/Protocol*, às quais se interligam centenas ou milhares de outras redes. Os *backbones* nacionais, por sua vez, são conectados entre si e aos *backbones* de outros países, compondo assim, uma gigantesca rede mundial. A partir de 1993 iniciou-se a exploração comercial da rede, com a sua abertura ao setor privado. No Brasil o acesso de seu a partir de 1995. É preciso frisar que para fins de verificar a incidência ou não do imposto, uma vez que este somente incide sobre a comunicação onerosa, nos detemos unicamente no aspecto comercial da rede.

12. Provedores de acesso são empresas ou entidades que mantêm a infra-estrutura de comunicações necessária para que o usuário final, ou outros provedores de serviço de acesso, possam conectar-se à *internet*. Um provedor desse tipo liga-se a uma rede estadual ou a um *backbone* nacional da *internet*, repassando conectividade IP a instituições ou pessoas físicas. Com a finalidade de oferecer acesso o provedor precisa alugar linhas de comunicação de dados de operadoras telefônicas, que permitirão sua conexão ao ponto de

presença mais próximo. Deverá, ainda, manter equipamentos que permitam diversos tipos de conexão e acesso tais como roteadores, servidores comunicações e modems, além de computadores e programas adequados ao gerenciamento de todo o sistema. Por sua vez, os usuários poderão conectar-se por meio de linhas telefônicas comuns (acesso discado) ou por linhas dedicados (IP dedicado).

13. O provedor de informações coleta, mantém e organiza informações de caráter geral ou particular e as disponibiliza para acesso através da *internet*. Este provedor pode estar conectado a um *backbone* ou a um provedor de acesso através de IP dedicado, roteador e um sistema servidor *internet*.

14. Segundo Aurélio Buarque de Holanda comunicação, do latim *communicatione*, além do “ato ou efeito de emitir, transmitir e receber mensagens por meio de métodos e/ou processos convencionados, que através da linguagem falada ou escrita, quer de outros sinais, signos ou símbolos, quer de aparelhamento técnico especializado, sonoro e/ou visual” é a “transmissão de informações de um ponto a outro por meio de sinais em fios, ou de ondas eletromagnéticas”. Mais adiante, no verbete comunicar, encontramos a ação de “por em contato ou relação; estabelecer comunicação entre; ligar, unir”.

15. Sem dúvida podemos afirmar que quando o usuário consegue fazer conexão com a grande “rede das redes” está se comunicando com pessoas determinadas ou com um universo indeterminável de pessoas e informações que estão a seu dispor. Isto pode se dar através dos chats, e-mail ou *new groups*, ou, ainda, através de outros recursos encontrados na *internet* como esclarecido anteriormente (item n. 11).

16. A comunicação objeto da tributação, conforme já explicitado, é aquela que acarreta ônus ao usuário, ou seja, aquela em que o terceiro paga para poder emitir, transmitir e receber mensagens. Nesse caso o comunicador é precisamente o provedor, pois a ele é atribuído o mister de promover a interligação entre dois pontos. No estudo em pauta a interligação se faz entre o usuário e a rede *internet*. Fica fora do âmbito da tributação a comunicação gratuita, que não guarda correlação comercial.

17. A interligação entre o usuário e o seu provedor é efetivada através da rede pública de telecomunicações. Por sua vez, o prestador de serviços *internet* se utiliza de canal contratado da Embratel e esta faz a ligação internacional, possibilitando o acesso à *internet*. A utilização da rede pública de telecomunicações, através do telefone, já está no campo de incidência do ICMS. Com efeito, todos pagamos a alíquota de 25% pelo uso deste meio de comunicação. O que

se propugna agora não é mais uma tributação sobre o serviço de telecomunicações; trata-se, na verdade, do aparecimento de um novo fato imponible na relação jurídico-tributária. Essa nova etapa corresponde ao elo que permite a comunicação. É o fornecimento das condições materiais para que a comunicação ocorra, conforme Carrazza, com supedâneo em uma relação comercial entre usuário e prestador de serviço, *in casu*, o provedor, possibilitando a comunicação.

18. O Ministério das Comunicações informou que o provedor realiza um serviço de valor adicionado, que, segundo a Lei n. 9.295/1996 não é serviço de telecomunicações mas que se caracteriza por acrescentar a este recursos, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação, e recuperação de informações, ou seja, o provedor possui os meios que possibilitam o perfazimento da comunicação. É preciso que fique claro que sem a estrutura, que só o provedor possui, não é possível a realização da comunicação via *internet*. O fato tributável não é simplesmente estar a informação à disposição do cliente mas tornar possível a ocorrência da relação comunicativa. O provedor cria uma estrutura adicional ao serviço de telecomunicações aperfeiçoando-o no sentido de promover a interligação entre dois pontos.

19. Toda a estrutura que o provedor possui é voltada unicamente à finalidade de realização da comunicação via *internet*. O fato de alguém ter acesso a um terminal telefônico comum e, através dele, à rede pública de telecomunicações, não constitui, por si só, a possibilidade de interligação à *internet*. O serviço oferecido pelo provedor é absolutamente necessário para que a comunicação ocorra por intermédio desse meio.

20. Dessa forma, chegamos à conclusão de que serviço de comunicação via *internet* está alcançado pela norma do art. 155, II da Constituição. O provedor, até então, vinha recolhendo o ISS, segundo informações da Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede *Internet* – Abranet, em correspondência enviada ao Conselho Técnico Permanente do ICMS – Cotepe. No entanto, sabemos que uma vez comprovado que a prestação do serviço está no âmbito do imposto estadual fica afastada, automaticamente, a cobrança do imposto municipal, uma vez que nos termos do art. 156, III, da vigente Constituição, o âmbito do ISS compreende os serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária estadual.

21. Diante de todo o exposto é forçoso concluir que o serviço prestado pelos provedores de acesso e informações, desde que

tenham caráter oneroso (negocial/comercial), estão incluídos na hipótese descrita no inciso III do art. 2º da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, na modalidade serviço de comunicação.

Assim, relativamente ao primeiro questionamento, responde-se afirmativamente.

Quanto à segunda indagação, no que diz respeito à manifestação do Confaz – Conselho Nacional de Política Fazendária sobre este assunto, esclarecemos que foi aquele colegiado quem solicitou a análise da matéria por parte da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e, posteriormente, através da Secretaria Executiva, encaminhou a todos os Estados. Relativamente ao crédito, o ICMS é um imposto não cumulativo, podendo, portanto, ser abatido dos débitos decorrentes da prestação de serviços via *internet*, como bem dispõem os arts. 23 e 24 da Lei n. 11.580/1996, *in verbis*:

Art. 23. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade federada, apurado por um dos seguintes critérios:

Art. 24. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao contribuinte o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

§ 2º O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento.

§ 3º Na hipótese do art. 11 far-se-á a complementação ou a restituição das quantias pagas com insuficiência ou excesso, respectivamente.

§ 4º Além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo e no

anterior, os créditos resultantes de operações de que decorra entrada de mercadorias destinadas ao ativo permanente serão objeto de controle na forma estabelecida em decreto do Poder Executivo, para aplicação do disposto no art. 29, §§ 5º, 6º e 7º.

§ 5º Operações tributadas, posteriores às saídas de que trata o art. 27, incisos II e III, dão ao estabelecimento que as praticar direito a creditar-se do imposto cobrado nas operações anteriores às isentas ou não tributadas sempre que a saída isenta ou não tributada seja relativa a produtos agropecuários.

Diante do exposto, em razão da determinação contida no art. 607 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n. 2.736/1996 tem a consulente o prazo de 15 dias, a partir da ciência desta, para adequar o seu procedimento ao ora exposto.

Igual entendimento é seguido por Marco Aurélio Greco, conforme está exposto em livro de sua autoria "*Internet e Direito*", Edit. Dialética, p. 123-137, cujos termos, pela objetividade e precisão apresentadas, merecem transcrição:

Não me parece haver maiores discussões quanto à circunstância de o provimento de acesso à *Internet* configurar uma prestação de serviço. Não é uma atividade que corresponda à negociação que tenha por objeto bens móveis, nem mercadorias (sem aqui entrar no debate espinhoso quanto a saber se, por exemplo, tais conceitos alcançam a figura do *software*).

Seja qual for o critério adotado para definir "serviço" (o da atividade realizada ou da utilidade fornecida) não vejo como deixar de reconhecer haver prestação de serviço no provimento de acesso. Com efeito, trata-se de prestação de caráter imaterial a alguém (critério da atividade) ao mesmo tempo em que existe a fruição de uma utilidade pelo internauta consistente na possibilidade de viabilizar a transmissão de mensagens com mobilidade, agilidade, menor custo etc. (critério da utilidade).

O grande debate não está focado na circunstância de o provimento de acesso ser, ou não, prestação de serviço. O debate está em saber se este serviço tem a natureza de um serviço de "comunicação" ou de um serviço "de outra natureza" pois, no primeiro caso, estará alcançado pelo âmbito de incidência do ICMS enquanto, no segundo, a competência será municipal, se tal serviço puder ser enquadrado em algum dos itens da Lista de Serviços tributáveis pelo ISS.

Neste aspecto, importante é sublinhar que a Constituição Federal, ao atribuir competência tributária aos Municípios prevê que a eles cabe instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, "não compreendidos no art. 155, II". Isto quer dizer que, na busca do enquadramento tributário

da figura, cumpre inicialmente perguntar se tal serviço está abrangido pelo inciso II, do artigo 155 e só se a resposta for negativa, caberá examinar a Lista dos serviços que podem ser alcançados pelo ISS.

Daí então a pergunta crucial: o serviço de provimento de acesso à *Internet* é um serviço de comunicação?

4.3. Serviço de Comunicação – Distinção Necessária

Para identificar o que vem a ser um serviço de comunicação, creio ser relevante proceder a uma distinção ao mesmo tempo lógica e útil.

Trata-se de reconhecer que, no âmbito do conjunto de atividades que podem ser conceituadas como de “comunicação”, de um lado existem as mensagens, enquanto, de outro lado, existe o meio pelo qual tais mensagens transitam. Ou seja, cumpre distinguir entre (a) as mensagens, consistentes no conteúdo transmitido através de algum meio, (b) do próprio meio pelo qual sua transmissão se viabiliza. Meio, aqui, tem o sentido de aparato físico ou lógico para a transmissão de mensagens. Assim, há atividades que têm por conteúdo as mensagens em si, enquanto outras têm o meio como seu objeto precípua. Quem tem determinada mensagem a transmitir ou receber, ou a entrega diretamente ou vai procurar se utilizar de algum meio para tanto.

Assim, critério fundamental para a identificação do que configura serviço de comunicação é reconhecer que este só diz respeito ao fornecimento dos meios para a transmissão ou recebimento de mensagens e não ao seu próprio conteúdo.

Neste ponto, cumpre apontar uma outra distinção ligada a esta constatação. Trata-se de reconhecer que não se pode confundir o “comunicar-se” com o “prestar serviço de comunicação”. Quem transmite mensagens próprias a outrem está se comunicando com a outra pessoa; neste caso, não presta serviços a ninguém. Prestador do serviço de comunicação é aquele que fornece os respectivos meios para a comunicação, assim entendidos não apenas aqueles necessários ao transporte das mensagens, mas também aqueles que tornam possível a instauração de uma relação comunicativa, tais como interfaces, dispositivos, equipamentos etc. Em outras palavras, presta serviço de comunicação quem fornece o “ambiente de comunicação”. Assim, em função da diversidade de meios, podem existir distintos tipos de serviço de comunicação.

Deste ângulo, então, o prestador do serviço de comunicação é um “terceiro” em relação à própria comunicação (formada pelas mensagens). Assim, aquele que tiver um meio próprio e transmitir mensagens próprias, também não estará prestando serviço de comunicação.

Situação semelhante ocorreu no passado quando, ainda sob a vigência da Constituição de 1967, discutiu-se se o imposto federal sobre serviços

de transporte poderia incidir sobre o transporte de “carga própria”. O pronunciamento pacífico da jurisprudência foi no sentido de repelir tal exigência, pois quem transporta carga própria não presta serviço a si mesmo. O mesmo se diga em relação à incidência sobre serviços de comunicação; quem transmite em meio próprio mensagens próprias não presta serviço de comunicação, apenas se comunica.

Neste ponto, coloca-se a questão central que é objeto deste estudo. Sabido que a prestação do serviço de comunicação está ligada ao fornecimento de meios para a viabilização do fluxo de mensagens, a pergunta que surge é se o provimento de acesso à *Internet* implica no fornecimento de meios com a criação de um tipo de serviço de comunicação que não seja já fornecido pelas empresas de telefonia, e se instaura um novo “ambiente” no qual a relação comunicativa vai se desenvolver. Em outras palavras, o meio de transmissão de mensagens, o “ambiente” viabilizado pela *Internet* é diferente do fornecido pela telefonia? Se houver o fornecimento de um meio diferente, haverá prestação de serviço de comunicação e, por conseqüência, o serviço estará sujeito à incidência do ICMS; se não houver fornecimento de um novo meio de comunicação, não estará abrangido pela norma do inciso II do artigo 155 da CF/1988 e, por conseqüência, poderá, em princípio ser alcançado pelo ISS municipal, se a Lei Complementar o tiver previsto.

Responder a esta pergunta supõe uma análise de caráter técnico quanto às peculiaridades da *Internet* e da maneira pela qual as mensagens nela circulam, tendo em conta as características do respectivo meio.

4.4. *Internet* e Transmissão em “Pacotes”

Óbvio é a afirmação de que a *Internet* é uma rede. Porém, não tão óbvias são as conseqüências desta afirmação. Historicamente, a *Internet* nasceu a partir de uma rede denominada Arpanet, criada nos Estados Unidos, que correspondia a um sistema concebido por razões de segurança militar. Seu conceito básico era o de que, na eventualidade de ocorrer o comprometimento a uma parte da Rede, o restante não deveria ser afetado, continuando a funcionar normalmente.

Em função desta concepção, surgiram duas idéias fundamentais. A primeira é a de considerar a rede em si, de modo que cada ponto da rede fosse identificado pelos demais em função da sua posição relativa do conjunto (X é o terminal 27, Y é o 92 e assim por diante). A segunda está ligada ao modo de transmissão das mensagens. Assim, havendo o comprometimento de um dos elementos da rede, isto não poderia acarretar a perda da mensagem inteira que deveria encontrar um caminho alternativo para chegar ao destino.

Para que não houvesse perda integral da mensagem, criou-se a denominada transmissão por “*packet-switching*”. Esta característica pode

ser resumidamente exposta da seguinte maneira. Ao invés de enviar a mensagem em bloco (como se fosse uma carta) os equipamentos eletrônicos fracionam a mensagem em pedaços (os “pacotes”) enviando cada um deles pelo caminho dentro da rede que estiver disponível, vale dizer que não esteja comprometido. Dentre outras instruções, nestes pacotes há a indicação do número de pacotes de que é formada a mensagem como um todo, bem como a seqüência em que cada um dos pacotes deve ser colocado para “montar o quebra cabeça”. Ao chegar ao destino um pacote, o destinatário sabe que está a caminho a mensagem de determinado tamanho formada por certo número de pacotes, que só estará completa quando chegarem todos os pacotes; recebido o pacote, o destinatário responde ao remetente informando o que já recebeu e aguarda pelos pacotes subseqüentes e assim por diante.

Este sistema (singelamente exposto) transforma o que seria uma comunicação por fluxo contínuo (como a telefônica) em comunicação fracionada (por pacotes), além de criar um mecanismo de controle de erro, pois a mensagem só é considerada “recebida” se todos os pacotes chegarem ao destinatário.

4.5. A Rede e seus Componentes

A *Internet* não corresponde a uma entidade determinada, nem a um certo local físico em que se realizam as respectivas operações, nem um específico veículo de transporte de mensagens que possa ser segmentado. Trata-se, efetivamente, de uma rede vista como um “sistema”. Dizer que corresponde a um sistema significa reconhecer que nela é possível identificar um conjunto de elementos (o repertório do sistema) e um conjunto de regras que determinam o relacionamento entre tais componentes (sua estrutura).

No âmbito da *Internet*, vista como uma rede e sob o ângulo do sistema, podem ser identificados quatro elementos que a formam:

- a) conjunto de dispositivos ligados – nesta categoria encontram-se os computadores, roteadores etc. que, embora não estejam todos diretamente ligados a todos os outros, encontram-se conectados de forma que todos podem, em princípio, acessar ou enviar mensagens a todos os demais (se não diretamente, pelo menos indiretamente através dos demais);
- b) meio físico – que liga os dispositivos entre si; nesta categoria incluem-se os cabos, os satélites etc.;
- c) determinada linguagem – que permite aos equipamentos entenderem as instruções e procedimentos a serem realizados; e
- d) endereço lógico – que indica qual a posição que cada um dos componentes tem no conjunto da rede como um todo. Tratando-se de uma rede formada por equipamentos, cada equipamento deve possuir um endereço lógico (não é um endereço físico) que permite que ele seja

encontrado e reconhecido pelos demais dispositivos da Rede. Uma vez encontrado e reconhecido, isto viabiliza a transmissão de informações de um endereço para outro endereço.

A circunstância de a rede ser estruturada a partir de endereços lógicos e não de endereços físicos traz conseqüências da maior importância.

4.6. A Atribuição de Endereços Lógicos

Dizer que a rede é formada por endereços lógicos significa que a posição de cada operador ou usuário da rede é definida como uma posição interna à própria rede sem haver vinculação necessária com determinado local físico. Assim, um endereço lógico seria o mesmo que dizer que alguém está “na sala 1.207 do 12º andar”, sem fazer referência à rua ou avenida em que se encontra o respectivo prédio. Atualmente, o endereço lógico é identificado por um número, formado pela reunião de quatro subconjuntos de números e corresponde ao que se denomina de “endereço IP”. A título exemplificativo, o endereço lógico 200.130.5.5 corresponde ao *site* do Supremo Tribunal Federal. Este é o endereço lógico do STF na *Internet*; vale dizer, é a posição que ele tem no contexto da rede, relativamente aos demais integrantes.

Todo aquele que pretenda se conectar à *Internet*, para ser reconhecido na rede e poder enviar e receber mensagens precisa se utilizar de um endereço lógico. Até mesmo cada usuário individual que se conecta diretamente com o seu respectivo provedor de acesso utiliza um endereço lógico. Ocorre que o usuário final que se conecta esporadicamente à *Internet*, só necessita do endereço pelo tempo em que permanecer conectado à rede. Só precisaria de um endereço lógico permanente se pretendesse permanecer conectado 24 horas ininterruptamente (como ocorre com os sites disponíveis na Rede).

Neste contexto surge a figura do provedor de acesso à *Internet* pois, em função de convenções de âmbito internacional, definiu-se um padrão de endereços (os 4 conjuntos de números) e atribuiu-se a cada País um grupo de endereços. Por sua vez, uma entidade responsável em cada País (no Brasil, a Fapesp) atribui faixas de endereços lógicos a cada entidade que pretenda ser provedor de acesso à *Internet*. Ainda usando o exemplo hipotético acima, ao Provedor A caberiam os endereços de 0.0.0.1 até 0.0.0.100 e ao Provedor B os que vão de 0.0.0.101 até 0.0.0.256 e assim sucessivamente. Por sua vez, estes provedores, ao receberem as ligações telefônicas de seus respectivos usuários conectam cada um deles num endereço lógico que esteja disponível (= não ocupado) naquele momento.

Em suma, para alguém se conectar à rede, ser reconhecido e poder transmitir e receber mensagens vai precisar de um endereço lógico (permanente ou alocado temporariamente). Os usuários individualmente (como regra) não estão habilitados a utilizar nenhum endereço lógico.

Quem “possui” endereços lógicos disponíveis para utilização é o provedor de acesso que a cada conexão aloca um deles para cada internauta.

4.7. Acesso à *Internet* e Camadas Superpostas

O acesso à *Internet* abrange um conjunto de fases e que podem ser visualizadas como camadas superpostas (*layers*), cada uma delas formada por vários conjuntos de elementos. A título meramente ilustrativo, e sem me fixar na especificidade técnica que as compõem, podem ser visualizadas três camadas:

I) Uma primeira corresponde ao que se poderia chamar de “camada de ligação física” entre o usuário e o seu provedor de acesso. Esta primeira camada é viabilizada pela prestadora de telefonia na medida em que estabelece uma ligação telefônica entre dois pontos físicos (números telefônicos) da sua rede. Esta camada abrange:

- a) meio físico utilizado para a ligação, ou seja, o telefone, um cabo de fibra ótica, uma antena parabólica etc.;
- b) o usuário que se liga ao provedor; e
- c) a rede de telefonia fixa com os respectivos números discados para se dar a conexão.

Neste nível de ligação física, procede-se da mesma forma que outras ligações físicas para destinatários dentro da rede de telefonia.

II) Uma vez estabelecida esta ligação física, como em ambas as pontas da ligação física há computadores, ao invés de singelos aparelhos telefônicos, ambos passam a trocar mensagens entre si com o objetivo de instaurar uma camada mais complexa de comunicação. Neste momento é atribuído ao usuário, pelo provedor, um endereço lógico que irá permitir que ele seja reconhecido pelos demais na rede. Por sua vez, o provedor de acesso está ligado a um *backbone*, assim entendido um conjunto de roteadores conectados por canais de transmissão de grande volume de dados.

Esta segunda camada pode-se denominar “camada de conexão lógica” na medida em que, estando o usuário conectado à rede e tendo recebido um endereço IP alocado pelo provedor de acesso, passa a fazer parte da rede, podendo instaurar-se uma conexão entre dois endereços IP. Neste momento, o usuário no Brasil, a quem foi alocado um certo endereço lógico, passa a poder se conectar com outro usuário em outro País a quem foi alocado outro endereço lógico.

III) A esta segunda camada superpõe-se uma terceira que é a “camada de aplicativos” em que são acionados *softwares* que irão desempenhar funções específicas como um navegador (*browser*), ou um programa para “bate-papo” (chat), ou um motor de pesquisas na rede, ou um programa de correio eletrônico etc. A rigor, podem ser executados diversos aplicativos

ao mesmo tempo pelo mesmo usuário, inclusive conectando cada um deles a endereços IP situados em distintos lugares do mundo (por exemplo, mediante a abertura de várias “janelas” no *browser*).

Além destas, outras camadas podem ser agregadas no contexto do funcionamento da *Internet*, bem como as mencionadas podem ser subdivididas ou desdobradas.

O importante, neste momento, é ter conhecimento do funcionamento básico da Rede o qual se dá através destas camadas superpostas de modo que cada uma delas viabiliza uma nova utilidade para o usuário. O *layer* de conexão física permite a ligação entre usuário e provedor, o de conexão lógica viabiliza a ligação entre posições da rede e o de aplicativos traz outras utilidades como a busca de informações, o acesso a imagens, a transmissão de sons etc.

O serviço prestado pelo provedor de acesso à *Internet* não está propriamente na primeira camada (pois esta é viabilizada pela empresa de telefonia). O provedor de acesso atua, propriamente, na segunda camada (atribuição de endereço IP), assegura a constância da comunicação e o fluxo de pacotes que precisem por ele transitar, pois este é o “melhor caminho possível” e, eventualmente, oferece outros serviços na terceira camada. A identificação do âmbito em que se encontra o provedor permite distinguir claramente a) o ambiente em que se dá a transmissão de mensagens no âmbito da *Internet*, b) o ambiente que é fornecido pelas empresas de telefonia.

4.8. Características do Serviço de Acesso à *Internet*.

A exposição feita indica que o serviço de provimento de acesso à *Internet* apresenta características próprias quando comparado com o serviço de telefonia tal como atualmente estruturado. Cinco são os aspectos em que diferem:

a) endereço – enquanto o serviço de telefonia, na estruturação de sua rede e definição dos respectivos terminais utilizados pelos usuários, apoia-se em endereços físicos que indicam a posição concreta em que se encontra cada um, a *Internet* apoia-se em endereços lógicos posto que seu referencial é a própria rede e não o local físico em que se encontram. Assim, na comunicação realizada através do sistema de telefonia duas pessoas (A e B) estarão em pontos físicos distintos identificados por números telefônicos, enquanto, no âmbito da *Internet* estas mesmas pessoas estarão (como regra, temporariamente) situados em posições lógicas da rede que variam a cada nova sessão.

b) conexão – no sistema de telefonia a conexão se dá entre dois endereços físicos, mediante um caminho, ou circuito único que permanece inalterado durante todo o período da ligação; destarte, se há algum

empecilho que interfira com este caminho a conexão não se perfaz ou se encerra. Por outro lado, na *Internet* a conexão se dá pelo melhor caminho possível dentro da rede, cujos *softwares* automaticamente identificam as rotas de menor tráfego para encaminhar as mensagens.

c) fluxo – no sistema de telefonia o fluxo de transmissão de mensagens é contínuo enquanto a conexão permanecer estável. Na *Internet*, este fluxo é feito em pacotes, de modo que cada pedaço poderá seguir um caminho diferente e a mensagem partilhada. Chegando ao destino, processa-se o ressequenciamento dos pacotes, de modo a obter a reconstrução da mensagem inicial.

d) controle de erro – a conexão por telefonia não apresenta um controle de erro; não há confirmação quanto ao conteúdo das mensagens enviadas. Na *Internet*, há um controle automático de erro que verifica os pacotes, seu recebimento, número etc.

e) aspecto tarifário – no serviço de telefonia, a tarifa cobrada pela empresa de telefonia é, como regra, proporcional à distância entre os pontos físicos que estão conectados. Na *Internet*, é possível obter conexões com o mundo mediante o pagamento de uma tarifa à empresa de telefonia de natureza em geral meramente local.

Estas diferenças são identificadas considerando a comunicação a partir do seu ponto de origem (por exemplo, casa do usuário) até seu ponto de destino (por exemplo, fornecedor de conteúdo de mensagens). Não se exclui que o avanço tecnológico leve as operadoras de telefonia a adotar estruturas semelhantes para viabilizar a comunicação dentro de suas respectivas redes fixas, mas isto não alterará a análise feita, pois a utilidade proporcionada pela telefonia continuará sendo da mesma natureza, embora utilizando tecnologia distinta.

Este exame mostra claramente as diferenças que existem entre os serviços prestados no âmbito da telefonia e da *Internet*.

Por outro lado, a *Internet* não se confunde com o serviço prestado pelas antigas BBS. Embora, historicamente, alguns provedores de acesso tenham se originado de BBS, há uma diferença relevante entre as figuras. Na BBS pura, há uma única ligação telefônica entre usuário e BBS que lhe fornece apenas as suas informações (aquelas de que dispõe). Não há (na BBS pura) uma conexão a uma rede de inúmeros participantes conectados a diferentes BBS. Quando muito há uma troca de informações entre os usuários da mesma BBS. Na *Internet*, o objetivo do usuário não é meramente ligar-se ao provedor de acesso. Ele busca obter uma conexão com o mundo, através do provedor.

O serviço prestado pelo provedor de acesso é diferente do serviço prestado pela empresa de telefonia, pois a conexão à *Internet* permite

uma multiplicidade de conexões e uma multiplicidade de caminhos para a transmissão de mensagens. Sob este ângulo, o provedor de acesso atua como um instrumento, ou meio, para que o usuário possa ter acesso a um sistema de transferência de mensagens com tal flexibilidade. No âmbito da *Internet*, só haverá transmissão de mensagem se houver um endereço lógico de origem e de destino e este endereço não é fornecido ao usuário pela empresa de telefonia. Portanto, o provedor fornece “algo mais” do que o viabilizado pela telefonia e algo que se insere como um meio diferenciado de realização da transmissão de mensagens.

Não há dúvida que, no contexto atual, provedor de acesso e cliente iniciam a conexão mediante uma ligação física, em geral através da empresa de telefonia e, sobre esta ligação física, superpõe-se uma ligação lógica que viabiliza a transmissão de mensagens. Exatamente porque o serviço de provimento de acesso à *Internet* se superpõe a um serviço de telefonia é que ele vem a ser denominado de “serviço de valor adicionado”, pois acrescenta utilidades (= adiciona-se) a uma conexão telefônica clássica.

Diante deste quadro, que aponta claramente as diferenças entre o serviço prestado por uma empresa de telefonia fixa e o provedor de acesso à *Internet*, cabe, então, perguntar se o serviço por este prestado é, ou não, de comunicação.

4.9. Serviço de Acesso à *Internet* é Serviço de Comunicação

Entendo que o serviço prestado pelo provedor de acesso à *Internet* configura um serviço de comunicação, estando abrangido pelo âmbito de incidência do ICMS de competência estadual.

As razões que me levam a tal convicção decorrem da exposição técnica feita, e mostram que, tanto na hipótese de o conceito de serviço ser entendido a partir do tipo de atividade realizada pelo prestador, como na hipótese de sê-lo em função da utilidade obtida pelo usuário, em ambos os casos a conclusão é apenas uma: trata-se de serviço de comunicação.

A primeira razão apoia-se na concepção de serviço em função do tipo de atividade exercida, ou seja, colocando a tônica no prestador do serviço. Desta ótica, serviço de comunicação está ligado ao fornecimento de um meio para que alguém transmita mensagens.

Ora, o provedor de acesso fornece um meio diferente, um ambiente especial (= a segunda camada) que não se confunde com o ambiente que o serviço de telefonia proporciona (= a primeira camada). Telefonia é meio físico apenas, *Internet* é meio lógico superposto ao físico; um é de fluxo contínuo o outro é em pacotes; um se dá mediante conexão constante enquanto o outro pelo melhor caminho possível etc. Ou seja, o serviço prestado pelo provedor é de viabilizar um ambiente específico de transmissão de mensagens com características próprias para que haja a comunicação entre terceiros.

A segunda razão apoia-se na concepção de serviço como utilidade obtida, ou seja, colocando a tônica no usuário. Desta ótica, a utilidade proporcionada pelo provimento de acesso é permitir a transmissão de mensagens, é permitir que as pessoas se comuniquem, viabilizando um sistema de comunicação cujas utilidades estão na flexibilidade das conexões, multiplicidade de caminhos, agilidade na obtenção de informações, facilidade de transmissão etc. Pode-se dizer que se a utilidade obtida pelo usuário em relação à operadora de telefonia é obter uma conexão com certo local, a utilidade obtida pelo provimento de acesso é a conexão com todo o mundo. Portanto, também da ótica do usuário, o provimento viabiliza utilidades novas consistentes numa comunicação cercada de características peculiares.

Em suma, qualquer que seja a ótica de análise, a conclusão continua inalterada: o provedor de acesso presta serviço de comunicação.

4.10. Argumentos Contrários à Incidência do ICMS

Dois argumentos têm sido levantados para sustentar que o serviço prestado pelo provedor de acesso à *Internet* não seria um serviço de comunicação.

O primeiro argumento é o de que a Lei Geral de Telecomunicações define o que seja serviço de telecomunicação e, portanto, o ICMS só poderia incidir sobre o que fosse “telecomunicação”.

Este argumento não me parece procedente pois, se, por um lado, não há dúvida que a LGT contém tal definição, por outro lado, também não há dúvida que o inciso II do artigo 155 da CF/1988 ao descrever a competência tributária estadual contempla o conceito de “comunicação” e não de “telecomunicação”. Telecomunicação é um tipo de comunicação, é espécie de um gênero mais amplo, sendo que a Constituição atribuiu competência tributária para alcançar o gênero (= comunicação) e não apenas a espécie (= tele).

O segundo argumento, também apoiado na LGT, é no sentido de que esta lei define, em seu artigo 61, o que vem a ser serviço de valor adicionado, em cujo âmbito inclui-se o provimento de acesso. Por conseqüência, no contexto da LGT, este não é serviço de telecomunicação, mas sim serviço que acrescenta novas utilidades a um serviço de telecomunicação, o que, portanto, supõe a preexistência deste.

Este argumento é respondido da mesma maneira que o anterior, acrescentando-se, porém, alguns aspectos. Com efeito, a LGT distingue provimento de acesso e serviço de telecomunicação dizendo que aquele se superpõe a este porque a concepção que informou a legislação foi a concepção técnica de *layer* acima exposta. O acesso à *Internet* se dá mediante um *layer* lógico que se apóia num *layer* físico (por isso é

“adicionado”). Mas isto não significa que ambos não possam pertencer ao gênero “serviço de comunicação”.

Além disso, a LGT se vocaciona a regular a realidade de um determinado setor de atividade econômica utilizando-se dos conceitos que entende pertinentes para bem disciplinar as atividades nesse campo. Mas ela não é uma lei tributária e não pretende delinear a competência tributária. Aliás, “comunicação” não é um conceito de direito privado que tenha sido encampado pela Constituição e que, por força do artigo 110 do CTN, devesse ter seu conteúdo buscado no âmbito da legislação específica do setor.

Aliás, a invocação da LGT não é adequada para solucionar este debate pois, no âmbito da própria LGT, há um nítido serviço de fornecimento de meio de transmissão de mensagem (típico serviço de comunicação) que a LGT distingue do serviço de telecomunicação. Trata-se do serviço de provimento de capacidade em satélite (artigo 172 da LGT, que regula o direito de exploração de satélite para transporte de sinais de telecomunicações) que corresponde a um dos mais típicos serviços de fornecimento de meios para a realização de comunicação, mas na sistemática da LGT não se inclui no conceito de telecomunicação consagrado no seu artigo 60.

Isto mostra que a invocação da LGT para o fim de sustentar que tributável pelo ICMS seria apenas o serviço de telecomunicação definido em seu artigo 60 não é um critério seguro para solucionar o debate. Além do que já foi exposto, note-se, também, que não é pelo fato de uma empresa ser uma prestadora de serviço de telecomunicação, nos termos da LGT, que todos os serviços que prestar estarão necessariamente sujeitos ao ICMS. Como se disse, para estar configurado um serviço de comunicação é mister que haja o fornecimento de um meio, ou ambiente, para que outrem transmita mensagens. Ora, a empresa de telefonia, em certas circunstâncias pode prestar serviços ao usuário sem que esteja fornecendo um “meio”. Assim, por exemplo, quando presta o serviço de “despertador”. Neste caso, não é pelo fato de ser uma empresa de telecomunicações, no estrito sentido da LGT, que este serviço estará tributado pelo ICMS. Despertar alguém é comunicar a tal pessoa certo horário, não é prestar serviço para que ele se comunique com outrem.

Em suma, a LGT é importante na análise, pois indica que os serviços por ela disciplinados devem ser vistos como “utilidades” prestadas, mas não é critério seguro para definir quais os serviços que estão, ou não, sujeitos ao ICMS de competência estadual. O exame concreto do tipo de atividade e da natureza da utilidade fornecida é que permitirá dizer se o serviço é de comunicação. E, na minha opinião, o provimento de acesso à *Internet* tem características, seja quanto à atividade desenvolvida, seja quanto à utilidade fornecida, que o definem como de comunicação.

4.11. Conclusão

A conclusão que se extrai da análise feita é no sentido de que o provedor de acesso à *Internet* presta serviço de comunicação sujeito a ICMS. O conceito de “comunicação” utilizado pela CF/1988 não é um conceito legal (que se extraia de uma determinada lei), mas sim um conceito de fato (que resulta da natureza do que é feito ou obtido).

Por esta razão, a LGT não é parâmetro para definir o que seja, ou não, tributável pelo ICMS. Aliás, ela própria exclui do conceito da telecomunicação um serviço que, inequivocamente, configura prestação de serviço de comunicação (provimento de capacidade em satélite).

Uma vez que o provimento de acesso à *Internet* é um serviço sujeito a ICMS, não se aplica a cláusula contida no artigo 156, III, da CF/1988, pois o ISS só pode incidir em relação a serviços não compreendidos no seu artigo 155, II (e o provimento de acesso está compreendido no dispositivo em questão) e desde que haja adequada previsão em lei complementar. Por isso, deixo de examinar o eventual enquadramento, ou não, do serviço de provimento de acesso à *Internet* na Lista Anexa veiculada pela LC n. 56/1987.

De tudo quanto foi registrado, homenageando os que pensam em sentido contrário, firmo as seguintes conclusões:

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

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

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

d) A LC n. 87, de 13.9.1996, estabelece, em seu art. 2º que incide o ICMS sobre “prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”, círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à *internet*, quando os comercializam;

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

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

g) O serviço prestado pelo provedor pela via da *Internet* não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

Esse é o posicionamento que continuo a seguir, por compreender ser o que se harmoniza com o ordenamento jurídico.

Ressalto, por último, que, se os fundamentos técnicos e jurídicos desenvolvidos não bastassem para fazer incidir o ICMS na relação negocial em exame, não há como fugir, enquanto se encontrar em vigor a legislação conveniada sobre o assunto.

Registro que, em 6 de julho de 2001, o Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, na sua 102 reunião ordinária, aprovou o Convênio ICMS n. 78/01, do teor seguinte:

CONVÊNIO ICMS n. 78/01

Autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder redução de base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de acesso à Internet dá outra providência.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz, na sua 102ª reunião ordinária, realizada em Goiânia, GO, no dia 6 de julho de 2001, tendo em vista o disposto na *Lei Complementar n. 24*, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder redução de base de cálculo do ICMS incidente nas prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade acesso à *Internet*, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação.

Cláusula segunda A redução será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema de tributação previsto na legislação estadual.

Parágrafo único O contribuinte que optar pelo benefício previsto na cláusula anterior não poderá utilizar quaisquer outros créditos ou benefícios fiscais.

Cláusula terceira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a não exigir, total ou parcialmente, os débitos fiscais do ICMS, lançados ou não, inclusive juros e multas, relacionados com as prestações previstas na cláusula primeira, ocorridas até a data de início da vigência deste Convênio.

Parágrafo único A não exigência de que trata esta cláusula:

I - não autoriza a restituição ou compensação de importâncias já pagas;

II - observará as condições estabelecidas na legislação de cada unidade federada.

Cláusula quarta Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos até 31 de dezembro de 2002.

Em 10.7.2003, o mesmo Conselho aprovou o Convênio ICMS n. 50/03, com a redação que transcrevo:

CONVÊNIO ICMS n. 50/03

Revigora as disposições do Convênio ICMS n. 78/01, de 6.7.2001, que autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder redução de base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de acesso à Internet.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz, na sua 110ª reunião ordinária, realizada em São João Del Rei, MG, no dia 4 de julho de 2003, tendo em vista o disposto na *Lei Complementar n. 24*, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira Ficam revigoradas as disposições do Convênio ICMS n. 78/01, de 6 de julho de 2001.

Cláusula segunda Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a convalidar os procedimentos adotados em relação às prestações de serviço de acesso à *Internet* efetuadas nos termos do Convênio ICMS n. 78/01, de 6 de julho de 2001, ocorridas no período de 1º de janeiro de 2003 até a data da vigência deste convênio.

Parágrafo único. O disposto nesta cláusula não autoriza restituição ou compensação de importâncias já recolhidas.

Cláusula terceira Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos até 31 de outubro de 2003.

Em 14.10.2003, o referido Conselho aprovou o Convênio ICMS n. 79/03, determinando:

CONVÊNIO ICMS n. 79/03

Prorroga as disposições do Convênio ICMS 78/01, de 6.1.2001, que autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder redução de base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de acesso à Internet e estabelece procedimentos quanto ao pagamento do imposto.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz, na sua 111ª reunião ordinária, realizada em São Luís, MA, no dia 10 de outubro de 2003, tendo em vista o disposto na Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira Ficam prorrogadas, até 31 de dezembro de 2003, as disposições contidas no Convênio ICMS n. 78/01, de 6 de janeiro de 2001.

Cláusula segunda Nas prestações de serviço de *Internet* em que o estabelecimento prestador esteja localizado em unidade federada diversa da do usuário, o pagamento do imposto deve ser efetuado na proporção de 50% (cinquenta por cento) à unidade da Federação de localização do usuário do serviço e 50% (cinquenta por cento) à unidade da Federação de localização da empresa prestadora.

Parágrafo único. A fiscalização do pagamento do imposto será exercida conjunta ou isoladamente pelas unidades da Federação envolvidas na prestação, condicionando-se ao Fisco da unidade da Federação de localização do usuário do serviço credenciamento prévio na Secretaria da Fazenda, Economia ou Finanças da unidade federada de localização do prestador.

Cláusula terceira A redução da base de cálculo de que trata o Convênio ICMS n. 78/01, de 6 de janeiro de 2001, será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema de tributação previsto na legislação estadual.

Parágrafo único. O contribuinte que optar pelo benefício previsto na cláusula primeira não poderá utilizar quaisquer outros créditos ou benefícios fiscais.

Cláusula quarta Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos a partir de 1º de novembro de 2003.

Por fim, em 17.12.2003, o Confaz adotou o Convênio ICMS n. 139/03, autorizando:

CONVÊNIO ICMS n. 139/03

Autoriza os Estados de Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul a convalidar atos praticados de acordo com o Convênio ICMS 78/01, que autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder redução da base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de acesso à internet.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz, na sua 112ª reunião ordinária, realizada em Joinville, SC, no dia 12 de dezembro de 2003, tendo em vista o disposto na Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira Ficam os Estados de Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul autorizados a convalidar os atos praticados, até 31 de dezembro de 2003, por seus prestadores de serviço de acesso à *internet* de acordo com o Convênio ICMS 78/01, de 6 de julho de 2001.

Cláusula segunda Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional.

Ora, enquanto os referidos Convênios não forem afastados do ordenamento jurídico, impossível isentar-se, por interpretação jurisprudencial que não seja de reconhecimento da inconstitucionalidade das referidas normas, a tributação do ICMS sobre os negócios realizados pelos provedores de *internet*.

Os Convênios estão subordinados ao princípio da legalidade. São autorizados por lei. Eles visam, na lição de Aliomar Baleeiro, “à fiscalização e ao controle da cobrança dos impostos, mediante troca de informações cadastrais, realização de diligências, no combate à sonegação de tributos” (“Direito Tributário Brasileiro”, p. 656, 11^a ed., Forense).

Vigoram, portanto, os convênios enquanto não afastados por vício de inconstitucionalidade.

A não-incidência do ICMS sobre negócios jurídicos praticados pelos provedores de *internet*, simples e puramente, sem afastar a força aplicativa dos Convênios que os regem, é missão impossível.

Isso posto, com vênua às posições contrárias, acolho os embargos de divergência em análise, fazendo prevalecer o acórdão que determinou incidir ICMS sobre os negócios contratuais celebrados pelos provedores de *internet* com os seus clientes.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. Provedores de *internet*. Natureza dos serviços prestados. Serviço de comunicação, enquadrado na previsão do art. 2º da LC n. 87/1996. Relação de essencialidade (e não de acessoriedade ou de acidentalidade) entre o provedor e o sistema de comunicação da *internet*. Não caracterização como serviço de valor adicionado de telecomunicações (Lei n. 9.472/1997, art. 61).

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Busca-se, aqui, definir a natureza dos serviços prestados pelos denominados “provedores de *Internet*”, definição essa que tem relevância para fins de tributação. Com efeito, a se chegar à conclusão de que se trata de serviço de comunicação, configurar-se-á, em tese, a hipótese de incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadoria e Serviço – ICMS, de competência estadual (CF, art. 155, II); se de outro serviço se tratar, sobre ele poderá incidir o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, de competência municipal (CF, art. 156, III).

2. A polêmica reside, fundamentalmente, na interpretação de dois preceitos normativos. De um lado, o art. 2º da Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, que dispõe:

Art. 2º. O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

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

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento;

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

De outro lado, o art. 61 e seus parágrafos 1º e 2º da Lei n. 9.472, de 16.6.1997, nos seguintes termos:

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

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

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

Para uma corrente, adotada pelo acórdão paradigma, o provedor de *Internet* qualifica-se como serviço de comunicação e, como tal, está sujeito a ICMS; para outra, adotada pelo acórdão embargado, é serviço de valor adicionado à telecomunicação, não ficando sujeito àquele imposto, e sim, se for o caso, ao ISSQN.

3. Há, no plano dos fatos, alguns pontos em comum nas duas correntes de opinião. Primeiro, o de que a *Internet* é um sistema de comunicação de informações. Constitui um sistema de ligação entre redes de computadores, formando um veículo único de comunicação, que propicia o acesso a um enorme volume de informações de toda a natureza, bem como a transmissão de qualquer informação para qualquer usuário, em qualquer ponto geográfico, tudo de modo rápido e ágil. Em suma, repita-se: *Internet* é um sistema de comunicação. O segundo ponto a respeito do qual não há divergência é o de que, para ter acesso a esse sistema de comunicação - ou, melhor dizendo, para ter acesso às informações disponíveis na *Internet* - é essencial que o usuário se utilize dos serviços de um provedor, ao qual deve estar ligado. É o provedor, e somente ele, que faz a comunicação entre o usuário e a informação. “Provedor”, na descrição de Newton de Lucca (com a qual ambas as correntes também concordam) “é aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na *Internet*, seja armazenando e disponibilizando o site para a rede, seja prestando e coletando informações, etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviços de Conexão à *Internet* (PSC), sendo a entidade que presta serviços de conexão à *Internet* (SC)” (Direito e *Internet* – Aspectos Jurídicos

Relevantes, obra coletiva, coord. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho, São Paulo, Edipro, 2001, p. 60). Portanto, provedor é um prestador de serviços, e os serviços que presta estão diretamente relacionados com a *Internet*.

4. Sendo a *Internet* um sistema de comunicação de informações e sendo o provedor um prestador de serviços integrado e essencial a esse sistema, pode-se concluir que o serviço prestado pelo provedor é um serviço que faz parte da comunicação. Em outras palavras: é um serviço de comunicação. Todavia, sem negar essa realidade, sustenta-se que se trata de um serviço de valor adicionado de telecomunicações e, como tal, não classificado legalmente como “serviços de telecomunicação”, conforme dispõe o art. 61 da Lei n. 9.472/1997. O argumento não procede. O “serviço de valor adicionado” descrito na Lei acima referida (que é a Lei Geral de Telecomunicações) leva em consideração o ambiente suposto pelo legislador, ou seja: os serviços de telecomunicação. Assim, nesse ambiente, define-se como serviço de valor adicionado “a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”. Assim, é um serviço acessório, que adere a um principal, com o qual, todavia, “não se confunde”. Sem ele, o serviço principal subsistiria normalmente. Entre o serviço acessório-adicionado e o principal há, portanto, uma relação que, em linguagem metafísica, se poderia denominar como de pura accidentalidade.

5. Ora, ainda que se admitisse verdadeira essa relação de accidentalidade e acessoriedade dos serviços do provedor em face do sistema de telecomunicação (que, como se disse, é o ambiente suposto pela Lei n. 9.472/1997), o mesmo certamente não se pode afirmar quando o confronto se faz entre o provedor e o sistema de comunicação da *Internet*. Aqui, a relação entre o serviço do provedor e o sistema comunicativo não é de mera accidentalidade. Pelo contrário: é uma relação de *essencialidade*. O serviço do provedor é necessário e indispensável à própria existência da comunicação pela via da *Internet*. Sem provedores não existiria a “rede mundial”, que nada mais é, no fundo, do que uma rede formada pelos diversos provedores, que permitem o acesso e, ao mesmo tempo, disponibilizam informações. O serviço do provedor, conseqüentemente, não é um serviço acessório, que poderia ser dispensado sem comprometimento do serviço principal. É, ao contrário, um serviço essencial, é o cerne, o fundo do ser, desse sistema de comunicação. Nesse ambiente, portanto, não há como enquadrar o serviço do provedor como de mero “valor adicionado”. Define-se, sem dúvida, como serviço de comunicação, perfeitamente adequado entre as espécies previstas no art. 2º da LC n. 87/1996.

6. Por tais razões, acompanho o voto do Ministro José Delgado, acolhendo os embargos. É o voto.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de embargos de divergência, opostos pelo Estado do Paraná, contra v. acórdão da colenda Segunda Turma, de relatoria da ilustre Ministra Eliana Calmon, sintetizado na seguinte ementa:

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

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

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

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

4. Recurso especial improvido (REsp n. 456.650-PR, DJ 8.9.2003, fl. 522).

Para corporificar a divergência, o embargante colou paradigma da egrégia Primeira Turma que demonstrou entendimento diverso. O v. aresto paradigmático restou assim ementado:

Tributário. Provedor da *internet*. Prestação de serviço de comunicação, espécie de serviço de telecomunicação. Relação de natureza comercial com o usuário. Fato gerador de ICMS determinado. Incidência. Lei Complementar n. 87/1996. Lei n. 9.472/1997.

1. Recurso Especial interposto contra v. acórdão que entendeu que “o provedor de acesso à *internet* não presta serviço de comunicação ou de telecomunicação, não incidindo sobre a atividade por ele desempenhada o ICMS”.

2. O Provedor da *Internet* é um agente interveniente prestador de serviços de comunicação, definindo-o como sendo “aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na *internet*, seja armazenando e disponibilizando o site para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviços de Conexão à *Internet*”.

(PSC), sendo a entidade que presta o serviço de conexão à *Internet* (SCI)". (Newton de Lucca, em artigo "Títulos e Contratos Eletrônicos", na obra coletiva *Direito e Internet*, p. 60).

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

4. O serviço prestado pelos provedores está enquadrado como sendo de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações.

5. A Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, estabelece, em seu art. 2º, que incide o ICMS sobre "prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza", círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à *internet*, quando os comercializam.

6. Qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento do ICMS.

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

8. O serviço prestado pelo provedor pela via da *Internet* não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

9. Recurso provido (REsp n. 323.358-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 3.9.2001, fl. 542).

É o relatório.

VOTO VENCEDOR

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator para o acórdão): Cinge-se a controvérsia à incidência de ICMS sobre a prestação de serviços de conexão à *Internet*. Conforme asseverado por este Magistrado quando do julgamento do recurso especial ora embargado, a questão central envolve a natureza jurídica do serviço prestado pelos provedores de acesso à *Internet*.

O artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, dispõe que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

Por outro lado, estabelece o artigo 2º da Lei Complementar n. 87/1996, em seu inciso III, que o ICMS incide sobre “prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, verifica-se que cabe aos Estados e ao Distrito Federal tributar a prestação onerosa de serviços de comunicação. Dessa forma, o serviço que não for prestado de forma onerosa e que não for considerado pela legislação pertinente como serviço de comunicação não pode sofrer a incidência de ICMS, em respeito ao princípio da estrita legalidade tributária.

A esse respeito, preleciona Ives Gandra da Silva Martins que o serviço de comunicação que pode ser tributado é “apenas a comunicação que se faz por veículo, posto à disposição com intuito econômico. Na linguagem dos fundadores do direito econômico, o espírito da economicidade é que justifica a incidência. (...) Em outras palavras, não basta a ‘comunicação’. É necessário haver prestação de ‘serviço’ para que a comunicação se faça e esse serviço é que pode, conforme a hipótese, deflagrar a incidência do tributo” (in “*Tributação na Internet*”, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 44-45).

Na mesma linha de raciocínio, Roque Antonio Carrazza, em parecer acostado aos autos, pontifica que o ICMS “não alcança a comunicação, mas a prestação (onerosa) de serviços de comunicação. Deveras, a comunicação só ganha relevância jurídica, para fins de ICMS, quando decorre de um contrato de prestação de serviços. A simples existência de comunicação não é suficiente para que o ICMS nasça. Tanto é assim que um advogado, contratado para prestar seus serviços típicos (v.g., para fazer uma sustentação oral perante um Tribunal Superior), sem dúvida comunica-se, mas não será tributado por meio de ICMS.” Dessarte, conclui que “a comunicação somente determinará a incidência do ICMS se for o objeto (o fim) do negócio jurídico firmado pelas partes, e não um mero meio de alcançá-lo”.

Segundo informações da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, “a *Internet* é um conjunto de redes e computadores que se interligam em nível mundial, por meio de redes e serviços de telecomunicações, utilizando no seu processo de comunicação protocolos padronizados. Os usuários têm acesso ao ambiente *Internet* por meio de Provedores de Acesso a Serviços *Internet*.”

O acesso aos provedores pode se dar utilizando serviços de telecomunicações dedicados a esse fim ou fazendo uso de outros serviços de telecomunicações, como o Serviço Telefônico Fixo Comutado (“*Acesso a Serviços Internet*”, Resultado da Consulta Pública n. 372 – Anatel).

A Norma n. 004/1995, aprovada pela Portaria n. 148/1995 do Ministério das Comunicações, com o objetivo de regular o uso de meios da Rede Pública de Telecomunicações para o provimento e utilização de Serviços de Conexão à *Internet*, já dispunha que serviço de valor adicionado é o “serviço que acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações”. O Serviço de Conexão à *Internet* – SCI foi definido como o “serviço de valor adicionado que possibilita o acesso à *Internet* a usuários e provedores de serviços de informações”, e o Provedor de Serviço de Conexão à *Internet* – PSCI como “a entidade que presta o serviço de conexão à *Internet*”.

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

Compete à União, nos termos do artigo 21, inciso XI, da Carta Maior, “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações”.

A Lei Federal n. 9.472/1997, denominada Lei Geral de Telecomunicações - LGT, no § 1º de seu artigo 61, dispõe que o serviço de valor adicionado “não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”. O *caput* do mencionado artigo define o referido serviço como “a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.

No mesmo sentido, o artigo 3º, inciso III, do Regulamento Geral dos Serviços de Telecomunicações da Anatel (Resolução n. 73, de 25.11.1998) estabelece que não constituem serviços de telecomunicações os serviços de valor adicionado, nos termos do artigo 61 da Lei n. 9.472 de 1997.

Nessa linha de raciocínio, a doutrina majoritária entende que os serviços prestados pelos provedores de acesso à *Internet* não constituem serviços de comunicação ou de telecomunicação, mas serviços de valor adicionado, de forma a afastar a incidência do ICMS.

Na lição de José Eduardo Soares de Melo, “o acesso à *internet* implica a utilização conjugada de alguns equipamentos – computador, modem, linha telefônica, fibra ótica, TV a cabo, telefone celular ou um micro de mão (*palmtop*) – por meio de um programa (*software - internet explorer, netscape etc.*), instalado no computador de qualquer pessoa, procedendo ao roteamento da ligação por canais contratados pela Embratel, que se conecta a uma empresa estrangeira, além de oferecer diversas outras comodidades (disposição de aparelhos, equipamentos, senhas etc.). (...) Participam a operadora (entidade exploradora do STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado, ou SMC – Serviço Móvel Celular); o provedor (pessoa que provê o serviço através da rede pública de telecomunicações), mediante oferecimento de facilidade suplementar do STFC (recursos de códigos de acesso específico e o fornecimento do registro das chamadas destinadas aos provedores) e os usuários (tomadores dos serviços pertinentes à *internet*). O provedor transmite ao usuário a informação indispensável para a realização da comunicação do usuário com a *internet*, mediante os meios técnicos que dispõe” (in “Tributação na *Internet*”, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2001, p. 238).

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

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

Kiyoshi Harada, ao examinar a questão, salienta que “o provedor de acesso à *internet* libera espaço virtual para comunicação entre duas pessoas, porém, quem presta o serviço de comunicação é a concessionária de serviços de telecomunicações, já tributada pelo ICMS. O provedor é tomador de serviços prestados pelas concessionárias. Limita-se a executar serviço de valor adicionado, isto é, serviços de monitoramento do acesso do usuário à rede, colocando à sua disposição equipamentos e *softwares* com vistas à eficiente navegação” (Ob. cit., p. 223).

Nessa esteira é o comentário de Francisco de Assis Alves:

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

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

Na mesma seara, Roque Antonio Carrazza sustenta que “a atividade do ‘provedor de acesso’ não tipifica, ela própria, nenhum serviço de comunicação, mas tão-somente disponibiliza, para os usuários, os meios que o tornarão possível. Ora, se não há, no caso, prestação de serviço de comunicação, não há, *ipso facto*, incidência possível de ICMS. Deveras, não envolvem prestações de serviços de comunicação as meras atividades-meio, necessárias para que se concretizem. Estas providências preliminares são inalcançáveis pelo ICMS. Em linguagem mais técnica, disponibilizar os meios e modos necessários à prestação dos serviços de comunicação não é o fato imponible do ICMS em estudo” (cf. parecer acostado aos autos).

Já Ives Gandra Martins pondera que “se o serviço estiver vinculado ao setor de telecomunicação, mas não for considerado serviço de telecomunicação por quem tem competência de definição fiscal, à evidência, não será serviço

de comunicação de forma alguma. Ou são serviços de telecomunicações, por estarem vinculados a telecomunicações, ou não são meios de comunicação, por falta de pertinência com outras formas de comunicação” (Ob. cit., p. 48).

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

José Eduardo Soares de Melo ensina que “o provedor cria novas utilidades relacionadas ao acesso cibernético, consistentes no armazenamento, apresentação, movimentação e recuperação de informações, possibilitando os meios de perfazimento da comunicação. Entretanto, não se vislumbram típicos serviços de comunicação, mas atividades que permitem que os usuários se comuniquem com o mundo virtual. Os provedores nada comunicam porque não detêm os conhecimentos constantes da realidade virtual, mas apenas criam condições para que ocorra a ligação entre dois pontos. Tornar possível a ‘relação comunicativa’ (serviço de monitoramento do acesso do usuário à rede) não tem a mesma natureza de participar de modo interativo desta mesma relação” (Ob. cit., p. 241).

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

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

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

Ao se afirmar que o provimento de acesso não é condição necessária e suficiente à realização do fenômeno comunicacional, quer-se informar que

os mecanismos tecnológicos do provimento de acesso não viabilizam, por si só, a comunicação (suficiência), bem como não são indispensáveis para que a comunicação se efetive (necessidade) (Ob. cit., p. 89).

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

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

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

Diante do exposto, verifica-se que o serviço prestado pelo provedor de acesso à *Internet* não se caracteriza como serviço de telecomunicação, porque não necessita de autorização, permissão ou concessão da União, conforme determina o artigo 21, XI, da Constituição Federal.

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

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

Com efeito, os provedores de acesso à *Internet* atuam como intermediários entre o usuário final e a *Internet*. Utilizam-se, nesse sentido, de uma infra-

estrutura de telecomunicações preexistente, acrescentando ao usuário novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações (artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações).

Na mesma esteira, o douto Ministro Peçanha Martins, quando do julgamento do referido recurso especial, sustentou que a provedoria via *Internet* é serviço de valor adicionado, pois “acrescenta informações através das telecomunicações. A chamada comunicação eletrônica, entre computadores, somente ocorre através das chamadas linhas telefônicas de qualquer natureza, ou seja, a cabo ou via satélite. Sem a via telefônica impossível obter acesso à *Internet*. Cuida-se, pois, de um serviço adicionado às telecomunicações, como definiu o legislador. O provedor é usuário do serviço de telecomunicações. Assim o diz a lei.” Dessa forma, concluiu pela não-incidência de ICMS sobre os serviços de provedoria à *Internet*.

Conclui-se, portanto, que, nos termos do artigo 110 do Código Tributário Nacional, não podem os Estados ou o Distrito Federal alterar a definição, o conteúdo e o alcance do conceito de prestação de serviços de conexão à *Internet*, para, mediante Convênios Estaduais, tributá-la por meio do ICMS.

Como a prestação de serviços de conexão à *Internet* não cuida de prestação onerosa de serviços de comunicação ou de serviços de telecomunicação, mas de serviços de valor adicionado, em face dos princípios da legalidade e da tipicidade fechada, inerentes ao ramo do direito tributário, deve ser afastada a aplicação do ICMS pela inexistência na espécie do fato imponiblel.

Segundo pontifica Roque Antonio Carrazza no mencionado parecer, “a lei (estadual ou do Distrito Federal), ao cuidar do ICMS, não poderá, por força do princípio da reserva e rigidez das competências tributárias, ir além do conceito de ‘serviços de comunicação tributáveis’, constitucionalmente posto.”

No mesmo sentido, a douda Ministra Eliana Calmon sustentou que, “independentemente de haver entre o usuário e o provedor ato negocial, a tipicidade fechada do Direito Tributário não permite a incidência do ICMS. Aliás, em se tratando de serviço, a única brecha em favor do Fisco seria uma lei que incluísse na lista de serviços o que a LGT excluiu como serviço de comunicação sujeito ao ICMS” (REsp n. 456.650).

Pelo que precede, nego provimento aos presentes embargos de divergência.
É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Esclareço que, desde o primeiro julgamento, ocorrido na Segunda Turma, compartilho do entendimento defendido pelo Sr. Ministro Franciulli Netto.

Entendo que empresa que executa serviços como provedora da *internet* não presta serviço de telecomunicação, apenas viabiliza que o usuário se conecte à rede de comunicação. É, pois, um serviço agregado. Acredito que, no caso, a hipótese é um dos casos típicos de ofensa ao art. 110, em que o convênio muda o conceito para alterar a competência para tributar um serviço que deveria se dar com base em outra espécie de tributo, qual seja, o ISS. Constato violação bastante clara do art. 110 do Código Tributário Nacional. Esse é um dos raros casos em que vejo esse artigo violado.

Portanto, peço vênua aos demais Pares, mas acompanho o voto do Sr. Ministro Franciulli Netto, rejeitando os embargos de divergência.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de embargos de divergência em que se discute se os provedores de acesso à *internet* prestam ou não serviços que se enquadram na hipótese de incidência do ICMS.

Na sessão de 10 de março, pedi vista dos autos para um melhor exame.

Os votos que me antecederam, pautados em argumentos técnicos e jurídicos dos mais razoáveis, merecem aqui meus elogios.

O eminente Relator, o Ministro José Delgado, com base em sólidos fundamentos consignados no aresto apontado como paradigma, acolheu os embargos de divergência. Entendeu, em apertada síntese, que o provedor de acesso não presta apenas um serviço de valor adicionado, não é mero intermediário, mas parte integrante do processo de comunicação, razão por que devem ser tributados. Acompanhou-o o Ministro Teori Zavascki.

Coube ao Ministro Franciulli Netto inaugurar a divergência, que o fez com fundamentos não menos razoáveis.

Preocupou-me, inicialmente, o argumento trazido pelo ilustre Relator de que existem convênios, celebrados entre os Estados no âmbito do Confaz, estabelecendo a redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre os serviços

prestados pelos provedores de acesso à *internet*. Assim, concluiu que “vigoram os convênios enquanto não afastados por vício de inconstitucionalidade”.

Refletindo sobre a matéria, conclui que a existência dos convênios não interfere na questão sob análise. A norma convencional é o instrumento de que dispõem os Estados para deliberar sobre isenções, incentivos e benefícios fiscais no âmbito do ICMS, objetivando prevenir a chamada “Guerra Fiscal” (art. 155, § 2º, XII, g, c.c. a LC n. 24/1975).

A discussão relativa à incidência ou não do ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à *internet* é questão prévia e prejudicial à análise dos convênios. Somente se poderá conceder isenção, redução de base de cálculo ou qualquer outro incentivo ou benefício fiscal, se previamente definida a questão da incidência. Caso se decida pela não tributação, a análise dos convênios torna-se, automaticamente, prejudicada.

Superado esse argumento, entendo que os serviços de acesso à *internet* constituem serviço de valor adicionado, que escapam à hipótese de incidência do ICMS.

Do Ministério das Comunicações, a Anatel herdou os poderes de regulamentação, fiscalização e outorga, cabendo-lhe, além da formulação e implemento da política nacional para o setor, o regramento das telecomunicações no país. Portanto, é esta Agência Reguladora quem detém, além do conhecimento técnico, o poder normativo para imprimir a melhor interpretação à Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações – LGT), que em seus artigos 60 e 61 assim dispõe:

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

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

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

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

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

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

Como bem salientou o Ministro Franciulli Netto e seguindo a orientação da Anatel - detentora de poder regulamentar e capacitada tecnicamente a proceder à melhor interpretação da LGT -, a *internet* pode ser conceituada como “um conjunto de redes e computadores que se interligam em nível mundial, por meio de redes e serviços de telecomunicações, utilizando no seu processo de comunicação protocolos padronizados. Os usuários têm acesso ao ambiente *internet* por meio de Provedores de Acesso a Serviços *Internet*. O acesso aos provedores pode se dar utilizando serviços de telecomunicações dedicados a esse fim ou fazendo uso de outros serviços de telecomunicações, como o Serviço Telefônico Fixo Comutado” (*Acesso a Serviços Internet*, Resultado da Consulta Pública n. 372 - Anatel).

Toda comunicação entre computadores realiza-se através da codificação de dados em uma forma de energia que é enviada através de um meio de transmissão. Por exemplo, a corrente elétrica pode ser usada para transferir dados através de um fio, ou as ondas de rádio podem ser utilizadas para carregar informações através do ar (*Rede de Computadores e Internet*, COMER, Douglas, Ed. Bookman, 2ª ed., Porto Alegre, 2001, p. 37).

O provedor de acesso à *internet* nada mais faz do que estabelecer a ligação entre a rede mundial de computadores e o terminal do usuário, utilizando-se, para tanto, de um meio de transmissão, que poderá ser a linha telefônica, o satélite, a corrente elétrica, a rede de televisão a cabo, a radiodifusão, a fibra ótica ou qualquer outro substrato que sirva de meio à transmissão de dados e informações.

Recentemente, tive notícia de que a Companhia Energética de Minas Gerais - Cemig, está testando, desde o mês passado em Belo Horizonte, projeto pioneiro na América Latina que permite acesso à *internet* através da rede elétrica convencional, sem a necessidade de utilização da rede de telefonia. O projeto piloto, segundo informações colhidas na *internet*, já está funcionando em

40 pontos da Capital Mineira. O projeto ficará em testes durante seis meses e, após esse período, será avaliada a sua viabilidade mercantil.

Como se vê, a rede telefônica não é o único meio de transmissão que serve de substrato de acesso à *internet*. A própria rede elétrica pode funcionar como meio de telecomunicação, permitindo a transferência de dados e informações da rede mundial de computadores ao terminal do usuário conectado.

Como anteriormente mencionado, a orientação da Anatel é no sentido de que “o acesso aos provedores pode se dar utilizando serviços de telecomunicações dedicados a esse fim ou fazendo uso de outros serviços de telecomunicações, como o Serviço Telefônico Fixo Comutado”.

Não se confunde, pois, o serviço de telecomunicação que serve de substrato à *internet* e o serviço prestado pelos provedores de acesso, que apenas viabilizam o ingresso do usuário na rede mundial de computadores, servindo-se de um sistema de telecomunicação preexistente ou especialmente destinado a esse fim.

Assim, não está sujeito ao ICMS o provedor de acesso à *internet* que apenas utiliza um serviço de telecomunicações preexistente, como ocorre no acesso realizado pela rede telefônica. O simples acesso à *internet* é serviço de valor adicionado (art. 61, § 1º, da Lei n. 9.472/1997), não podendo ser tributado pelo ICMS por não constituir serviço de telecomunicação.

O provedor, entretanto, poderá ser tributado quando utiliza meio próprio para permitir o acesso, como, por exemplo, as frequências de rádio e a energia elétrica. Nesse caso, será tributado não pelo simples acesso, mas pelo serviço de telecomunicação, em si mesmo considerado, que lhe serve de meio.

Nesse ponto é que meu se voto afasta dos que me antecederam. Pode-se dizer que o serviço de acesso à *internet*, por representar mero valor adicionado, foge à hipótese de incidência do ICMS. Não se pode dizer, entretanto, que os provedores de acesso à *internet* não são contribuintes do imposto. Isso porque se o acesso for realizado por meio de sistema de telecomunicação disponibilizado pelo próprio provedor poderá ser tributado, não pelo simples acesso, mas pelo próprio serviço de telecomunicação que serve de substrato ao acesso.

Não é a hipótese dos autos. A embargada é empresa de informática que se dedica à prestação de serviços de acesso à *internet*, utilizando para tanto, um serviço de telecomunicação preexistente, prestado pela Embratel, que serve de meio de transmissão por linha telefônica.

De tudo quanto exposto, são possíveis as seguintes conclusões:

A) Não está sujeito ao ICMS o provedor de acesso à *internet* que apenas utiliza um serviço de telecomunicações preexistente, como ocorre no acesso realizado pela rede telefônica;

B) Contudo, está sujeito à tributação pelo imposto o provedor de acesso que viabiliza, por meios próprios, o acesso à *internet*, como ocorre, por exemplo, quando se viabiliza a interligação do usuário com a rede mundial de computadores através de frequência de rádio, via satélite, TV por assinatura ou da utilização dos pulsos da corrente elétrica.

C) Assim, o simples acesso à *internet* é serviço de valor adicionado (art. 61, § 1º, da Lei n. 9.472/1997), não podendo ser tributado pelo ICMS por não constituir serviço de telecomunicação. O provedor, entretanto, poderá ser tributado se, além de permitir o acesso, for o responsável pelo serviço de telecomunicação que lhe dá suporte. Nesse caso, será tributado não pelo simples acesso, mas pelo serviço de telecomunicação, em si mesmo considerado, que serve de meio ao acesso.

Inobstante as considerações aqui formuladas, não vejo como afastar a conclusão esposada pelo Ministro Franciulli Netto, já que o simples acesso à *internet* constitui serviço de valor adicionado, nos exatos termos do art. 61, § 1º, da LGT.

Ante o exposto, pedindo vênias aos Ministros José Delgado e Teori Zavascki, *rejeito os embargos de divergência*.

É como voto.

VOTO-MÉRITO (ANTECIPADO)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Dispõe que há entre todas as ocorrências jurisprudenciais uma premissa comum, qual seja, de que o serviço de *internet* é um serviço de comunicação. Cita obras que são recentes, pois o assunto é muito novo. O professor Nilton de Luca tem uma das melhores obras sobre o ponto.

Sendo a *internet* - conforme consta do voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 456.650 - um sistema de comunicação, de informação, e sendo o provedor um prestador de serviço integrado e essencial a esse sistema, pode-se concluir que o serviço prestado pelo provedor é um serviço que faz parte da comunicação. No desenvolvimento do seu voto, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki comprova à

sociedade que não é um serviço acidental, mas um serviço essencial, pois sem ele não se consegue efetivamente acessar a *internet*.

É possível que *de lege ferenda* amanhã ou depois, um ferro elétrico possa ser ligado pela *internet*, mas isso é algo para o futuro. Hoje é preciso acessar o provedor e verificar se o serviço foi prestado.

Peço *venia* às opiniões contrárias, principalmente à Sra. Ministra Denise Arruda, para acompanhar o voto dos Srs. Ministros José Delgado e Teori Albino Zavascki.

VOTO-ANTECIPADO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sra. Ministra Presidente, ratifico minha opinião pela dissidência, acompanhando o voto do Sr. Ministro Franciulli Netto e rejeitando os embargos de divergência.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de embargos de divergência em face de julgado da Segunda Turma, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, que está em confronto com acórdão indicado como paradigma, da Primeira Turma, de que foi relator o Ministro José Delgado, observando-se que, ao que consta, não há outros precedentes sobre o tema, neste Tribunal.

A matéria em debate propiciou ampla discussão entre os componentes das duas Turmas de Direito Público, exigindo, de cada um, pedido de vista, para melhor examinar a questão.

Discute-se, nos embargos de divergência, se os serviços prestados pelos provedores de acesso à *Internet* se constituem em *serviços de valor adicionado* (tese sufragada pela Segunda Turma, entendendo que, de acordo com o art. 61, parágrafo 1º, da Lei n. 9.472/1997, tais serviços não se caracterizariam como serviços de telecomunicações) ou se, de acordo com o acórdão paradigma, incidiria o ICMS sobre a mesma prestação. Entende este julgado que a Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, em seu art. 2º, estabelece estar sujeito ao pagamento do ICMS *qualquer serviço oneroso de comunicação*, pois a relação entre o prestador de serviço (provedor) e o usuário é de natureza comercial visando a possibilitar a comunicação, o que é suficiente para constituir fato gerador do ICMS, afastando a conclusão de que tal serviço se constituiria em serviço de valor adicionado, nos moldes indicado na Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

O tema é instigante e divide opiniões de estudiosos e dos mais renomados tributaristas do País, havendo poucos precedentes jurisprudenciais de Tribunais Estaduais.

Mas, objetivamente, é necessário se posicionar sobre a divergência, proporcionando a necessária orientação jurisprudencial sobre a questão, no âmbito deste Tribunal.

O acórdão embargado, como já foi referido, se sustenta na tese de que os serviços prestados pelos provedores de acesso à *Internet* se constituem em *serviços de valor adicionado*, conforme indicado na Lei Geral das Telecomunicações ou Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, que *dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995*.

A aludida lei define *serviço de telecomunicações* como *o conjunto de atividades que possibilita a oferta de comunicação* (art. 60), referindo que *telecomunicação* “(...) é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (§ 1º).

Ou seja, define a lei que o serviço de telecomunicação ou comunicação à distância seria o conjunto de atividades que possibilita a oferta da comunicação; a transmissão, emissão ou recepção da comunicação se faria por diversos meios (como por exemplo, por fio, radioeletricidade, meios ópticos, cabo, satélite ou qualquer outro processo eletromagnético).

Cabe assinalar que para o acesso à *Internet* não seria imprescindível a utilização dos chamados “Provedores”, desde que o usuário disponha de recursos financeiros, conhecimento técnico e equipamentos adequados. No entanto, esse acesso seria de custo elevadíssimo para um consumidor residencial (pessoa física), dado que seria necessário um computador de uso pessoal, placa de rede, roteador e *link* dedicado, com um custo mensal que não estaria ao alcance da grande maioria dos consumidores. O provedor, por sua vez, se transformou na forma mais econômica para viabilizar o acesso do consumidor à rede mundial (*Internet*).

A LGT, ao definir o *serviço de valor adicionado* dispõe que este “(...) é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.” (art. 61), acrescentando, no parágrafo 1º, que tal serviço “(...) não constitui

serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de comunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.” O parágrafo 2º do mesmo preceito legal, por sua vez, estabelece: “É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.”

Ao que parece, o sentido da norma é estabelecer que, ao serviço básico de telecomunicação, se agregam novas utilidades que não se classificam como serviço de telecomunicação. Ao que se pode deduzir, são serviços acessórios, distintos do principal, razão porque são definidos como serviço *de valor adicionado*. Seriam eles, os serviços de secretária eletrônica ou secretária virtual, “siga-me”, e muitos outros, dentre os quais, a título de exemplo, os chamados “*serviços inteligentes da Brasil Telecom*”.

O acórdão paradigma, de outro lado, afirma que o Provedor de acesso à *Internet* é um agente *interveniente* prestador de serviços de comunicação, tendo por finalidade essencial efetuar um serviço que envolve processo de comunicação exigido pelo cliente, por deter meios e técnicas que permitem o alcance dessa situação fática, para concluir que o serviço prestado pelos provedores está enquadrado como sendo de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações. E, sendo um serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento do ICMS, afastando a conclusão de que tal serviço seria aquele acessório, chamado de *serviço de valor adicionado*.

A Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, dispõe que o ICMS incide sobre “(...) prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza” (art. 2º, inciso III).

A conclusão do acórdão paradigma está em conformidade com Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN/CAT/N. 1.093/1997), de novembro de 1997, assim ementado: “ICMS e *Internet*. Incidência do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS sobre o serviço de comunicação prestado pelo provedor de serviços de acesso/informações em redes *internet*.”

Tal parecer, elaborado pela Dra. Cláudia Regina Gusmão, conclui que “(...) o serviço prestado pelos provedores de acesso ou informações, desde que tenham caráter oneroso (negocial/comercial), estão incluídos na hipótese descrita no inciso III, do art. 2º da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, na modalidade de serviço de comunicação.”.

Outra não é a orientação de **Marco Aurélio Greco** (“Provedores de acesso e o ICMS”, “Revista do Advogado – *Internet*”, v. 23, n. 69, de 2003, p. 54), referindo, após detida análise da questão, que “Em suma, qualquer que seja a ótica de análise, a conclusão continua inalterada: o serviço de provimento de acesso à *Internet* é um serviço de comunicação e, como tal, está abrangido pela competência tributária estadual prevista no inciso II do artigo 155 da Constituição Federal de 1988”. Similar é a conclusão de **Luís Eduardo Schoueri** (“*Internet – O Direito na Era Virtual*”, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro: 2001, p. 249).

É certo que renomados doutrinadores concluem pela não incidência do ICMS na hipótese, tais como **Ives Gandra Martins**, **Roque Antonio Carrazza** (este emitindo parecer jurídico sobre os embargos ora em julgamento), **Paulo de Barros Carvalho** e outros.

No entanto, pedindo vênias aos ilustres Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Peçanha Martins (os quais entenderam que os serviços prestados pelos provedores de acesso à *Internet* seriam *serviços de valor adicionado*), penso que melhor se afeiçoa à hipótese que os autos revelam a conclusão exarada pelo Ministro José Delgado que, em longo e substancial voto, conclui pela incidência do ICMS sobre os serviços onerosos prestados pelos ditos provedores.

Por tais razões, voto no sentido de acolher os embargos de divergência.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Buscando melhor apreciar a questão pedi vista dos autos.

A questão em tela gravita em torno da cobrança de ICMS sobre os serviços de prestados pelos provedores de acesso à *Internet*.

A corrente que entende pela incidência do tributo afasta o conceito descrito no artigo 61, da Lei n. 9.472/1997, ao serviço prestado pelos servidores de acesso à *internet*.

Sustenta-se na tese de que os serviços conceituados no dispositivo legal encimado são serviços acessórios e distintos do principal, daí a locução “valor adicionado”, ou seja, prestado em adição.

Neste panorama os serviços relacionados à *internet* seriam serviços de comunicação independentes e onerosos e, como tais sujeitos ao pagamento do ICMS.

A outra corrente que entende pela não incidência do tributo afirma que tais serviços se constituem efetivamente em serviços de valor adicionado.

O acórdão embargado abraça a tese de que os serviços estão configurados da forma prevista no 61, da Lei n. 9.472/1997:

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

Com este supedâneo o serviço em tela escaparia dos serviços de telecomunicações, nos termos do art. 2º, da LC n. 87/1996, o que implicaria na não incidência da exação.

O dispositivo encimado assim está plasmado, *verbis*:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

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

Do regramento suso mencionado se infere que o ICMS somente deverá incidir nas prestações de serviços de comunicação onerosos.

Conforme observou o nobre Ministro Franciulli Netto, a doutrina majoritária entende que os serviços prestados pelos provedores de acesso à

Internet não constituem serviços de comunicação ou telecomunicação, mas serviços de valor adicionado, conforme prescreve o referido artigo 61, da Lei n. 9.472, de 1997.

In Tributação na *internet*, RT. 2001, Ives Gandra Martins, após focar o conceito de comunicação e serviços de comunicação, observa que para efeito de incidência de ICMS nem todo serviço vinculado ao seguimento de telecomunicação caracteriza-se como serviço de telecomunicação, devendo haver definição jurídica de sua natureza, o que teria ocorrido no dispositivo acima aludido.

Para outros doutrinadores a tributação dos provedores da *internet* permitiria a bi-tributação tendo em vista que o provedor de acesso à *internet* viabiliza espaço virtual para a comunicação, mas quem efetivamente presta o serviço é a concessionária de serviços de telecomunicações, esta já tributada pelo ICMS.

Noutra interpretação, na seara da comunicação digital, há que se observar que o acesso à *internet*, viabilizado através de equipamentos e implementado através do provedor, pessoa física ou jurídica, não tem a configuração de serviço de comunicação, limitando-se o provedor a executar o serviço definido como de valor adicionado, ou seja, de monitoramento de acesso do usuário à rede.

Em face do serviço de provimento de acesso à *internet* classificar-se como serviço de valor adicionado, nos moldes do disposto no art. 61 da Lei n. 9.742, 16.7.1997, não há como caracterizá-lo como serviço de comunicação nos termos da Lei Complementar n. 87/1996.

Desta feita, não há como tal tipo de serviço ser fato gerador do ICMS, não havendo como tributá-lo por este imposto estadual.

No entanto, remanesce na esfera tributária do ente municipal o poder de tributar, fazendo incidir o ISS - Imposto Sobre Serviços, quando a prestação deste serviço estiver especificada na lista de serviços que estabelece os serviços que serão fato gerador deste imposto municipal, especificação atualmente inexistente, haja visto que o serviço de provimento de acesso à *internet* não se encontra inserido na lista de serviços a fim de incidir o ISS.

Logo os provedores de acesso exercem atividade não sujeita ao ICMS mas ao ISS, dependendo para que seja tributada, de lei complementar que a coloque em lista de serviços.

Assim, configurando-se os serviços prestados pelo provedor de *internet* em serviço de valor adicionado, como acima explicitado e, pedindo vênias aos

posicionamentos contrários, acompanho a divergência inaugurada pelo nobre Ministro Franciulli Netto para rejeitar os presentes embargos de divergência.

É o voto-vista.

RECURSO ESPECIAL N. 453.107-PR (2002/0094632-1)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Estado do Paraná

Procurador: César Augusto Binder e outros

Recorrido: Fornet Comunicações Ltda.

Advogado: Júlio César de Oliveira de Medeiros e outro

EMENTA

Recurso especial. Tributário. ICMS. Serviços prestados pelos provedores de acesso à *internet*. Não-incidência. Posicionamento da Primeira Seção. Julgamento dos EREsp n. 456.650-PR. Recurso desprovido.

1. No julgamento dos EREsp n. 456.650-PR, em 11 de maio de 2005, a Primeira Seção, por maioria de votos, negou provimento aos embargos de divergência, fazendo prevalecer o entendimento da Segunda Turma, no sentido de ser indevida a incidência de ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à *internet*, sob o fundamento de que esses prestam serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei n. 9.472/1997, apenas liberando espaço virtual para comunicação.

2. Em algumas oportunidades, esta Relatora posicionou-se no sentido da possibilidade de incidência do referido imposto sobre os serviços prestados pelos provedores de conexão à *internet*, entendendo que esses prestam serviços de comunicação, espécie de serviço de telecomunicação, de maneira que deveria incidir ICMS sobre a prestação de serviço, nos termos do art. 2º da Lei Complementar n.

87/1996. No entanto, a partir do julgamento dos EREsp n. 456.650-PR, passa-se a adotar a orientação pacificada pela Primeira Seção.

3. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 13.03.2006

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Paraná*, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado:

Mandado de segurança. Tributário. Telecomunicações. Internet. Provedor de acesso. ICMS. Fato gerador. Inexistência. Atividade que constitui serviço adicionado e não de comunicações ou de telecomunicações. Concessão da segurança.

Recurso e reexame improvidos, por maioria.

O provedor da *internet* presta serviços de usuário, através dos seus equipamentos, para viabilizar a conexão com a rede de telecomunicações, não constituindo sua atividade adicionada serviços de telecomunicações sujeita ao ICMS. (fl. 357).

Opostos embargos de declaração, esses foram rejeitados.

No presente recurso especial, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 155, II, da CF, e do art. 2º, III, da LC n. 87/1996,

alegando que o acórdão recorrido “limita a materialidade da hipótese de incidência tributária, qual seja, *in casu*, a ‘prestação de serviços de comunicação’” (fl. 404). Pleiteia a incidência de ICMS sobre provedor de *internet*.

Contra-razões apresentadas às fls. 498-516.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): A controvérsia cinge-se à análise da incidência de ICMS em relação aos serviços prestados pelos provedores de *internet*.

Em algumas oportunidades, esta Relatora posicionou-se no sentido da possibilidade de incidência do referido imposto sobre os serviços prestados pelos provedores de conexão à *internet*, sob o fundamento de que esses prestam serviços de comunicação, espécie de serviço de telecomunicação, de maneira que deveria incidir ICMS sobre a prestação de serviço, nos termos do art. 2º da Lei Complementar n. 87/1996.

Também nessa linha de entendimento, a Primeira Turma vinha julgando a questão (MC n. 7.760-PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 6.12.2004; REsp n. 323.358-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.9.2001). No entanto, de outro lado, a Segunda Turma possuía orientação diversa, segundo a qual os serviços prestados pelos provedores de *internet* constituem serviço de valor adicionado, conforme prevê o art. 61, § 1º, da Lei n. 9.472/1997, não devendo, portanto, incidir ICMS sobre o serviço em tela (REsp n. 456.650-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 8.9.2003; RMS n. 16.767-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 17.12.2004).

Em virtude da divergência de entendimento entre a Primeira e a Segunda Turmas, a controvérsia foi levada à análise da Primeira Seção, por meio da interposição de embargos de divergência, autuados sob n. 456.650-PR.

No julgamento, em 11 de maio de 2005, a Primeira Seção, por maioria de votos, negou provimento aos embargos de divergência, restando vencidos os Ministros José Delgado - Relator, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda (Relator designado para acórdão o Ministro Franciulli Netto). Na ocasião, prevaleceu o entendimento da Segunda Turma, no sentido de ser indevida a incidência de ICMS, pois os provedores de *internet* prestam

serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei n. 9.472/1997, apenas liberando espaço virtual para comunicação. Quem presta o serviço de comunicação é a concessionária de serviços de telecomunicações, já tributada pelo imposto.

Desse modo, levando em consideração que cabe ao Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de sua competência constitucional, dirimir as divergências jurisprudenciais a respeito da aplicação das normas infraconstitucionais, e tendo a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 456.650-PR, cujo acórdão ainda não foi publicado, consagrado o entendimento no sentido de ser indevido ICMS nos serviços prestados pelos provedores de acesso à *internet*, passa-se a adotar essa orientação.

Cabe transcrever precedentes da Segunda Turma que melhor elucidam o entendimento adotado pela Primeira Seção, *in verbis*:

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

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

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

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

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 456.650-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 8.9.2003, p. 291).

Tributário. ICMS. Acesso à *internet*. Sistema Virtua. Benefício fiscal de redução da base de cálculo devido às empresas de TV por assinatura. RICMS/1996 de Minas Gerais. Não incidência.

1. O Sistema denominado Virtua, fornecido pela empresa NET de Belo Horizonte aos seus assinantes como meio físico de comunicação, que proporciona o acesso aos provedores da *Internet* "banda larga", representa serviço distinto do serviço de TV a cabo prestado na forma da Lei n. 8.977/1995 e da Resolução/Anatel n. 190/99.

2. Serviço que também não se confunde com o de “prestação de serviço de provedor” de acesso à *Internet*, serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei n. 9.472/1997) isento da tributação do ICMS, conforme precedente da Segunda Turma do STJ, de minha relatoria (REsp n. 456.650-PR).

3. Tratando-se de serviço novo, não goza do benefício fiscal de redução da base de cálculo previsto no Anexo IV, item n. 36, do RICMS/96, do Estado de Minas Gerais para os serviços de TV a cabo.

4. Recurso a que se nega provimento. (RMS n. 16.767-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 17.12.2004, p. 470).

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É o voto.

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

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Estado do Paraná

Procurador: Márcia Dieguez Leuzinger

Recorrido: Convoy Informática Ltda.

Advogado: Maria Denise Martins de Oliveira

EMENTA

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

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

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

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

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

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

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 8.9.2003

RELATÓRIO

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

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

“O provedor de acesso à *internet* não presta serviço de comunicação ou de telecomunicação, não incidindo sobre a atividade por ele desempenhada o ICMS” (TJPR, Acórdão n. 18.207, 1ª Câm. Cível, Rel. Des. J. Vidal Coelho).

Recursos improvidos.

(fl. 298).

Em síntese, entendeu o Tribunal recorrido que a *Internet* é um serviço de valor adicionado que possibilita o acesso dos usuários e provedores de

informações à rede, sendo que estes últimos apenas viabilizam o acesso dos primeiros ao sistema, não se constituindo tal atividade em serviço de telecomunicação ou comunicação a ensejar a incidência do *ICMS*.

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

Após as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

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

A questão é nova, ostentando esta Corte um único precedente da Primeira Turma, e sua solução é controvertida, haja vista o número de artigos de tributaristas que debatem o tema, sem unanimidade. Trata-se da interpretação dos artigos 60 e 61 da Lei n. 9.472, de 16.7.1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações.

A CF/1988 determina que, sobre a prestação de serviços de comunicação, incida o imposto sobre circulação de mercadorias (art. 155, II), residindo aí a raiz do problema: o serviço de acesso à *internet* é ou não serviço de comunicação?

Observe-se que o conceito de comunicação, contido na Constituição Federal, para efeito de tributação do *ICMS*, é restrito, por envolver apenas o serviço de comunicação.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Respostas às questões formuladas pela Comissão Organizadora:

- 1) Qual o significado do termo “serviço de comunicação” contido no art. 155, II, da Constituição Federal? Pode ele ser aplicado a um provedor de acesso à *Internet* para fins de tributação pelo *ICMS*?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(obra citada).

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

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

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

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

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

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

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

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

Aliás, na anterior Lei – n. 9.295, de 19.7.1996 –, igual disposição estava no art. 10, o que demonstra a confirmação do entendimento legislativo posteriormente.

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

O STF, para onde irá a querela, fatalmente, por força da invocação do art. 155, II, da CF, nos pleitos, ainda não se pronunciou a respeito, havendo, no que mais se aproxima do tema, a decisão da Primeira Turma da Corte Maior, em torno dos *softwares de prateleira*, considerados como mercadorias (RE n. 176.626-6-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence e RE n. 199.464-99, rel. Min. Ilmar Galvão).

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

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

ICMS. Programas de computador. Não incidência. A exploração econômica de programas de computador, mediante contratos de licença ou de cessão, está

sujeita apenas ao ISS. Referidos programas não se confundem com suportes físicos, não podendo ser considerados mercadorias para fins de incidência do ICMS.

Recurso improvido.

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

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

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

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

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

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

d) A LC n. 87, de 13.9.1996, estabelece, em seu art. 2º que incide o ICMS sobre “prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”, círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à *internet*, quando os comercializam;

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

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

g) O serviço prestado pelo provedor pela via da *Internet* não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

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

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

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

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

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

e) se a lei específica retira da rubrica serviço de telecomunicação, o “Serviço de Valor Adicionado”, não poderá o intérprete alterar a sua natureza jurídica para enquadrá-lo na Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, em cujo art. 2º está explicitado que o *ICMS* incidirá sobre:

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

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

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

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

É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Recurso especial. Tributário. Serviço prestado pelos provedores de acesso à *internet*. Serviço de valor adicionado. Artigo 61 da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações). Norma n. 004/95 do Ministério das Comunicações. Artigo 21, XI, da Constituição Federal. Não incidência de ICMS.

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

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

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

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

O Sr. Ministro Franciulli Netto: *Convoy Informática Ltda.*, empresa atuante no setor de informática como provedora de acesso à *Internet*, impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, contra ato do *Delegado da Receita do Estado do Paraná*, sob a alegação de que não estaria sujeita ao pagamento de ICMS, por não ser prestadora de serviços de comunicação.

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

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

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

O v. acórdão restou assim ementado:

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

“O provedor de acesso à *internet* não presta serviço de comunicação ou telecomunicação, não incidindo sobre a atividade por ele desempenhada o ICMS” (TJPR, Acórdão n. 18.207, 1ª Câm. Cível, Rel. Des. J. Vidal Coelho).

Recursos improvidos (fl. 298).

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

Alega o *Estado do Paraná*, em recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, violação ao artigo 61 da Lei n. 9.472/1997. Aponta, ainda, divergência jurisprudencial com julgado deste Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Ministro José

Delgado (REsp n. 323.358-PR, DJ de 3.9.2001), no sentido de que a empresa provedora de acesso à *Internet* presta serviço de comunicação sujeito ao ICMS e de que “o conceito de ‘comunicação’ utilizado pela CF/1988 não é um conceito legal (que se extraia de uma determinada lei), mas sim um conceito de fato (que resulta da natureza do que é feito ou obtido)” (fl. 365).

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

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

Alegou, ainda, que o provedor presta serviço de valor adicionado, desclassificado pelo artigo 61, § 1º, da Lei n. 9.472/1997 como serviço de telecomunicação, a não se enquadrar, portanto, no artigo 2º da Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, que disciplina o ICMS.

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

O tema foi analisado por esta egrégia Corte apenas uma vez, oportunidade em que a colenda Primeira Turma, por unanimidade, ao julgar, em 21.6.2001, o REsp n. 323.358-PR (*in* DJ de 3.9.2001) firmou o entendimento de que os provedores de conexão à *Internet* prestam serviços de comunicação, o que determina a incidência do ICMS.

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

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

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

(...)

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

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

Art. 2º. O imposto incide sobre:

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

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

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

Também a Proposta de Regulamento para o Uso de Serviços e Redes de Telecomunicações no Acesso a Serviços *Internet* (para substituir a Norma n. 004/1995 do Ministério das Comunicações), objeto da Consulta Pública n. 417, da Anatel, define, em seu artigo 4º, como Provedor de Acesso a Serviços *Internet* - Pasi, a entidade que oferta Provimento de Acesso a Serviços *Internet* ou “o

conjunto de atividades que permite, dentre outras utilidades, a autenticação ou reconhecimento de um usuário para acesso a Serviços *Internet*". Em seu artigo 6º dispõe, ainda, que "o Provimento de Acesso a Serviços *Internet* não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor e seus clientes como usuários dos serviços de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a esta condição".

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

Do mesmo sentir é a lição de Luciana Angeiras, para quem “o serviço de acesso prestado pelo provedor não se restringe apenas a agilizar, facilitar, maximizar a atividade comunicativa entre duas partes, mas efetivamente, promover a comunicação. O serviço de comunicação prestado pelo provedor ao seu cliente assemelha-se ao exemplo da transportadora, que continua prestando serviço de transporte ao seu cliente, ainda que não o faça pessoalmente durante

todo o itinerário. É de se concluir, portanto, que se diversas pessoas compõem o *iter* comunicacional para transmitir a mensagem em alguma etapa definitiva do processo, tais pessoas prestam serviços de comunicação” (in “Internet: o Direito na Era Virtual”, organização de Luís Eduardo Schoueri, São Paulo, Lacaz Martins, Halembeck, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados, 2000).

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

Kiyoshi Harada, ao examinar a questão, salienta que “o provedor de acesso à internet libera espaço virtual para comunicação entre duas pessoas, porém, quem presta o serviço de comunicação é a concessionária de serviços de telecomunicações, já tributada pelo ICMS. O provedor é tomador de serviços prestados pelas concessionárias. Limita-se a executar serviço de valor adicionado, isto é, serviços de monitoramento do acesso do usuário à rede, colocando à sua disposição equipamentos e softwares com vistas à eficiente navegação” (in “Tributação na Internet”, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 223).

Nessa esteira é o comentário de Francisco de Assis Alves:

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

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

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

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

José Eduardo Soares de Melo assevera que “o provedor cria novas utilidades relacionadas ao acesso cibernético, consistentes no armazenamento, apresentação, movimentação e recuperação de informações, possibilitando os meios de perfazimento da comunicação. Entretanto, não se vislumbram típicos serviços de comunicação, mas atividades que permitem que os usuários se comuniquem com o mundo virtual. Os provedores nada comunicam porque não detêm os conhecimentos constantes da realidade virtual, mas apenas criam condições para que ocorra a ligação entre dois pontos. Tornar possível a ‘relação comunicativa’ (serviço de monitoramento do acesso do usuário à rede) não tem a mesma natureza de participar de modo interativo desta mesma relação” (Ob. cit., p. 241).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quanto ao alegado dissídio jurisprudencial, denota-se que o precedente colacionado, julgado pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal (REsp n.

323.358-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.9.2001), à evidência, diverge do entendimento esposado no v. *decisum* recorrido, razão pela qual deve ser conhecido o recurso pela alínea c, porém não provido, diante dos argumentos acima esposados.

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

É como voto.

VOTO

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

Penso que a questão restou corretamente enfrentada nesta Turma, por isso acompanho V. Exas., negando provimento ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Pedi vista dos autos para estudar a questão devido à divergência de opiniões entre ilustres Ministros integrantes da 1ª Seção. Sobre a natureza jurídica do tributo incidente na provedoria de acesso à *internet*.

A *vexata quaestio* situa-se na interpretação do artigo 61 da Lei n. 9.472, de 16.7.1997, em face da Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, que no seu art. 2º estabelece:

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

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

A possibilitação técnica desta conquista contemporânea da humanidade, se faz mediante técnicas científicas do conhecimento físico, a que os cultores das

chamadas ciências meta-físicas são pouco afeitos. O fato, porém, significativo para a regulação legislativa da matéria é que tal atividade se subordina a método e processo científicos capazes de proporcionar utilidade às pessoas, denominadas, no contexto econômico-financeiro, consumidores.

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

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

No caso das comunicações, o Estado, regulando a matéria mediante LC de n. 87, de 13.9.1996, prescreveu a incidência do ICMS sobre “as prestações onerosas de comunicação, por qualquer meio (...)” (art. 2º).

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

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

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

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

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

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

Dir-se-á, contudo, que o serviço por eles prestado seria serviço de valor adicionado, como definido pelo art. 61 da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

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

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

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

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

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

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

Dizem os arts. 60 e 61 da Lei de Telecomunicações - Lei n. 9.472, de 16.6.1997, denominada Lei Geral de Telecomunicações - LCT:

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

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

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

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

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

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

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

Penso que é, *data venia* das opiniões em contrário. A provedoria da *Internet* acrescenta informações através das telecomunicações. A chamada comunicação eletrônica, entre computadores, somente ocorre através das chamadas linhas telefônicas de qualquer natureza, ou seja, a cabo ou via satélite. Sem a via telefônica impossível obter acesso à *Internet*. Cuida-se, pois, de um serviço adicionado às telecomunicações, como definiu o legislador. O provedor é usuário do serviço de telecomunicações. Assim o diz a lei. Claro que se trava relação de serviço entre o provedor e o consumidor isto para enquadrar o *usuário* dos serviços *televisionados* (TT e computadores) dentro da definição geral da lei que o protege - Lei n. 8.078, de 11.9.1990, denominada, CDC - Código de Defesa do Consumidor.

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

O fato do provedor possibilitar o acesso à *Internet*, com a circunstância do pagamento pelo uso da sua intermediação técnica, conduziu os Estados a ver uma nova fonte de recursos via tributação do ICMS, incidente sobre as telecomunicações consoante prescrição da LC n. 87, de 13.9.1996, cujo art. 2º estabelece a incidência do tributo sobre “as prestações onerosas de serviços de

comunicações, por qualquer meio, inclusive a geração, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.”

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

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

À vista do exposto, outra conclusão não é possível senão a de declarar que sobre os serviços de provedoria à *Internet* não incidem o ICMS ou o ISS. Acompanho, pois, o voto da Relatora, consagrado por toda a 2ª Turma, pedindo *venia* aos que pensam de modo diverso.

RECURSO ESPECIAL N. 511.390-MG (2003/0003249-1)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Projesom Internet Ltda.

Advogado: Júlio César de Oliveira de Medeiros

Recorrido: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Procurador: Ilma Maria Corrêa da Silva e outros

EMENTA

Tributário. Recurso especial. ICMS. Serviços prestados pelos provedores de acesso a *internet*. Serviço de valor adicionado. Art. 61, § 1º, da Lei n. 9.472/1997. Não incidência. Precedentes jurisprudenciais.

1. A Lei n. 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, em seu art. 61, *caput*, prevê: “Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde,

novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.

2. O serviço de conexão à *Internet*, por si só, não possibilita a emissão, transmissão ou recepção de informações, deixando de enquadrar-se, por isso, no conceito de serviço comunicacional. Para ter acesso à *Internet*, o usuário deve conectar-se a um sistema de telefonia ou outro meio eletrônico, este sim, em condições de prestar o serviço de comunicação, ficando sujeito à incidência do ICMS. O provedor, portanto, precisa de uma terceira pessoa que efetue esse serviço, servindo como canal físico, para que, desse modo, fique estabelecido o vínculo comunicacional entre o usuário e a *Internet*. É esse canal físico (empresa de telefonia ou outro meio comunicacional) o verdadeiro prestador de serviço de comunicação, pois é ele quem efetua a transmissão, emissão e recepção de mensagens.

3. A atividade exercida pelo provedor de acesso à *Internet* configura na realidade, um “serviço de valor adicionado”: pois aproveita um meio físico de comunicação preexistente, a ele acrescentando elementos que agilizam o fenômeno comunicacional.

4. A Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações ao definir, no art. 61, o que é o serviço de valor adicionado, registra: “Serviço de valor adicionado a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicação, que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de mensagens”. E dessa menção ao direito positivo já se percebe que o serviço de valor adicionado, embora dê suporte a um serviço de comunicação (telecomunicação), com ele não se confunde.

5. A função do provedor de acesso à *Internet* não é efetuar a comunicação, mas apenas facilitar o serviço comunicação prestado por outrem.

6. Aliás, nesse sentido posicionou-se o Tribunal: “O serviço prestado pelo provedor de acesso à *Internet* não se caracteriza como serviço de telecomunicação, porque não necessita de autorização, permissão ou concessão da União (artigo 21, XI, da Constituição Federal). Tampouco oferece prestações onerosas de serviços de comunicação (art. 2º, III, da LC n. 87/1996), de forma a incidir

o ICMS, porque não fornece as condições e meios para que a comunicação ocorra, sendo um simples usuário dos serviços prestados pelas empresas de telecomunicações.

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

‘O provimento de acesso não pode ser enquadrado, (...), como um serviço de comunicação, pois não atende aos requisitos mínimos que, técnica e legalmente, são exigidos para tanto, ou seja, o serviço de conexão à *Internet* não pode executar as atividades necessárias e suficientes para resultarem na emissão, na transmissão, ou na recepção de sinais de telecomunicação. Nos moldes regulamentares, é um serviço de valor adicionado, pois aproveita uma rede de comunicação em funcionamento e agrega mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações’ (José Maria de Oliveira, *apud* Hugo de Brito Machado, *in* ‘Tributação na Internet’, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 89).” (REsp n. 456.650-PR, Voto Vista Ministro Franciulli Netto).

7. Consectariamente, o serviço de valor adicionado, embora dê suporte a um serviço de comunicação (telecomunicação), com ele não se confunde, pois seu objetivo não é a transmissão, emissão ou recepção de mensagens, o que, nos termos do § 1º, do art. 60, desse diploma legal, é atribuição do serviço de telecomunicação.

8. Destarte, a função do provedor de acesso à *Internet* não é efetuar a comunicação, mas apenas facilitar o serviço comunicação prestado por outrem, no caso, a companhia telefônica, aproveitando uma rede de comunicação em funcionamento e a ela agregando mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações.

9. O serviço de provedor de acesso à *internet* não enseja a tributação pelo ICMS, considerando a sua distinção em relação aos serviços de telecomunicações, subsumindo-se à hipótese de incidência do ISS, por tratar-se de serviços de qualquer natureza.

10. Registre-se, ainda, que a lei o considera “serviço”, ao passo que, o enquadramento na exação do ICMS implicaria analogia instituidora de tributo, vedado pelo art. 108, § 1º, do CTN.

11. Deveras, é cediço que a analogia é o primeiro instrumento de integração da legislação tributária, consoante dispõe o art. 108, § 1º do CTN. A analogia é utilizada para preencher as lacunas da norma jurídica positiva, ampliando-se a lei a casos semelhantes. Sua aplicação, *in casu*, desmereceria aplausos, uma vez que a inclusão dos serviços de *internet* no ICMS invadiria, inexoravelmente, o terreno do princípio da legalidade ou da reserva legal que, em sede de direito tributário, preconiza que o tributo só pode ser criado ou aumentado por lei.

12. Consectariamente, a cobrança de ICMS sobre serviços prestados pelo provedor de acesso à *Internet* violaria o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica - hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas - estão contidos na lei.

13. Precedentes jurisprudenciais.

14. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, que ressaltou o seu ponto de vista, por maioria, vencido o Sr. José Delgado (voto-vista), dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 19 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ 19.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de Recurso Especial interposto por *Projesom Internet Ltda.* (fls. 290-310), com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a**, **b** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu provimento à apelação, sob o fundamento de que o serviço prestado pelo provedor de acesso à *Internet* configura um serviço de comunicação, e não um serviço de valor adicionado, estando abrangido pela hipótese de incidência tributária do ICMS.

Noticiam os autos, que a empresa *Projesom Internet Ltda.* impetrou *mandamus* contra ato do Chefe da Administração Fazendária de Itajubá-MG consistente na intimação para que a empresa efetuasse a inscrição no Cadastro de Contribuintes de ICMS, bem como procedesse ao recolhimentos dos tributos devidos desde o início de suas atividades.

O Juiz Singular, ratificando a liminar, concedeu a segurança determinando que a autoridade coatora se abstivesse de exigir a inscrição da impetrante no cadastro de recolhimento do ICMS sobre a atividade de provedora de acesso à *Internet*.

Irresignada a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu provimento à apelação e à remessa oficial para reformar a sentença.

A Recorrente, em sede de recurso especial, sustenta, e síntese, que o acórdão hostilizado violou os arts. 60; 61; 63, parágrafo único; 83 e 88 da Lei n. 9.472/1997, bem como deu interpretação divergente àquela atribuída pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no julgamento da Apelação n. 102.008/6.

A Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, em contra-razões às fls. 366-381, pugna, preliminarmente pelo não conhecimento do recurso, ante a ausência de prequestionamento.

No mérito, aduz que:

(...) Não há dúvida que a Impetrante presta efetivamente um serviço de comunicação, pois a condição de provedora de acesso à rede de comunicação internacional, internet, possibilita a seus clientes devidamente cadastrados como usuários do sistema, que tenham acesso e se utilizem dos inúmeros serviços postos à disposição pela rede internacional. Diante disso, imperioso reconhecer que essa prestação de serviço faz surgir o fato gerador da obrigação tributária, conforme previsto na legislação do ICMS. (fl. 370).

O recurso especial foi admitido no Tribunal *a quo*, consoante despacho de fls. 403-404.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso especial pelas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, uma vez que a matéria restou devidamente prequestionada, bem como demonstrada a divergência nos moldes exigidos pelo RISTJ.

In casu, cinge-se a controvérsia acerca da natureza do serviço de provedor de acesso à *internet* para fins tributários.

A 1ª Turma desta Corte no julgamento do REsp n. 323.358-PR, de relatoria do Ministro José Delgado, publicado no DJ de 3.9.2001, decidiu que o serviço prestado pelo provedor pela via da *Internet* não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997, nos termos do acórdão, *verbis*:

Tributário. Provedor da *internet*. Prestação de serviço de comunicação, espécie de serviço de telecomunicação. Relação de natureza negocial com o usuário. Fato gerador de ICMS determinado. Incidência. Lei Complementar n. 87/1996. Lei n. 9.472/1997.

1. Recurso Especial interposto contra v. acórdão que entendeu que “o provedor de acesso à *internet* não presta serviço de comunicação ou de telecomunicação, não incidindo sobre a atividade por ele desempenhada o ICMS”.

2. O Provedor da *Internet* é um agente interveniente prestador de serviços de comunicação, definindo-o como sendo

aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na *internet*, seja armazenando e disponibilizando o *site* para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado,

tecnicamente, de Provedor de Serviços de Conexão à *internet* (PSC), sendo a entidade que presta o serviço de conexão à *internet* (SCI). (Newton de Lucca, em artigo "Títulos e Contratos Eletrônicos", na obra coletiva *Direito e INTERNET*, p. 60).

3. O provedor vinculado à *internet* tem por finalidade essencial efetuar um serviço que envolve processo de comunicação exigido pelo cliente, por deter meios e técnicas que permitem o alcance dessa situação fática.

4. O serviço prestado pelos provedores está enquadrado como sendo de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações.

5. A Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, estabelece, em seu art. 2º, que incide o ICMS sobre "prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição a ampliação de comunicação de qualquer natureza", círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à *internet*, quando os comercializam.

6. Qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento do ICMS.

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

8. O serviço prestado pelo provedor pela via da *Internet* não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

9. Recurso provido.

Ocorre que, recentemente, a Colenda Segunda Turma deste Tribunal, no julgamento do REsp n. 456.650-PR, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, publicado no DJ de 8.9.2003, externou entendimento de que o serviço desenvolvido pelos provedores da *internet* é serviço de valor adicionado, consoante ementa *verbis*:

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

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

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

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

4. Recurso especial improvido.

Com efeito, a Lei n. 9.472/1997 que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, em seus arts. 60, §§ 1º e 2º e 61, §§ 1º e 2º, prevê:

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

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

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

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

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

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

Nesse segmento, conclui-se que o serviço prestado pelos provedores de acesso à *Internet* é um serviço de valor adicionado, constituindo um *plus* ao serviço de telecomunicações e com este não se confunde.

Deveras, o serviço de provedor de acesso à *internet* não enseja a tributação pelo ICMS, considerando a sua distinção em relação aos serviços de telecomunicações, subsumindo-se à hipótese de incidência do ISS, por tratar-se de serviços de qualquer natureza.

Detectada essa *ratio essendi*, a interpretação teleológica, acerca dos serviços dos provedores de acesso e conexão à *Internet*, indica que as entidades que os prestam via conexão à *internet*, por realizam o denominado “serviço de valor adicionado”, revelando ausência de razoabilidade na pretensão de cobrança de ICMS sobre o mesmo.

Em sede pátria, a doutrina especializada não discrepa da jurisprudência e é unânime ao afirmar a não incidência do ICMS sobre a atividade dos provedores de acesso à *Internet*.

Nesse sentido é a orientação do Professor Paulo de Barros Carvalho que analisando os atos efetivados pelos provedores de acesso à *Internet*, não os identifica como hipótese de incidência da exação *sub examine*:

3.2. “Comunicação” e “prestação de serviços de comunicação”: realidades distintas

Como afirmado, o vínculo comunicacional instaura-se com o ciclo formado pela emissão, transmissão e recepção de mensagens, de modo intencionado ou não. Apresenta enorme amplitude, verificando-se sempre que houver dois ou mais sujeitos em contingência de interação. Toda vez, portanto, que alguém difundir informação, ainda que não destinada a receptor determinado (porém, determinável) e mesmo que de forma inconsciente, esse alguém estará realizando um processo de comunicação.

Prestar serviço de comunicação, por seu turno, consiste na atividade de colocar à disposição do usuário os meios necessários à disposição os modos necessários à transmissão e recepção de mensagens, diferindo, nessa medida, da singela realização do fato comunicacional.

Para que se possa perceber com maior nitidez a distinção acima referida, convém examinar mais de perto o conceito de “prestação de serviço”, fazendo o contraponto com os significados dos termos “comunicação” e “prestação de serviço de comunicação”.

“Prestação de serviço”, define Aires Barreto, é o esforço de pessoas desenvolvido em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob o regime de direito privado, em caráter negocial, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial. Configura-se, em outras palavras, no exercício, por alguém (prestador), de uma atividade tem por escopo produzir benefício relativamente a outra pessoa (tomador), a qual remunera o prestador (preço do serviço).

Desde logo se vê, na definição de “prestação de serviço” oferecida pelo mencionado autor, o caráter de necessidade absoluta da coexistência dos três elementos que a compõem, quais sejam: o prestador, o tomador e o preço do serviço. Ao mesmo tempo, recordando os elementos do processo comunicacional,

observamos a presença de um emissor, de um canal ou transmissor, de uma mensagem, de um código comum ao emissor e ao receptor, e de um destinatário.

A prestação de serviço de comunicação só se verifica quando houver a junção simultânea dos elementos constitutivos da prestação de serviço, de um lado, e do processo comunicacional, do outro, de tal forma que a atividade exercida pelo prestador tenha por escopo realizar a comunicação entre o tomador do serviço e terceira pessoa, mediante pagamento de um valor. Pode falar-se em prestação de serviço de comunicação quando o emissor da mensagem aparece como tomador do serviço, que, mediante pagamento de remuneração, contrata o prestador para que este exerça a função de canal, proporcionando os meios que tomem possível a transmissão de mensagens ao destinatário.

Do que foi dito infere-se que a comunicação pode ocorrer de dois modos: (1) de forma pessoal, havendo transmissão de mensagem própria; e (2) com intermediação, em que há transmissão da mensagem de terceiros. Apenas na segunda hipótese incidirá o ICMS, pois como ninguém presta serviço a si mesmo, unicamente se o canal transmissor configurar pessoa diversa do emissor é que teremos a prestação de serviço comunicacional. Enquanto na comunicação a mensagem é recebida diretamente do emissor, na prestação de serviço de comunicação a mensagem, de propriedade do emissor, é transmitida por um indivíduo diverso (prestador de serviços). Sintetizando: no processo comunicativo, quem efetua a transmissão da mensagem é o próprio emissor; na prestação de serviço de comunicação, o emissor contrata alguém (prestador do serviço) para que este transmita a sua mensagem.

3.3. Conclusões acerca da materialidade do ICMS

Firmados tais critérios, creio ser difícil persistirem dúvidas sobre o conceito de “prestação de serviço de comunicação”. Por conseguinte, consistindo a materialidade do ICMS na “prestação de serviço de comunicação”, nos termos do art. 155, II, da Lei Fundamental, somente quando houver serviço de comunicação poderá dar-se a incidência daquele imposto. Para que isso ocorra, porém, exige-se que o laço comunicacional seja instalado mediante fornecimento, pelo contratado (prestador de serviço), dos meios e modos necessários à transmissão e à recepção de mensagens entre o emissor (contratante) e uma terceira pessoa (receptor), apresentando-se o contratado como transmissor de informações entre o emitente e a terceira pessoa que, com ele, pretende comunicar-se. Logo, a hipótese de incidência do ICMS consistiria, para esse caso, no ato de intermediar a emissão e recepção de mensagens entre duas ou mais pessoas, podendo dar-se a percussão do imposto apenas na contingência de verificar-se uma atividade em que, por força de remuneração, um indivíduo (A) forneça condições materiais a outro indivíduo (B) a fim de que este se comunique com uma terceira pessoa (C), funcionando como transmissor da mensagem na relação comunicacional. Só será possível haver incidência do ICMS se houver um prestador de serviço intermediando a comunicação entre emissor e receptor.

4. A Atividade dos Provedores de Acesso à Internet e a Não-Incidência do ICMS

Os provedores de acesso à *Internet* têm, dentre seus objetivos sociais, viabilizar o acesso à rede de comunicação mundial - *Internet*. Nos termos da Portaria n. 148/1995, do Ministério das Comunicações, que aprovou a Norma n. 004/1995, *Internet* é o “o nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o *software* e os dados contidos nestes computadores”. Trata-se de um sistema que interliga computadores por meio dos chamados “protocolos TCP/IP”, responsáveis por uniformizar a transmissão de informações das diversas redes.

O serviço de conexão à *Internet*, por si só, não possibilita a emissão, transmissão ou recepção de informações, deixando de enquadrar-se, por isso, no conceito de serviço comunicacional. Para ter acesso à *Internet*, o usuário deve conectar-se a um sistema de telefonia ou outro meio eletrônico, e, este sim, estaria em condições de prestar o serviço de comunicação, ficando sujeito à incidência do ICMS. O provedor, portanto, precisa de uma terceira pessoa que efetue esse serviço, servindo como canal físico, para que, desse modo, fique estabelecido o vínculo comunicacional entre o usuário e a *Internet*. É esse canal físico (empresa de telefonia ou outro meio comunicacional) o verdadeiro prestador de serviço de comunicação, pois é ele quem efetua a transmissão, emissão e recepção de mensagens.

A atividade exercida pelo provedor de acesso à *Internet* configura na realidade, um “serviço de valor adicionado”: pois aproveita um meio físico de comunicação preexistente, a ele acrescentando elementos que agilizam o fenômeno comunicacional. A própria Norma n. 004/1995, aprovada pela Portaria n. 148/95, do Ministério das Comunicações, define o serviço de conexão a *Internet*, em seu item n. 3, alínea **c**. Como “serviço de valor agregado, que possibilita o acesso a *Internet* a usuários e provedores de serviços de informações” e, ao definir “serviço de valor agregado”, esclarece, nesse mesmo item, alínea **b**, tratar-se de “serviço que acrescenta a uma rede preexistente de serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilizadas específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, movimentação e recuperação de informações.”

A Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações ao definir, no art. 61, o que é o serviço de valor adicionado, registra: “Serviço de valor adicionado a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicação, que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de mensagens”. E dessa menção ao direito positivo já se percebe que o serviço de valor adicionado, embora dê suporte a um serviço de comunicação (telecomunicação), com ele não se confunde, pois seu objetivo não é a transmissão, emissão ou recepção de mensagens, o que, nos termos do § 1º, do art. 60, desse diploma legal, é

atribuição do serviço de telecomunicação. A função do provedor de acesso à *Internet* não é efetuar a comunicação, mas apenas facilitar o serviço comunicação prestado por outrem, no caso, a companhia telefônica. Aproveita uma rede de comunicação em funcionamento e a ela agrega mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações.

Vale registrar que quando assevero instalar-se o laço comunicacional mediante o fornecimento, pelo contratado (prestador de serviço), dos meios e modos necessários à transmissão e à recepção de mensagens entre o emissor (contratante) e uma terceira pessoa (receptor), não quero afirmar que o mero fornecimento de um aparelho ou serviço que facilite a comunicação seja o suficiente para caracterizar prestação de serviço comunicacional. A entender-se desse modo, estaria obrigado a concluir que quando um indivíduo "A" aluga aparelho e linha telefônica de "B", este estaria obrigado a recolher ICMS relativamente ao valor recebido em decorrência da citada locação, já que somente por meio do aparelho e da linha telefônica de propriedade de "B" é possível efetivarem-se laços comunicacionais entre "A" e outros indivíduos. Isso seria absurdo!

O exemplo acima aplica-se integralmente no caso dos provedores de acesso à *Internet*. Estes não integram o processo comunicacional, sendo sua função apenas permitir, mediante sua aparelhagem, conexão à rede. Assim como na locação de equipamentos telefônicos, o prestador de serviço de comunicação continua sendo, unicamente, a empresa de telefonia. É ela quem transmite informações entre os usuários da *Internet*, e não os provedores de acesso, que apenas agilizam a função do prestador de serviço.

Logo, ao argumentar só existir incidência do ICMS quando se verificar uma atividade em que, por força de remuneração, um indivíduo (A) forneça condições materiais a outro indivíduo (B) a fim de que este se comunique com uma terceira pessoa (C), funcionando como transmissor da mensagem na relação comunicacional, estou afirmando que o prestador do serviço é tão-somente aquele que transporta a mensagem. A idéia de prestador de serviço de comunicação está ligada, irremediavelmente, à noção de canal.

Omissis (p. 99-103).

Forçoso, ainda, destacar as conclusões a que chegaram Cláudio de Abreu e Marcos Vinícius Passarelli Prado, *in* Revista Dialética de Direito Tributário, n. 67, p. 20-22:

(...) (I) a competência para tributar todas as operações realizadas na *Internet* deve ser identificada a partir de uma análise constitucional, identificando-se os específicos campos reservados a cada ente político;

(II) no que diz respeito às operações mercantis realizadas na *Internet* e que envolvam bens corpóreos (tangíveis, que podem ser captados pelos sentidos

humanos), coisa móvel nos termos do artigo 191 do Código Comercial, não há qualquer obstáculo impeditivo ao exercício da competência tributária dos Estados, sendo as mesmas passíveis de tributação pelo ICMS;

(III) é possível que, em relação às operações de compra e venda de bens corpóreos via *Internet*, alguns detalhes procedimentais necessitem de tratamento legal específico (cumprimento de deveres acessórios). Entretanto, tal circunstância em nada atinge a competência tributária dos Estados no que diz respeito à exigência do ICMS;

(IV) os Estados podem ou não exercer essa competência tributária, como forma, até mesmo, de desenvolvimento desse setor da economia. O não-exercício momentâneo de tal aptidão legislativa em nada prejudica a exigência tributária no futuro, uma vez que dentre as características da competência tributária destaca-se a facultatividade de seu exercício;

(V) com relação aos bens não corpóreos, têm os Estados competência legislativa para tributar, por meio do ICMS, as operações onerosas nas quais os usuários da *Internet* façam download de *software*, cuja disponibilidade na rede e o cunho econômico evidenciam o caráter comercial da circulação da mercadoria;

(VI) entretanto, a ausência do suporte físico nas operações de aquisição do *software* via *download* na *Internet* impede a concretização do fato gerador do ICMS por inexistência de sua base de cálculo. Tal situação carece de tratamento legal específico, resultando, até o momento em que ocorra a devida edição legislativa, na inexigibilidade do ICMS;

(VII) grande parte dos provedores de acesso à *Internet* presta o referido serviço a título oneroso, mediante a cobrança de uma quantia mensal dos respectivos usuários, havendo a inequívoca identificação do conteúdo econômico no que diz respeito ao exercício dessa atividade, o que enseja, por parte das pessoas políticas, o ânimo de tributar essa prestação;

(VIII) o serviço prestado pelo provedor de acesso à *Internet*, que consiste em conectar o usuário à rede mundial, depende da anterior prestação de um serviço de telecomunicação (telefonia, cabo, satélite etc.), que será o sustentáculo de toda a comunicação a ser eventualmente realizada. Em outras palavras, o referido serviço de acesso é um *plus* ao serviço de telecomunicação e com este não se confunde;

(IX) a Constituição Federal em seu artigo 22, inciso IV, estabeleceu a competência privativa da União Federal para legislar sobre telecomunicações e o legislador federal exerceu a aludida competência constitucional ao editar a Lei n. 9.472, de 16 de junho de 1997, a denominada Lei Geral de Telecomunicações - LGT;

(X) o artigo 61 da LGT denominou os serviços prestados por parte dos provedores como serviço de valor adicionado, atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações - que lhe dá suporte e com o qual não se confunde

novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações;

(XI) mais adiante, a LGT, no parágrafo 1º do artigo 61, disciplinou que “serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”;

(XII) com o intuito de explicitar os referidos preceitos extraídos da LGT, destacam-se as disposições da Norma n. 004/1995, expedida pelo Ministério das Comunicações;

(XIII) identificada a natureza jurídica do serviço de acesso a provedor de *Internet* (serviço de valor adicionado), pode-se afirmar que sua tributação depende de competência a ser exercida pelos Municípios;

(XIV) o condicionamento do exercício da competência tributária municipal à prévia edição de lei complementar, nos - exatos termos previstos pelo citado art. 1.156, inciso III, da Constituição Federal, acaba por violar o princípio da autonomia dos Municípios (art. 18, *caput*, CF/1988) e, conseqüentemente, ao próprio princípio Republicano, que garante a isonomia entre os diversos entes políticos;

(XV) entretanto, não há como se desconsiderar o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, órgãos responsáveis pela palavra final em eventual demanda judicial, os quais vêm decidindo pela necessidade da edição de lei complementar para tal finalidade (conferindo, conseqüentemente, natureza taxativa à lista de serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968);

(XVI) de qualquer modo, independentemente da natureza que se dê à lista de serviços em análise (taxativa ou exemplificativa), deve, necessariamente, haver expressa previsão legal sobre os serviços que se pretende abranger na tributação pelo ISS; e

(XVII) não se pode admitir é que os Municípios procurem submeter determinados serviços à cobrança do ISS sem que haja qualquer previsão legal nesse sentido (em lei complementar ou em lei ordinária municipal) através da utilização de analogia, em ofensa ao art. 108, § 1º, do CTN e, pior ainda, ao próprio princípio da estrita legalidade em matéria tributária. (...) (p. 26-27).

Registre-se, ainda, que a lei o considera “serviço”, ao passo que o enquadramento na exação do ICMS implicaria analogia instituidora de tributo, vedado pelo art. 108, § 1º, do CTN.

Deveras, é cediço que a analogia é o primeiro instrumento de integração da legislação tributária, consoante dispõe o art. 108, § 1º do CTN. A analogia é utilizada para preencher as lacunas da norma jurídica positiva, ampliando-se

a lei a casos semelhantes. Sua aplicação, *in casu*, desmereceria aplausos, uma vez que a inclusão dos serviços de *internet* no ICMS invadiria, inexoravelmente, o terreno do princípio da legalidade ou da reserva legal que, em sede de direito tributário, preconiza que o tributo só pode ser criado ou aumentado por lei.

Vale dizer, ainda, que a cobrança de ICMS sobre serviços prestados pelo provedor de acesso à *Internet* violaria o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica - hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas - estão contidos na lei.

De outra parte, é assente no Direito Tributário o princípio da reserva legal ou da tipicidade fechada que impede a analogia que inaugura tributo. Nesse sentido confirmam-se, à guisa de exemplo, julgados desta Corte, *verbis*:

Processo Civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Imposto de Renda retido na fonte. Correção monetária. Analogia. Impossibilidade. Reserva legal.

1. Revela-se inviável a pretendida interpretação analógica do art. 5º do Decreto-Lei n. 2.354/1987, no sentido de corrigir monetariamente o valor retido do imposto de renda decorrente de aplicações financeiras, uma vez que na esteira da construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, exige-se lei que determine tal correção, vedando-se o uso de analogia. Ausência de omissão no julgado embargado.

2. Embargos de declaração rejeitados. (EDREsp n. 389.403-RS, desta relatoria, DJ de 17.2.2003).

Tributário. ISS. Serviços de monobra e de remoção. Nulidade da CDA. Ocorrência.

1. A lista de serviços é números *clausus* inadmitindo interpretação por analogia, como fez o Município para cobrar o ISS da recorrente, em flagrante violação ao princípio da legalidade tributária.

2. Recurso especial conhecido e provido por maioria. (REsp n. 401.698-ES; Relator Min. Paulo Medina, Relator p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 9.6.2003).

Tributário. Incidência. ISS. Lista de serviços bancários anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968. Impossibilidade. Analogia.

1. A lista de serviços bancários que acompanha o Decreto-Lei n. 406/1968, com as alterações do Decreto-Lei n. 834/1969 é exaustiva e não exemplificativa, não admitindo a analogia, objetivando alcançar hipóteses de incidência diversas das ali consignadas.

2. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AG n. 428.339-GO, desta relatoria, DJ de 19.4.2002).

Em suma, o serviço desenvolvido pelos provedores da *Internet* é serviço de valor adicionado - art. 61, Lei n. 9.472/1997 - o que exclui a hipótese de incidência de ICMS.

Ex positis, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O Sr. Ministro José Delgado: A tese do voto condutor do acórdão é no sentido de que os provedores de acesso à *internet* não estão sujeitos ao pagamento de ICMS, em face de realizarem serviço adicionado e não, propriamente, serviço de telecomunicação.

Ouso divergir.

A respeito do tema, ao julgar o REsp n. 323.358-PR, proferi voto que mereceu acompanhamento integral dos eminentes Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Eis o teor da mencionada decisão:

Inicialmente, registro que não cabe ao Superior Tribunal de Justiça examinar contrariedade de dispositivo constitucional (art. 155, II), visto que compete, única e exclusivamente, ao colendo Supremo Tribunal Federal a sua análise.

Da mesma forma, nos termos do art. 105, III, **a**, da Lei Maior, somente negativa de vigência à lei federal pode ser apreciada por esta Corte Superior, e não, como pretende o recorrente, que seja examinada contrariedade à Portaria Ministerial.

No entanto, com relação à alegada violação aos art. 60 e 61, da Lei n. 9.472/1997, a matéria jurídica encartada nos dispositivos legais indicadas foi devidamente debatida no acórdão recorrido, merecendo, assim, ser conhecido o apelo extremo.

Passo, pois, ao exame do recurso.

O tema enfrentado e decidido pelo acórdão consiste na interpretação dos artigos 60 e 61, da Lei n. 9.472/1997, visando à definir se os serviços prestados pelos provedores da *Internet* são de comunicações ou não.

O aresto entendeu que esse tipo de serviço não é de comunicações, pelo que sobre ele não incide o ICMS.

As razões do *decisum* em questão são as que transcrevo (279-281):

2. Vê-se dos autos que a impetrante interpôs mandado de segurança preventivo objetivando livrar-se da incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de conexão com a Internet, que executa, alegando que eles não podem ser considerados como de comunicação, nos moldes do artigo 61, da Lei n. 9.472/1997, que o define como serviço de valor adicionado.

A solução a ser dada à pendência, passa pelo saber-se se a prestação de serviços de conexão com a *Internet* são considerados como de comunicação/telecomunicação, circunstância essa que culminaria na incidência do imposto estadual, ou, se tais serviços são de valor adicionado, o que a afastaria.

Sobre o tema grassa divergência, ainda.

O Confaz pretende que a prestação do serviço de acesso à *internet* constituir-se-ia em serviço de telecomunicação, sofrendo, por isso, a incidência do ICMS.

Diante disso, impende ver-se se os serviços de acesso à *Internet* como prestados pelos provedores, define hipótese de serviço de telecomunicação.

Sabidamente, o serviço de conexão à *Internet* é um serviço de valor adicionado que possibilita o acesso dos usuários e provedores de informações à rede (Portaria n. 148/95 do Ministério das Comunicações), viabilizando como intermediário, o provedor, o ingresso do usuário à rede, pelo que não se constitui em serviço de telecomunicações ou de comunicação.

Diante disso, é inafastável que a atividade dos provedores não é fato gerador de ICMS.

Esse entendimento foi adotado por Edgard Pitta de Almeida, para quem, visto que o provedor não realiza transporte de sinais de telecomunicações, mas tão somente utiliza o sistema de transporte de sinais já existente, não há que se falar de tributação pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transportes e Comunicações - ICMS como serviço de comunicação, porque o serviço em tela não se confunde com aquele (Revista Dialética de Direito Tributário - n. 14, fls. 8).

No mesmo sentido é a posição de Fugimi Yamashita, quando disse que a *Internet*, enquanto provedor de informações, é serviço de valor adicionado, não se confundindo com o serviço de telecomunicações. Ela apenas utiliza o serviço de telecomunicações (este sim sujeito ao ICMS) para a ele adicionar uma utilidade (transmissão de informações) que não tem a natureza de comunicação. (Fugimi Yamashita, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas - 22, fls. 41).

Diante do exposto, tratando-se a *Internet* de um provedor de informações e sendo esta atividade um serviço de valor adicionado não se sujeita à incidência do ICMS.

Pelo exposto, *acordam* os desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, confirmando a sentença sob reexame.

A doutrina tem assumido posição divergente sobre o assunto.

A execução da controvérsia recursal está centrada, ao meu pensar, em um único aspecto: o de definição se o serviço prestado pelo provedor e acesso à internet tem características de comunicação. Em caso positivo, incide o ICMS, por disposição expressa do art. 155, II, da CF/1988.

No trato do assunto, considero como substancioso o estudo feito por Luciana Angeiros, publicado na obra "Internet - o Direito na Era Virtual", organizada por Luís Eduardo Schoueri, p. 238-249, quando analisou a natureza do serviço de acesso à internet prestado pelos provedores.

A autora citada escreveu, a respeito:

Vimos que a *Internet* corresponde à interligação entre diversas redes de computadores como se fossem uma só, formando um novo e poderoso veículo comunicacional, que permite a troca de informações em todo o mundo de forma ágil e barata.

O termo "provedor", que vem do verbo prover, significa "abastecer, fornecer, munir". Ao se falar em provedor, é importante distinguir o que se denomina provedor de serviço de conexão à *Internet* (PSCI), aquele que providencia o acesso do usuário, do provedor de serviços de informações (PSI), aquele que abastece a rede com informações.

Diversos são os serviços que podem ser prestados via *Internet*. O nosso estudo estará centrado na análise do serviço de conexão do usuário à *Internet*, prestado pelo provedor, ficando de fora uma gama de serviços que também podem ser prestados via *Internet* - como os serviços de e-mail, publicidade e propaganda -, os quais possibilitam o chamado comércio eletrônico (shopping virtual), assim como as diversas operações bancárias efetuadas via a *Internet*.

Para que alguém acesse a rede e passe a ter à sua disposição todo manancial de informações que se encontra disponível nas milhares de redes de computadores do mundo inteiro, é necessário, basicamente: (i) computador; (ii) linha telefônica ou outro meio de comunicação, como TV a cabo; (iii) modem; (iv) *software* específico (*Netscape Navigator*, *Internet Explorer*, dentre outros); e (v) estar conectado a um provedor de acesso à *Internet*.

Diante da interpretação que fizemos do ICMS constitucionalmente previsto - e após tentarmos desvendar a atividade efetivamente exercida pelos provedores de acesso à *Internet* - concluímos que os provedores prestam serviço de comunicação.

Os usuários (entenda-se por usuários aqueles que possuem todos os instrumentos necessários para que se dê a comunicação com a rede: computador equipado, basicamente, com um modem e *software* específico), ao pretenderem acessar a *Internet*, antes de tudo comunicam-se (tomador do serviço) com o provedor de acesso (receptor), mediante ligação telefônica. Uma vez recebida a mensagem, implicitamente, de que o usuário pretende acessar a *Internet*, o provedor (que, na maioria das vezes, é remunerado pelo serviço de acesso prestado ao seu assinante) conecta-o prontamente à *Internet*, mediante a utilização de uma rede de alta velocidade, os chamados *backbones* (grande tronco de comunicação que é a "espinha dorsal" da *Internet*).

Os provedores de acesso, tendo em vista o alto custo, normalmente não possuem *backbones*, que lhes são cedidos em parcelas pela *Embratel* ou por outra empresa.

De uma forma resumida, teríamos, em princípio, no mínimo dois fatos comunicacionais envolvendo a prestação de serviço de comunicação com a *Internet*:

1) Usuário - Provedor

(canal físico - telefonia)

2) Usuário - Provedor - *Internet*

(canal físico - telefonia) (*backbone* - fibra ótica ou outro cabo)

No fato comunicacional 1 (F1), quem presta o serviço de comunicação entre o usuário (tomador do serviço) e o provedor (receptor) é uma empresa de telefonia ou outro veículo comunicacional adequado, e o ICMS incidirá sobre a remuneração paga a empresa de telefonia pelo tomador (usuário). Esta é a conclusão a que chegaram, sem maiores divergências, todos aqueles que já analisaram essa questão.

Em síntese, o fato comunicacional 1 tem o usuário como o tomador do serviço de comunicação em relação à empresa de telefonia.

Contudo, não é só perante uma empresa de telefonia, de TV a cabo ou outro meio físico adequado que o usuário é tomador de serviço de comunicação.

No fato comunicacional 2 (F2), o usuário também é tomador do serviço, visto que contrata com o provedor a transmissão de dados seus para a *Internet*. O fato comunicacional final surge entre o usuário e a *Internet*, e é o provedor quem presta o serviço de comunicação: por seus computadores

passarão todos os dados transmitidos entre o usuário e a *Internet*, servindo de canal físico.

Em um primeiro momento, há transmissão de informação necessária ao estabelecimento da comunicação entre usuário e *Internet*. Tal dado, que consiste no endereço lógico do usuário - o denominado IP (*Internet Protocol*) - é transmitido pelo provedor à *Internet*. O endereço lógico é pressuposto para que possamos cogitar de “comunicação”, pois só a partir da sua atribuição é que o usuário passa a ser reconhecido pela *Internet*, recebendo as informações advindas da rede.

O provedor presta os serviços próprios de quem detém os meios técnicos para promover o processo comunicacional. Não conseguimos vislumbrar o serviço prestado pelo provedor como um mero *plus* à comunicação instalada entre emissor e receptor. A atividade do provedor compõe o processo comunicacional, tendente ao ato final: comunicação entre emissor e receptor.

O fato comunicacional entre usuário e *Internet*, contudo, é complexo, e pode pressupor uma prestação do serviço de comunicação não só por parte do provedor, mas também de outra(s) empresa(s) de telecomunicação. Isso porque o provedor poderá necessitar de um terceiro que lhe preste serviço de comunicação, ou seja, que lhe sirva de canal físico para que a mensagem do usuário chegue à *Internet*. Assim ocorre, por exemplo, quando o provedor não possui *backbones* para que haja conexão com a *Internet*, e necessita contratar uma empresa que lhe dê acesso a alguns canais de alta velocidade (normalmente os provedores brasileiros contratam com a *Embratel*, que cobra pelo uso dos seus *backbones*).

Neste passo, teríamos um outro fato comunicacional (anterior ao fato final) em que o provedor passaria a figurar também como tomador do serviço de comunicação perante a empresa detentora dos canais físicos de que necessita. Tal fato integra a seqüência de fatos que tendem ao fato final: a comunicação entre o emissor e o receptor.

A *Embratel*, por sua vez, pode não ser possuidora de todos os *backbones* necessários para comunicar o provedor com a Harvard University, por exemplo, no que também ela necessitará ter acesso a canais de outras empresas estrangeiras para cumprir o contrato formado perante o provedor. E assim, indeterminadamente, podem surgir diversos fatos (F1+F2+F3+F4 ...) ao longo de um único processo comunicativo, até o efetivo nascimento da relação comunicacional entre o emissor e o receptor.

A circunstância de o provedor ser tomador dos serviços da *Embratel* ou de outra empresa não quer dizer que ele deixou de estar contratualmente obrigado a transmitir dados do seu cliente à *Internet*. Numa relação ele é tomador; em outra, é prestador do serviço. Mas isso não traz maiores implicações, uma vez que um único agente pode ser, ao mesmo tempo,

tomador do serviço de comunicação, se considerarmos um determinado fato comunicacional, e prestador de serviço de comunicação, se considerarmos uma outra relação.

Conforme dissemos linhas atrás, para que haja comunicação é fundamental a existência de um emissor e de um receptor. O receptor não integra a prestação do serviço de comunicação, sendo sua presença, contudo, necessária para que a comunicação se efetive. Ademais, entre duas pessoas - emissor e receptor -, é essencial que seja compartilhado um mesmo código, na medida que a mensagem precisa ser decodificada pelo seu receptor.

A noção de serviço de comunicação tributável pelo ICMS está muito ligada à de transporte da mensagem, ou seja, de alguém que faz chegar mensagem de outrem a um terceiro. Mas não é só. Prestar serviço de comunicação consiste na atividade de colocar à disposição do cliente os meios necessários para a transmissão de informações.

É sabido que nem sempre a comunicação se realiza pessoalmente entre duas pessoas, sendo, por vezes, transmitida por terceiros que realizam função já há muito conhecida como a de um mensageiro.

O provedor é contratado por um usuário da *Internet* para ser o "mensageiro", ou seja, para transmitir dados seus à *Internet*. O fato de o provedor, por sua vez, necessitar subcontratar um outro agente que lhe sirva de canal físico de transmissão de sinais, para levar a mensagem à *Internet*, não quer dizer que deixou o provedor de servir de "mensageiro" na relação comunicacional entre o usuário e a *Internet*.

A título de exemplo, que é sempre a melhor maneira de traduzir um raciocínio, comparemos o serviço prestado por uma empresa de transporte e o serviço de um despachante.

Um empresa "A" é contratada por uma pessoa para que lhe preste serviço de transporte de móveis de sua antiga residência em São Paulo para novo endereço na Bahia. Sucede que a empresa "A" subcontrata a empresa "B" para que esta leve os móveis da sua cliente até Salvador, já que não atua no Nordeste do país. A empresa "B", por sua vez, subcontrata uma empresa "C" para que esta faça o transporte marítimo dos móveis do porto de Santos até Salvador. Pois bem. O fato de a empresa "A" ter subcontratado com "B" não afasta o nascimento de relação jurídica de direito privado entre o cliente e a empresa "A" que tem por objeto a obrigação de fazer chegar a Salvador, na Bahia, os seus bens móveis. As outras relações que eventualmente nasceram a partir do primeiro contrato não alteram a sua natureza: prestar serviço de transporte, e sobre a sua remuneração incide o ICMS.

Por outro lado, pensemos numa pessoa que é contratada para prestar serviço de despachante (previsto na lista de serviços da Lei Complementar

n. 56/1987), com o objetivo de tomar as providências necessárias ao transporte de mercadorias provenientes do exterior. O serviço do despachante não se confunde com o da empresa que faz o transporte. O despachante cuida apenas da contratação da empresa de transporte, dos documentos necessários, verifica e agiliza o cumprimento do serviço, tudo, enfim, que seja necessário para que o serviço de transporte das mercadorias, prestado por um terceiro, ocorra em favor do seu cliente.

O serviço de acesso prestado pelo provedor não se restringe apenas a agilizar, facilitar, maximizar a atividade comunicativa entre duas partes, mas efetivamente, promover a comunicação. O serviço de comunicação prestado pelo provedor ao seu cliente assemelha-se ao exemplo da transportadora, que continua prestando serviço de transporte ao seu cliente, ainda que não o faça pessoalmente durante todo o itinerário. É de se concluir, portanto, que se diversas pessoas compõem o *iter* comunicacional para transmitir a mensagem em alguma etapa definida do processo, tais pessoas prestam serviços de comunicação. Assim, todos aqueles que, reconhecidamente, estiverem envolvidos no processo comunicacional de forma a prestar serviço que possibilite a transmissão da mensagem do emissor para o receptor, de acordo com o nosso ponto de vista, prestam serviços de comunicação. Enfim, qualquer serviço prestado por um terceiro visando a permitir, proporcionar e viabilizar a comunicação, desde que tenha conteúdo patrimonial, sofre a incidência do ICMS. No caso específico da comunicação com a *Internet*, ainda hoje é comum que mais de uma pessoa preste serviço de comunicação, considerando que é raro uma única empresa de provedores possuir todos os meios necessários para transmitir a mensagem.

Com o passar do tempo, a tendência é que uma empresa seja, ao mesmo tempo, detentora dos cabos que ligam o usuário ao provedor e provedora de acesso, além de também ser dona dos *backbones* que a conectam diretamente com a *Internet*, sem precisar contratar canais da *Embratel* ou de outra empresa. Nesta hipótese, entendemos que o provedor estaria claramente prestando sozinho o serviço de comunicação, aí incluído o de telecomunicação.

Enfim, mediante transmissão por canais próprios - ou não -, o provedor é quem recebe a mensagem com a incumbência de passá-la adiante, com destino à *Internet*, servindo de "mensageiro", vale dizer, de terceira pessoa que se obriga a levar a mensagem do usuário até a *Internet*.

É o provedor, repita-se, que fornece um endereço ao usuário, assim como é ele que faz o "roteamento", isto é, que tem os meios próprios para encontrar o melhor caminho para levar o endereço do seu cliente aos computadores da *Internet*.

Vejamos o entendimento de Clélio Chiesa:

Os serviços dos prestadores de acesso consistem primordialmente em realizar o “roteamento” da ligação telefônica por canais contratados da *Embratel*, proporcionando a interligação dos seus clientes à rede. É o elo de ligação dos usuários ao mundo virtual da *Internet*, possibilitando que seu cliente mantenha uma comunicação com os demais usuários e banco de dados disponíveis na rede.

Com esse aparato de *hardwares* e *softwares*, que viabilizam a entrada do usuário à rede, outros serviços são prestados pelos provedores, tais como a dinamização de informações, controle do tempo de conexão, fornecimento de caixa postal para o recebimento de mensagens.

Nota-se que os provedores de acesso não realizam o transporte de sinais de comunicação, mas utilizam-se dos sistemas de transporte já existentes para o fim de estabelecer o elo de ligação do usuário com a *Internet*. Há, portanto, dois serviços distintos: um de transporte de sinais, viabilizado pelas empresas de telecomunicações, e outro proporcionado pelos provedores de acesso, representado pela conexão do usuário à *Internet*.

(...)

Os serviços prestados pelos provedores de acesso à *Internet* caracterizam-se como serviços de monitoramento do acesso do usuário à rede, colocando à disposição do cliente equipamentos e *softwares* que irão facilitar sua navegação pelo sistema, além de outros serviços, tais como armazenamento de informações, contagem do tempo de uso; porém nenhum destes consiste em dar condições para que a comunicação se efetive, pois ambos, tanto o usuário quanto o provedor, são tomadores do serviço de comunicação, que é prestado pelas concessionárias dos serviços de telecomunicações.

Em que pese o autor ter concluído de forma diversa da nossa, reconhece que o provedor, enquanto usuário do serviços de telecomunicações, é o elo entre o usuário e a *Internet*, possibilitando a manutenção da comunicação entre as partes.

Na mesma linha, abalizada doutrina - defendida, dentre outros, por Roque Antônio Carraza, José Eduardo Soares de Melo e José Wilson Ferreira Sobrinho - admite que o provedor é elemento de ligação entre o usuário e *Internet*, mas conclui que não presta serviço de comunicação, uma vez que é tomador do serviço de telecomunicação.

Contudo, a constatação de ser o provedor usuário do serviço de telecomunicações, para nós, não é fator concludente da natureza do serviço prestado pelo provedor ao seu cliente. O serviço de comunicação não se confunde com o serviço de telecomunicação, que pode ser realizado por empresa diversa.

Atualmente, o mais comum é o provedor não possuir todos os canais necessários para que a comunicação ocorra, os quais lhe são fornecidos por empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações. Sucede que os sinais transmitidos pela empresa concessionária de telecomunicações são fornecidos pelo provedor, restando evidente que o serviço por ele prestado é essencial à comunicação.

Sem nos preocuparmos com um rigor técnico, resumiríamos dizendo que o provedor concede ao seu cliente um dado necessário para que a comunicação se realize: um código, um endereço que, como a própria palavra já indica, identifica o receptor da mensagem e informa para onde ela deverá ser encaminhada. O provedor também faz o “roteamento” da ligação, ou seja, procura qual o melhor caminho para se conectar a outros computadores da rede. Assim, claro está que somente a existência do serviço prestado pelas “teles” - canal físico - não é suficiente, sendo que o serviço do provedor é da mesma forma imprescindível para que se perfaça o *iter* comunicacional entre as partes.

Na preciosa contribuição de Marco Aurélio Greco:

Todo aquele que pretenda se conectar à *Internet*, para ser reconhecido na rede e poder enviar e receber mensagens precisa se utilizar de um endereço lógico. (...) Neste contexto surge a figura do provedor de acesso à *Internet* pois, em função de convenções de âmbito internacional, definiu-se um padrão de endereços (os 4 conjuntos de números) e atribuindo-se a cada país um grupo de endereços. Por sua vez, uma entidade responsável em cada país (no Brasil, a Fapesp) atribui faixas de endereços lógicos a cada entidade que pretenda ser provedor de acesso à *Internet*. (...) é atribuído ao usuário, pelo provedor, um endereço lógico que irá permitir que ele seja reconhecido pelos demais.

Verifica-se, pois, que o provedor presta serviço essencial para que a comunicação exista, uma vez que, antes de tudo, é através dele que exsurge a figura do receptor. Mas só isso não basta. É óbvio que, se ele fornece o endereço lógico ao seu usuário, mas o canal físico para o transporte desta rede não se estabelece - ou se, por absurdo, não houvesse mensagem a ser transmitida pelo emissor (*Internet*) ou esta não pudesse ser decodificada pelo receptor -, não haveria comunicação, que pressupõe a presença de todos estes elementos juntos.

Com efeito, sem a presença de todos os elementos - emissor/canal/mensagem/código/receptor - não há, efetivamente, comunicação. Idéia esta, aliás, que precisa ficar muito clara na discussão desta questão e de tantas outras (em sua maioria decorrentes do surgimento dos modernos

meios de comunicação) que pressupõem a análise do conteúdo semântico do vocábulo “comunicação”.

Vejamus a oportuna colocação de Paulo de Barros Carvalho sobre “comunicação”:

Importa enfatizar que podemos, perfeitamente, isolar os elementos que a compõem, numa proposta de feição analítica, a despeito de ser a comunicação una, significa dizer, um processo que se não constitui de elementos separáveis de todos os demais, ou de acontecimentos afastados do contexto em que se verificam. Pela abstração, exemplifica Lourival Vilnova, é possível, numa maçã, considerarmos em separado sua cor, forma, peso e cheiro, efetuando, assim, uma separação abstrata. Mediante esse recurso, separa-se o inseparável, sendo possível empregá-lo sempre que pretendemos aprofundar o exame de determinado objeto. Foi o que fizemos, a fim de proporcionar melhor compreensão da estrutura comunicacional.

É bem verdade que, normalmente, o provedor, para ver instalada a comunicação do seu cliente com a rede, necessita de um terceiro que sirva de canal transmissor. Isso, contudo, não quer dizer que também ele, provedor de acesso, deixe de estar prestando um serviço de comunicação entre o usuário e a *Internet*. É o provedor, através do canal físico adequado, que deve levar um dado do seu cliente à *Internet*, bem como permitir ao seu cliente receber mensagens da rede. Portanto, trata-se de terceiro que tem uma obrigação contratual de fazer a conexão entre o usuário e a *Internet*, e que fornece condições materiais para que a comunicação ocorra. É importante reiterar que todos os dados trocados entre usuário e rede passam pelo provedor; o qual, por isso, necessariamente presta serviço de comunicação.

A empresa de telefonia, de TV a cabo, a *Embratel* ou outra empresa que detenha os meios adequados para transmitir informações prestam serviço de comunicação, especificamente de telecomunicação. Por sua vez, a Constituição Federal, em seu artigo 155, II, em momento algum diz que o ICMS incide sobre a prestação de serviço de telecomunicações, de modo que não há razão para se cogitar de limitação ao campo impositivo do imposto.

Vale dizer, ainda, que a Lei n. 9.472/1997, conhecida como a Lei Geral de Telecomunicações, não é suficiente para solucionar e encerrar a questão ora em discussão.

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

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

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

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

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

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

É verdade que o provedor de acesso coloca à disposição dos seus clientes diversos equipamentos, programas, *softwares*, *hardwares*, tudo, enfim, que facilite, melhore e amplie o fluxo de informações, dando agilidade aos serviços disponibilizados pelo provedor. Andou bem o legislador ao estabelecer que tais recursos tecnológicos, que apenas “ajudam” na comunicação, não configuram “prestação de serviços de telecomunicação”, com o que estamos de acordo.

Ocorre que o provedor de acesso não presta apenas um serviço de valor adicionado, não é um mero *plus* à comunicação. Antes de tudo, é parte integrante do processo comunicacional; está relacionado com o canal físico, sendo o responsável por levar um dado do seu cliente à *Internet*, bem como por manter a comunicação entre o emissor (*Internet*) e o receptor (usuário) através de seus computadores.

É oportuno esclarecer que não nos parece coerente a idéia propugnada por alguns autores no sentido de que, em vista dos provedores nunca terem necessitado obter concessão para realizar seus serviços, estaria reforçada a idéia de que não há prestação de serviço de comunicação.

Descabe qualquer indagação acerca de os provedores não serem todas empresas concessionárias de serviço público. Primeiro, porque a Constituição não limita a incidência do ICMS aos serviços de telecomunicação, mas sim aos serviços de comunicação, conceito que, a nosso ver, engloba a telecomunicação e qualquer outra modalidade comunicacional. Segundo, porque o legislador constituinte estabelece que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações e de radiodifusão.

Ora, consente o entendimento de que os provedores, em sua maioria, não prestam serviços de telecomunicações. A grande dúvida que se tem apresentado é se o provedor de acesso presta serviço de comunicação, ou seja, se é parte integrante, essencial e necessária para viabilizar o processo comunicacional entre o usuário e a *Internet*, permitindo - ou não - a troca de mensagem entre ambos.

Quando o cliente contrata um provedor para, mediante pagamento, viabilizar sua comunicação com a *Internet* - e é esta a relação que nos propusemos analisar, ainda que saibamos que a conexão possa ocorrer de outras formas -, o fato de o serviço de telecomunicações ser também indispensável não corresponde a afirmar que o serviço prestado pelo provedor não o é, e nem sequer que não seria serviço de comunicação. Conforme restou pontificado linhas atrás, entendemos que a relação comunicacional com a *Internet*, já por representar uma grande rede de computadores interligados, é complexa e muito dificilmente se perfaz com um único ato ou fato praticado pelo prestador do serviço. O provedor presta serviço de comunicação, pois detém meios e modos que viabilizam a comunicação, ainda que não todos, como linhas telefônicas, cabos, fibras óticas (*backbones*), estas também fundamentais para a conexão com a grande rede.

Assim, deixemos claro que o cliente contrata o provedor para que ele possibilite a sua comunicação com a *Internet*. Se o provedor contrata outra pessoa que detém os meios físicos (cabos, fibras óticas, linha telefônica, etc.) para transmitir a mensagem - serviço de (tele)comunicação -, porque não os possui, isso não quer dizer que o primeiro deixou de prestar o serviço de comunicação ao seu cliente.

O provedor de acesso é, sem dúvida, o elo de ligação entre o usuário e a rede, que permanece constante durante toda a relação comunicacional, donde concluímos que se sujeita ao recolhimento do ICMS.

A conclusão que acabo de registrar harmoniza-se com o entendimento manifestado pelo Fisco, em resposta oferecida ao consultado pela recorrida, conforme está às fls. 53-57:

O Setor Consultivo desta Secretaria, já através da Consulta n. 168, de 13 de agosto de 1996, manifestou-se de que é devido o ICMS nas prestações de serviços via *internet*, sendo o mesmo considerado serviço de comunicação.

Tal entendimento foi corroborado pelo Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que expediu o Parecer PGFN/CAT/N. 2.042/1997, de 5 de dezembro de 1997, em razão do questionamento referente à incidência do ICMS nos serviços de comunicação via *internet*, no Brasil, por intermédio do Memorando n. 36-SE-CONFAZ/COTEPE/ICMS, do qual transcrevemos o que segue:

1. É costume desta Procuradoria Geral antes de seu pronunciamento final, a oitiva dos órgãos técnicos com a finalidade de se obter os elementos necessários à uma correta interpretação do tema objeto de estudo. Dessa forma, o presente questionamento foi previamente enviado ao Ministério das Comunicações para que este informasse se a *internet* é ou não serviço de comunicação, quais os ônus incidentes sobre o serviço, como se faz a ligação entre o servidor e o usuário e o que é necessário para que alguém se habilite como servidor. Em resposta o Sr. Ministro de Estado das Comunicações subscreve o Aviso n. 173/MC informando que:

Com relação ao assunto, informo a Vossa Excelência que a comunicação via *internet* constitui serviço de valor adicionado não sendo considerada serviço de telecomunicações (§ 1º do art. 61 da Lei n. 472, de 16 de julho de 1977).

Esclareço, ainda, que o serviço de valor adicionado apoia-se em um serviço de telecomunicações específico, que lhe dá suporte, como o telefônico, que já é tributado objeto pelo ICMS.

2. A Lei n. 9.295, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, conceitua Serviço de Valor Adicionado dizendo em seu art. 10:

Art. 10. É assegurada a qualquer interessado na prestação de Serviço de Valor Adicionado a utilização da rede pública de telecomunicações.

Parágrafo único. Serviço de Valor Adicionado é a atividade caracterizada pelo acréscimo de recursos a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação e recuperação de informações, não caracterizando exploração de serviço de telecomunicações.

3. O suporte Constitucional para a cobrança do ICMS está no inciso II do art. 155, *verbis*:

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

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

4. A Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, ao dispor sobre o mencionado tributo estabeleceu, no seu art. 2º, a incidência do imposto sobre “prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.”

5. Fica claro que a incidência ou não do imposto se refere à prestação do serviço oneroso de comunicação, ou seja, o caráter comercial é preponderante para enquadramento na regra matriz de incidência. O Prof. Roque Antônio Carrazza (“O ICMS na Constituição”, Malheiros, p. 71) assevera que o “ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sob a relação comunicativa”, isto é, a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra.

Isto é feito mediante a instalação de microfones, caixas de som, telefones, radiotransmissores etc. Tudo enfim, que faz parte da infraestrutura mecânica, eletrônica necessárias à comunicação.

O serviço de comunicação tributável por meio de ICMS se perfaz com a colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens. Embora o sistema seja arcaico, um serviço de pombos-correio postos a disposição de uma pessoa (física ou jurídica), para a transmissão ou recepção de mensagens, pode perfeitamente ser tributado pelo ICMS.

São irrelevantes para fins de ICMS, tanto a transmissão em si mesma considerada (“relação comunicativa”), como conteúdo da mensagem transmitida.

É que os participantes da relação comunicativa (“v.g.” os locutores esportivos) não prestam serviços nem uns para os outros nem para terceiros. Eles simplesmente comunicam.

Situação diversa ocorre quando pessoa (física ou jurídica) mantém em funcionamento o sistema de comunicações, consistente em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélites etc.

Agora, sim: há uma relação negocial entre o prestador e o usuário, que possibilita, a este último, a comunicação. É o quanto basta para que o ICMS incida. Mesmo que o usuário mantenha os equipamentos desligados”.

6. O deslinde da questão aqui analisada está justamente em saber se o serviço prestado pelos provedores da *internet* é ou não de comunicação, ou seja, se os provedores fornecem aquele suporte - condições materiais - para que a comunicação ocorra. Para tanto faz-se necessário um exame da espécie de serviço prestado pelos provedores.

7. Preliminarmente consignamos que todas as informações a respeito da *internet* e dos provedores de acesso são provenientes de documento elaborado pela *Embratel*, destinado a orientar clientes interessados em fornecer o serviço.

8. Esclarece o documento que a *internet* é uma “rede de redes”, centenas de milhares de computadores estão interligados e, a cada dia, mais sistemas estão se associando a ela. A grande “rede das redes” não pertence a ninguém, as partes integrantes podem pertencer a alguma empresa ou a um País, mas a rede em conjunto não possui titularidade. Embora a *internet* em si não tenha sido criada para fins comerciais, antes para fins de segurança, educação e pesquisa, é cada vez maior a demanda e o interesse por acessos comerciais, seja para uso pessoal ou corporativo. Em função disso, existem empresas que fornecem acessos comerciais à *internet* e que são denominados “*internet service providers*” (no Brasil a *Embratel* é a primeira “*Internet service provider*”).

9. São enumeradas como facilidades disponíveis na *internet* a disseminação e a troca de informações nas suas mais diversas formas, destacando-se:

Eletronic mail - mensagem de texto, digitada de um teclado de computador e enviada a outro usuário, através da rede. O e-mail possibilita, também, a participação em listas de debates (*mailing lists*), que são fóruns de discussões não interativos.

New groups - mensagens enviadas a um grupo de pessoas ao mesmo tempo, por intermédio de um sistema chamado Usenet.

FTP - transferência de arquivos; e

Chat - mais conhecido como “bate-papo”. A rede possui diversos sistemas que possibilitam o intercâmbio de informações, as mais diversas, entre duas ou mais pessoas.

10. Além dessas facilidades os provedores disponibilizam na rede espaço para seus clientes confeccionarem sua própria *home page*.

11. Para participar da *internet* cada país costuma possuir estruturas de rede (*backbones*) com conectividade através do protocolo TC/IP - *transmission Control Protocol/Internet/Protocol*, às quais se interligam centenas ou milhares de outras redes. Os *backbones* nacionais, por sua vez, são conectados entre si e aos *backbones* de outros países, compondo assim, uma gigantesca rede mundial. A partir de 1993 iniciou-se a exploração comercial da rede, com a sua abertura ao setor privado. No Brasil o acesso de seu a partir de 1995. É preciso frisar que para fins de verificar a incidência ou não do imposto, uma vez que este somente incide sobre a comunicação onerosa, nos detemos unicamente no aspecto comercial da rede.

12. Provedores de acesso são empresas ou entidades que mantêm a infra-estrutura de comunicações necessária para que o usuário final, ou outros provedores de serviço de acesso, possam conectar-se à *internet*. Um provedor desse tipo liga-se a uma rede estadual ou a um *backbone* nacional da *internet*, repassando conectividade IP a instituições ou pessoas físicas. Com a finalidade de oferecer acesso o provedor precisa alugar linhas de comunicação de dados de operadoras telefônicas, que permitirão sua conexão ao ponto de presença mais próximo. Deverá, ainda, manter equipamentos que permitam diversos tipos de conexão e acesso tais como roteadores, servidores comunicações e modems, além de computadores e programas adequados ao gerenciamento de todo o sistema. Por sua vez, os usuários poderão conectar-se por meio de linhas telefônicas comuns (acesso discado) ou por linhas dedicados (IP dedicado).

13. O provedor de informações coleta, mantém e organiza informações de caráter geral ou particular e as disponibiliza para acesso através da *internet*. Este provedor pode estar conectado a um *backbone* ou a um provedor de acesso através de IP dedicado, roteador e um sistema servidor *internet*.

14. Segundo Aurélio Buarque de Holanda comunicação, do *latim communicatione*, além do "ato ou efeito de emitir, transmitir e receber mensagens por meio de métodos e/ou processos convencionados, que através da linguagem falada ou escrita, quer de outros sinais, signos ou símbolos, quer de aparelhamento técnico especializado, sonoro e/ou visual" é a "transmissão de informações de um ponto a outro por meio de sinais em fios, ou de ondas eletromagnéticas". Mais adiante, no verbete comunicar, encontramos a ação de "por em contato ou relação; estabelecer comunicação entre; ligar, unir".

15. Sem dúvida podemos afirmar que quando o usuário consegue fazer conexão com a grande "rede das redes" está se comunicando com pessoas determinadas ou com um universo indeterminável

de pessoas e informações que estão a seu dispor. Isto pode se dar através dos *chats*, e-mail ou *new groups*, ou, ainda, através de outros recursos encontrados na *internet* como esclarecido anteriormente (item n. 11).

16. A comunicação objeto da tributação, conforme já explicitado, é aquela que acarreta ônus ao usuário, ou seja, aquela em que o terceiro paga para poder emitir, transmitir e receber mensagens. Nesse caso o comunicador é precisamente o provedor, pois a ele é atribuído o mister de promover a interligação entre dois pontos. No estudo em pauta a interligação se faz entre o usuário e a rede *internet*. Fica fora do âmbito da tributação a comunicação gratuita, que não guarda correlação comercial.

17. A interligação entre o usuário e o seu provedor é efetivada através da rede pública de telecomunicações. Por sua vez, o prestador de serviços *internet* se utiliza de canal contratado da *Embratel* e esta faz a ligação internacional, possibilitando o acesso à *internet*. A utilização da rede pública de telecomunicações, através do telefone, já está no campo de incidência do ICMS. Com efeito, todos pagamos a alíquota de 25% pelo uso deste meio de comunicação. O que se propugna agora não é mais uma tributação sobre o serviço de telecomunicações; trata-se, na verdade, do aparecimento de um novo fato imponible na relação jurídico-tributária. Essa nova etapa corresponde ao elo que permite a comunicação. É o fornecimento das condições materiais para que a comunicação ocorra, conforme Carrazza, com supedâneo em uma relação comercial entre usuário e prestador de serviço, *in casu*, o provedor, possibilitando a comunicação.

18. O Ministério das Comunicações informou que o provedor realiza um serviço de valor adicionado, que, segundo a Lei n. 9.295/1996 não é serviço de telecomunicações mas que se caracteriza por acrescentar a este recursos, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação, e recuperação de informações, ou seja, o provedor possui os meios que possibilitam o perfazimento da comunicação. É preciso que fique claro que sem a estrutura, que só o provedor possui, não é possível a realização da comunicação via *internet*. O fato tributável não é simplesmente estar a informação à disposição do cliente mas tornar possível a ocorrência da relação comunicativa. O provedor cria uma estrutura adicional ao serviço de telecomunicações aperfeiçoando-o no sentido de promover a interligação entre dois pontos.

19. Toda a estrutura que o provedor possui é voltada unicamente à finalidade de realização da comunicação via *internet*. O fato de

alguém ter acesso a um terminal telefônico comum e, através dele, à rede pública de telecomunicações, não constitui, por si só, a possibilidade de interligação à *internet*. O serviço oferecido pelo provedor é absolutamente necessário para que a comunicação ocorra por intermédio desse meio.

20. Dessa forma, chegamos à conclusão de que serviço de comunicação via *internet* está alcançado pela norma do art. 155, II da Constituição. O provedor, até então, vinha recolhendo o ISS, segundo informações da Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede *Internet* - Abranet, em correspondência enviada ao Conselho Técnico Permanente do ICMS - Cotepe. No entanto, sabemos que uma vez comprovado que a prestação do serviço está no âmbito do imposto estadual fica afastada, automaticamente, a cobrança do imposto municipal, uma vez que nos termos do art. 156, III, da vigente Constituição, o âmbito do ISS compreende os serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária estadual.

21. Diante de todo o exposto é forçoso concluir que o serviço prestado pelos provedores de acesso e informações, desde que tenham caráter oneroso (negocial/comercial), estão incluídos na hipótese descrita no inciso III do art. 2º da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, na modalidade serviço de comunicação.

Assim, relativamente ao primeiro questionamento, responde-se afirmativamente.

Quanto à segunda indagação, no que diz respeito à manifestação do Confaz - Conselho Nacional de Política Fazendária sobre este assunto, esclarecemos que foi aquele colegiado quem solicitou a análise da matéria por parte da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e, posteriormente, através da Secretaria Executiva, encaminhou a todos os Estados. Relativamente ao crédito, o ICMS é um imposto não cumulativo, podendo, portanto, ser abatido dos débitos decorrentes da prestação de serviços via *internet*, como bem dispõem os arts. 23 e 24 da Lei n. 11.580/1996, *in verbis*:

Art. 23. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade federada, apurado por um dos seguintes critérios:

Art. 24. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao contribuinte o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a

entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

§ 2º O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento.

§ 3º Na hipótese do art. 11 far-se-á a complementação ou a restituição das quantias pagas com insuficiência ou excesso, respectivamente.

§ 4º Além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo e no anterior, os créditos resultantes de operações de que decorra entrada de mercadorias destinadas ao ativo permanente serão objeto de controle na forma estabelecida em decreto do Poder Executivo, para aplicação do disposto no art. 29, §§ 5º, 6º e 7º.

§ 5º Operações tributadas, posteriores às saídas de que trata o art. 27, incisos II e III, dão ao estabelecimento que as praticar direito a creditar-se do imposto cobrado nas operações anteriores às isentas ou não tributadas sempre que a saída isenta ou não tributada seja relativa a produtos agropecuários.

Diante do exposto, em razão da determinação contida no art. 607 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n. 2.736/1996 tem a consulente o prazo de 15 dias, a partir da ciência desta, para adequar o seu procedimento ao ora exposto.

Igual entendimento é seguido por Marco Aurélio Greco, conforme está exposto em livro de sua autoria "Internet e Direito", Edit. Dialética, p. 123-137, cujos termos, pela objetividade e precisão apresentadas, merecem transcrição:

Não me parece haver maiores discussões quanto à circunstância de o provimento de acesso à *Internet* configurar uma prestação de serviço. Não é uma atividade que corresponda à negociação que tenha por objeto bens móveis, nem mercadorias (sem aqui entrar no debate espinhoso quanto a saber se, por exemplo, tais conceitos alcançam a figura do *software*).

Seja qual for o critério adotado para definir "serviço" (o da atividade realizada ou da utilidade fornecida) não vejo como deixar de reconhecer

haver prestação de serviço no provimento de acesso. Com efeito, trata-se de prestação de caráter imaterial a alguém (critério da atividade) ao mesmo tempo em que existe a fruição de uma utilidade pelo internauta consistente na possibilidade de viabilizar a transmissão de mensagens com mobilidade, agilidade, menor custo etc. (critério da utilidade).

O grande debate não está focado na circunstância de o provimento de acesso ser, ou não, prestação de serviço. O debate está em saber se este serviço tem a natureza de um serviço de “comunicação” ou de um serviço “de outra natureza” pois, no primeiro caso, estará alcançado pelo âmbito de incidência do ICMS enquanto, no segundo, a competência será municipal, se tal serviço puder ser enquadrado em algum dos itens da Lista de Serviços tributáveis pelo ISS.

Neste aspecto, importante é sublinhar que a Constituição Federal, ao atribuir competência tributária aos Municípios prevê que a eles cabe instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, “não compreendidos no art. 155, II”. Isto quer dizer que, na busca do enquadramento tributário da figura, cumpre inicialmente perguntar se tal serviço está abrangido pelo inciso II, do artigo 155 e só se a resposta for negativa, caberá examinar a Lista dos serviços que podem ser alcançados pelo ISS.

Daí então a pergunta crucial: o serviço de provimento de acesso à *Internet* é um serviço de comunicação?

4.3. Serviço de Comunicação - Distinção Necessária

Para identificar o que vem a ser um serviço de comunicação, creio ser relevante proceder a uma distinção ao mesmo tempo lógica e útil.

Trata-se de reconhecer que, no âmbito do conjunto de atividades que podem ser conceituadas como de “comunicação”, de um lado existem as mensagens, enquanto, de outro lado, existe o meio pelo qual tais mensagens transitam. Ou seja, cumpre distinguir entre (a) as mensagens, consistentes no conteúdo transmitido através de algum meio, (b) do próprio meio pelo qual sua transmissão se viabiliza. Meio, aqui, tem o sentido de aparato físico ou lógico para a transmissão de mensagens. Assim, há atividades que têm por conteúdo as mensagens em si, enquanto outras têm o meio como seu objeto precípua. Quem tem determinada mensagem a transmitir ou receber, ou a entrega diretamente ou vai procurar se utilizar de algum meio para tanto.

Assim, critério fundamental para a identificação do que configura serviço de comunicação é reconhecer que este só diz respeito ao fornecimento dos meios para a transmissão ou recebimento de mensagens e não ao seu próprio conteúdo.

Neste ponto, cumpre apontar uma outra distinção ligada a esta constatação. Trata-se de reconhecer que não se pode confundir o “comunicar-

se” com o “prestar serviço de comunicação”. Quem transmite mensagens próprias a outrem está se comunicando com a outra pessoa; neste caso, não presta serviços a ninguém. Prestador do serviço de comunicação é aquele que fornece os respectivos meios para a comunicação, assim entendidos não apenas aqueles necessários ao transporte das mensagens, mas também aqueles que tornam possível a instauração de uma relação comunicativa, tais como interfaces, dispositivos, equipamentos etc. Em outras palavras, presta serviço de comunicação quem fornece o “ambiente de comunicação”. Assim, em função da diversidade de meios, podem existir distintos tipos de serviço de comunicação.

Deste ângulo, então, o prestador do serviço de comunicação é um “terceiro” em relação à própria comunicação (formada pelas mensagens). Assim, aquele que tiver um meio próprio e transmitir mensagens próprias, também não estará prestando serviço de comunicação.

Situação semelhante ocorreu no passado quando, ainda sob a vigência da Constituição de 1967, discutiu-se se o imposto federal sobre serviços de transporte poderia incidir sobre o transporte de “carga própria”. O pronunciamento pacífico da jurisprudência foi no sentido de repelir tal exigência, pois quem transporta carga própria não presta serviço a si mesmo. O mesmo se diga em relação à incidência sobre serviços de comunicação; quem transmite em meio próprio mensagens próprias não presta serviço de comunicação, apenas se comunica.

Neste ponto, coloca-se a questão central que é objeto deste estudo. Sabido que a prestação do serviço de comunicação está ligada ao fornecimento de meios para a viabilização do fluxo de mensagens, a pergunta que surge é se o provimento de acesso à *Internet* implica no fornecimento de meios com a criação de um tipo de serviço de comunicação que não seja já fornecido pelas empresas de telefonia, e se instaura um novo “ambiente” no qual a relação comunicativa vai se desenvolver. Em outras palavras, o meio de transmissão de mensagens, o “ambiente” viabilizado pela *Internet* é diferente do fornecido pela telefonia? Se houver o fornecimento de um meio diferente, haverá prestação de serviço de comunicação e, por conseqüência, o serviço estará sujeito à incidência do ICMS; se não houver fornecimento de um novo meio de comunicação, não estará abrangido pela norma do inciso II do artigo 155 da CF/1988 e, por conseqüência, poderá, em princípio ser alcançado pelo ISS municipal, se a Lei Complementar o tiver previsto.

Responder a esta pergunta supõe uma análise de caráter técnico quanto às peculiaridades da *Internet* e da maneira pela qual as mensagens nela circulam, tendo em conta as características do respectivo meio.

4.4. *Internet* e Transmissão em “Pacotes”

Óbvio é a afirmação de que a *Internet* é uma rede. Porém, não tão óbvias são as conseqüências desta afirmação. Historicamente, a *Internet*

nasceu a partir de uma rede denominada Arpanet, criada nos Estados Unidos, que correspondia a um sistema concebido por razões de segurança militar. Seu conceito básico era o de que, na eventualidade de ocorrer o comprometimento a uma parte da Rede, o restante não deveria ser afetado, continuando a funcionar normalmente.

Em função desta concepção, surgiram duas idéias fundamentais. A primeira é a de considerar a rede em si, de modo que cada ponto da rede fosse identificado pelos demais em função da sua posição relativa do conjunto (X é o terminal 27, Y é o 92 e assim por diante). A segunda está ligada ao modo de transmissão das mensagens. Assim, havendo o comprometimento de um dos elementos da rede, isto não poderia acarretar a perda da mensagem inteira que deveria encontrar um caminho alternativo para chegar ao destino.

Para que não houvesse perda integral da mensagem, criou-se a denominada transmissão por *packet-switching*. Esta característica pode ser resumidamente exposta da seguinte maneira. Ao invés de enviar a mensagem em bloco (como se fosse uma carta) os equipamentos eletrônicos fracionam a mensagem em pedaços (os “pacotes”) enviando cada um deles pelo caminho dentro da rede que estiver disponível, vale dizer que não esteja comprometido. Dentre outras instruções, nestes pacotes há a indicação do número de pacotes de que é formada a mensagem como um todo, bem como a seqüência em que cada um dos pacotes deve ser colocado para “montar o quebra cabeça”. Ao chegar ao destino um pacote, o destinatário sabe que está a caminho a mensagem de determinado tamanho formada por certo número de pacotes, que só estará completa quando chegarem todos os pacotes; recebido o pacote, o destinatário responde ao remetente informando o que já recebeu e aguarda pelos pacotes subseqüentes e assim por diante.

Este sistema (singelamente exposto) transforma o que seria uma comunicação por fluxo contínuo (como a telefônica) em comunicação fracionada (por pacotes), além de criar um mecanismo de controle de erro, pois a mensagem só é considerada “recebida” se todos os pacotes chegarem ao destinatário.

4.5. A Rede e seus Componentes.

A *Internet* não corresponde a uma entidade determinada, nem a um certo local físico em que se realizam as respectivas operações, nem um específico veículo de transporte de mensagens que possa ser segmentado. Trata-se, efetivamente, de uma rede vista como um “sistema”. Dizer que corresponde a um sistema significa reconhecer que nela é possível identificar um conjunto de elementos (o repertório do sistema) e um conjunto de regras que determinam o relacionamento entre tais componentes (sua estrutura).

No âmbito da *Internet*, vista como uma rede e sob o ângulo do sistema, podem ser identificados quatro elementos que a formam:

a) conjunto de dispositivos ligados - nesta categoria encontram-se os computadores, roteadores etc. que, embora não estejam todos diretamente ligados a todos os outros, encontram-se conectados de forma que todos podem, em princípio, acessar ou enviar mensagens a todos os demais (se não diretamente, pelo menos indiretamente através dos demais);

b) meio físico - que liga os dispositivos entre si; nesta categoria incluem-se os cabos, os satélites etc.;

c) determinada linguagem - que permite aos equipamentos entenderem as instruções e procedimentos a serem realizados; e

d) endereço lógico - que indica qual a posição que cada um dos componentes tem no conjunto da rede como um todo. Tratando-se de uma rede formada por equipamentos, cada equipamento deve possuir um endereço lógico (não é um endereço físico) que permite que ele seja encontrado e reconhecido pelos demais dispositivos da Rede. Uma vez encontrado e reconhecido, isto viabiliza a transmissão de informações de um endereço para outro endereço.

A circunstância de a rede ser estruturada a partir de endereços lógicos e não de endereços físicos traz conseqüências da maior importância.

4.6. A Atribuição de Endereços Lógicos.

Dizer que a rede é formada por endereços lógicos significa que a posição de cada operador ou usuário da rede é definida como uma posição interna à própria rede sem haver vinculação necessária com determinado local físico. Assim, um endereço lógico seria o mesmo que dizer que alguém está "na sala 1.207 do 12º andar", sem fazer referência à rua ou avenida em que se encontra o respectivo prédio. Atualmente, o endereço lógico é identificado por um número, formado pela reunião de quatro subconjuntos de números e corresponde ao que se denomina de "endereço IP". A título exemplificativo, o endereço lógico 200.130.5.5 corresponde ao site do Supremo Tribunal Federal. Este é o endereço lógico do STF na *Internet*; vale dizer, é a posição que ele tem no contexto da rede, relativamente aos demais integrantes.

Todo aquele que pretenda se conectar à *Internet*, para ser reconhecido na rede e poder enviar e receber mensagens precisa se utilizar de um endereço lógico. Até mesmo cada usuário individual que se conecta diretamente com o seu respectivo provedor de acesso utiliza um endereço lógico. Ocorre que o usuário final que se conecta esporadicamente à *Internet*, só necessita do endereço pelo tempo em que permanecer conectado à rede. Só precisaria de um endereço lógico permanente se pretendesse permanecer conectado 24 horas ininterruptamente (como ocorre com os *sites* disponíveis na Rede).

Neste contexto surge a figura do provedor de acesso à *Internet* pois, em função de convenções de âmbito internacional, definiu-se um padrão

de endereços (os 4 conjuntos de números) e atribuiu-se a cada País um grupo de endereços. Por sua vez, uma entidade responsável em cada País (no Brasil, a Fapesp) atribuiu faixas de endereços lógicos a cada entidade que pretenda ser provedor de acesso à *Internet*. Ainda usando o exemplo hipotético acima, ao Provedor A caberiam os endereços de 0.0.0. 1 até 0.0.0. 100 e ao Provedor B os que vão de 0.0.0. 101 até 0.0.0.256 e assim sucessivamente. Por sua vez, estes provedores, ao receberem as ligações telefônicas de seus respectivos usuários conectam cada um deles num endereço lógico que esteja disponível (= não ocupado) naquele momento.

Em suma, para alguém se conectar à rede, ser reconhecido e poder transmitir e receber mensagens vai precisar de um endereço lógico (permanente ou alocado temporariamente). Os usuários individualmente (como regra) não estão habilitados a utilizar nenhum endereço lógico. Quem “possui” endereços lógicos disponíveis para utilização é o provedor de acesso que a cada conexão aloca um deles para cada internauta.

4.7. Acesso à *Internet* e Camadas Superpostas

O acesso à *Internet* abrange um conjunto de fases e que podem ser visualizadas como camadas superpostas (*layers*), cada uma delas formada por vários conjuntos de elementos. A título meramente ilustrativo, e sem me fixar na especificidade técnica que as compõem, podem ser visualizadas três camadas:

I) Uma primeira corresponde ao que se poderia chamar de “camada de ligação física” entre o usuário e o seu provedor de acesso. Esta primeira camada é viabilizada pela prestadora de telefonia na medida em que estabelece uma ligação telefônica entre dois pontos físicos (números telefônicos) da sua rede. Esta camada abrange:

- a) meio físico utilizado para a ligação, ou seja, o telefone, um cabo de fibra ótica, uma antena parabólica etc.;
- b) o usuário que se liga ao provedor; e
- c) a rede de telefonia fixa com os respectivos números discados para se dar a conexão.

Neste nível de ligação física, procede-se da mesma forma que outras ligações físicas para destinatários dentro da rede de telefonia.

II) Uma vez estabelecida esta ligação física, como em ambas as pontas da ligação física há computadores, ao invés de singelos aparelhos telefônicos, ambos passam a trocar mensagens entre si com o objetivo de instaurar uma camada mais complexa de comunicação. Neste momento é atribuído ao usuário, pelo provedor, um endereço lógico que irá permitir que ele seja reconhecido pelos demais na rede. Por sua vez, o provedor de acesso

está ligado a um *backbone*, assim entendido um conjunto de roteadores conectados por canais de transmissão de grande volume de dados.

Esta segunda camada pode-se denominar “camada de conexão lógica” na medida em que, estando o usuário conectado à rede e tendo recebido um endereço IP alocado pelo provedor de acesso, passa a fazer parte da rede, podendo instaurar-se uma conexão entre dois endereços IP. Neste momento, o usuário no Brasil, a quem foi alocado um certo endereço lógico, passa a poder se conectar com outro usuário em outro País a quem foi alocado outro endereço lógico.

III) A esta segunda camada superpõe-se uma terceira que é a “camada de aplicativos” em que são acionados *softwares* que irão desempenhar funções específicas como um navegador (*browser*), ou um programa para “bate-papo” (*chat*), ou um motor de pesquisas na rede, ou um programa de correio eletrônico etc. A rigor, podem ser executados diversos aplicativos ao mesmo tempo pelo mesmo usuário, inclusive conectando cada um deles a endereços IP situados em distintos lugares do mundo (por exemplo, mediante a abertura de várias “janelas” no *browser*).

Além destas, outras camadas podem ser agregadas no contexto do funcionamento da *Internet*, bem como as mencionadas podem ser subdivididas ou desdobradas.

O importante, neste momento, é ter conhecimento do funcionamento básico da Rede o qual se dá através destas camadas superpostas de modo que cada uma delas viabiliza uma nova utilidade para o usuário. O *layer* de conexão física permite a ligação entre usuário e provedor, o de conexão lógica viabiliza a ligação entre posições da rede e o de aplicativos traz outras utilidades como a busca de informações, o acesso a imagens, a transmissão de sons etc.

O serviço prestado pelo provedor de acesso à *Internet* não está propriamente na primeira camada (pois esta é viabilizada pela empresa de telefonia). O provedor de acesso atua, propriamente, na segunda camada (atribuição de endereço IP), assegura a constância da comunicação e o fluxo de pacotes que precisem por ele transitar, pois este é o “melhor caminho possível” e, eventualmente, oferece outros serviços na terceira camada. A identificação do âmbito em que se encontra o provedor permite distinguir claramente a) o ambiente em que se dá a transmissão de mensagens no âmbito da *Internet*, b) o ambiente que é fornecido pelas empresas de telefonia.

4.8. Características do Serviço de Acesso à *Internet*.

A exposição feita indica que o serviço de provimento de acesso à *Internet* apresenta características próprias quando comparado com o serviço de telefonia tal como atualmente estruturado. Cinco são os aspectos em que diferem:

a) endereço - enquanto o serviço de telefonia, na estruturação de sua rede e definição dos respectivos terminais utilizados pelos usuários, apóia-se em endereços físicos que indicam a posição concreta em que se encontra cada um, a *Internet* apóia-se em endereços lógicos posto que seu referencial é a própria rede e não o local físico em que se encontram. Assim, na comunicação realizada através do sistema de telefonia duas pessoas (A e B) estarão em pontos físicos distintos identificados por números telefônicos, enquanto, no âmbito da *Internet* estas mesmas pessoas estarão (como regra, temporariamente) situados em posições lógicas da rede que variam a cada nova sessão.

b) conexão - no sistema de telefonia a conexão se dá entre dois endereços físicos, mediante um caminho, ou circuito único que permanece inalterado durante todo o período da ligação; destarte, se há algum empecilho que interfira com este caminho a conexão não se perfaz ou se encerra. Por outro lado, na *Internet* a conexão se dá pelo melhor caminho possível dentro da rede, cujos *softwares* automaticamente identificam as rotas de menor tráfego para encaminhar as mensagens.

c) fluxo - no sistema de telefonia o fluxo de transmissão de mensagens é contínuo enquanto a conexão permanecer estável. Na *Internet*, este fluxo é feito em pacotes, de modo que cada pedaço poderá seguir um caminho diferente e a mensagem partilhada. Chegando ao destino, processa-se o resseqüenciamento dos pacotes, de modo a obter a reconstrução da mensagem inicial.

d) controle de erro - a conexão por telefonia não apresenta um controle de erro; não há confirmação quanto ao conteúdo das mensagens enviadas. Na *Internet*, há um controle automático de erro que verifica os pacotes, seu recebimento, número etc.

e) aspecto tarifário - no serviço de telefonia, a tarifa cobrada pela empresa de telefonia é, como regra, proporcional à distância entre os pontos físicos que estão conectados. Na *Internet*, é possível obter conexões com o mundo mediante o pagamento de uma tarifa à empresa de telefonia de natureza em geral meramente local.

Estas diferenças são identificadas considerando a comunicação a partir do seu ponto de origem (por exemplo, casa do usuário) até seu ponto de destino (por exemplo, fornecedor de conteúdo de mensagens). Não se exclui que o avanço tecnológico leve as operadoras de telefonia a adotar estruturas semelhantes para viabilizar a comunicação dentro de suas respectivas redes fixas, mas isto não alterará a análise feita, pois a utilidade proporcionada pela telefonia continuará sendo da mesma natureza, embora utilizando tecnologia distinta.

Este exame mostra claramente as diferenças que existem entre os serviços prestados no âmbito da telefonia e da *Internet*.

Por outro lado, a *Internet* não se confunde com o serviço prestado pelas antigas BBS. Embora, historicamente, alguns provedores de acesso tenham se originado de BBS, há uma diferença relevante entre as figuras. Na BBS pura, há uma única ligação telefônica entre usuário e BBS que lhe fornece apenas as suas informações (aquelas de que dispõe). Não há (na BBS pura) uma conexão a uma rede de inúmeros participantes conectados a diferentes BBS. Quando muito há uma troca de informações entre os usuários da mesma BBS. Na *Internet*, o objetivo do usuário não é meramente ligar-se ao provedor de acesso. Ele busca obter uma conexão com o mundo, através do provedor.

O serviço prestado pelo provedor de acesso é diferente do serviço prestado pela empresa de telefonia, pois a conexão à *Internet* permite uma multiplicidade de conexões e uma multiplicidade de caminhos para a transmissão de mensagens. Sob este ângulo, o provedor de acesso atua como um instrumento, ou meio, para que o usuário possa ter acesso a um sistema de transferência de mensagens com tal flexibilidade. No âmbito da *Internet*, só haverá transmissão de mensagem se houver um endereço lógico de origem e de destino e este endereço não é fornecido ao usuário pela empresa de telefonia. Portanto, o provedor fornece “algo mais” do que o viabilizado pela telefonia e algo que se insere como um meio diferenciado de realização da transmissão de mensagens.

Não há dúvida que, no contexto atual, provedor de acesso e cliente iniciam a conexão mediante uma ligação física, em geral através da empresa de telefonia e, sobre esta ligação física, superpõe-se uma ligação lógica que viabiliza a transmissão de mensagens. Exatamente porque o serviço de provimento de acesso à *Internet* se superpõe a um serviço de telefonia é que ele vem a ser denominado de “serviço de valor adicionado”, pois acrescenta utilidades (= adiciona-se) a uma conexão telefônica clássica.

Diante deste quadro, que aponta claramente as diferenças entre o serviço prestado por uma empresa de telefonia fixa e o provedor de acesso à *Internet*, cabe, então, perguntar se o serviço por este prestado é, ou não, de comunicação.

4.9. Serviço de Acesso à *Internet* é Serviço de Comunicação

Entendo que o serviço prestado pelo provedor de acesso à *Internet* configura um serviço de comunicação, estando abrangido pelo âmbito de incidência do ICMS de competência estadual.

As razões que me levam a tal convicção decorrem da exposição técnica feita, e mostram que, tanto na hipótese de o conceito de serviço ser entendido a partir do tipo de atividade realizada pelo prestador, como na hipótese de sê-lo em função da utilidade obtida pelo usuário, em ambos os casos a conclusão é apenas uma: trata-se de serviço de comunicação.

A primeira razão apóia-se na concepção de serviço em função do tipo de atividade exercida, ou seja, colocando a tônica no prestador do serviço. Desta ótica, serviço de comunicação está ligado ao fornecimento de um meio para que alguém transmita mensagens.

Ora, o provedor de acesso fornece um meio diferente, um ambiente especial (= a segunda camada) que não se confunde com o ambiente que o serviço de telefonia proporciona (= a primeira camada). Telefonia é meio físico apenas, *Internet* é meio lógico superposto ao físico; um é de fluxo contínuo o outro é em pacotes; um se dá mediante conexão constante enquanto o outro pelo melhor caminho possível etc. Ou seja, o serviço prestado pelo provedor é de viabilizar um ambiente específico de transmissão de mensagens com características próprias para que haja a comunicação entre terceiros.

A segunda razão apoia-se na concepção de serviço como utilidade obtida, ou seja, colocando a tônica no usuário. Desta ótica, a utilidade proporcionada pelo provimento de acesso é permitir a transmissão de mensagens, é permitir que as pessoas se comuniquem, viabilizando um sistema de comunicação cujas utilidades estão na flexibilidade das conexões, multiplicidade de caminhos, agilidade na obtenção de informações, facilidade de transmissão etc. Pode-se dizer que se a utilidade obtida pelo usuário em relação à operadora de telefonia é obter uma conexão com certo local, a utilidade obtida pelo provimento de acesso é a conexão com todo o mundo. Portanto, também da ótica do usuário, o provimento viabiliza utilidades novas consistentes numa comunicação cercada de características peculiares.

Em suma, qualquer que seja a ótica de análise, a conclusão continua inalterada: o provedor de acesso presta serviço de comunicação.

4.10. Argumentos Contrários à Incidência do ICMS

Dois argumentos têm sido levantados para sustentar que o serviço prestado pelo provedor de acesso à *Internet* não seria um serviço de comunicação.

O primeiro argumento é o de que a Lei Geral de Telecomunicações define o que seja serviço de telecomunicação e, portanto, o ICMS só poderia incidir sobre o que fosse “telecomunicação”.

Este argumento não me parece procedente pois, se, por um lado, não há dúvida que a LGT contém tal definição, por outro lado, também não há dúvida que o inciso II do artigo 155 da CF/1988 ao descrever a competência tributária estadual contempla o conceito de “comunicação” e não de “tele”-comunicação. Telecomunicação é um tipo de comunicação, é espécie de um gênero mais amplo, sendo que a Constituição atribuiu competência tributária para alcançar o gênero (= comunicação) e não apenas a espécie (= tele).

O segundo argumento, também apoiado na LGT, é no sentido de que esta lei define, em seu artigo 61, o que vem a ser serviço de valor adicionado, em cujo âmbito inclui-se o provimento de acesso. Por conseqüência, no contexto da LGT, este não é serviço de telecomunicação, mas sim serviço que acrescenta novas utilidades a um serviço de telecomunicação, o que, portanto, supõe a preexistência deste.

Este argumento é respondido da mesma maneira que o anterior, acrescentando-se, porém, alguns aspectos. Com efeito, a LGT distingue provimento de acesso e serviço de telecomunicação dizendo que aquele se superpõe a este porque a concepção que informou a legislação foi a concepção técnica de *layer* acima exposta. O acesso à *Internet* se dá mediante um *layer* lógico que se apóia num *layer* físico (por isso é “adicionado”). Mas isto não significa que ambos não possam pertencer ao gênero “serviço de comunicação”.

Além disso, a LGT se vocaciona a regular a realidade de um determinado setor de atividade econômica utilizando-se dos conceitos que entende pertinentes para bem disciplinar as atividades nesse campo. Mas ela não é uma lei tributária e não pretende delinear a competência tributária. Aliás, “comunicação” não é um conceito de direito privado que tenha sido encampado pela Constituição e que, por força do artigo 110 do CTN, devesse ter seu conteúdo buscado no âmbito da legislação específica do setor.

Aliás, a invocação da LGT não é adequada para solucionar este debate pois, no âmbito da própria LGT, há um nítido serviço de fornecimento de meio de transmissão de mensagem (típico serviço de comunicação) que a LGT distingue do serviço de telecomunicação. Trata-se do serviço de provimento de capacidade em satélite (artigo 172 da LGT, que regula o direito de exploração de satélite para transporte de sinais de telecomunicações) que corresponde a um dos mais típicos serviços de fornecimento de meios para a realização de comunicação, mas na sistemática da LGT não se inclui no conceito de telecomunicação consagrado no seu artigo 60.

Isto mostra que a invocação da LGT para o fim de sustentar que tributável pelo ICMS seria apenas o serviço de telecomunicação definido em seu artigo 60 não é um critério seguro para solucionar o debate. Além do que já foi exposto, note-se, também, que não é pelo fato de uma empresa ser uma prestadora de serviço de telecomunicação, nos termos da LGT, que todos os serviços que prestar estarão necessariamente sujeitos ao ICMS. Como se disse, para estar configurado um serviço de comunicação é mister que haja o fornecimento de um meio, ou ambiente, para que outrem transmita mensagens. Ora, a empresa de telefonia, em certas circunstâncias pode prestar serviços ao usuário sem que esteja fornecendo um “meio”. Assim,

por exemplo, quando presta o serviço de “despertador”. Neste caso, não é pelo fato de ser uma empresa de telecomunicações, no estrito sentido da LGT, que este serviço estará tributado pelo ICMS. Despertar alguém é comunicar a tal pessoa certo horário, não é prestar serviço para que ele se comunique com outrem.

Em suma, a LGT é importante na análise, pois indica que os serviços por ela disciplinados devem ser vistos como “utilidades” prestadas, mas não é critério seguro para definir quais os serviços que estão, ou não, sujeitos ao ICMS de competência estadual. O exame concreto do tipo de atividade e da natureza da utilidade fornecida é que permitirá dizer se o serviço é de comunicação. E, na minha opinião, o provimento de acesso à *Internet* tem características, seja quanto à atividade desenvolvida, seja quanto à utilidade fornecida, que o definem como de comunicação.

4.11. Conclusão

A conclusão que se extrai da análise feita é no sentido de que o provedor de acesso à *Internet* presta serviço de comunicação sujeito a ICMS. O conceito de “comunicação” utilizado pela CF/1988 não é um conceito legal (que se extraia de uma determinada lei), mas sim um conceito de fato (que resulta da natureza do que é feito ou obtido).

Por esta razão, a LGT não é parâmetro para definir o que seja, ou não, tributável pelo ICMS. Aliás, ela própria exclui do conceito da telecomunicação um serviço que, inequivocamente, configura prestação de serviço de comunicação (provimento de capacidade em satélite).

Uma vez que o provimento de acesso à *Internet* é um serviço sujeito a ICMS, não se aplica a cláusula contida no artigo 156, III, da CF/1988, pois o ISS só pode incidir em relação a serviços não compreendidos no seu artigo 155, II (e o provimento de acesso está compreendido no dispositivo em questão) e desde que haja adequada previsão em lei complementar. Por isso, deixo de examinar o eventual enquadramento, ou não, do serviço de provimento de acesso à *Internet* na Lista Anexa veiculada pela LC n. 56/1987.

De tudo quanto foi registrado, homenageando os que pensam em sentido contrário, firmo as seguintes conclusões:

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

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

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

d) A LC n. 87, de 13.9.1996, estabelece, em seu art. 2º que incide o ICMS sobre “prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”, círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à *internet*, quando os comercializam;

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

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

g) O serviço prestado pelo provedor pela via da *Internet* não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei n. 9.472, de 16.7.1997.

Posto isto, dou provimento ao recurso. Inversão dos ônus sucumbenciais.

É como voto.

Após o referido julgamento, em face de apreciação de várias correntes contrárias, tenho revisitado, em meus estudos, o tema. Continuo convicto do meu posicionamento, especialmente, quando tomei conhecimento do artigo da autoria de Fábio Gonçalves Castelo Branco, publicado no endereço <http://www.bureaujuridico.com.br>, do teor seguinte:

I - Prestação de serviço de comunicação e prestação de serviço de provisão de acesso à Internet

A questão crucial que se impõe é saber se o serviço prestado pelos provedores de acesso à *Internet* se constitui em prestação de serviço de comunicação. Respondida afirmativamente a indagação, tal prestação enquadra-se num dos aspectos materiais (prestação de serviço de comunicação) da hipótese de incidência do ICMS prevista pela Constituição da República, de 5.10.1988, conforme infra:

Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

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

Primeiramente, lança-se o que se entende por *Internet*:

Conceitua o que seja *Internet* a Norma n. 004/1995, baixada pela Portaria Minicom 148, de 31.5.1995, que trata do uso de meios da rede pública de telecomunicações para acesso à *Internet*:

nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o *software* e os dados contidos nestes computadores;

É a rede das redes. É a interligação de milhões de computadores no mundo inteiro, trocando informações entre si.

Os provedores de acesso à *Internet* são assim conceituados pela Norma n. 004/1995, retro citada:

Provedor de Serviço de Conexão à *Internet* (PSCI): entidade que presta o Serviço de Conexão à *Internet*;

O serviço de conexão à *Internet*, segundo a mesma norma, constitui-se:

dos equipamentos necessários aos processos de roteamento, armazenamento e encaminhamento de informações e dos *software* e *hardware* necessários para o provedor implementar os protocolos da *Internet* e administrar o serviço;

das rotinas para administração de conexões à *Internet* (senhas, endereços e domínios *Internet*);

do *software* disposto pelo PSCI: aplicativos como correio eletrônico, acesso a computadores remotos, transferência de arquivos, acesso a banco de dados, acesso a diretórios, e outros;

dos arquivos de dados, cadastros e outras informações dispostas pelo PSCI;

do *hardware* necessário para o provedor ofertar, manter, gerenciar e administrar o *software* e os arquivos especificados nos itens n. 2, n. 3 e n. 4, *supra*;

de outros *hardware* e *software* específicos utilizados pelo PSCI.

Esses provedores possibilitam a comunicação entre seus clientes e todos os outros computadores ligados à grande rede.

Em geral, o ingresso na grande rede mundial ocorre da maneira que se segue. Para que alguém possa se comunicar usando a *Internet*, via provedor de acesso, necessitará de um computador, um modem e uma linha telefônica, e ser cliente de um provedor, quando, então, ligando, para esse provedor, através de um

programa, com senha, poderá ter acesso à rede mundial. Dá-se, então, através de canais dedicados contratados pelo provedor a uma específica empresa telefônica de ligações de longa distância, o roteamento, por parte do provedor de acesso, da ligação telefônica do cliente, consumidor final, e seu ingresso na *Internet*.

Conhecem-se diversas formas de troca de informações que são viabilizadas com a interferência do provimento de acesso à rede das redes. Exemplificam-se:

Electronic mail (correio eletrônico): mensagem de texto, digitada de um teclado de computador e transmitida a outro usuário via rede. Possibilita, também, a participação em listas de debates (*mailing lists*), que são fóruns de discussões não-interativos.

News Groups: mensagens enviadas a um grupo de pessoas no mesmo momento, por intermédio de um sistema denominado Usenet.

FTP: transferência de arquivos.

Chat: também conhecido como *bate-papo*: intercâmbio de informações entre duas ou mais pessoas.

Netfones: programas que fazem as vezes de telefone, atingindo qualquer localidade do planeta. Muito econômicos quando substituem as ligações telefônicas internacionais. A qualidade de recepção, no atual estágio, ainda deixa a desejar.

Não incide o ICMS sobre a comunicação, mas sobre a sua prestação onerosa.

Conforme o art. 2.º da Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, o ICMS incide sobre:

(...)

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

(...)

O dispositivo legal, *supra*, confirma a abrangência constitucional em relação à incidência do ICMS sobre todas as prestações (onerosas, evidentemente, pois a base de cálculo do ICMS deve revelar riqueza) de serviços de comunicação (esta, de qualquer natureza), por qualquer meio. Prestam os provedores em tela, quando da conexão à *Internet*, tais serviços.

Constata-se, pois, que os provedores de acesso à *Internet*, com todo o seu aparato, oferecem condições materiais, aos seus usuários, mediante remuneração, para que a comunicação aconteça.

Tomem-se emprestadas as palavras do mestre Roque Antonio Carrazza, muito citado por doutrinadores e magistrados, *verbis*, infra:

Note-se que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a “relação comunicativa”, isto é, a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra.

Isto é feito mediante a instalação de microfones, caixas de som, telefones, radiotransmissores etc. Tudo, enfim, que faz parte da infra-estrutura mecânica, eletrônica e técnica necessárias à comunicação.

É muito importante que fiquem bem captadas as palavras com que Carrazza continua sua brilhante exposição:

O serviço de comunicação tributável por meio de ICMS se perfaz com a só colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens.

(...)

(...) quando pessoa (física ou jurídica) mantém em funcionamento o sistema de comunicações, consistente em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélites etc.

Agora, sim: há uma relação negocial entre o prestador e o usuário, que possibilita, a este último, a comunicação. É o quanto basta para que o ICMS incida. Mesmo que o usuário mantenha os equipamentos desligados.

Carrazza, ao ser indagado à “Mesa de Debates ‘B’” do XII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, em outubro de 1998, se, “conforme preceituado de início, a comunicação, a prestação de serviço, compreende a disponibilização dos meios e não é exatamente isso o que ocorre com o provedor de *Internet*?”, assim respondeu:

Sem querer polemizar, na verdade o que foi por mim afirmado é que o serviço de comunicação tributável por meio do ICMS exige, preliminarmente, é certo, a colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos necessários à transmissão e recepção de mensagens. Preliminarmente. E, depois, que a mensagem seja efetivamente recebida, porque o que se tributa no caso é a execução do serviço, não sua mera contratação. O fato imponível desse ICMS ocorre justamente no momento em que é prestado o serviço de comunicação. O provedor de acesso, neste sentido, não presta nenhum serviço de comunicação, mas simplesmente, viabiliza o acesso à rede mundial de informações. (...)

Data venia, percebe-se que, na resposta dada *supra*, o festejado jurista, em aparente contradição à sua teoria original, acrescentou, em relação ao posto naquela sua obra já citada, que, além da disponibilidade dos meios, é necessário

que o serviço seja efetivamente executado, “porque o que se tributa no caso é a execução do serviço, não sua mera contratação.”

A última parte da transcrição (a opinião de que “o provedor de acesso (...) não presta nenhum serviço de comunicação, (...)”) está sendo, como, ao final deste trabalho, será, de todo demonstrado que, com o devido respeito, não se pode concordar.

De qualquer forma, o que se defende aqui é que, quando o provedor de acesso oferta, mediante pagamento, a seus clientes, toda a sua estrutura para conexão à *Internet*, e esse serviço seja efetivamente prestado, está prestando serviço de comunicação.

Na prática, cobra-se do usuário uma quantia fixa mínima mensal por um número fixo mínimo de horas acessadas, quer os serviços sejam utilizados ou não pelo cliente, pois o serviço está à disposição e isso tem um custo. É razoável que assim o seja. Ultrapassando-se aquele limite, há um preço cobrado proporcionalmente às horas excedidas. Também pode existir um preço fixo máximo, sem limites de quantidade de horas. De qualquer sorte, a base de cálculo, para a prestação do serviço de conexão, é o preço do serviço.

É bem certo que esses provedores, por si só, não oferecem todas as condições para o fluxo de informações; utilizam-se, também, das redes das empresas telefônicas que lhes dão suporte (veja capítulo II - Serviço de valor adicionado), para completar o ciclo. A sublocação é própria da prestação do serviço de comunicação; e é isso, exatamente, que ocorre.

Atente-se, a título comparativo, ao seguinte exemplo:

Quando alguém, situado em Pernambuco, telefona, de um aparelho fixo para outro em São Paulo, via Embratel, está, mesmo sem ter ciência, direta ou indiretamente, se utilizando dos serviços de três diferentes empresas de telecomunicações, caso a ligação se complete. A Telemar-PE presta a parte inicial do serviço e toma os serviços da Embratel, que, por sua vez, presta sua parcela de serviço; a última parcela dos serviços é prestada pela Telefônica-SP. Existe uma série de sublocações, pois as empresas envolvidas não possuem, cada uma *de per se*, toda a infra-estrutura suficiente e necessária (condições materiais) para que a comunicação ocorra. E, no entanto, a relação comercial comunicativa é efetivada, sem que possa haver dúvidas que haja prestação de serviço de comunicação, fato gerador do ICMS.

II - Serviço de valor adicionado

Um dos pontos de apego, talvez o mais importante, para os que repelem a subsunção, pelo ICMS, da prestação do serviço de acesso à *Internet* é alegar que tal serviço é considerado Serviço de Valor Adicionado.

A Norma n. 004/1995, baixada pela Portaria Minicom n. 148, de 31.5.1995, anteriormente referida neste trabalho, já definia, desde aquela época, o que vem a ser Serviço de Valor Adicionado:

Serviço de Valor Adicionado: serviço que acrescenta, a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações;

De modo semelhante, a Lei n. 9.472, de 16.7.1997, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, traz, no *caput* do seu art. 61, o que se segue:

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

E acrescenta (art. 61, § 1º):

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

É bem visível que, através do serviço de acesso à *Internet* prestado pelos provedores, os seus tomadores transmitem e recebem informações pela grande rede mundial de computadores. Comunicam-se via *Internet*.

Configura-se, incontestavelmente, que os provedores de acesso à *Internet* oferecem a seus clientes, mediante remuneração, condições materiais para que a comunicação ocorra.

Desses tomadores, cobra-se uma taxa mensal, não só pela disponibilização dos meios, como pela sua efetiva utilização, prova é que muitos contratos, como já se afirmou, têm seu preço fixado proporcionalmente às horas utilizadas.

Se há um outro meio mais acessível e menos dispendioso de se comunicar pela *Internet* sem utilizar os serviços prestados pelos seus provedores de acesso, que o façam os interessados. Mas, enquanto esses provedores forem solicitados por clientes que procurem tomar os seus serviços, evidentemente estarão prestando serviço de comunicação.

Pelo simples fato de se considerar que os serviços prestados pelos provedores em estudo são Serviços de Valor Adicionado, não dá a ninguém o condão de pretender afastar a hipótese de incidência do ICMS sobre a prestação dos serviços de comunicação quando do provimento de acesso à *Internet*.

Interessante frisar que, quando, desde a Constituição da República, de 1988, foi prevista, como um dos aspectos materiais da hipótese de incidência do ICMS, a prestação de serviço de comunicação, esta não se restringiu apenas aos serviços de telecomunicações. Telecomunicação, como é cediço, é espécie do gênero comunicação.

Destarte, pelo fato de que se capte da letra da lei que o serviço de valor adicionado prestado pelos provedores de acesso à *Internet* não constitui serviço de telecomunicações, não se pode deduzir daí que não prestam esses provedores serviços de comunicação. Poderão não prestar serviços de telecomunicação, mas outros serviços de comunicação prestarão, nada importando serem classificados como serviços de valor adicionado. Para o caso em questão, serviço de valor adicionado não impede de ser também serviço de comunicação, e vice-versa. Eles não se excluem necessariamente.

A Lei Geral das Telecomunicações, como já foi visto, pontua que os provedores do serviço de valor adicionado são usuários dos serviços de telecomunicações que lhe dão suporte, com os direitos e deveres a essa condição inerentes. Isso patenteia o prestígio do Princípio Constitucional da Não-cumulatividade, característica essencial do ICMS, pelo que se percebe, *infra*:

Os provedores em tela têm o direito de se creditarem de todo o imposto destacado nas notas fiscais dos serviços de telecomunicações que tenham contratado com as operadoras desses serviços, os quais são imprescindíveis para que possam prestar, a seus clientes, o serviço de comunicação provimento de acesso à *Internet*.

Tais provedores têm o dever de oferecerem à tributação o preço dos serviços de comunicação prestados aos seus tomadores, debitando-se do ICMS.

Como resultado da apuração mensal, terão, levados em conta outros créditos e outros débitos, imposto a recolher ou levarão, caso não seja nulo, para o período seguinte, o saldo credor.

Não se sustenta, por argumentos frágeis, para justificar a não-subsunção ao ICMS dos serviços que ora clamam a atenção, o fato de que já são tributados pelo imposto estadual em tela os serviços prestados pelas concessionárias de serviços telefônicos: 1. quando possibilitam a relação comunicativa entre os clientes dos provedores e esses, para acesso à *Internet*; 2. quando dão suporte aos serviços prestados pelos provedores a seus clientes.

Trata-se de duas relações distintas: 1. a primeira faz parte de um contrato entre a operadora telefônica e seu cliente, devido à prestação de telecomunicações envolvida; 2. a segunda, entre o provedor e a concessionária de telecomunicações. Nos dois casos, há a prestação de serviço de comunicação de dados pela operadora telefônica. Incide, não havendo polêmica, o ICMS.

A tributação estudada *supra* não obsta o surgimento de uma terceira relação onerada, também, por aquele mesmo imposto, qual seja, a relação provedor e seu cliente, tomador dos serviços de valor adicionado consistentes na conexão do cliente com a rede das redes (*Internet*). É um *plus* tributável que não quer ser percebido pelos que não aderem à incidência do ICMS na prestação desses serviços.

As relações que envolvem o usuário final (tomador de duas prestações) e os respectivos prestadores (empresa de telecomunicações e provedor de acesso à *Internet*) tomam força no magistério de René Bergmann Ávila, no que ressaí do exposto infra:

Para que o usuário final tenha acesso à *internet*, é necessário - usualmente - que participe de duas relações jurídicas.

A primeira, com uma concessionária de telecomunicações. Nessa relação, o usuário pagará à concessionária (...) um valor em contrapartida ao serviço de conexão (comunicação de dados via rede telefônica) entre o usuário e o provedor.

A segunda relação jurídica, por sua vez, tem como contratantes o mesmo usuário final e o provedor de acesso. Firma-se, então, um contrato de prestação de serviços segundo o qual o usuário final, mediante o uso de uma senha alfanumérica, através do provedor e dos *links* e *backbones* por esse postos à sua disposição, terá acesso à *internet*. Em contraprestação, pagará o usuário final ao provedor o preço do serviço (usualmente proporcional ao número de horas de acesso).

Vê-se, pois, que o serviço cobrado pelo provedor consiste exatamente na recepção de dados enviados pelo usuário final - tomador do serviço - e na sua retransmissão à rede através dos *links* e *backbones* de que disponha; na contramão, o provedor recebe as informações e as retransmite ao usuário final.

Assim, pela abundância e coerência de todos os elementos da argumentação apresentada, pensa-se, *data venia*, haver ficado transparente que os serviços onerosos prestados a seus clientes, pelos provedores de acesso à *Internet*, têm sua prestação submetida ao ICMS.

III - Não-cabimento da incidência do ISS

A Lei Maior não deixa qualquer margem de dúvidas quando distingue que os serviços cuja prestação é gravada pelo tributo municipal ISS não podem ser aqueles compreendidos no campo de incidência do tributo estadual ICMS, quais sejam, os "serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, (...)";, aqueles do art. 155, II.

Veja-se o texto constitucional, *ipsis litteris*:

Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar;

(...)

Destarte, os serviços onerosos de comunicação prestados pelos provedores de acesso à *Internet*, a seus clientes, não podem, por determinação constitucional, ser gravados pelo ISS; devem ser tributados pelo ICMS.

Quaisquer que sejam as razões, por mais bem fundamentadas que sejam, no sentido de enquadrar um serviço como de prestação com subsunção ao ISS, não serão suficientemente convincentes para elidir a regra-matriz de incidência do ICMS, que sempre prevalece.

A exegese jurídica não pode ser aplicada tão-somente à Lista de Serviços do ISS isoladamente. Não se pode querer gravar com o ISS um serviço sob um ponto de vista alheio a todo um ordenamento jurídico, sob pena de se turvar a verdadeira incidência emanada da matriz constitucional, que, no campo da prestação do serviço de comunicação, pertine ao ICMS.

A espúria intromissão da esfera municipal na competência tributária estadual faz com que, em última análise, os Princípios Constitucionais da Autonomia Municipal e do Federalismo tombem em solo estéril. Os Municípios extrapolam a competência que lhes outorgou a Constituição Republicana de 1988, arrepiando, assim, o primeiro princípio; contra o outro, os Estados-membros sentem-se atingidos frontalmente por aquele excesso.

Com o forte argumento pelo não-cabimento do ISS quando da incidência do ICMS, na prestação dos provedores de acesso, não cabe discutir se:

a Lista de Serviços sujeitos ao ISS seria taxativa, exemplificava ou sugestiva;

os serviços prestados pelos provedores de acesso seriam serviços de processamento de dados, intermediação ou outros.

IV - Conclusões

Diante do exposto, chega-se às seguintes conclusões:

A prestação de serviço de conexão à *Internet*, pelos provedores de acesso, em caráter negocial, a seus clientes, constitui-se em prestação onerosa de serviço de comunicação e, portanto, submete-se à incidência do ICMS.

A prestação de serviço de conexão à *Internet*, pelos provedores de acesso, não é gravada pelo ISS.

Convém, por último, ressaltar que sobre a matéria há o Convênio n. 78 do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), ratificado pelo Decreto n.

45.928, de 18.7.2001, estabelecendo a incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação prestados pelos provedores de *internet*.

Os convênios de ICMS, como plenamente sabido, têm força de lei. Enquanto não forem afastados do mundo jurídico, por decisão do STF, continuam com pleno vigor e eficácia.

Sendo esse o panorama sobre o assunto, há, portanto, que se fazer valer a regra da incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação prestados pelos provedores de *internet*.

Isso posto, divergindo do eminente relator, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. ICMS. Provedores de acesso à *internet*. Não-incidência. Orientação firmada pela 1ª Seção no julgamento do EREsp n. 456.650-PR, em 11.05.2005. Recurso especial provido, acompanhando o relator, com ressalva do posicionamento pessoal.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Cuida-se de recurso especial apresentado em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, em mandado de segurança visando ao reconhecimento da inexigibilidade do ICMS sobre os serviços de provedor de acesso à *Internet*, deu provimento ao reexame necessário, para denegar a segurança, prejudicado o recurso voluntário, por considerar que tais serviços correspondem a serviços de telecomunicações, conforme se decidiu no REsp n. 323.358-PR, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 3.9.2001.

No especial, fundado nas alíneas **a** e **c**, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 60, 61, 63 e 88 da Lei n. 9.472/1997, sustentando, em suma, que (a) as atividades por ela desenvolvidas, de roteamento das ligações e de gerenciamento das conexões, por meio de programas facilitadores de controle, movimentação, armazenamento e recuperação de informações, não são aptas, por si mesmas, a caracterizar prestação de serviço de telecomunicação, tal como definido no art. 60 da Lei n. 9.472/1997; (b) tal serviço é prestado em realidade pela concessionária ou permissionária de serviço de telefonia, única devedora do ICMS; (c) o serviço

por ela realizado qualifica-se como de valor adicionado, nos moldes do art. 61, § 1º, da mesma Lei, sujeitando-se apenas ao ISS. Pede seja concedida a segurança.

A Fazenda, em contra-razões (fls. 362-381), afirma não estarem prequestionados os temas veiculados no especial, pugnando, no mérito, pela confirmação do julgado do TJ-MG.

O relator, Min. Luiz Fux, deu provimento ao recurso, considerando ser o serviço prestado pelos provedores de acesso à *Internet* de valor adicionado, tal como se decidiu no REsp n. 456.650-PR, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 8.9.2003, “constituindo um *plus ao* serviço de telecomunicações e que com esse não se confunde”, não estando sujeito, assim, à cobrança do ICMS, por força do princípio tributário da tipicidade fechada. O Min. José Delgado, em voto-vista, divergiu do relator, negando provimento ao especial, remetendo às razões expendidas em voto proferido nos autos do REsp n. 323.358-PR.

Pedi vista.

2. A 1ª Seção, em 11.5.2005, concluindo o julgamento do EREsp n. 456.650-PR, Rel. originário Min. José Delgado, Rel. p/ o acórdão Min. Franciulli Netto, firmou orientação no sentido da não-incidência do ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à *Internet*.

Adoto o posicionamento firmado pela Seção, apenas com a ressalva do entendimento pessoal em sentido diverso, manifestado em voto-vista proferido no referido julgamento.

3. Com essas considerações, acompanho o relator, Min. Luiz Fux, dando provimento ao recurso especial, para conceder a segurança. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 736.607-PR (2005/0031292-5)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Estado do Paraná

Procurador: César Augusto Binder e outros

Recorrido: Worldnet Informática Ltda.

Advogado: Alessandro S. V. Zenni e outros

Recorrido: Município de Maringá
Advogado: Douglas Galvão Vilardo e outros

EMENTA

Tributário. Serviço prestado por servidores de *internet*. Serviços de valor adicionado. ICMS. Não incidência.

I - Em face do serviço de provimento de acesso à *internet* classificar-se como serviço de valor adicionado, nos moldes do disposto no art. 61 da Lei n. 9.742, 16.7.1997, não há como caracterizá-lo como serviço de comunicação nos termos da Lei Complementar n. 87/1996. Desta feita, não há como tal tipo de serviço ser fato gerador do ICMS, não havendo como tributá-lo por este imposto estadual. Precedente: EREsp n. 456.650-PR, julgado por maioria, em 11 de maio de 2005.

II - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 19.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Paraná*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, segundo o qual não incide ICMS ou ISS sobre os serviços prestados por provedores de *internet*.

Sustenta o recorrente violação aos arts. 60, § 1º e 61, § 1º, da Lei n. 9.472/1997 e 2º, inciso III, da LC n. 87/1996, bem como divergência jurisprudencial, aduzindo, em síntese, que os serviços prestados pelos provedores de *internet* classificam-se como de comunicação, razão por que deve incidir o ICMS sobre eles.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

A questão em tela gravita em torno da cobrança de ICMS sobre os serviços de prestados pelos provedores de acesso à *Internet*.

A corrente que entende pela incidência do tributo afasta o conceito descrito no artigo 61 da Lei n. 9.472/1997, ao serviço prestado pelos servidores de acesso à *internet*.

Sustenta-se na tese de que os serviços conceituados no dispositivo legal encimado são serviços acessórios e distintos do principal, daí a locução “valor adicionado”, ou seja, prestado em adição.

Neste panorama os serviços relacionados à *internet* seriam serviços de comunicação independentes e onerosos e, como tais, sujeitos ao pagamento do ICMS.

A outra corrente, que entende pela não incidência do tributo, afirma que tais serviços se constituem efetivamente em serviços de valor adicionado.

O art. 61 da Lei n. 9.472/1997 assim dispõe:

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

Com este supedâneo o serviço em tela escaparia dos serviços de telecomunicações, nos termos do art. 2º da LC n. 87/1996, o que implicaria na não-incidência da exação.

O dispositivo encimado assim está plasmado, *verbis*:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

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

Do regramento suso mencionado se infere que o ICMS somente deverá incidir nas prestações de serviços de comunicação onerosos.

A doutrina majoritária entende que os serviços prestados pelos provedores de acesso à *Internet* não constituem serviços de comunicação ou telecomunicação, mas serviços de valor adicionado, conforme prescreve o referido artigo 61 da Lei n. 9.472, de 1997.

In Tributação na internet, RT. 2001, Ives Gandra Martins, após focar o conceito de comunicação e serviços de comunicação, observa que para efeito de incidência de ICMS nem todo serviço vinculado ao seguimento de telecomunicação caracteriza-se como serviço de telecomunicação, devendo haver definição jurídica de sua natureza, o que teria ocorrido no dispositivo acima aludido.

Para outros doutrinadores a tributação dos provedores da *internet* permitiria a bi-tributação, tendo em vista que o provedor de acesso à *internet* viabiliza espaço virtual para a comunicação, mas quem efetivamente presta o serviço é a concessionária de serviços de telecomunicações, esta já tributada pelo ICMS.

Noutra interpretação, na seara da comunicação digital, há que se observar que o acesso à *internet*, viabilizado através de equipamentos e implementado através do provedor, pessoa física ou jurídica, não tem a configuração de serviço de comunicação, limitando-se o provedor a executar o serviço definido como de valor adicionado, ou seja, de monitoramento de acesso do usuário à rede.

Em face do serviço de provimento de acesso à *internet* classificar-se como serviço de valor adicionado, nos moldes do disposto no art. 61 da Lei n. 9.742,

16.7.1997, não há como caracterizá-lo como serviço de comunicação nos termos da Lei Complementar n. 87/1996.

Desta feita, não há como tal tipo de serviço ser fato gerador do ICMS, não havendo como tributá-lo por este imposto estadual.

No entanto, remanesce na esfera tributária do ente municipal o poder de tributar, fazendo incidir o ISS - Imposto Sobre Serviços, quando a prestação deste serviço estiver especificada na lista de serviços que estabelece os serviços que serão fato gerador deste imposto municipal, especificação atualmente inexistente, haja vista que o serviço de provimento de acesso à *internet* não se encontra inserido na lista de serviços a fim de incidir o ISS.

Logo, os provedores de acesso exercem atividade não sujeita ao ICMS mas ao ISS, dependendo, para que seja tributada, de lei complementar que a coloque em lista de serviços.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado, *litteris*:

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

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

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

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

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 456.650-PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 8.9.2003, p. 291).

Tal entendimento permaneceu inalterado no julgamento dos EREsp de mesmo número, em 11 de maio deste ano.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 745.534-RS (2005/0069393-2)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: AOL Brasil Ltda.
Advogado: José Paulo Moutinho Filho e outros
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Cristina Neuhaus e outros

EMENTA

Tributário e Processual Civil. ICMS. Serviço de provimento de acesso à *internet*. Serviço de valor adicionado. Incidência. Descabimento. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula n. 282 do STF.

2. A 1ª Seção, em 11.5.2005, concluindo o julgamento do EREsp n. 456.650-PR, Rel. originário Min. José Delgado, Rel. p/ o acórdão Min. Franciulli Netto, firmou orientação no sentido da não-incidência do ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à *Internet*. Ressalva do entendimento pessoal do relator.

3. Recurso especial parcialmente conhecido para, nesta parte, dar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Assistiu ao julgamento o Dr. João Tranchesi Junior pela parte recorrente: *AOL Brasil Ltda.*

Brasília (DF), 9 de março de 2006 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 27.3.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul cuja ementa é a seguinte:

Direito Tributário. Serviço de provimento de acesso à internet. Serviço de comunicação. Incidência de ICMS. Ocorrência. O serviço de provimento de acesso à Internet deve sofrer a incidência de ICMS, em face de configurar serviço de comunicação, previsto no art. 155, II, CF e art. 2º da Lei Complementar n. 87/1986. Precedentes desta Corte e do STJ.

Apelo desprovido. Sentença confirmada em reexame necessário.

Opostos embargos de declaração para fins de prequestionamento, foram rejeitados.

No recurso especial (fls. 484-498), a recorrente aponta ofensa aos arts. 110 do CTN e 61 da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), porquanto, “ao acolher o argumento do Estado do Rio Grande do Sul de que serviço de acesso à *internet* deve ser considerado serviço de comunicação, o v. acórdão alargou a competência tributária dos Estados e ampliou um conceito de direito, em afronta aos dispositivos supramencionados” (fl. 488).

Em contra-razões (fls. 525-554), o recorrido pugna pelo não conhecimento do especial, ao argumento de que o art. 110 do CTN não foi prequestionado. No mérito, pleiteia a manutenção do julgado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não houve emissão, pelo acórdão recorrido, de juízo acerca da violação da norma inserta no art. 110 do CTN, razão pela qual, à falta do indispensável prequestionamento, não pode

ser o recurso especial conhecido, incidindo, por analogia, a Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

2. A 1ª Seção, em 11.5.2005, concluindo o julgamento do EREsp n. 456.650-PR, Rel. originário Min. José Delgado, Rel. p/ o acórdão Min. Franciulli Netto, firmou orientação no sentido da não-incidência do ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à *Internet*, *in verbis*:

(...)

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

O tema foi analisado por esta egrégia Corte apenas uma vez, oportunidade em que a colenda Primeira Turma, por unanimidade, ao julgar, em 21.6.2001, o REsp n. 323.358-PR (*in DJ* de 3.9.2001) firmou o entendimento de que os provedores de conexão à *Internet* prestam serviços de comunicação, o que determina a incidência do ICMS.

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

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

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

(...)

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

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

Art. 2º. O imposto incide sobre:

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

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

No mesmo eito, a Norma n. 004/1995, aprovada pela Portaria do Ministério das Comunicações n. 148/1995, cujo objetivo é regular o uso de meios da Rede Pública de Telecomunicações para o provimento e utilização de Serviços de Conexão à *Internet*, já dispunha que serviço de valor adicionado é o “serviço que acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações”. O Serviço de Conexão à *Internet*, ou SCI, é definido como o “Serviço de Valor Adicionado que possibilita o acesso à *Internet* a Usuários e Provedores de Serviços de Informações”, e o Provedor de Serviço de Conexão à *Internet*, ou PSCI, como “a entidade que presta o Serviço de Conexão à *Internet*”. Também a Proposta de Regulamento para o Uso de Serviços e Redes de Telecomunicações no Acesso a Serviços *Internet* (para substituir a Norma n. 004/1995 do Ministério das Comunicações), objeto da Consulta Pública n. 417, da Anatel, define, em seu artigo 4º, como Provedor de Acesso a Serviços *Internet* - Pasi, a entidade que oferta Provimento de Acesso a Serviços *Internet* ou “o conjunto de atividades que permite, dentre outras utilidades, a autenticação ou reconhecimento de um usuário para acesso a Serviços *Internet*”. Em seu artigo 6º dispõe, ainda, que “o Provimento de Acesso a Serviços *Internet* não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor e seus clientes como usuários dos serviços de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a esta condição”.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Consoante o entendimento de Marco Aurélio Greco, "prestador do serviço de comunicação é aquele que fornece os respectivos meios para a comunicação, assim entendidos não apenas aqueles que tornam possível a instauração de uma relação comunicativa, tais como interfaces, dispositivos, equipamentos etc. Em outras palavras, presta serviço de comunicação quem fornece o "ambiente de comunicação" (*in* "*Internet* e Direito", Dialética, São Paulo, 2000, p. 124). Sustenta o autor que "o provedor de acesso à *Internet* cria, tecnicamente, um ambiente especial que viabiliza um meio diferente pelo qual podem transitar mensagens, que não se confunde com o ambiente criado pela telefonia" (*in* "Direito e *Internet*", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 182).

O referido autor assevera, ademais, que "a utilidade proporcionada pelo provimento de acesso é permitir a transmissão de mensagens, é permitir que

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

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

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

Kiyoshi Harada, ao examinar a questão, salienta que "o provedor de acesso à *internet* libera espaço virtual para comunicação entre duas pessoas, porém, quem presta o serviço de comunicação é a concessionária de serviços de telecomunicações, já tributada pelo ICMS. O provedor é tomador de serviços prestados pelas concessionárias. Limita-se a executar serviço de valor adicionado, isto é, serviços de monitoramento do acesso do usuário à rede, colocando à sua disposição equipamentos e *softwares* com vistas à eficiente navegação" (in *"Tributação na Internet"*, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 223).

Nessa esteira é o comentário de Francisco de Assis Alves:

Os provedores viabilizam o acesso à *internet* aos usuários e a outros provedores de serviços de informações. Os provedores, portanto, utilizam a estrutura do serviço de telecomunicações existente para proporcionar o acesso, o armazenamento de informações e conectar o usuário à rede. Apenas recebem as informações da rede e as retransmitem ao usuário conectado. (...) A comunicação que ocorre entre os usuários da *internet* decorre de um serviço de conexão prestado pelos provedores. E estes, agora sim, utilizam-se de um serviço de comunicação, prestado pelas

companhias telefônicas, para efetivarem esta conexão. Assim sendo, o serviço fornecido pelos provedores nada mais é do que um acréscimo ao serviço de telecomunicações, consistindo num serviço de valor adicionado (Ob. cit., p. 173).

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

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

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

José Eduardo Soares de Melo assevera que “o provedor cria novas utilidades relacionadas ao acesso cibernético, consistentes no armazenamento, apresentação, movimentação e recuperação de informações, possibilitando os meios de perfazimento da comunicação. Entretanto, não se vislumbram típicos serviços de comunicação, mas atividades que permitem que os usuários se comuniquem com o mundo virtual. Os provedores nada comunicam porque não detêm os conhecimentos constantes da realidade virtual, mas apenas criam condições para que ocorra a ligação entre dois pontos. Tornar possível a “relação comunicativa” (serviço de monitoramento do acesso do usuário à rede) não tem a mesma natureza de participar de modo interativo desta mesma relação” (Ob. cit., p. 241).

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

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

O provimento de acesso não pode ser enquadrado, assim, como um serviço de comunicação, pois não atende aos requisitos mínimos que,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quanto ao alegado dissídio jurisprudencial, denota-se que o precedente colacionado, julgado pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal (REsp n. 323.358-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.9.2001), à evidência, diverge do entendimento esposado no v. *decisum* recorrido, razão pela qual deve ser conhecido o recurso pela alínea c, porém não provido, diante dos argumentos acima esposados.

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

No aludido julgamento, todavia, proferi voto-vista em sentido contrário, *in verbis*:

1. Busca-se, aqui, definir a natureza dos serviços prestados pelos denominados “provedores de *Internet*”, definição essa que tem relevância para fins de tributação. Com efeito, a se chegar à conclusão de que se trata de serviço de comunicação, configurar-se-á, em tese, a hipótese de incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadoria e Serviço – ICMS, de competência estadual (CF, art. 155, II); se de outro serviço se tratar, sobre ele poderá incidir o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, de competência municipal (CF, art. 156, III).

2. A polêmica reside, fundamentalmente, na interpretação de dois preceitos normativos. De um lado, o art. 2º da Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996, que dispõe:

Art. 2º. O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

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

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento;

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

De outro lado, o art. 61 e seus parágrafos 1º e 2º da Lei n. 9.472, de 16.6.1997, nos seguintes termos:

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

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

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

Para uma corrente, adotada pelo acórdão paradigma, o provedor de *Internet* qualifica-se como serviço de comunicação e, como tal, está sujeito a ICMS; para outra, adotada pelo acórdão embargado, é serviço de valor adicionado à telecomunicação, não ficando sujeito àquele imposto, e sim, se for o caso, ao ISSQN.

3. Há, no plano dos fatos, alguns pontos em comum nas duas correntes de opinião. Primeiro, o de que a *Internet* é um sistema de comunicação de informações. Constitui um sistema de ligação entre redes de computadores, formando um veículo único de comunicação, que propicia o acesso a um enorme volume de informações de toda a natureza, bem como a transmissão de qualquer informação para qualquer usuário, em qualquer ponto geográfico, tudo de modo rápido e ágil. Em suma, repita-se: *Internet* é um sistema de comunicação. O segundo ponto a respeito do qual não há divergência é o de que, para ter acesso a esse sistema de comunicação - ou, melhor dizendo, para ter acesso às informações disponíveis na *Internet* - é essencial que o usuário se utilize dos serviços de um provedor, ao qual deve estar ligado. É o provedor, e somente ele, que faz a comunicação entre o usuário e a informação. "Provedor", na descrição de Newton de Lucca (com a qual ambas as correntes também concordam) "é aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na *Internet*, seja armazenando e disponibilizando o *site* para a rede, seja prestando e coletando informações, etc. É designado, tecnicamente, de *Provedor de Serviços de Conexão à Internet* (PSC), sendo a entidade que presta serviços de conexão à *Internet* (SC)" (Direito e *Internet* – Aspectos Jurídicos Relevantes, obra coletiva, coord. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho, São Paulo, Edipro, 2001, p. 60). Portanto, provedor é um prestador de serviços, e os serviços que presta estão diretamente relacionados com a *Internet*.

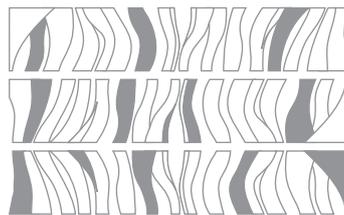
4. Sendo a *Internet* um sistema de comunicação de informações e sendo o provedor um prestador de serviços integrado e essencial a esse sistema, pode-se concluir que o serviço prestado pelo provedor é um serviço que faz parte da comunicação. Em outras palavras: é um serviço de comunicação. Todavia, sem negar essa realidade, sustenta-se que se trata de um serviço de valor adicionado de telecomunicações e, como tal, não classificado legalmente como "serviços de telecomunicação", conforme dispõe o art. 61 da Lei n. 9.472/1997. O argumento não procede. O "serviço de valor adicionado" descrito na Lei acima referida (que é a Lei Geral de Telecomunicações) leva em consideração o ambiente suposto pelo legislador, ou seja: os serviços de telecomunicação. Assim, nesse ambiente, define-se como serviço de valor adicionado "a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações". Assim, é um serviço acessório, que adere a um principal, com o qual, todavia, "não se confunde". Sem ele, o serviço principal subsistiria normalmente. Entre o serviço acessório-adicionado e o principal há, portanto, uma relação que, em linguagem metafísica, se poderia denominar como de pura acidentalidade.

5. Ora, ainda que se admitisse verdadeira essa relação de acidentalidade e acessoriedade dos serviços do provedor em face do sistema de telecomunicação (que, como se disse, é o ambiente suposto pela Lei n. 9.472/1997), o mesmo certamente não se pode afirmar quando o confronto se faz entre o provedor e o

sistema de comunicação da *Internet*. Aqui, a relação entre o serviço do provedor e o sistema comunicativo não é de mera *acidentalidade*. Pelo contrário: é uma relação de *essencialidade*. O serviço do provedor é necessário e indispensável à própria existência da comunicação pela via da *Internet*. Sem provedores não existiria a “rede mundial”, que nada mais é, no fundo, do que uma rede formada pelos diversos provedores, que permitem o acesso e, ao mesmo tempo, disponibilizam informações. O serviço do provedor, conseqüentemente, não é um serviço acessório, que poderia ser dispensado sem comprometimento do serviço principal. É, ao contrário, um serviço essencial, é o cerne, o fundo do ser, desse sistema de comunicação. Nesse ambiente, portanto, não há como enquadrar o serviço do provedor como de mero “valor adicionado”. Define-se, sem dúvida, como serviço de comunicação, perfeitamente adequado entre as espécies previstas no art. 2º da LC n. 87/1996.

Adoto, porém, o posicionamento firmado pela Seção, apenas com a supracitada ressalva do entendimento pessoal.

3. Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial para, nesta parte, dar-lhe provimento, concedendo a segurança. Custas pela impetrada. Sem honorários advocatícios (Súmula n. 105-STJ). É o voto.



Súmula n. 335

SÚMULA N. 335

Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção.

Referência:

Lei n. 8.245/1991, art. 35.

Precedentes:

REsp	38.274-SP	(5ª T, 09.11.1994 – DJ 22.05.1995)
REsp	172.851-SC	(6ª T, 26.08.1998 – DJ 08.09.1998)
REsp	265.136-MG	(6ª T, 14.12.2000 – DJ 19.02.2001)
REsp	276.153-GO	(5ª T, 07.03.2006 – DJ 1º.08.2006)
REsp	575.020-RS	(5ª T, 05.10.2004 – DJ 08.11.2004)

Terceira Seção, em 25.04.2007

DJ 07.05.2007, p. 456

RECURSO ESPECIAL N. 38274-SP (93.0024254-7)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Recorrente: Armando Livichi Saito
Advogados: Wanderley Bizarro e outros
Recorrido: Antonio Matias Pena
Advogado: Francisco de Assis Mine Ribeiro Paiva

EMENTA

Locação. Retenção por benfeitorias. Código do Consumidor. Lei n. 8.070/1990. Inaplicabilidade.

1. Não é nula cláusula contratual de renúncia ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias.
2. Não se aplica às locações prediais urbanas reguladas pela Lei n. 8.245/1991, o Código do Consumidor.
3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas e Assis Toledo. Ausente, justificadamente, o Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília (DF), 09 de novembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro Jesus Costa Lima, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ 22.05.1995

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Em ação de despejo, denúncia vazia em locação não residencial, precedida de notificação premonitória, proposta pelo

recorrido, o pedido foi julgado procedente na sentença, e improcedente o do locatário na reconvenção apresentada com vistas ao direito à retenção por benfeitorias.

Confirmada a decisão no Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, interpôs o locatário, recurso especial com base na Constituição, Art. 105, III, **a**, reputando contrariados o CPC - Arts. 125 - I, 332, 405 - §3º - IV e a Lei n. 8.070/1990, Art. 51, XVI, increpando de nula a cláusula contratual de renúncia ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias.

O recurso foi admitido na origem, ante a impossibilidade de se aplicar a Súmula n. 400 do STF. Sem as contra-razões do recorrido, subiram os autos a esta Corte.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhor Presidente, a alegada ofensa à Lei n. 8.070/1990 - Código do Consumidor - é impertinente à hipótese aqui tratada, razão pela qual o Acórdão recorrido acertadamente afastou sua incidência, por não ter a mesma aplicação em questões oriundas de vínculo locatício, anotando que

a lei inquilinária regulou toda a matéria de que trata, de sorte que a disposição do código especializado na defesa do consumidor, para modificá-la, haveria de a ela referir-se, especificamente. Mas tal não ocorreu. (fl. 77)

Ao invocar a proteção da Lei n. 8.070/1990, o recorrente pretende nula a cláusula 5ª do contrato locatício, que diz, foi “assinado por coação”. (fl. 82)

O julgado hostilizado, ao confirmar a sentença que afastara o direito de retenção por benfeitorias, consignou que

não é nula a cláusula pela qual o locatário renunciou ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias realizadas no imóvel, como acontece no presente caso (cláusula 5ª, fls. 5). (fl. 76)

Com efeito, o pretense direito a retenção por benfeitorias, inserido em cláusula contratual que o exclui, apresenta-se incabível em sede de recurso especial, consoante o teor da Súmula n. 5 - STJ.

A propósito, a lição de Arnaldo Medeiros:

Ninguém pretende que o direito de retenção seja de ordem pública ou de interesse geral, pelo que não pode haver dúvida sobre a validade do pacto que o exclua.

A instâncias ordinárias, ademais, soberanas no exame das questões fáticas e probatórias dos autos, consideraram lícita a cláusula contratual que afastava o direito à indenização e retenção por benfeitorias e, doutrina e jurisprudência afinam-se no sentido de que o direito de retenção por benfeitorias necessárias ou úteis - Lei n. 6.649/1979 - Art. 26 (sob o império da qual foi celebrado o contrato), não é de ordem pública, sendo, pois, suscetível de ter sua incidência afastada pela vontade das partes.

Assim os precedentes desta Corte, dentre eles - REsp n. 10.336 - SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro:

Locação. Benfeitorias.

Lícito convencionarem as partes não ser devida indenização por benfeitorias, ainda que necessárias.

Assinalo, outrossim, que a locação é hoje regulada pela Lei n. 8.245/1991, que revogou a Lei n. 6.649/1979 - é lei especial que trata especificamente das locações prediais urbanas e não pela Lei n. 8.078/1990, que dispensa proteção ao consumidor, em hipóteses não abrangidas por leis especiais. (REsp. n. 38.639-0-SP, 5ª Turma)

Em suma, o pedido reconvenicional que objetivou a retenção por benfeitorias, não foi acolhido em face de ter, a locatária, de forma expressa e antecipadamente renunciado ao direito de exigi-la, considerando, também, irrelevante a prova sobre benfeitorias, pois, o direito de retenção ou indenização estava inserido em cláusula contratual que o exclui. Não se trata de “negativa de valorização jurídica das provas e da tese” (fl. 81), como quer o recorrente, mas de interpretação de cláusula contratual, pelo que inócua seria a feitura da perícia, que apenas acarretaria a morosidade desnecessária do provimento jurisdicional, em prejuízo dos princípios processuais de celeridade e economia. REsp n. 2.903-MA, Rel. Min. Athos Carneiro.

Assim, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 172.851-SC (98.0031014-2)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Recorrente: Huynh Van Bay
Advogada: Sandra Regina Machado de Souza
Recorrido: Valci Lacerda
Advogado: Neltair Piccolotto

EMENTA

Processual Civil e Civil. Locação. Recurso especial. Violação de lei federal e dissídio jurisprudencial. Benfeitorias. Retenção. Indenização. Art. 35 da Lei n. 8.245/1991.

1 - Não há violação ao dispositivo legal apontado, se no contrato existe cláusula expressa excluindo o direito do locatário em obter indenização por benfeitorias, bem como exercer eventual direito de retenção.

2 - Matéria não prequestionada, que impede o conhecimento do recurso, nos termos das Súmulas n. 282 e n. 356 do STF.

3 - Dissídio jurisprudencial não demonstrado, pois o recorrente nem mesmo informa a existência de qualquer decisão divergente

4 - Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Ministros Vicente Leal, Luiz Vicente Cernicchiaro e Anselmo Santiago. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

Brasília (DF), 26 de agosto de 1998 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Presidente

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 08.09.1998

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial, fundado nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, interposto por *Huynh Van Bay* contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

Apelação cível. Indenização. Retenção por benfeitorias. Renúncia. Possibilidade.

Havendo cláusula com renúncia à indenização e à retenção por benfeitorias, não há como se cogitar desse direito (AC n. 40.991, Des. Amaral e Silva). (fls. 181)

Afirma o recorrente que tem direito à indenização pelas benfeitorias, porque ninguém pode locupletar-se às custas alheias (fls. 186-188).

Oferecidas as contra-razões (fls. 209-211) e admitido o recurso (fls. 111-113), ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Razão não assiste ao recorrente.

O próprio dispositivo de lei tido por violado (art. 35 da Lei n. 8.245/1991) admite convenção das partes em sentido contrário. Confira-se:

Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção. (fls. 193)

E o acórdão assentou que o contrato, por meio de cláusula expressa, excluía o direito do locatário tanto à indenização como à retenção por benfeitorias.

Por outro lado, a matéria ora discutida não foi prequestionada, conforme se nota do respectivo acórdão (fls. 181-184), o que impede o conhecimento do especial, nos termos das Súmulas n. 282 e n. 356 do STF.

Por fim, resta esclarecer que o dissídio jurisprudencial não foi devidamente demonstrado, pois o recorrente nem mesmo informa a existência de qualquer decisão divergente.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 265.136-MG (2000/0064106-5)

Relator: Ministro Vicente Leal
Recorrente: Organizacao Babilonia Ltda
Advogado: Getulio Barbosa de Queiroz e outro
Recorrido: Moises Chajkel Szejnbejn
Advogado: Nelson Alves Eustaquio

EMENTA

Processual Civil. Locação. Direito de retenção e indenização de benfeitorias. Cláusula de renúncia. Validade. Produção de prova pericial. Cerceamento de defesa. Inexistência.

- Ainda que a nova Lei do Inquilinato assegure ao locatário, em seu artigo 35, o direito de indenização e retenção pelas benfeitorias, é válida a cláusula inserida nos contratos de locação urbana de renúncia aos benefícios assegurados.

- A existência de cláusula contratual em que o locatário renuncia ao direito de retenção ou indenização torna desnecessária a realização de prova pericial das benfeitorias realizadas no imóvel locado.

- Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

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

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente

Ministro Vicente Leal, Relator

DJ 19.02.2001

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: - Nos autos de ação de despejo por denúncia vazia, o MM. Juiz processante indeferiu o pedido de produção antecipada de prova pericial requerido pela locatária, com vistas à avaliação das benfeitorias realizadas no imóvel locado.

Contra essa decisão foi interposto agravo de instrumento, tendo sido a decisão denegatória de seguimento prestigiada em sede de agravo regimental pela egrégia Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, frente à existência de cláusula de renúncia ao direito de retenção e de indenização ou reembolso pelas benfeitorias realizadas (fls. 47-48).

Irresignada, a locatária interpõe o presente recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, verberando ter o acórdão em destaque violado os artigos 22, I, 35 e 52 § 3º da Lei n. 8.245/1991 e os artigos 400, 410, segunda parte, e 744, do CPC.

Sustenta, em síntese, que o indeferimento imotivado da prova pericial importou em cerceamento de defesa, já que a Lei do Inquilinato assegura o direito de indenização e retenção por benfeitorias, sendo leoninas as cláusulas contratuais que restringem tais direitos.

Apresentadas as contra-razões, o recurso foi inadmitido na origem, advindo agravo que, provido, ensejou a subida dos autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): - O acórdão atacado no recurso confirmou a decisão que entendeu desnecessária a produção de prova pericial das benfeitorias realizadas no imóvel locado, frente à existência de cláusula de renúncia ao direito de retenção e de indenização das benfeitorias.

Neste recurso, a controvérsia posta em debate cinge-se à análise da validade das cláusulas de renúncia, de modo a dispensar a realização de prova pericial das benfeitorias.

Analise-se, pois, a questão.

É certo que o art. 131, do CPC, consagra o princípio do *livre convencimento* do Juiz, que o autoriza a decidir a lide com base nos elementos que julgue suficientes à compreensão da controvérsia.

Todavia, o mencionado princípio não pode atropelar o princípio do *devido processo legal*, de dignidade constitucional, nem pode causar cerceamento de defesa, de modo a impedir o autor de fazer prova do fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 333, I).

Assinale-se, ainda, que a nova Lei do Inquilinato assegura ao locatário, em seu artigo 35, a indenização por benfeitorias necessárias, ainda que não autorizadas pelo locador, e pelas úteis, desde que previamente autorizadas, bem como o direito de retenção do imóvel, a ser exercido no processo de conhecimento e não em sede de execução.

De outra sorte, a doutrina e a jurisprudência cristalizadas no âmbito dos Tribunais pátrios são unânimes em proclamar a validade da cláusula de renúncia ao direito de retenção e indenização por benfeitorias inserida nos contratos de locação urbana.

A propósito, destaquem-se os seguintes precedentes desta Corte, *in verbis*:

Processual Civil. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Produção de provas. Devido processo legal. Ato de demissão. Reintegração em cargo público. Solicitação do processo administrativo. Cabimento.

- O princípio do livre convencimento do Juiz não pode atropelar o princípio do devido processo legal, de dignidade constitucional, sendo descabido o desprezo da pretensão de se produzir prova requerida, tida como necessária para a demonstração do fato constitutivo do direito postulado.

- Para a demonstração da ilegalidade do ato demissório, pressuposto para a reintegração funcional, é adequada e pertinente a requisição e exame do processo administrativo disciplinar.

- Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 201.794-RJ, Rel. Min. Vicente Leal, *in DJ* de 14.06.1999)

Locação. Direito de retenção. Realização de benfeitorias. Cláusula exonerativa. Validade.

1. Não importa em ofensa aos arts. 26 e 46 da Lei n. 6.640/1979, a existência de cláusula em que o locatário renuncia o direito a indenização em virtude da realização de benfeitorias no imóvel.

2. Recurso não conhecido. (REsp n. 94.617-DF, Rel. Min. Edson Vidigal, *in DJ* de 02.03.1998)

Locação. Lei n. 8.245/1991. Retenção e indenização por benfeitorias. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/1990. Inaplicabilidade.

1. Não é nula, nos contratos de locação urbana, a cláusula que estabelece a renúncia ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias.

2. Não se aplica às relações regidas pela Lei n. 8.245/1991, porquanto lei específica, o Código do Consumidor.

3. Agravo regimental não provido. (AGA n. 261.422-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, *in DJ* de 22.05.2000)

Civil e Processual. Locação não residencial. Denúncia vazia. Julgamento antecipado. Benfeitorias. Correção dos honorários.

- Indenização. Mesmo as benfeitorias necessárias cabia renunciar o inquilino, no regime da Lei n. 6.649, arts. 26 e 46, nas condições contratuais só agora expressamente contempladas pela Lei n. 8.245, art. 35. (REsp n. 60.708-CE, Rel. Min. José Dantas, *in DJ* de 09.09.1996)

Em face dessa premissa, é de se reconhecer que a existência de cláusula contratual em que o locatário renuncia ao direito de retenção ou indenização torna desnecessária a realização de prova pericial das benfeitorias realizadas.

No caso, a locatária, através da cláusula de n. 3, das condições gerais do contrato locatício, renunciou expressamente ao direito de retenção e de indenização pelas benfeitorias realizadas.

Daí porque não era imprescindível a realização de prova pericial destinada à avaliação das benfeitorias por ela edificadas no prédio, não tendo o MM. Juiz processante, ao indeferir o requerimento, desrespeitado o exercício pleno do direito de defesa e o devido processo legal.

Assim sendo, tenho que a decisão do Tribunal *a quo* conferiu ao preceitos tidos como violados a precisa e adequada exegese, o que impõe seu prestígio.

Isto posto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 276.153-GO (2000/0090280-2)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrente: Posto Caramuru Ltda

Advogado: Geraldo Gonçalves da Costa
Recorrido: Esso Brasileira de Petróleo S/A
Advogado: Marcelo Mariani Dalan e outros

EMENTA

Processual Civil. Locação. Testemunha. Suspeição. Interesse no litígio. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Irregularidade na representação da recorrida. Inexistência. Carta de preposto. Juntada. Intimação da recorrente. Desnecessidade. Despejo. Notificação prévia. Inexistência de prazo para propositura da ação. Natureza jurídica do contrato entre distribuidora de combustíveis e “posto de gasolina”. Locação. Lei n. 8.245/1991. Aplicabilidade. Ação de despejo. Cabimento. Direito de retenção e indenização por benfeitorias. Renúncia expressa. Pedido de intimação dos assistentes técnicos para que compareçam à audiência de instrução e julgamento. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Inexistência. Ausência de prejuízo. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Recurso especial conhecido e improvido.

1. Tendo as instâncias ordinárias considerado que o empregado de uma das partes tem interesse no litígio e, por isso, tomado seu testemunho sem compromisso, rever tal posicionamento demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula n. 7-STJ.

2. A pessoa jurídica pode ser representada em Juízo por preposto, ainda que este não seja seu diretor, bastando para tanto que a carta de preposto tenha sido assinada por pessoa com poderes para tanto.

3. A juntada da carta de preposto aos autos não demanda a intimação da recorrente, tendo em vista que tal documento não influenciou no julgamento da controvérsia, pois sua apresentação tinha por desiderato tão-simplesmente comprovar a legitimidade de sua representação na audiência de instrução e julgamento.

4. Realizada a necessária notificação da recorrente e decorrido o lapso temporal nela previsto, poderá a respectiva ação de despejo ser ajuizada a qualquer tempo, uma vez que não está ela subordinada a nenhum prazo.

5. Malgrado o art. 35 da Lei n. 8.245/1991 assegure ao locatário o direito de indenização e retenção pelas benfeitorias, é válida a cláusula inserida nos contratos de locação urbana de renúncia aos benefícios assegurados. Hipótese em que a recorrente renunciou expressamente ao seu direito.

6. O indeferimento do pedido de intimação dos assistentes técnicos para que respondessem aos quesitos formulados pela recorrente não caracteriza cerceamento de defesa, haja vista que tais respostas já haviam sido fornecidas nos autos de medida cautelar de produção de provas. Tendo elas sido ratificadas pelo perito na audiência de instrução e julgamento, não há falar na existência de prejuízo para a recorrente.

7. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

8. Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Geraldo Gonçalves da Costa (p/ recorrente)

Brasília (DF), 07 de março de 2006 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 1º.08.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se recurso especial interposto por *Posto Caramuru Ltda.*, com base no art. 105, inc. III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás* que mantivera incólume sentença que, por sua vez, julgou procedente o pedido da autora *Esso Brasileira de Petróleo Ltda.*, para decretar o despejo da recorrente do imóvel objeto do contrato celebrado entre as partes.

O acórdão recorrido foi assim ementado (fls. 408-409):

Locação. Comodato. Benfeitorias. Úteis. Renúncia contratual. Notificação premonitória. Assistentes técnicos não ouvidos na audiência. Testemunha não compromissada. Cerceamento de defesa inócurrenre.

I - A notificação premonitória não tem forma para se realizar nem perde sua eficácia se a ação de despejo é proposta após a fluência do prazo nela especificado.

II - Se ao laudo oficial anuíram os assistentes técnicos, são desnecessários os esclarecimentos da parte dos mesmos inexistindo qualquer prejuízo na produção da prova. Também, a oitiva de testemunha sem compromisso, cujo depoimento consta dos autos e é apreciado pelo julgador, não configura cerceamento de defesa.

III - O contrato que permite utilização de material e equipamentos do locador, sem a presença plena da gratuidade, não é comodato em sua essência, mas contrato atípico, complexo e acessório, sendo atingido, por isto, pela resilição do contrato locatício, ao qual se liga obrigatoriamente;

IV - O locatário não tem direito à indenização pelas benfeitorias úteis introduzidas por ele no imóvel, nem de retenção, se há cláusula expressa, configuradora da renúncia do inquilino a esse respeito.

Agravos retidos e apelação improvidos.

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados pelo Tribunal de origem.

Sustenta a recorrente, nas razões de seu recurso especial, que:

a) o indeferimento de seu pedido de intimação do perito e dos assistentes técnicos das partes, para que comparecessem à audiência de instrução e julgamento para prestarem esclarecimentos, implicaria violação aos arts. 435 e 452, inc. I, do CPC. Sobre esse tema, aponta ainda a ocorrência de dissídio jurisprudencial;

b) há contrariedade ao art. 405, § 3º, inc IV, do CPC, em razão do indeferimento do compromisso da testemunha *Sinomar Vaz Gomes*, arrolada pelo recorrente, sob o argumento de que o fato de a testemunha ser sua empregada não a tornaria suspeita, nos termos do precitado dispositivo infraconstitucional;

c) existe irregularidade na representação da recorrida por ocasião da audiência de instrução e julgamento, uma vez que seu depoimento pessoal teria sido prestado por pessoa sem autorização legal para tanto, mediante a apresentação de uma “carta de preposição”, instrumento que “não poderia e

não pode substituir o contrato social, único documento hábil capaz de provar a regular representação das pessoas jurídicas em juízo” (fl. 450), o que caracterizaria contrariedade aos arts. 12, inc. VI, 13, inc. I, e 398, todos do CPC;

d) é ineficaz a notificação preparatória da ação de despejo que lhe foi movida pela recorrida, tendo em vista que, entre a data de sua realização, 10.06.1996, e a data do ajuizamento da ação de despejo, 15.01.1997, teriam se passado 7 (sete) meses, motivo pelo qual a referida notificação teria perdido sua eficácia. Assim, restariam violados os arts. 808, inc. I, do CPC, tendo em vista que a ação principal não foi proposta no prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 806 do mesmo Código;

e) não seria cabível a ação de despejo, porque o contrato celebrado entre as partes seria misto ou coligado, “ou seja, de locação e de comodato ao mesmo tempo, caso em que desafiaria a propositura do despejo, quanto à locação, e a de reintegração, no que se refere ao comodato, não podendo, obviamente, ser admitido o despejo para o desfazimento das duas relações contratuais, como entendera o acórdão recorrido” (fl. 451), o que implicaria afronta ao art. 5º da Lei n. 8.245/1991.

Por fim, quanto ao mérito, diz que o acórdão recorrido contrariou o art. 35 da Lei n. 8.245/1991, por não ter reconhecido a possibilidade de a recorrente ser indenizada pelas benfeitorias úteis e necessárias edificadas no imóvel locado.

A recorrida apresentou contra-razões (fls. 460-476).

Admitido o recurso especial na origem, subiram os autos a esta Corte (fls. 478-480).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): A recorrente sustenta, nas razões de seu recurso especial, que:

a) o indeferimento do pedido de intimação dos assistentes técnicos para que comparecessem à audiência de instrução e julgamento, bem como a oitiva da testemunha *Sinomar Vaz Gomes* sem que lhe fosse tomado compromisso, violou os arts. 12, inc. VI, 13, inc. I, 435 e 452, inc. I, do CPC;

b) em razão de a recorrida ter sido representada na audiência de instrução e julgamento por pessoa não autorizada, restaria malferido o art. 405, § 3º, inc. IV, todos do CPC;

c) a juntada da “carta de preposto” pela recorrida sem a intimação do recorrente resultaria na ofensa ao art. 398 do CPC;

d) sua notificação é ineficaz, bem como impossível o de desfazimento do contrato tão-somente pelo ajuizamento da ação de despejo, uma vez que a existência de um contrato de comodato exigiria também a propositura de uma ação possessória, malferindo assim os arts. 806 e 808, inc. I, do CPC, e 5º da Lei n. 8.245/1991.

No mérito, defende a possibilidade de retenção das benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel locado, sob pena de ofensa ao art. 35 da Lei n. 8.245/1991.

Verifica-se dos autos que o juízo de primeiro grau não tomou o compromisso da testemunha *Sinomar Vaz Gomes* ao fundamento de que, por ser ela empregada do recorrente, teria interesse no litígio. Tal entendimento tem por pressuposto o reconhecimento de questões de ordem fática que não podem ser novamente apreciadas em sede de recurso especial, uma vez que implicaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é obstado pela Súmula n. 7-STJ.

Ademais, como bem asseverou a Turma Julgadora, a negativa de compromisso à referida testemunha não caracterizaria “cerceamento de defesa, mesmo porque foi ela, ainda que sem compromisso, ouvida e reperguntada” (fl. 412), não se podendo considerar como “imprestável” seu testemunho pelo simples fato de não ter sido tomado o compromisso. Isso porque o § 4º do art. 405 prevê a possibilidade de o juiz ouvir também as testemunhas consideradas suspeitas, situação em que “lhes atribuirá o valor que possam merecer”.

Se na hipótese entendeu-se que “Seu depoimento (...) nada acrescentou ao conjunto probatório” (fl. 412), tal conclusão não se baseou na ausência de compromisso, mas no conteúdo das informações prestadas, cujo reexame, neste momento, torna-se inviável, nos termos da já citada Súmula n. 7-STJ. Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

Testemunha. Suspeição. Interesse no litígio. Gerente.

Reconhecido no acórdão que o gerente do supermercado réu tem interesse no litígio, descabe negar esse fato na instância especial (art. 405, § 3º, inc. IV, do CPC).

Temas não prequestionados.

Recurso não conhecido. (REsp n. 97.916-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 03.02.1997, p. 733)

Também não prevalece a irresignação da recorrente no que concerne à suposta irregularidade na representação da recorrida, tendo em vista que, conforme jurisprudência desta Corte, “A pessoa jurídica pode ser representada em Juízo por preposto, ainda que este não seja seu diretor; basta a designação regular” (REsp n. 191.078-MA, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ 09.10.2000, p. 142). *In casu*, entendeu o Tribunal de origem pela validade da carta de preposto, uma vez que “Quem assinou tinha poderes para tal, pelo que se vê dos documentos de fls. 329-331” (fl. 419).

Por sua vez, não há falar em violação ao art. 398 do CPC pela ausência de intimação da recorrente para se pronunciar sobre a carta de preposição acostada aos autos, haja vista que tal documento não influenciou no julgamento da controvérsia, pois sua apresentação tinha por desiderato tão-simplesmente comprovar a legitimidade de sua representação na audiência de instrução e julgamento.

Quanto à suposta ineficácia da notificação preparatória da ação de despejo, ante o decurso de 7 (sete) meses entre sua efetivação e o ajuizamento da ação de despejo, já é firme, nesta Corte, o entendimento segundo o qual “A Lei de Locação (n. 8.245/1991), em seus arts. 46, parág. 2º, e 78, não impõe prazo algum ao locador, após efetuada a obrigatória notificação, ao exercício de seu direito de retomada, através da propositura da competente ação de despejo por denúncia vazia. O locador, neste tipo de ação e obedecida a prévia comunicação legal, é árbitro de suas conveniências, não comportando a lei ou ao intérprete, mais restrições que as expressas” (REsp n. 137.353-SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 06.12.1999, p. 108). Nesse mesmo sentido:

Locação. Notificação. Prazo para ação de despejo. Prequestionamento.

I - A ação de despejo, nos termos da Lei n. 8.245/1991, depois de decorrido o lapso temporal previsto na notificação, não está subordinada a prazo algum, podendo ser ajuizada a qualquer tempo.

(...)

Recurso parcialmente conhecido, porém, desprovido. (REsp n. 295.145-SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 12.03.2001, p. 172)

No que tange à natureza do contrato celebrado entre as partes, restou decidida pela Quinta Turma que “O contrato celebrado entre Distribuidora de Combustíveis e ‘Posto de Gasolina’ tem natureza contratual de locação”, de sorte que seria adequado o ajuizamento “da ação de despejo em virtude da aplicação

da Lei n. 8.245/1991” (REsp n. 688.280-DF, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 26.09.2005, p. 445).

Por sua vez, concernente ao alegado direito da recorrente de retenção e indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel, esta Corte já pacificou o entendimento segundo o qual, “Ainda que a nova Lei do Inquilinato assegure ao locatário, em seu artigo 35, o direito de indenização e retenção pelas benfeitorias, é válida a cláusula inserida nos contratos de locação urbana de renúncia aos benefícios assegurados” (REsp n. 265.136-MG, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 19.02.2001, p. 259). Nesse mesmo sentido:

Locação. Lei n. 8.245/1991. Retenção e indenização por benfeitorias. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/1990. Inaplicabilidade.

Não é nula, nos contratos de locação urbana, a cláusula que estabelece a renúncia ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias.

Não se aplica às relações regidas pela Lei n. 8.245/1991, porquanto lei específica, o Código do Consumidor.

Recurso conhecido e provido. (REsp n. 575.020-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 08.11.2004, p. 273)

Locação. Lei n. 8.245/1991. Retenção e indenização por benfeitorias. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/1990. Inaplicabilidade.

1. *Não é nula, nos contratos de locação urbana, a cláusula que estabelece a renúncia ao direito retenção ou indenização por benfeitorias.*

2. Não se aplica às relações regidas pela Lei n. 8.245/1991, porquanto lei específica, o Código do Consumidor.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 261.422-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ 22.05.2000, p. 138)

Por fim, conforme se verifica dos autos, pretendia a recorrente que os assistentes técnicos respondessem aos seguintes quesitos (fl. 304):

1. As benfeitorias edificadas no imóvel locado, pelo Réu, considerando a situação anterior do prédio, são úteis e necessárias para o bom funcionamento do Posto de Gasolina ali instalado?

2. O valor das benfeitorias, apurado no laudo pericial datado do dia 19.08.1996 (fls. 118-124 dos autos em apenso), que importou em R\$ 318.612,69 (trezentos e dezoito mil, seiscentos e doze reais e sessenta e nove centavos), atualizado monetariamente, importa, atualmente, em quanto?

A não-intimação dos assistentes técnicos, para que comparecessem à audiência de instrução e julgamento, não configura o alegado cerceamento de defesa da recorrente, visto que não lhe causou nenhum prejuízo. Isso porque os referidos quesitos já haviam sido respondidos nos laudos periciais juntados aos autos da referida Medida Cautelar, elaborados pelo perito (fls. 121-122) e pela assistente técnica da recorrida (fl. 153), devendo-se observar que o assistente técnico da recorrente não apresentou laudo próprio, limitando-se a anuir ao laudo do perito (fl. 124). Ademais, tais respostas foram ratificadas pelo perito na audiência de instrução e julgamento (fl. 311).

Outrossim, verifica-se, *in casu*, a total impertinência dos referidos quesitos, porquanto buscava a recorrente, por meio deles, obter fundamentos para seu pedido de indenização e retenção das referidas benfeitorias, às quais, como demonstrado acima, não tem nenhum direito, uma vez que a ele renunciou expressamente.

Quanto à sustentada divergência jurisprudencial, a recorrente não comprovou sua existência mediante a juntada das certidões ou cópias dos acórdãos paradigmas, nem citou repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que eles estejam publicados, conforme exigência prevista no art. 541, parágrafo único, do CPC, c.c. o 255, § 1º, **a** e **b**, do RISTJ.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *nego-lhe provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 575.020-RS (2003/0125289-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Gboex Grêmio Beneficente

Advogado: Rui Beuster de Loyola e outros

Recorrido: Isdralit Indústria e Comércio Ltda - Grupo Isdra

Advogado: Bernardo Dorfmann e outros

EMENTA

Locação. Lei n. 8.245/1991. Retenção e indenização por benfeitorias. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/1990. Inaplicabilidade.

Não é nula, nos contratos de locação urbana, a cláusula que estabelece a renúncia ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias.

Não se aplica às relações regidas pela Lei n. 8.245/1991, porquanto lei específica, o Código do Consumidor.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 08.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso especial interposto por *Gboex-Grêmio Beneficente*, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pela Egrégia Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, à unanimidade, negou provimento à apelação, estando assim ementado (fl. 259):

Apelação cível. Despejo. Imóvel não residencial.

Natureza das benfeitorias. Como as adaptações buscaram aumentar ou facilitar o uso do bem locado, podem ser consideradas de natureza útil, aliás, como adequadamente concluiu a perícia.

Prazo de carência. O prazo de carência previsto na cláusula 4ª visou a adequação do imóvel à sua destinação, jamais afastar eventual indenização por benfeitorias úteis.

Ar condicionado e dutos. Comparação com perícia em outro feito entre as mesmas partes. Impossível comparar dados semelhantes de outro feito entre as partes, mas, relativo a área diversa e realizado por perito diverso, igualmente com equipamentos não idênticos.

Depreciação. Razoável sua incidência e no percentual fixado em razão do longo tempo da locação e da natural obsolescência dos equipamentos.

Apelos desprovidos.

Foram interpostos Embargos Declaratórios, os quais foram rejeitados.

O recorrente sustenta que a decisão recorrida violou o disposto no artigo 35, da Lei n. 8.245/1991. Alega que as benfeitorias úteis devem ser indenizadas e permitir o direito de retenção, se não houver expressa disposição contratual em contrário.

Aduz, ainda, que há divergência jurisprudencial adotada por outros tribunais.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 308-9.

O Tribunal *a quo* admitiu o regular processamento do feito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Está no despacho que admitiu o apelo às fls. 315-7:

Voltam-se as razões recursais, em síntese, contra o reconhecimento do direito de retenção, uma vez reconhecida a natureza das benfeitorias realizadas como úteis. Alegam que existe expressa disposição contratual em contrário.

Merece ser admitida a presente inconformidade, por ambas as alíneas de sua interposição.

O entendimento do aresto recorrido está em desacordo com a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, como demonstram as seguintes decisões:

(...)

Locação. Lei n. 8.245/1991. Retenção e indenização por benfeitorias. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/1990. Inaplicabilidade.

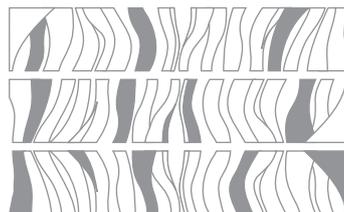
1. Não é nula, nos contratos de locação urbana, a cláusula que estabelece a renúncia ao direito retenção ou indenização por benfeitorias.

2. Não se aplica às relações regidas pela Lei n. 8.245/1991, porquanto lei específica, o Código do Consumidor.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg n. 261.422-SP, DJ de 22.05.2000, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal)

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso para, cassando o acórdão recorrido, afastar a obrigação de indenizar as benfeitorias, como acordado no contrato. Sucumbência invertida.



Súmula n. 336

SÚMULA N. 336

A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.

Referências:

CF/1988, arts. 201, V, e 226, § 3º.

Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º.

Precedentes:

AgRg na Pet	4.992-PR	(5ª T, 14.11.2006 – DJ 18.12.2006)
AgRg no Ag	668.207-MG	(5ª T, 06.09.2005 – DJ 03.10.2005)
REsp	176.185-SP	(5ª T, 17.12.1998 – DJ 17.02.1999)
REsp	178.630-SP	(6ª T, 16.04.1999 – DJ 17.05.1999)
REsp	196.678-SP	(5ª T, 16.09.1999 – DJ 04.10.1999)
REsp	202.759-SP	(5ª T, 08.06.1999 – DJ 16.08.1999)
REsp	472.742-RJ	(5ª T, 06.03.2003 – DJ 31.03.2003)
REsp	602.978-AL	(5ª T, 1º.06.2004 – DJ 02.08.2004)
RMS	19.274-MT	(6ª T, 15.09.2005 – DJ 06.02.2006)

Terceira Seção, em 25.04.2007

DJ 07.05.2007, p. 456

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO N. 4.992 - PR (2006/0170646-8)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Agravante: Geni da Silva Tardim

Advogado: Ary Lúcio Fontes e outro

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

EMENTA

Processual Civil e Previdenciário. Incidente de uniformização de jurisprudência. Artigo 14, parágrafo 4º, Lei n. 10.259/2001. Superior Tribunal de Justiça. Dirimir divergência. Competência. Turma de uniformização. Orientação contrária. Direito material. Súmula ou jurisprudência do STJ. Pensão por morte. Percepção. Cônjuge separado ou divorciado. Dissensão jurisprudencial. Quinta e Sexta Turmas. Entendimento dominante. Existência. Necessidade. Agravo interno desprovido.

I - O Incidente de Uniformização de Jurisprudência foi criado pelo artigo 14, § 4º da Lei n. 10.259/2001, para que o Superior Tribunal de Justiça resolva sobre eventual divergência sempre que a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência desta Corte desde que haja entendimento dominante da matéria posta em debate.

II - Na hipótese, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende ser impossível a concessão de benefício pensão por morte a cônjuge separado ou divorciado *sem a comprovação de dependência econômica* do segurado falecido. Por seu turno, a Sexta Turma deste Tribunal possui posicionamento no sentido de que é devida a pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, *desde que demonstre a necessidade econômica superveniente*, ainda que tenha havido dispensa dos alimentos por ocasião da separação.

III - É inviável, em sede de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, dirimir divergência, conforme os termos do artigo 14, § 4º da Lei n. 10.259/2001, quando não houver, nesta Corte, *posicionamento dominante sobre o assunto em discussão*.

IV - Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental. “Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 18.12.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de Agravo Interno interposto por Geni da Silva Tardim, contra decisão que não conheceu do Incidente de Uniformização de Jurisprudência dirigido a esta Corte, nos seguintes termos, *verbis*:

O Incidente de Uniformização de Jurisprudência foi criado pelo artigo 14, § 4º da Lei n. 10.259/2001, nos seguintes termos:

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

omissis.

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

Desta forma, de uma simples leitura do texto legal, conclui-se que esta Corte deverá dirimir eventual divergência existente sempre que a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito, contrariar súmula ou jurisprudência do STJ desde que haja entendimento dominante da matéria posta em debate.

Na hipótese dos autos, a ora requerente pleiteou o benefício pensão por morte de seu ex-marido, segurado da previdência, já falecido. Narram os autos que a autora separou-se judicialmente de seu marido em 1992, oportunidade em que

dispensou pensão alimentícia. Com o falecimento de seu ex-marido em 2003, ela requereu pensão por morte, que restou indeferido no âmbito administrativo. Na esfera judicial, seu pedido também foi julgado improcedente, porque a autora não comprovou ser dependente econômica de seu ex-marido no momento em que este faleceu. Na Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência seu pedido de uniformização não foi conhecido por ausência de jurisprudência dominante no âmbito desta Corte.

Tendo sido o feito encaminhado a este Tribunal, com fulcro nos artigos 14, § 4º e 28 da Resolução n. 390/2004-CJF, *cumprir assinalar a inexistência de posicionamento dominante sobre o assunto em debate.*

Com efeito, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende ser impossível a concessão de benefício pensão por morte a cônjuge separado ou divorciado *sem a comprovação de dependência econômica* do segurado falecido. Ilustrativamente:

Administrativo. Servidor público. Pedido de pensão por morte formulado por mulher separada. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Necessidade econômica não comprovada. Impossibilidade do benefício previdenciário. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

1. *A mulher que recusa os alimentos na separação judicial pode pleiteá-los futuramente, desde que comprove a sua dependência econômica.*

2. Não demonstrada a dependência econômica, impõe-se na improcedência do pedido para a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 668.207-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, D.J. de 03.10.2005).

Previdenciário. Recurso especial. Pensão por morte. Inexistência de comprovação de dependência econômica. Lei 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º. Ausência de preenchimento de requisito legal. Impossibilidade de concessão do benefício.

- *Em observância à legislação que regula a matéria, impossível a concessão do benefício de pensão por morte a cônjuge divorciado ou separado sem a comprovação de dependência econômica do segurado falecido.*

- Em momento algum dos autos, consta o possível recebimento de pensão alimentícia pela autora, ou qualquer comprovação de dependência, ainda que por vias transversas.

- Face a inexistência do preenchimento de requisito legal para a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, impõe-se a desconstituição do v. Acórdão recorrido e consequentemente a improcedência do pedido.

- Recurso conhecido e provido. (REsp n. 602.978-AL, Rel. Min. Jorge Scartezzini, D.J. de 02.08.2004).

Processual e Previdenciário. Rural. Benefício. Pensão por morte. Dependência econômica. Comprovação. Habilitação de filhas. Cotas. Art. 76 da Lei n. 8.213/91.

1. *Cônjuge separado judicialmente sem receber alimentos e que não comprova a dependência econômica não faz jus à pensão.*

2. Habilitação das filhas dependentes às cotas de pensão, na forma do art. 76 da Lei n. 8.213/1991.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa, provido. (REsp n. 196.603-SP, de minha relatoria, D.J. de 13.03.2000).

Por seu turno, a Sexta Turma deste Tribunal possui posicionamento no sentido de que é devida a pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, desde que demonstre a necessidade econômica superveniente, ainda que tenha havido dispensa dos alimentos por ocasião da separação. Sobre o tema, confira-se:

Agravo regimental em recurso especial. Previdenciário. Pensão por morte. Cônjuge separado judicialmente sem alimentos. Dependência econômica superveniente comprovada.

1. *É devida pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, uma vez demonstrada a necessidade econômica superveniente, ainda que tenha havido dispensa dos alimentos por ocasião da separação.*

Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp n. 527.349-SC, Rel. Min. Paulo Medina, D.J. de 06.10.2003).

Previdenciário. Pensão por morte. Cônjuge separado judicialmente. Dispensa de pensão alimentícia. Necessidade econômica posterior. Comprovação.

- *Desde que comprovada a ulterior necessidade econômica, o cônjuge separado judicialmente, ainda que tenha dispensado a pensão alimentícia, no processo de separação, tem direito à percepção de pensão previdenciária em decorrência do óbito do ex-marido.*

- Recurso Especial não conhecido. (REsp n. 177.350-SP, Rel. Min. Vicente Leal, D.J. de 15.05.2000).

Ante o exposto, não conheço do Incidente de Uniformização de Jurisprudência dirigido a esta Corte, com fundamento nos artigos 14, § 4º da Lei n. 10.259/2001 e 28 da Resolução n. 390/2004, por não existir infringência ao entendimento do STJ. (fls. 111-114).

No presente recurso, a agravante repisa os argumentos tecidos anteriormente. Ao final, requer a retratação da decisão agravada ou, caso assim não se entenda, a apreciação do agravo pela Turma para que seja conhecido e provido o Incidente de Uniformização de Jurisprudência.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Não obstante os argumentos expendidos pela agravante, os mesmos não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão hostilizada, não ensejando, assim, a reforma pretendida.

O Incidente de Uniformização de Jurisprudência foi criado pelo artigo 14, § 4º da Lei n. 10.259/2001, nos seguintes termos:

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

omissis.

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

Desta forma, de uma simples leitura do texto legal, conclui-se que esta Corte deverá dirimir eventual divergência existente sempre que a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito, contrariar súmula ou jurisprudência do STJ desde que haja entendimento dominante da matéria posta em debate.

Na hipótese dos autos, a ora requerente pleiteou o benefício pensão por morte de seu ex-marido, segurado da previdência, já falecido. Narram os autos que a autora separou-se judicialmente de seu marido em 1992, oportunidade em que dispensou pensão alimentícia. Com o falecimento de seu ex-marido em 2003, ela requereu pensão por morte, que restou indeferido no âmbito administrativo. Na esfera judicial, seu pedido também foi julgado improcedente, porque a autora não comprovou ser dependente econômica de seu ex-marido

no momento em que este faleceu. Na Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência seu pedido de uniformização não foi conhecido por ausência de jurisprudência dominante no âmbito desta Corte.

Tendo sido o feito encaminhado a este Tribunal, com fulcro nos artigos 14, § 4º e 28 da Resolução n. 3902004-CJF, *cumpre assinalar a inexistência de posicionamento dominante sobre o assunto em debate.*

Com efeito, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende ser impossível a concessão de benefício pensão por morte a cônjuge separado ou divorciado *sem a comprovação de dependência econômica* do segurado falecido. Ilustrativamente:

Administrativo. Servidor público. Pedido de pensão por morte formulado por mulher separada. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Necessidade econômica não comprovada. Impossibilidade do benefício previdenciário. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

1. *A mulher que recusa os alimentos na separação judicial pode pleiteá-los futuramente, desde que comprove a sua dependência econômica.*

2. Não demonstrada a dependência econômica, impõe-se na improcedência do pedido para a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 668.207-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, D.J. de 03.10.2005).

Previdenciário. Recurso especial. Pensão por morte. Inexistência de comprovação de dependência econômica. Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º. Ausência de preenchimento de requisito legal. Impossibilidade de concessão do benefício.

- *Em observância à legislação que regula a matéria, impossível a concessão do benefício de pensão por morte a cônjuge divorciado ou separado sem a comprovação de dependência econômica do segurado falecido.*

- Em momento algum dos autos, consta o possível recebimento de pensão alimentícia pela autora, ou qualquer comprovação de dependência, ainda que por vias transversas.

- Face a inexistência do preenchimento de requisito legal para a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, impõe-se a desconstituição do v. Acórdão recorrido e consequentemente a improcedência do pedido.

- Recurso conhecido e provido. (REsp n. 602.978-AL, Rel. Min. Jorge Scartezzini, D.J. de 02.08.2004).

Processual e Previdenciário. Rural. Benefício. Pensão por morte. Dependência econômica. Comprovação. Habilitação de filhas. Cotas. Art. 76 da Lei n. 8.213/1991.

1. *Cônjuge separado judicialmente sem receber alimentos e que não comprova a dependência econômica não faz jus à pensão.*

2. Habilitação das filhas dependentes às cotas de pensão, na forma do art. 76 da Lei 8.213/1991.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa, provido. (REsp n. 196.603-SP, de minha relatoria, D.J. de 13.03.2000).

Por seu turno, a Sexta Turma deste Tribunal possui posicionamento no sentido de que é devida a pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, *desde que demonstre a necessidade econômica superveniente*, ainda que tenha havido dispensa dos alimentos por ocasião da separação. Sobre o tema, confira-se:

Agravo regimental em recurso especial. Previdenciário. Pensão por morte. Cônjuge separado judicialmente sem alimentos. Dependência econômica superveniente comprovada.

1. *É devida pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, uma vez demonstrada a necessidade econômica superveniente, ainda que tenha havido dispensa dos alimentos por ocasião da separação.*

Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 527.349-SC, Rel. Min. Paulo Medina, D.J. de 06.10.2003).

Previdenciário. Pensão por morte. Cônjuge separado judicialmente. Dispensa de pensão alimentícia. Necessidade econômica posterior. Comprovação.

- *Desde que comprovada a ulterior necessidade econômica, o cônjuge separado judicialmente, ainda que tenha dispensado a pensão alimentícia, no processo de separação, tem direito à percepção de pensão previdenciária em decorrência do óbito do ex-marido.*

- Recurso Especial não conhecido. (REsp n. 177.350-SP, Rel. Min. Vicente Leal, D.J. de 15.05.2000).

Desta forma, não havendo razão para a alteração do julgado, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 668.207 - MG
(2005/0048283-3)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Agravante: Almira Faria

Advogado: Moisés Elias Pereira e outros

Agravado: Maria Ignez Branquinho Pinto

Advogado: João Azevedo Barbosa e outros

Agravado: Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de
Minas Gerais-IPSM

Advogado: Arildo Ricardo e outros

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Pedido de pensão por morte formulado por mulher separada. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Necessidade econômica não comprovada. Impossibilidade do benefício previdenciário. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

1. A mulher que recusa os alimentos na separação judicial pode pleiteá-los futuramente, desde que comprove a sua dependência econômica.
2. Não demonstrada a dependência econômica, impõe-se na improcedência do pedido para a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte.
3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 03.10.2005

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de agravo regimental interposto por *Almira Faria*, contra decisão de minha lavra, proferida em sede de agravo de instrumento, que restou assim ementada:

Administrativo. Servidor público. Pedido de pensão por morte formulado por mulher separada. Violação aos art. 458 e 535 do CPC. Omissão inexistente. Acórdão hostilizado. Fundamentos suficientes para embasar a decisão. Necessidade econômica não comprovada. Reexame do conjunto fático-probatório. Súmula n. 7 do STJ. Alínea c. Dissenso não demonstrado. Agravo desprovido. (fl. 140)

Alega a Agravante, nas razões do regimental, que a decisão hostilizada merece reforma.

Sustenta em síntese, que o *decisum* proferido em sede de apelação teria violado o art. 535, do Código de Processo Civil, eis que a decisão não se pronunciou fundamentadamente sobre o fato de que a renúncia anterior dos alimentos, não possui o condão de obstaculizar o pedido de pensão por morte.

Aduz, ainda, que a divergência jurisprudencial ficou demonstrada, porque realizado o cotejo analítico da decisão recorrida e do acórdão divergente.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (relatora): Não obstante os argumentos apresentados pela Agravante, o recurso não merece prosperar.

Inicialmente, a alegada ofensa ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, ao argumento de negativa de prestação jurisdicional pelo Tribunal *a quo* quando do julgamento dos embargos de declaração, não subsiste. O acórdão hostilizado negou o benefício previdenciário a ora Agravante, por entender que não ficou comprovado de forma inequívoca a relação de dependência econômica com o seu ex-marido.

A título de elucidação, transcrevo o seguinte trecho do aresto hostilizado, *litteris*:

Conquanto a ex-mulher divorciada não esteja arrolada entre os beneficiários do segurado do IPSM, *a jurisprudência é pacífica em se admitir a sua inclusão, toda vez que houver a dependência econômica, ou seja, quando lhe era devida pensão alimentícia paga pelo segurado falecido.*

(...)

Entretanto, este não é o caso dos autos, a Autora, separada judicialmente do ex-segurado, desde 1971, e divorciada, desde 1992, nunca recebeu pensão alimentícia do seu finado ex-marido, haja vista a sua expressa dispensa, conforme se extrai dos documentos juntados nos autos à fl. 24.

Nesse rumo, pelo fato da apelante nunca ter dependido economicamente de seu ex-marido, haja vista ter sobrevivido durante todos estes anos com renda própria; aliado ao fato da Lei n. 10.366/1990 não ter arrolado as divorciadas como beneficiárias de ex-segurado do IPSM, não há como garantir à apelante o direito de usufruir a pensão por morte por ele deixada. (fl. 57-58; sem grifo no original.) (fls. 218-219)

Nesse contexto, verifica-se que o Tribunal de origem solucionou a *quaestio juris* de maneira clara e coerente, apresentando todas as questões que firmaram o seu convencimento para negar a pensão por morte.

No mais, “se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte” (AgRg no Ag n. 56.745-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 12.12.1994.)

No mérito, o acórdão recorrido encontra-se em consonância com pacífico entendimento desta Egrégia Corte, no sentido de que a mulher que recusa os alimentos na separação judicial pode pleiteá-los futuramente, desde que comprove a sua dependência econômica.

Por oportuno, transcrevo os seguintes precedentes:

Previdenciário. Pensão por morte. Cônjuge separado judicialmente sem alimentos. Prova da necessidade. Súmulas n. 64-TFR e 379-STF.

O cônjuge separado judicialmente sem alimentos, *uma vez comprovada a necessidade, faz jus à pensão por morte do ex-marido.*

Recurso não conhecido. (REsp n. 195.919-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 21.02.2000, sem grifo no original.)

Previdenciário. Recurso especial. Pensão por morte. Inexistência de comprovação de dependência econômica. Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º. Ausência de Preenchimento de Requisito Legal. Impossibilidade de concessão do benefício.

- Em observância à legislação que regula a matéria, impossível a concessão do benefício de pensão por morte a cônjuge divorciado ou separado sem a comprovação de dependência econômica do segurado falecido.

- Em momento algum dos autos, consta o possível recebimento de pensão alimentícia pela autora, ou qualquer comprovação de dependência, ainda que por vias transversas.

- Face a inexistência do preenchimento de requisito legal para a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, impõe-se a desconstituição do v. Acórdão recorrido e consequentemente a improcedência do pedido.

- Recurso conhecido e provido. (REsp n. 602.978-AL, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 02.08.2004.)

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 176.185-SP (98.0039671-3)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Advogada: Tereza Marlene Franceschi Meirelles

Recorrido: Stella Malafronte Moraes Franco - espólio

Advogado: Jorge Wagner Cubaechi Saad

EMENTA

Civil e Previdenciário. Pensão por morte. Alimentos. Irrenunciabilidade. Art. 404 do CC. Súmulas n. 372-STF e n. 64-TFR.

O ex-cônjuge sobrevivente separado tem direito à pensão por morte, ainda que tenha dispensado os alimentos na separação, desde que deles necessitado.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo e Felix Fischer. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 17.02.1999

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: A espécie foi assim resumida no despacho de admissão do recurso, texto do Juiz José Kallás, Vice-Presidente do TRF-3ª Região, literal:

Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra decisão unânime de Turma Julgadora deste Tribunal, que entendeu cabível a concessão da pensão por morte, vez que restou comprovada a atual dependência econômica da autora em relação ao seu ex-cônjuge já falecido, sendo irrelevante a dispensa aos alimentos por ocasião da separação ante a irrenunciabilidade do direito.

Sustenta o recorrente afronta à Lei n. 3.807/1960, com a nova redação dada pela Lei n. 5.890/1973 e ao artigo 13, do Decreto n. 89.312/1984, já que, estando a recorrida separada judicialmente de seu esposo sem que lhe tenha sido assegurada a prestação de alimentos, incabível a concessão da pensão por morte do falecido segurado da previdência social. (fl. 136)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): A irresignação da autarquia, consistente em que é indevida a pensão por morte ao cônjuge sobrevivente separado que não recebia alimentos em vida do beneficiário, não tem como prevalecer.

Decerto, o fato de a ex-mulher haver desistido dos alimentos por ocasião da separação, devido ao pouco que ganhava de aposentadoria o seu ex-marido, não impede que, comprovada em qualquer tempo a sua necessidade econômica, viesse a pleiteá-los e recebê-los, ainda que falecido o beneficiário. Isso, não só por ser legalmente irrenunciável o direito a alimentos (art. 404 do CC), como pela sua própria natureza alimentícia, essencial à vida.

De salientar que não é outra a jurisprudência dos Tribunais, a começar pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, que assim sumulou a questão:

Súmula n. 372 - No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.

Também o extinto Tribunal Federal de Recursos emitiu verbete específico, assim sumulado:

Súmula n. 64 - A mulher que dispensou, no acordo de desquite, a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito à pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício.

Ora, a pensão por morte nada mais é do que os alimentos a que se obrigam reciprocamente os cônjuges, quando em vida (CF/1988, art. 201, inciso V).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 178.630-SP (98.0044617-6)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Advogado: Tereza Marlene Franceschi Meirelles

Recorrida: Roseli de Souza Toledo

Advogado: Rubens Cavalini

EMENTA

Recurso especial. Pensão por morte de marido. Dispensa de alimentos.

1 - É irrelevante que a mulher haja dispensado, no processo de separação, a prestação alimentícia, uma vez que conserva o direito à pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício.

2 - Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Vicente Leal e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

Brasília (DF), 16 de abril de 1999 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Presidente

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 17.05.1999

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social-INSS*, com fundamento no art. 105, inciso III, letra **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado, *verbis*:

Previdenciário. Pensão por morte. Mulher separada que dispensou alimentos.

I - A dispensa do direito à pensão alimentícia na homologação da separação, não preclui o direito à obtenção da pensão por morte do ex-cônjuge falecido.

II - Efeitos patrimoniais, *in casu*, a partir da data do óbito.

III - Incidência da correção monetária nos termos da Lei n. 8.213/1991 e subsequentes critérios oficiais de atualização.

IV - Juros de mora à taxa de 6% ao ano (artigo 1.062 do CC), a partir da citação (artigo 219 do CPC).

V - Honorários advocatícios fixados em 15% sobre o total da condenação.

VI - Recurso provido. (fls. 90)

Sustenta o recorrente que a ex-esposa, separada judicialmente e sem direito a alimentos, não faz jus ao benefício previdenciário. Afirma que o acórdão impugnado violou o art. 17, § 2º da Lei n. 8.213/1991 e o art. 14, I do Decreto n. 611/1992.

Oferecidas contra-razões, o recurso foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Razão não assiste ao recorrente.

É entendimento de nossos Tribunais que sendo o direito a alimentos irrenunciável, a desistência destes por ocasião da separação judicial é ato de manifestação provisória, uma vez que demonstrada a necessidade superveniente daqueles, correta é a concessão do benefício. Confirma-se a jurisprudência da Corte, *verbis*:

Previdenciário. Pensão. Duplo benefício de companheira e mulher desquitada. Súmula n. 64 do ex-TFR.

A mulher que vem percebendo pensão do INPS, na condição de companheira designada, pode desfrutar de idêntico benefício por morte de seu ex-marido, apesar de ter dispensado no acordo de desquite a prestação de alimentos, desde que comprove, *quantum satis*, a necessidade deste benefício. (AR n. 85-RJ, DJ 22.04.1991, Rel. Min. José de Jesus Filho)

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou inúmeras vezes:

Alimentos. Desconstituição de cláusula estabelecida em desquite.

I - No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados posteriormente, verificados os pressupostos legais.

II - Recurso Extraordinário conhecido e provido. (RE n. 114.298-MG, DJ 16.10.1997, Rel. Min. Moreira Alves)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 196.678-SP (98.0088286-3)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Advogado: Ricardo Ramos Novelli e outro
Recorrido: Maria de Lourdes de Paula e outro
Advogado: Expedito Rodrigues de Freitas

EMENTA

Previdenciário. Pensão por morte. Cônjuge separado judicialmente. Renúncia anterior aos alimentos. Irrelevância.

1. É devida a pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, que comprove a dependência econômica superveniente, ainda que tenha dispensado temporariamente a percepção de alimentos quando da separação judicial.

2. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do Recurso. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Félix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo.

Brasília (DF), 16 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ 04.10.1999

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Buscando a percepção de pensão por morte, Maria de Lourdes de Paula e seu filho Rodrigo de Paula Castro ajuizaram ação de Rito Ordinário contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, alegando serem dependentes na forma da Lei n. 8.213/1991, ainda separada judicialmente do falecido segurado. O MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Franca/SP julgou procedente o pedido em relação ao menor, tendo-o como improcedente com relação à autora (fls. 104-107).

Houve Recurso da Autora, tendo o TRF - 3ª Região dado provimento. O Acórdão ficou assim ementado:

Previdenciário. Pensão por morte. Trabalhador rural ex-esposa. Presunção de dependência econômica. Termo inicial. Honorários advocatícios.

1. Esta Turma tem entendido que, em se tratando de trabalhador rural, havendo início de prova material corroborado por depoimento testemunhal, resta comprovada a condição de rurícola.

2. Possui direito a pensão por morte a ex-esposa que não tenha contraído novo matrimônio ou não viva em concubinato comprovado.

3. Não perde o direito à pensão por morte aquela que após o processo de separação renunciou ao exercício do direito a alimentos, pois este pode ser posteriormente invocado. Inteligência da Súmula n. 379 do STF.

4. A teor do que dispõe o § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/1991 há presunção a favor da esposa de que esta é economicamente dependente de seu marido.

5. O termo inicial do benefício deve coincidir com a data do óbito do segurado, observada a prescrição quinquenal.

6. Honorários advocatícios fixados consoante entendimento desta Segunda Turma, no valor de 15% do total da condenação.

7. Apelação autárquica improvida. Recurso adesivo provido. (fl.141)

Vem agora o INSS com este Recurso Especial (CF, Art. 105, III, a), alegando afronta à Lei n. 8.213/1991, Art. 76, § 2º, e ao Decreto n. 89.312/1984,

Art. 49, § 2º, na medida em que tais normas deixam evidenciado, de maneira clara, que a recorrida somente poderá ser dada como beneficiária se estivesse recebendo alimentos do falecido segurado. Tendo-os dispensado, não resta comprovada a dependência econômica, exigível para a concessão do benefício de pensão por morte.

Contra-raões às fls. 149-151.

Admitido na origem, subiram os autos a esta Corte.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhor Presidente, os dispositivos invocados nesse Recurso, muito ao contrário do que alega o INSS, não pode nos levar ao convencimento de que o cônjuge divorciado ou separado judicialmente somente poderá ser beneficiário da pensão por morte se estiver recebendo alimentos do (a) falecido (a) marido/esposa. Apenas afirma que, comprovada a dependência econômica, concorrerão em igualdade com os dependentes referidos na Lei n. 8.213/1991, Art. 16, I.

Como bem salientou o Acórdão recorrido, o direito aos alimentos é irrenunciável (Súmula n. 379-STF). A sentença que condenou ou deixou de condenar o falecido marido a pagar alimentos à cônjuge-uirago poderia ser revista a qualquer tempo, antes da morte daquele, desde que se alterasse o binômio necessidade-possibilidade. Isso significa dizer que, não recebendo a recorrida qualquer quantia do falecido segurado, a título de alimentos, nada a impediria de requerê-los posteriormente, desde que comprovasse o requisito 'necessidade'.

Em matéria previdenciária não é diferente. A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 201, V, reza que “os planos de Previdência Social, mediante contribuição, atenderão nos termos da lei, a pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao *cônjuge ou companheiro* e dependentes, obedecido o disposto no § 5º do art. 202.” E quando a Lei n. 8.213/1991, Art. 76, § 2º, inclui o cônjuge separado ou divorciado como dependente do ex-marido, para fins de percepção da pensão por morte, busca proteger a família, independentemente de eventual pensão alimentícia recebida deste na data do óbito; basta, para a percepção do benefício, comprovar a necessidade econômica superveniente. Já reconhecida pelo Acórdão recorrido, não me cabe aqui infirmar, sob pena de esbarrar no óbice da Súmula n. 7-STJ.

Nesse sentido:

Previdenciário. Pensão por morte. Alimentos. Súmulas n. 379-STF e n. 64-TFR.

A dispensa do direito à pensão alimentícia, por ocasião de separação judicial, é ato irrelevante, sendo que, uma vez demonstrada a necessidade econômica superveniente, correta seria a concessão do benefício.

Recurso não conhecido. (REsp n. 202.759-SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 16.08.1999)

Civil e Previdenciário. Pensão por morte. Alimentos. Irrenunciabilidade. Art. 404 do CC. Súmulas n. 372-STF e n. 64-TFR.

- O ex-cônjuge sobrevivente separado tem direito à pensão por morte, ainda que tenha dispensado os alimentos na separação, desde que deles necessitado.

- Recurso não conhecido. (REsp n. 176.185-SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 17.02.1999)

Assim, não conheço do Recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 202.759-SP (99.0008279-6)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Advogado: Tereza Marlene de Franceschi Meirelles

Recorrido: Dalila Machado Ribeiro

Advogado: Arlindo Felipe da Cunha e outro

EMENTA

Previdenciário. Pensão por morte. Alimentos. Súmulas n. 379-STF e n. 64-TFR.

A dispensa do direito à pensão alimentícia, por ocasião de separação judicial, é ato irrelevante, sendo que, uma vez demonstrada

a necessidade econômica superveniente, correta seria a concessão do benefício.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Gilson Dipp e José Arnaldo. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Edson Vidigal.

Brasília (DF), 08 de junho de 1999 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 16.08.1999

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpõe Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, a da Constituição Federal, contra v. acórdão do e. Tribunal *a quo*, assim ementado (fls. 133):

Processual Civil. Previdenciário. Pensão por morte. Dispensa de alimentos quando da separação judicial. Correção monetária. Verba honorária. Juros de mora .

I - Não perde o direito ao benefício pensão por morte a autora que, quando da separação judicial, dispensou a pensão alimentícia. Aplicação da Súmula 64 do Tribunal Federal de Recursos.

II - (...)

III - (...)

IV - (...)

V - Provido o recurso da parte autora.

A autarquia sustenta ofensa ao artigo 17, §2º da Lei n. 8.213/1991 e ao artigo 14, I do Decreto n. 611/1992, vez que a recorrida estava separada

judicialmente de seu esposo e não lhe foi assegurada a prestação de alimentos, não fazendo *jus* à concessão do benefício previdenciário.

Com contra-razões (fls. 141-147) e admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A pretensão recursal não merece prosperar.

Com efeito, esta Colenda Corte tem decidido que a dispensa do direito à pensão alimentícia, por ocasião de separação judicial, é ato irrelevante, sendo que, uma vez demonstrada a necessidade econômica superveniente, correta seria a concessão do benefício previdenciário, conforme dicção de súmula do Colendo Supremo Tribunal Federal:

Súmula n. 379 - No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.

A matéria também encontra amparo na súmula do ex-TFR:

Súmula n. 64 - A mulher que dispensou, no acordo de desquite, a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito à pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

Civil e Previdenciário. Pensão por morte. Alimentos. Irrenunciabilidade. Art. 404 do CC. Súmulas n. 372-STF e 64-TFR.

O ex-cônjuge sobrevivente separado tem direito à pensão por morte, ainda que tenha dispensado os alimentos na separação, desde que deles necessitado.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 176.185-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 17.02.1999).

À vista do exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 472.742-RJ (2002/0141759-6)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Ieda Pereira Ramos e outros
Advogado: Frederico G. Chateaubriand Filho e outros
Recorrido: Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro
Advogado: Cristiano Franco Martins e outros

EMENTA

Recurso especial. Previdenciário. IPERJ. Pensão por morte. Divórcio. Dispensa de alimentos. Necessidade posterior. Comprovação.

O só fato de a recorrente ter-se divorciado do falecido e, à época, dispensado os alimentos, não a proíbe de requerer a pensão por morte, uma vez devidamente comprovada a necessidade, e, *in casu*, até mesmo a sua dependência econômica enquanto estavam separados.

Precedentes análogos.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 31.03.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Ieda Pereira Ramos interpõe recurso especial com apoio no art. 105, III, alínea **c**, da Constituição Federal,

visando acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu provimento aos recursos interpostos por Elza Frethein Corrêa de Oliveira Cavaco e o IPERJ - Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro, julgando improcedente o pedido de habilitação de pensão *pos mortem* feito pela autora, ora recorrente, em decorrência do fato de não estar comprovada a dependência alimentar de seu ex-marido, até porque encontrava-se divorciada à época do evento morte.

Em suas razões, a recorrente fundamenta a sua irrisignação na divergência jurisprudencial, pois a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação n. 3.445/94, reconheceu o direito pleiteado, em caso análogo ao ora em debate, ao contrário do entendimento da Primeira Câmara.

Afirma que para configurar-se pensão alimentícia não é necessário que o pagamento seja efetuado mediante desconto em folha.

O Instituto-recorrido ofereceu contra-razões (fls. 123-9) e o recurso não foi admitido na origem (fls. 130-1), ascendendo a esta Corte por força do provimento ao agravo de instrumento interposto (fl. 182).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): O aresto paradigma entendeu ser possível habilitação de pensão junto ao IPERJ, quando demonstrada a intenção do *de cuius* em ajudar a ex-mulher, sendo o mesmo uma forma de prestação de alimentos, como afirma a recorrente.

O *v. decisum* alegou que a recorrente teria vivido sem quaisquer alimentos do marido, e que, "(...) rompido o vínculo matrimonial com o *advento* do referido *divórcio*, *eliminada ficou a obrigação alimentar do ex-marido em relação à ex-esposa*, e, por via de consequência, seu direito à pensão não pode existir (...)" (fl. 103).

Constatada a divergência, passo ao exame da controvérsia.

A decisão monocrática, ao julgar procedente o pedido da autora, concluiu que em vida o falecido a sustentava, não havendo como negar-se esta proteção, que teria findado com seu óbito (fl. 66).

Ao modificar tal entendimento, o acórdão recorrido, conforme já exposto, considerou somente que, com o divórcio, estaria extinta a obrigação alimentar.

O apelo merece prosperar, nos termos do entendimento também preconizado nesta Corte em casos análogos:

Recurso especial. Pensão por morte de marido. Dispensa de alimentos. Dependência. Comprovação. Matéria de prova.

1 - É irrelevante que a mulher haja dispensado, no processo de separação, a prestação alimentícia, uma vez que conserva o direito à pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício.(...)

(REsp n. 193.712-RS, DJ 06.09.1999, Rel. Min. Fernando Gonçalves)

Previdenciário. Pensão por morte. Cônjuge separado judicialmente sem alimentos. Prova da necessidade. Súmulas n. 64-TFR e n. 379-STF.

O cônjuge separado judicialmente sem alimentos, uma vez comprovada a necessidade, faz jus à pensão por morte do ex-marido (...)

(REsp n. 195.919-SP, DJ 21.02.2000, Rel. Min. Gilson Dipp)

Previdenciário. Pensão por morte. Cônjuge separado judicialmente. Renúncia anterior aos alimentos. Irrelevância.

1. É devida a pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, que comprove a dependência econômica superveniente, ainda que tenha dispensado temporariamente a percepção de alimentos quando da separação judicial (...)

(REsp n. 196.678-SP, DJ 04.10.1999, Rel. Min. Edson Vidigal)

Extraio do último precedente citado:

(...) os dispositivos invocados nesse Recurso, muito ao contrário do que alega o INSS, não pode nos levar ao convencimento de que o cônjuge divorciado ou separado judicialmente somente poderá ser beneficiário da pensão morte se estiver recebendo alimentos do (a) falecido (a) marido/esposa (...)

(...) A sentença que condenou ou deixou de condenar o falecido marido a pagar alimentos à cônjuge-uirago poderia ser revista a qualquer tempo, antes da morte daquele, desde que se alterasse o binômio necessidade-possibilidade. Isso significa dizer que, não recebendo a recorrida qualquer quantia do falecido segurado, a título de alimentos, nada a impediria de requerê-los posteriormente, desde que comprovasse o requisito "necessidade".

Por essa razão, conheço do recurso e lhe dou provimento, no sentido de que seja restabelecida a decisão singular.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 602.978-AL (2003/0197966-7)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procurador: Juliana de Moraes Guerra e outros
Recorrido: Maria das Dores Lino
Advogado: Leonidio Cícero Montenegro Alves

EMENTA

Previdenciário. Recurso especial. Pensão por morte. Inexistência de comprovação de dependência econômica. Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º. Ausência de preenchimento de requisito legal. Impossibilidade de concessão do benefício.

- Em observância à legislação que regula a matéria, impossível a concessão do benefício de pensão por morte a cônjuge divorciado ou separado sem a comprovação de dependência econômica do segurado falecido.

- Em momento algum dos autos, consta o possível recebimento de pensão alimentícia pela autora, ou qualquer comprovação de dependência, ainda que por vias transversas.

- Face a inexistência do preenchimento de requisito legal para a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, impõe-se a desconstituição do v. Acórdão recorrido e conseqüentemente a improcedência do pedido.

- Recurso *conhecido e provido*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator com quem votaram os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

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

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 02.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: O *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, interpõe recurso especial nos termos do artigo 105, III, **a** e **c** da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 80-88, proferido pela Colenda Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa expressa-se nos seguintes termos (fls. 88), *verbis*:

Previdenciário. Pensão por morte. Separação de fato. Presunção de dependência econômica. Improvimento.

1. A separação de fato do casal, por si só, não é suficiente para elidir a presunção da dependência econômica existente entre os cônjuges.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Improvimento do recurso e da remessa oficial.

Alega o recorrente, em síntese, violação expressa ao art. 76, § 1º e 2º da Lei n. 8.213/1991, que determina a necessidade de prova de dependência econômica pelo cônjuge separado, mesmo que de fato, que pretenda receber pensão previdenciária.

Aponta divergência jurisprudencial através da decisão proferida na Apelação Cível n. 2000.04.01.074833-PR, de relatoria do Desembargador Federal *Guilherme Pinto Machado*, do TRF da 4ª Região, que cita e junta por cópia (fls. 100-104).

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão de fls. 106, verso.

Admitido o recurso (fls. 107), subiram os autos, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, insurge-se o recorrente contra o v. Acórdão impugnado, que mantendo a sentença

monocrática, entendeu procedente a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, ainda que não comprovada a dependência econômica da autora, em relação ao seu ex-cônjuge falecido.

Estando a matéria devidamente prequestionada no v. julgado atacado, bem como demonstrada a divergência jurisprudencial, afasto a incidência do verbete sumular n. 356-STF *para o exame do recurso, com fulcro nas alíneas a e c, do permissivo constitucional.*

Insurge-se a Autarquia Previdenciária contra a decisão que concedeu o benefício previdenciário de Pensão por Morte à autora, já separada de fato do ex-segurado falecido, inobstante da inexistência de qualquer prova que pudesse comprovar a dependência econômica de seu ex-marido.

A Lei n. 8.213/1991, em seu art. 76 § § 1º e 2º, é bastante explícita ao determinar a necessidade de comprovação de dependência econômica.

Diz a legislação mencionada:

Lei n. 8.213/1991 - Art. 76 - A concessão de pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

§ 1º - O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e *mediante prova de dependência econômica.*

§ 2º - O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá com igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei.

Em observância à legislação que regula a matéria, impossível a concessão do benefício de pensão por morte a cônjuge divorciado ou separado sem a comprovação de dependência econômica do segurado falecido.

Ademais, em momento algum dos autos, consta o possível recebimento de pensão alimentícia pela autora, ou qualquer comprovação de dependência, ainda que por vias transversas.

Assim, em face à ausência do preenchimento de requisito legal para a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, impõe-se a desconstituição do v. Acórdão recorrido e consequentemente a improcedência do pedido.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, dando-lhe provimento.*

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.274-MT
(2004/0170005-6)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Rosemar Monteiro

Advogado: Paulo César Zamar Taques e outro

Tribunal de Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso

Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso

Recorrido: Estado de Mato Grosso

Procurador: Ana Flávia Gonçalves de Oliveira Aquino e outros

EMENTA

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Pensão de magistrado falecido. Concubina e ex-esposa. Pensão vitalícia. divisão em partes iguais. Recurso improvido.

1. Independentemente de a ex-esposa do servidor não ter exercido o direito à pensão alimentícia, por se tratar de direito irrenunciável, pode exercê-lo, a qualquer momento, comprovando-se a necessidade deste.

2. Se na ocasião do divórcio, além da pensão destinada às filhas solteiras, ainda, se previu 6% da remuneração do servidor falecido, para sua ex-esposa, a título de alimentos, resta manifesta a dependência econômica da ex-cônjuge e a necessidade de se dividir o percentual da pensão vitalícia com a atual concubina ou companheira.

3. Ausência de direito líquido e certo à totalidade da pensão vitalícia por parte da concubina, bem como inexistência de ilegalidade

ou abuso de poder da autoridade coatora, que determinou a divisão do benefício, em partes iguais, entre a ex-cônjuge e a atual companheira.

4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 06.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário interposto por *Rosemar Monteiro*, contra acórdão de fls. 377-388, do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça, assim, ementado:

Ementa

Mandado de segurança. Pensão. Ex-cônjuge de magistrado que percebia dotação alimentícia. Verba que pode ser revista a qualquer tempo desde que a beneficiária não tenha contraído casamento, união estável ou concubinato. Direito à meação com a companheira do *de cujus*. Inteligência do Código Civil Brasileiro e do Código de Organização Judiciária de MT c.c. os Tratados Internacionais em que o Brasil é signatário. *Mandamus* indeferido.

Pode a ex-cônjuge separada ou divorciada reclamar alimentos haja vista que o direito à pensão é irrenunciável e reversível a qualquer tempo. Entretanto, tal direito lhe assiste desde que não tenha contraído casamento, união estável ou

concubinato (art. 1.709 do Código Civil), observando-se, ainda, as disposições normativas do art. 245 da LC n. 4/1990 c.c. art. 222 e ss. do COJE-MT e Tratados Internacionais em que o Brasil é signatário.

A Recorrente era concubina do magistrado Leopoldino Marques do Amaral, ora, falecido.

Impetrou mandado de segurança contra ato praticado pela autoridade apontada coatora, que determinou o pagamento de 25% da pensão do *de cuius*, à sua ex-esposa, e 50% da pensão às filhas solteiras, restando 25% para a Recorrente.

Afirma a Recorrente que, antes do ato coator, vinha recebendo 50% da pensão e que a ex-esposa não era pensionista do *de cuius*, percebendo, anteriormente, apenas, 6%, a título de alimentos, da remuneração do magistrado falecido.

Impetrou mandado de segurança, visando a ordem para sustar o pagamento de 25% da pensão à ex-esposa do magistrado falecido, bem como para restabelecer o pagamento da pensão da Recorrente, no percentual de 50%.

Nas razões recursais de fls. 392-407, a Recorrente insiste no fato de que a ex-esposa do magistrado falecido nunca recebeu pensão alimentícia deste, tendo ela renunciado o benefício, por ocasião do divórcio, ocorrido há mais de 20 (vinte) anos.

Argumenta, por conseguinte, que, depois de renunciar à pensão, a ex-esposa do magistrado não pode ser mais beneficiária de pensão vitalícia.

Contra-razões do Estado do Mato Grosso, às fls. 431-437, aduzindo que o direito à pensão é insusceptível de renúncia, podendo ser requerido pelo titular, a qualquer momento, desde que demonstrada a necessidade superveniente.

O Ministério Público Federal, mediante parecer de fls. 452-459, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): A Recorrente, na qualidade de concubina de magistrado falecido, pugna pelo direito de receber 50% de sua pensão vitalícia, dividindo-a, apenas, com as filhas do *de cuius*, beneficiárias de pensão temporária.

O pleito cinge-se ao argumento de que tendo a ex-esposa do magistrado renunciado à pensão alimentícia, por ocasião do divórcio, não teria mais este direito ao referido benefício.

Entretanto, o que se depreende dos autos é que ela não renunciou à pensão, pois, foi beneficiária de 6% sobre os vencimentos líquidos do juiz. É o que se verifica na averbação do divórcio às fls. 66.

Ainda que a titular de pensão vitalícia, no caso, a ex-esposa do magistrado falecido, não tivesse exercido o direito à pensão alimentícia, por qualquer motivo e por determinado período de tempo, pode exercê-lo, a qualquer momento, desde que comprove a necessidade do benefício.

No caso em tela, a dependência econômica da ex-esposa do magistrado é manifesta e resta, indubitavelmente, comprovada que a subsistência familiar se fazia com a pensão destinada às filhas solteiras, que corresponde a 50% da remuneração, acrescida de mais 6%, que foram concedidos, por ocasião do divórcio, pelo próprio magistrado, à ex-esposa, a título de alimentos.

A propósito:

Recurso especial. Administrativo e previdenciário. Pensão à ex-cônjuge. Separação judicial. Alimentos recebidos *in natura*. Art. 217, I, **b**, do RJU.

O acórdão recorrido decidiu que teria restado devidamente comprovado que a ex-esposa, apesar de não receber pensão alimentícia, recebia alimentos *in natura*, o que a torna beneficiária da respectiva pensão.

Interpretação sistêmica do art. 217, I, **b**, da Lei n. 8.112/1990.

Recurso desprovido. (REsp n. 380.341-SC, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, J. 25.06.2002, DJ 26.08.2002, p. 288)

Assim, a jurisprudência desta Corte tem firmado o posicionamento de que, em casos como o da espécie, a pensão vitalícia deve ser dividida, em partes iguais, entre a ex-esposa do servidor falecido e a companheira ou concubina, que, com ele, vivia em união estável, por ocasião de seu falecimento.

Nesse sentido:

Recursos especiais. Administrativo. Pensão militar. Viúva e ex-esposa. Rateio. Igualdade de cotas-partes.

Cabe à viúva e à ex-esposa de militar falecido, em face do mesmo *status* legal que detêm, o rateio da pensão que lhes é destinada, em igualdade de cotas-partes. Precedentes.

Recursos desprovidos. (REsp n. 684.061-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fisher, J. 16.11.2004, DJ 06.12.2004, p. 363)

Logo, o ato praticado pela autoridade apontada coatora está em conformidade com o direito pátrio, bem como a orientação da jurisprudência desta Corte, inexistindo, em definitivo, direito líquido e certo da Recorrente a permanecer com a totalidade, que no caso corresponde a 50%, da pensão vitalícia do magistrado Leopoldino Marques do Amaral.

Posto isso, *nego provimento* ao recurso.



Súmula n. 337

SÚMULA N. 337

É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.

Referências:

CPP, art. 383.

Lei n. 9.099/1995, art. 89.

Precedentes:

HC	24.677-RS	(6ª T, 26.08.2003 – DJ 05.04.2004)
HC	28.663-SP	(6ª T, 16.12.2004 – DJ 04.04.2005)
HC	32.596-RJ	(5ª T, 06.05.2004 – DJ 07.06.2004)
HC	36.817-MG	(6ª T, 24.02.2005 – DJ 25.04.2005)
HC	39.021-DF	(6ª T, 16.12.2004 – DJ 14.02.2005)
REsp	481.943-MS	(6ª T, 25.08.2004 – DJ 13.12.2004)
REsp	637.072-PB	(5ª T, 05.08.2004 – DJ 30.08.2004)
REsp	647.228-MG	(5ª T, 16.09.2004 – DJ 25.10.2004)
REsp	651.587-SP	(5ª T, 07.10.2004 – DJ 08.11.2004)
REsp	679.526-CE	(6ª T, 19.04.2005 – DJ 27.06.2005)
REsp	686.251-MG	(5ª T, 08.05.2005 – DJ 04.04.2005)

Terceira Seção, em 09.05.2007

DJ 16.05.2007, p. 201

HABEAS CORPUS N. 24.677-RS (2002/0125529-3)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Jorge Lisbôa Goelzer

Impetrado: Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Estado
do Rio Grande do Sul

Paciente: Vanderlei Silva da Silva

EMENTA

Penal e Processual Penal. Júri. Homicídio. Desclassificação. Lesão corporal grave. Processo. Suspensão condicional.

Operada, pelo Conselho de Sentença, a desclassificação do delito para lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, inciso II, do CP), deve o Juiz processante conceder ao Ministério Público oportunidade para propor a suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais.

Precedentes do STJ e do STF.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão proferido pela Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que deu provimento à apelação unicamente para reduzir a pena ao mínimo legal. O paciente foi denunciado em 29.07.1998, por infração ao artigo 121, § 2º, inciso II, c.c. artigo 14, inciso II, do Código Penal.

Pronunciado e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença desclassificou o crime para lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, inciso II, do CP), razão por que foi o paciente condenado a cumprir 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Alega-se constrangimento ilegal porque que estaria a advir de nulidade processual porque não lhe foi concedido o benefício previsto no artigo 89, da Lei n. 9.099/1995.

Afirma que “em não tendo ocorrido a proposta, mas diretamente condenado, violado direito sagrado fixado na mencionada lei e nulificado o processo. Vítima o paciente, destarte, de coação ilegal (CPP, art. 648, VI)” (fl. 04).

Requer liminarmente a suspensão do acórdão e, afinal, a concessão da ordem, para que o processo seja anulado a partir da sentença condenatória, para que se realize, em audiência, a proposta de suspensão condicional do processo.

A impetração fora dirigida ao Supremo Tribunal Federal, que declinou da competência (fl. 40).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações solicitadas (fls. 46-97).

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela denegação da ordem, sob o entendimento de que o oferecimento da denúncia é o momento processual adequado à proposta de suspensão condicional do processo (fls. 100-105).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): A Corte Regional, ao julgar a apelação, afastou a alegação de nulidade da sentença, sob o seguinte convencimento (fl. 23):

O apelante restou condenado pelo delito de lesão corporal grave, após ter sido operada a desclassificação própria pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

Embora o delito residual permite, em tese, a proposta do benefício do *sursis* processual, inviável é o seu acolhimento, porquanto esta é feita considerando o tipo de direito no momento do oferecimento da denúncia.

Assim, se a denúncia descreve conduta, em tese, apenada em limite que não permite o oferecimento da benesse, a alteração posterior que venha a ocorrer, seja em sentença, seja em grau de apelação, não propicia o benefício, pois ultrapassado o momento processual adequado.

Assiste razão ao impetrante.

A suspensão condicional do processo é prerrogativa do Ministério Público, que a propõe, via de regra, em momento processual subsequente ao oferecimento da denúncia, a teor do que dispõe o artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, nas hipóteses em que a pena aplicável em abstrato ao delito tipificado na exordial acusatória seja igual ou inferior a 01 (um) ano.

Contudo, ao desclassificar o delito, o Conselho de Sentença remeteu o julgamento para o Juiz Presidente, de sorte que este, ao consignar ser o réu primário e sem antecedentes criminais e, ainda, de boa conduta social (fl. 17), haveria de reconhecer presentes os requisitos subjetivos e objetivos inscritos no artigo 89, da Lei n. 9.099/1995, para ensejar ao Ministério Público propor a suspensão condicional do processo.

Com efeito, o instituto é mais benéfico porque visa precipuamente evitar a condenação e, por fim, a extinção da punibilidade, pelo decurso de prazo, se atendidas as condições legais.

Neste sentido é a lição de Luiz Flávio Gomes:

Assim como a lei penal nova (diminuição da pena, por exemplo) encontra barreiras naturais que impossibilitam sua aplicação (se o condenado já cumpriu integralmente a pena, *verbi gratia*), o mesmo se passa com leis processuais novas mais benéficas. Seu alcance tem limites naturais também.

Na hipótese *sub examine*, o limite natural está no trânsito em julgado. Depois dele, nada mais pode ser feito. É impossível a suspensão do processo. Antes dele, no entanto, impõe-se a concessão da suspensão, desde que presentes seus requisitos legais.

(LUIZ FLÁVIO GOMES, Suspensão Condicional do Processo Penal, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 269)

Este é o entendimento desta Corte. Confira-se:

Penal. Suspensão condicional do processo. Art. 89, Lei n. 9.099/1995.

1. Prolatada decisão condenatória já na vigência da Lei n. 9.099/1995, é cabível a aplicação de seu art. 89 (suspensão condicional do processo), pois, não obstante a inusitada situação fática, prevalece a natureza mais benéfica do instituto. Precedente desta Corte e do STF.

2. Recurso conhecido.

(REsp n. 223.538-SP, Relator o Min. Fernando Gonçalves, DJ de 06.05.2002, p. 332)

Penal. Processual Penal. Denúncia por furto qualificado. Desclassificação para o delito de furto qualificado tentado. Suspensão. Imposição prévia de pena. Descabimento.

- Operada, na fase da sentença, a desclassificação do delito de furto qualificado para o de furto qualificado tentado, este punido com pena inferior a um ano de prisão, e reconhecida pelo juiz a presença dos requisitos previstos no art. 77, do Código Penal, é de rigor a aplicação do art. 89, da Lei n. 9.099/1995, que prevê a suspensão condicional do processo, sendo descabida a prévia imposição de pena com base na nova capitulação.

Recurso especial conhecido.

(REsp n. 237.625-RJ, Relator o Min. Vicente Leal, DJ de 16.09.2002, p. 236)

Processual Penal. Suspensão condicional do processo. Aplicação.

1 - Viabilizada a aplicação do art. 89, da Lei n. 9.099/1995, mesmo por ocasião da sentença condenatória, era de rigor oportunizar ao Ministério Público realizar a proposta de suspensão condicional do processo.

2 - Ordem concedida.

(HC n. 14.282-RJ, Relator o Min. Fernando Gonçalves, DJ de 04.06.2001, p. 256)

Recurso especial. Penal. Crime falimentar. Art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Violação configurada.

- Compulsando os autos, verifica-se, claramente, que a sentença foi publicada em 30 de abril de 1997, já na vigência da Lei n. 9.099/1995.

Portanto, era necessário que o magistrado colhesse a manifestação fundamentada do Promotor de Justiça quanto à suspensão do processo.

- Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 231.952-SP, Relator o Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 22.10.2001, p. 345)

Penal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Homicídio culposo. Sentença condenatória. Suspensão condicional do processo. Lei n. 9.099/1995. Retroatividade.

- A suspensão condicional do processo, solução extra-penal para o controle social de crimes de menor potencial ofensivo, é um direito subjetivo do réu, desde que presentes os pressupostos objetivos.

- A providência processual em tela, por fundar-se em norma penal de natureza benigna, deve sempre ser aplicada, inclusive nos processos com sentença penal condenatória, em razão do princípio da retroatividade penal benéfica, hipótese em que devem ser os autos baixados ao Juízo processante, para que seja oportunizada a proposta de que trata o art. 89, da Lei n 9.099/1995.

- *Habeas-corpus* concedido.

(HC n. 11.769-SP, Relator o Min. Vicente Leal, DJ de 21.08.2000, p. 173)

A mesma orientação dimana do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Sentença penal condenatória proferida na vigência da Lei n. 9.099/1995. Sua nulidade por não considerar o disposto nos artigos 76 e 89 daquele diploma legal (aplicação imediata de pena restritiva e suspensão do processo), de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal.

(HC n. 76.262-SP, Relator o Min. Octávio Gallotti, DJ de 31.03.1998, p. 153)

Destarte, presentes os requisitos autorizadores da suspensão condicional do processo, porquanto reconhecidos na sentença, de rigor a remessa dos autos ao Ministério Público de Primeiro Grau, para que se manifeste sobre a aplicação, na espécie, do disposto no art. 89, da Lei n. 9.099/1995.

Posto isso, *concedo* a ordem.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor Presidente, é a primeira vez que me defronto com a questão. Não se trata - permita-me o Senhor Ministro Paulo Medina - da aplicação do artigo 89 da Lei n. 9.099. Isso é no limiar da demanda. O paciente foi denunciado, pronunciado e julgado pelo Tribunal do Júri. Não há processo a ser suspenso. Se ele merece o *sursis*, é o clássico, da suspensão da pena, não o da suspensão do processo. Não se pode suspender o processo depois de encerrado, no último ato.

Com essa ênfase, até para convencer-me dos meus fundamentos, peço licença ao Senhor Ministro Paulo Medina, agregando a esse pedido as minhas homenagens, para denegar o pedido de *habeas-corpus*.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Vanderlei Silva da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Colhe-se do processado que o paciente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, II, na forma tentada. Sendo submetido a julgamento, o Tribunal do Júri desclassificou o delito, proferindo o Juiz singular sentença condenando-o como incurso no art. 129, § 1º, II, do Código Penal, a 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime aberto, pena suspensa pelo prazo de 4 anos.

Inconformada, apelou a defesa, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso para reduzir ao mínimo legal o período de prova da suspensão condicional, guardando o acórdão a seguinte ementa:

Penal e Processo Penal. Apelação. Recurso defensivo.

1. Nulidade. Aplicação do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995. Inviabilidade.

Quando a denúncia descreve conduta, em tese, apenada no limite que não permite o oferecimento da proposta, a alteração posterior que venha a ocorrer, seja na sentença, seja em grau de apelação, não propicia o benefício, pois ultrapassado o momento processual adequado.

(...) (fl. 19)

Prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

O Ministro Paulo Medina, relator, no que foi acompanhado pelo Ministro Hamilton Carvalhido, concede a ordem para determinar a remessa dos autos ao Ministério Público de Primeiro Grau, que deve se manifestar sobre a possibilidade de aplicação do art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

Divergindo desse entendimento, o Ministro Fontes de Alencar denega o *writ* ao argumento de que não há processo a ser suspenso, dado que já existe sentença condenatória, entendendo ser cabível apenas a suspensão da pena.

Pedi vista dos autos.

Com a devida vênia, acompanho o voto do relator.

A suspensão condicional do processo, instituto de despenalização, supõe acordo das partes, transação, bilateralidade, ou seja, proposta do Ministério Público (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) e aceitação do acusado (§ 1º), não podendo o Juiz propor a concessão do benefício por não ser o titular da acusação, cabendo-lhe, entretanto, submeter o feito ao Procurador-Geral de Justiça, caso o *parquet* não concorde com a suspensão.

Veja-se:

Criminal. Embargos de divergência em recurso especial. Lei n. 9.099/1995. Proposta de suspensão condicional do processo. Prerrogativa do Ministério Público. Embargos providos.

É prerrogativa exclusiva do Ministério Público a iniciativa para a proposta de suspensão condicional do processo, sendo descabida, em tese, a sua realização pelo julgador.

Embargos providos para cassar o acórdão recorrido e encaminhar os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, na forma do art. 28 do CPP. (REsp n. 164.261-PR, Relator o Ministro GILSON DIPP, DJU 17.06.2002)

A controvérsia, centra-se em saber a fase processual em que é possível a suspensão condicional do processo.

Certo que o momento adequado para examinar a possibilidade de concessão do benefício é o da oferta da denúncia. No caso, no entanto, como ocorreu a desclassificação do delito por ocasião do julgamento do Tribunal do Júri, somente aí surgiu a oportunidade de fazer incidir o disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

Colhe-se das informações prestadas pela Corte Estadual que, “efetivada a desclassificação do crime pelo Tribunal do Júri, o processo não foi encaminhado ao Ministério Público para análise da viabilidade ou não da proposta de suspensão condicional do processo.” (fl. 47), sendo proferida a sentença condenando o paciente pela prática do crime de lesões corporais graves, cuja pena mínima admite, em tese, o chamado *sursis* processual.

A meu ver, se o réu preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a obtenção do benefício, pouco importa a fase processual em que se encontra o feito, notadamente diante do manifesto prejuízo que lhe é causado com a não aplicação do disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, não sendo demais ressaltar que a suspensão do processo não implica em absolvição ou condenação

e não gera reincidência futura, caso o réu venha a praticar novo crime. Veja-se a decisão proferida sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 75.894-SP, relator o Ministro Marco Aurélio, DJU de 23.08.2002, de cujo voto condutor extraio no que interessa:

Eis mais um caso a levar à reflexão sobre o alcance do disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Presente apenas a denúncia, não se teria campo propício para a aplicação do citado dispositivo. Entrementes, o desenrolar da ação penal, com o interrogatório, recolhimento de provas, debates e juntada de memoriais, acabou para conduzir à desclassificação, vindo à baila os parâmetros indispensáveis a cogitar-se da suspensão do processo. Cumpria ao Juízo, na mesma sentença em que procedida a desclassificação, converter o processo em diligência para que o Ministério Público viesse a pronunciar-se sobre a proposta de suspensão. Neste sentido é a melhor doutrina, cabendo exemplificá-la, de forma, aliás, insuplantável, com a lição de Ada Pellegrini Grinover:

Desclassificação: a desclassificação do delito pode ensejar a suspensão do processo fora do seu tempo normal (que é o da denúncia, nos termos do art. 89). Suponha-se que uma denúncia por furto qualificado, sendo certo que *ab initio* havia justa causa para isso. Encerrada a instrução, percebe-se que a qualificadora não resultou comprovada. O Juiz terá que aplicar o art. 484 do CPP. No princípio, pela pena cominada, não era possível a suspensão do processo; agora, com a desclassificação, tornou-se possível: estamos convencidos de que nessa hipótese o juiz, antes de sentenciar, deve ensejar a possibilidade de suspensão. (Juizados Especiais Criminais. Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 203).

E assim realmente o é. Rigor maior do Ministério Público, a partir de frágeis elementos, como são os revelados próprio inquérito policial, classificando o procedimento de forma incompatível com a suspensão, não pode conduzir, uma vez apurada a verdade real, a ter-se obstaculizado o fenômeno da suspensão do processo. Vale frisar que o acusado defende-se não, em si, da capitulação, mas dos fatos narrados, ressaltando-se também que, a teor do arcabouço normativo, o órgão investido do ofício judicante não está adstrito à classificação empolgada pelo Ministério Público. Concluindo pela desclassificação do delito e fazendo surgir no cenário processual quadro ensejador da aplicabilidade do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, cabe acionar, em diligência, o preceito nele revelado, abrindo margem, destarte, ao implemento da salutar política criminal estampada na Lei n. 9.099/1995.

(...)

Concedo a ordem não para fulminar o processo a partir da sentença como um todo, porquanto é esta a peça que dá margem, em si, à aplicabilidade da Lei n.

9.099/1995, no que estampa a desclassificação do crime. Declaro a insubsistência da condenação para que implemente o Juízo a fase relativa à suspensão, submetendo à paciente a proposta formalizada pelo Estado-acusador.

Convém, ainda, citar a lição de Damásio E. Jesus:

Em regra, o Ministério Público pode propor a suspensão do processo por ocasião do oferecimento da denúncia (*caput* do art. 89). Nada impede, entretanto, que o faça em outra ocasião posterior, desde que presentes as condições da medida. (...).

Assim, é possível, quando do oferecimento da denúncia, o autor do fato não tenha ainda preenchido todos os requisitos exigidos pela lei. Após, vem para os autos elementos solicitados. Nesse caso, pode o Ministério Público pleitear ao juiz a suspensão da ação penal depois da denúncia. Assim, como o *sursis*, que pode ser aplicado após a sentença condenatória. Uma das finalidades da Lei n. 9.099/1995 é desviar o processo do rumo da pena privativa de liberdade. Por isso, em qualquer momento posterior à denúncia e antes da sentença com trânsito em julgado é admissível o *sursis* processual. (...) (Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, Editora Saraiva, 6ª Edição, 2001, p. 107-108)

Pelo exposto, acompanho o voto do Relator.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 28.663-SP (2003/0092471-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Kazuwo Kikute

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: André Ricardo Marques Lupo

EMENTA

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Suspensão condicional do processo. Procedência parcial da denúncia. Cabimento do *sursis* processual.

1. Em se fazendo cabível a suspensão condicional do processo, por força de desclassificação ou procedência só parcial da denúncia, é dever do Juiz suscitar a manifestação do Ministério Público, a propósito da sua suficiência como resposta penal, excluindo, como exclui, a imposição da pena correspondente ao fato-crime.

2. Em casos tais, não se há de anular a denúncia e, tampouco, tudo mais do processo no primeiro grau de jurisdição, mas tão-só desconstituir a condenação decretada na sentença, para determinar que seja ouvido o Ministério Público sobre a proposta de suspensão do processo referida no artigo 89, *caput*, da Lei n. 9.099/1995. Precedente do Supremo Tribunal Federal (RHC n. 81.925-SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, *in* DJ 21.02.2003).

3. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 04.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, improvando o apelo interposto por André Ricardo Marques Lupo, preservou-lhe a pena de 1 ano e 3 meses de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos, por incurso nas sanções do artigo 50, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

O direito à suspensão condicional do processo funda a impetração, porque “não há qualquer dúvida que a pena mínima prevista para o crime pelo qual o ora Paciente restou denunciado e condenado é de um ano.” (fl.3).

Sustenta que “(...) a Autoridade Coatora deveria ter anulado a R. Sentença e convertido o julgamento em diligência a fim de que fosse intimado o D. Representante da Justiça Pública perante o Julgador monocrático a fim de que se manifestasse quanto a possibilidade de suspensão condicional do processo pois não poderia ter concedido o mesmo de ofício sob pena de se estar suprimindo uma instância visto que em nenhum momento algum tal suspensão foi aventada perante o Julgador monocrático.” (fl. 4).

Pugna pela concessão da ordem para que seja cassado o acórdão, determinando-se a baixa dos autos, a fim de que, perante o julgador monocrático, seja oferecida a suspensão condicional do processo ao paciente.

A liminar foi indeferida (fls. 30-31) e as informações dispensadas, por devidamente instruída a inicial.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

Habeas corpus. Suspensão condicional do processo. Concessão. Prerrogativa do MP. Momento. Início da ação penal.

- A proposta do *sursis* é prerrogativa exclusiva do Ministério Público, não podendo o Juiz realizá-la *ex officio* e, conseqüentemente, não estando obrigado a requisitar manifestação do *Parquet* sobre a benesse.

- É na denúncia ou logo após o início da instrução criminal, o momento oportuno para se conceder o *sursis* processual, desde que preenchidos os requisitos exigidos por lei, não podendo ser deferido o benefício quando já prolatada sentença penal.

- Parecer pela denegação. (fl. 34).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, *habeas corpus* contra a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, improvendo o apelo interposto por André Ricardo Marques Lupo, preservou-lhe a pena de 1 ano e 3 meses de reclusão, substituída por duas

penas restritivas de direitos, por incurso nas sanções do artigo 50, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

O direito à suspensão condicional do processo funda a impetração, porque “não há qualquer dúvida que a pena mínima prevista para o crime pelo qual o ora Paciente restou denunciado e condenado é de um ano.” (fl.3).

Sustenta que “(...) a Autoridade Coatora deveria ter anulado a R. Sentença e convertido o julgamento em diligência a fim de que fosse intimado o D. Representante da Justiça Pública perante o Julgador monocrático a fim de que se manifestasse quanto a possibilidade de suspensão condicional do processo pois não poderia ter concedido o mesmo de ofício sob pena de se estar suprimindo uma instância visto que em nenhum momento algum tal suspensão foi aventada perante o Julgador monocrático.” (fl. 4).

Concedo a ordem.

Não se discute que, na letra do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, deve a suspensão condicional do processo ter o seu exame no momento do recebimento da inicial acusatória.

Nada obstante, nos casos de desclassificação ou mesmo de procedência parcial da acusatória inicial, não há como suprimir ao réu a suspensão condicional do processo, se o delito que se tem como caracterizado e praticado, pela sua pena prisional mínima não superior a 1 ano, autoriza tal resposta penal alternativa.

Nesse sentido, os seguintes precedentes, tanto deste Superior Tribunal de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal:

Processual Penal. Recurso especial. Desclassificação operada na sentença condenatória. Possibilidade de suspensão condicional do processo.

É viável a suspensão condicional do processo no caso de desclassificação do delito operada em sede de sentença condenatória (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

Recurso desprovido. (REsp n. 647.228-MG, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 25.10.2004).

Recurso especial. Processual Penal. Lei n. 9.099/1995. Artigo 89. Suspensão condicional do processo. Desclassificação do crime na sentença. Conversão do julgamento em diligência. Possibilidade.

1. Admissível se mostra a suspensão condicional do processo quando já houve prolação de sentença, mesmo que desclassificando o delito imputado na denúncia para outro, em que a pena mínima cominada é igual ou inferior a um ano.

2. Recurso conhecido e desprovido. (HC n. 406.843-SP, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, in DJ 13.09.2004).

Habeas corpus. Processual Penal. Tribunal do Júri. Desclassificação. Homicídio culposo. Suspensão condicional do processo.

1. Desclassificado o crime praticado pelo agente para outro que se amolde aos requisitos determinados pelo art. 89, da Lei n. 9.099/1995, deve o juízo processante conferir oportunidade ao Ministério Público para que se manifeste sobre o oferecimento da suspensão condicional do processo. Precedentes do STF e do STJ.

2. Ordem concedida para, anulando a sentença e o acórdão que a confirma, determinar a volta dos autos à instância monocrática, com o escopo de oportunizar ao Ministério Público a possibilidade da proposta de suspensão condicional do processo.

(HC n. 32.596-RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, in DJ 07.06.2004).

Habeas corpus. Ação Penal. Denúncia oferecida pelo crime do art. 155, § 4º, I do Código Penal. *Desclassificação operada na sentença condenatória para o crime do art. 155, caput do mesmo diploma. Hipótese enquadrável no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, que trata da suspensão condicional do processo. Nessas condições, impor-se-ia ao Juízo, ao concluir pela desclassificação, a oitiva do Ministério Público sobre a suspensão condicional do processo.* Declaração de insubsistência da condenação imposta para que, mantida a desclassificação operada pelo Juízo, seja ouvido o Ministério Público quanto à proposta a que alude o *caput* do referido art. 89, tendo como parâmetro a desclassificação da conduta delituosa para aquela prevista no art. 155, *caput* do Código Penal. Precedente: HC n. 75.894-SP. Alegação de consumação da prescrição não acolhida. Recurso ordinário parcialmente provido. (RHC n. 81.925-SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, in DJ 21.02.2003).

Competência. *Habeas-corpus*. Ato de Tribunal de Justiça. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas-corpus* impetrado contra ato de Tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

Processo. Suspensão. Artigo 89 da Lei n. 9.099/1995. Denúncia. Desclassificação do crime. *Uma vez operada a desclassificação do crime, a ponto de implicar o surgimento de quadro revelador da pertinência do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, cumpre ao Juízo a diligência no sentido de instar o Ministério Público a pronunciar-se a respeito.* (HC n. 75.894-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, in DJ 23.08.2002).

In casu, esta, a parte final da inicial acusatória:

(...)

Isto posto, *denuncio* a Vossa Excelência, **André Ricardo Marques Lupo** e **Adevaldo Braz Messias** como incurso nas penas do artigo 50, inciso I e § único, I da Lei n. 6.766/1979 e artigo 51 da Lei n. 6.766/1979, requerendo após R. e A. esta, sejam eles citados para interrogatório e para se verem processar nos termos do disposto pelo artigo 394 e seguintes e 498 e seguintes do CPC, até final *condenação*, ouvindo-se, oportunamente, as pessoas abaixo relacionadas. (fl. 8).

E, este, o dispositivo da sentença:

(...)

Ante o exposto, *julgo parcialmente procedente* a ação penal, e em consequência, condeno *André Ricardo Marques Lupo*, R.G. N. 18.279.998 a pena de 01 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão a qual substituo, tendo em vista o disposto no artigo 44 e seguintes do Código Penal, por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários mínimos a uma entidade pública com destinação social e em prestação de serviços a comunidade pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade substituída, a serem fiscalizadas pelo juízo da execução e ao pagamento de 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no país. Absolvo *Edevaldo Braz Mèssias*, R.G. n. 7.788.813 da acusação de incurso no artigo 50 inciso I, parágrafo único, inciso I e artigo 51 da Lei n. 6.766/1979 com fundamento no artigo 366, inciso VI do Código de Processo Penal. (fl. 17).

Ajusta-se, pois, a espécie à hipótese processual material em que, não tendo o denunciado direito à suspensão do processo, porque a soma das penas mínimas dos crimes imputados ultrapassa o limite de 1 ano, obtém procedência parcial da acusatória inicial, com consequente declaração de caracterização de um único delito, apenado, no mínimo legal, com 1 ano de reclusão, viabilizando-se-lhe a resposta penal alternativa, de modo a determinar a desconstituição da condenação imposta.

No entanto, cumpre observar que o deferimento da oportunidade de proposta do *sursis* processual não implica anulação da exordial acusatória, nem tampouco do trecho processual já percorrido no primeiro grau de jurisdição.

Pelo exposto, concedo a ordem para declarar insubsistente a condenação imposta pela sentença e mantida em grau de apelação e determinar que, com base na procedência parcial da denúncia, seja ouvido o Ministério Público sobre a proposta de suspensão do processo referida no artigo 89, *caput*, da Lei n. 9.099/1995.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 32.596-RJ (2003/0232161-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Matusalem Lopes de Souza - Defensor Público

Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do
Rio de Janeiro

Paciente: José Francisco Pires

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Tribunal do Júri. Desclassificação. Homicídio culposo. Suspensão condicional do processo.

1. Desclassificado o crime praticado pelo agente para outro que se amolde aos requisitos determinados pelo art. 89, da Lei n. 9.099/1995, deve o juízo processante conferir oportunidade ao Ministério Público para que se manifeste sobre o oferecimento da suspensão condicional do processo. Precedentes do STF e do STJ.

2. Ordem concedida para, anulando a sentença e o acórdão que a confirma, determinar a volta dos autos à instância monocrática, com o escopo de oportunizar ao Ministério Público a possibilidade da proposta de suspensão condicional do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 06 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 07.06.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por *Matusalem Lopes de Souza*, Defensor Público, em favor de *José Francisco Pires*, denunciado e condenado pelo crime previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em sede de recurso defensivo de apelação criminal, confirmou, em sua totalidade, a sentença condenatória prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Petrópolis.

O Impetrante requer, em suma, a anulação do *decisum* ora atacado, ante o reconhecimento da omissão, do Ministério Público Estadual, em não se manifestar quanto à aplicabilidade ou não do art. 89, da Lei n. 9.099/1995, ao caso em questão.

Alega, para tanto, que “o *parquet* quedou-se silente. Isto é, não disse nem que oferecia, nem que se recusava a oferecer a possibilidade de aplicação do mencionado artigo da lei extravagante” (fl. 05).

O pedido liminar foi indeferido.

Estando os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

A Douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem, nos seguintes termos:

Ementa: Processual Penal. *Habeas Corpus*. Desclassificação do crime de homicídio simples para homicídio culposo. Art. 121, § 3º, do CP. Pena mínima de um ano. Ausência de oportunidade de proposta de suspensão condicional do processo. Nulidade. Precedentes.

I - Uma vez desclassificado o crime praticado pelo agente para outro que se amolde aos requisitos determinados pelo art. 89 da Lei n. 9.099/1995, deve o magistrado conferir oportunidade ao Ministério Público para que se manifeste sobre a viabilidade da suspensão condicional do processo. Precedentes do STF e do STJ.

II - Uma vez configurado, na espécie, o constrangimento ilegal, entendo que deve ser declarada a nulidade da sentença condenatória, determinando-se que o juízo de primeira instância propicie ao *Parquet* Estadual o oferecimento de *sursis* processual (art. 89 da Lei n. 9.099/1995), acaso vislumbre a presença dos requisitos indispensáveis.

III - Parecer opinando pela concessão da ordem. (fls. 46-51)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A impetração merece acolhida. Infere-se dos autos que o Impetrante, inconformado, sustenta constrangimento ilegal decorrente da ausência, na hipótese, de proposta ministerial de suspensão condicional do processo, após a desclassificação do crime para homicídio culposo. Com efeito, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, desclassificado o crime praticado pelo agente para outro que se amolde aos requisitos determinados pelo art. 89, da Lei n. 9.099/1995, deve o juízo processante conferir oportunidade ao Ministério Público para que se manifeste sobre o oferecimento da *benesse* legal.

Nesse sentido, confira-se:

Ementa: Penal e Processual Penal. Júri. Homicídio. Desclassificação. Lesão corporal grave. Processo. Suspensão condicional.

Operada, pelo Conselho de Sentença, a desclassificação do delito para lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, inciso II, do CP), deve o Juiz processante conceder ao Ministério Público oportunidade para propor a suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais.

Precedentes do STJ e do STF.

Ordem concedida. (HC n. 24.677-RS, rel. Min. Paulo Medina, DJ de 05.04.2004)

Ementa: Processual Penal. Suspensão condicional do processo. Aplicação.

1 - Viabilizada a aplicação do art. 89, da Lei n. 9.099/1995, mesmo por ocasião da sentença condenatória, era de rigor oportunizar ao Ministério Público realizar a proposta de suspensão condicional do processo.

2 - Ordem concedida. (HC n. 14.282-RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 04.06.2001)

Por fim, impende ressaltar que o Supremo Tribunal Federal possui idêntico posicionamento, *in verbis*:

Ementa: *Habeas corpus*. Ação Penal. Denúncia oferecida pelo crime do art. 155, § 4º, I do Código Penal. Desclassificação operada na sentença condenatória para o crime do art. 155, *caput* do mesmo diploma. Hipótese enquadrável no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, que trata da suspensão condicional do processo. Nessas condições, impor-se-ia ao Juízo, ao concluir pela desclassificação, a oitiva do Ministério Público sobre a suspensão condicional do processo. Declaração de insubsistência da condenação imposta para que, mantida a desclassificação operada pelo Juízo, seja ouvido o Ministério Público quanto à proposta a que

alude o *caput* do referido art. 89, tendo como parâmetro a desclassificação da conduta delituosa para aquela prevista no art. 155, *caput* do Código Penal. Precedente: HC n. 75.894-SP. Alegação de consumação da prescrição não acolhida. Recurso ordinário parcialmente provido. (RHC n. 81.925-SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 21.02.2003)

Ante o exposto, *concedo* a ordem para, anulando a sentença e o acórdão que a confirma, determinar a volta dos autos à instância monocrática, com o escopo de oportunizar ao Ministério Público a possibilidade da proposta de suspensão condicional do processo.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 36.817-MG (2004/0099557-8)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Francis de Oliveira Rabelo Coutinho - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

Paciente: Charles José da Costa

EMENTA

Suspensão do processo em caso de desclassificação (possibilidade).

1. Ainda que a desclassificação da infração penal se verifique na superior instância, há de haver oportunidade para que se invoque, por exemplo, o instituto da suspensão do processo (Lei n 9.099/1995, art. 89).
2. Precedentes da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal.
3. *Habeas corpus* deferido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 25.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Quando da apelação, o Relator, no Tribunal de Alçada de Minas Gerais, desclassificou o roubo para a ameaça, determinando a ida dos autos “à inferior instância para aplicação dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/1995”; prevaleceu, no entanto, o seguinte entendimento, oriundo do voto da Revisora:

Nesses termos, discordando da desclassificação do crime de roubo para o de ameaça, como proposto pelo eminente Juiz Relator, para desclassificar a conduta do agente para o crime de constrangimento ilegal, art. 146 do Código Penal.

Num segundo plano, discordo também no tocante à conversão do julgamento em diligência para aplicação do disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

Não obstante o surgimento do requisito básico para a concessão do benefício do *sursis* processual, qual seja o *quantum* igual ou inferior a um ano, não se verifica o momento oportuno, definido em lei, para a sua proposta, sendo este o de oferecimento da denúncia.

A propósito, entendo que a capitulação dada pelo Ministério Público ao oferecer a denúncia é que servirá de base para o oferecimento do *sursis* processual, exceto nas situações em que esta prejudique o réu, por ter agido o *Parquet* equivocadamente, ou até mesmo arbitrariamente, qualificando o fato descrito como um crime que não admite a suspensão. O que obviamente não se verifica neste caso, pois o nobre Relator apenas deu nova tipificação à conduta do agente, ao acatar o princípio da insignificância.

Como expressamente prevê o art. 89 da Lei n. 9.099/1995, o momento próprio para a proposta de suspensão condicional do processo é aquele do oferecimento da denúncia. Delimitada a imputação e preenchidos os requisitos legais, o representante do Ministério Público oferecerá a proposta de suspensão do processo para que o juiz decida sobre ela ao receber o requisitório público inicial.

Nos autos em análise, tal oferecimento não era cabível visto que o acusado fora denunciado por roubo majorado.

Portanto, a meu ver, não pode mais ser oferecido o *sursis* processual, pois tal interpretação colocaria o processo à mercê do réu. A vontade da lei é realmente de não se permitir a proposta senão no momento previsto expressamente pelo art. 89.

Por tudo isso, procedo à nova dosimetria da reprimenda:

Adotando a análise das balizas judiciais procedida na instância primeva, fixo a pena-base em 3 (três) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, unitariamente no mínimo legal, pena esta que torno definitiva por ausência de circunstâncias modificadoras.

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade em razão da vedação expressa do art. 44, I, uma vez que o crime foi praticado com grave ameaça à pessoa.

Por preencher os requisitos do art. 77 do CP, suspendo a execução da pena privativa de liberdade por dois anos.

Embargos infringentes foram rejeitados, daí este *habeas corpus*, em que a Defensoria Pública pleiteia ou a absolvição (decorrentemente do princípio da insignificância) ou a suspensão do processo.

O Ministério Público Federal, em parecer da Subprocuradora-Geral Maria Eliane, manifestou-se pela concessão da ordem nestes termos:

Inicialmente, cumpre anotar que já se firmou o entendimento nesse Superior Tribunal no sentido de que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim prerrogativa exclusiva do órgão ministerial.

Todavia, o Ministério Público ao deixar de ofertar a proposta de suspensão condicional do processo, deve fundamentar concretamente a sua recusa. Em caso de haver divergência entre aquele e o magistrado, devem os autos ser encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, aplicando-se por analogia o artigo 28 de Código de Processo Penal.

Na hipótese *sub examine*, houve a desclassificação do crime de roubo para o previsto no art. 146, (constrangimento ilegal) tendo o Tribunal fixado a pena-base em 3 (três) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, suspendendo a execução da pena privativa de liberdade por dois anos, com base no art. 77 do Código Penal.

A suspensão condicional do processo visa alcançar os casos em que ainda não houve aplicação de pena, o que poderia se concluir que uma vez prolatada a sentença condenatória tornar-se-ia inviável a proposição do *sursis* processual. Exatamente porque preclusa a questão. Porém, como já dito, no caso em tela não houve manifestação do *Parquet* e nem aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Outros julgados desse Colendo Tribunal adotaram o mesmo entendimento. Dentre eles, destaco:

Penal. Suspensão do processo. Lei n. 9.099/1995 (art. 89), de 1995. Aplicação.

- Preenchendo o acusado as condições objetivas para a concessão do benefício disciplinado no art. 89, da Lei n. 9.099, de 1995, não constitui obstáculo à sua aplicação o fato de o processo encontrar-se em fase recursal.

- Recurso especial conhecido (STJ, REsp n. 140.296-MG, DJ de 24.11.1997, Rel. Min. William Patterson, Sexta Turma; STJ, REsp n. 299.739-MG, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 18.08.2003).

Isto posto, opina o Ministério Público Federal pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): A denúncia foi apresentada pelos crimes de roubo e constrangimento ilegal. Embora a sentença tenha acolhido o roubo na forma tentada, ao fim e ao cabo, o réu viu-se mesmo condenado por constrangimento ilegal, quando então fixou-lhe o Tribunal mineiro a pena mínima de 3 (três) meses de detenção, suspendendo-a a teor do art. 77 do Cód. Penal. Entende, contudo, a impetrante que à espécie se aplica o art. 89 da Lei n. 9.099/1995: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

Há, entre nós, orientação segundo a qual, (I) “operada, pelo Conselho de Sentença, a desclassificação do delito para lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, inciso II, do CP), deve o Juiz processante conceder ao Ministério Público oportunidade para propor a suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais” (HC n. 24.677, Ministro Paulo Medina, DJ de 05.04.2004); (II) “é viável a suspensão condicional do processo no caso de desclassificação do delito operada em sede de sentença condenatória” (REsp n. 647.228, Ministro Felix Fischer, DJ de 25.10.2004).

À vista dos nossos precedentes, concedo em parte a ordem a fim de – para os fins aqui pleiteados – determinar a ida dos autos principais ao Ministério Público. Deixo esclarecido que o pedido de absolvição não tem sentido algum. É por isso que a ordem está sendo concedida em parte.

HABEAS CORPUS N. 39.021-DF (2004/0148990-8)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: André de Moura Soares - Defensor Público

Impetrado: Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Paciente: Josimar da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Desclassificação pelo Tribunal do Júri. Crime de lesões corporais graves. Pena mínima de um ano. Suspensão condicional do processo. Vista ao MP para eventual proposta. Possibilidade.

1. Se a desclassificação de homicídio tentado para lesões corporais ocorreu durante o julgamento pelo Tribunal do Júri, deve o Juízo abrir vista ao Ministério Público, para manifestação a respeito de suspensão condicional do processo.

2. Ordem concedida, com anulação da parte condenatória da sentença e envio dos autos ao órgão ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.
Brasília (DF), 16 de dezembro de 2004 (data do julgamento).
Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 14.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, interposto pelo d. representante da Defensoria Pública do Distrito Federal, em benefício de *Josimar da Silva*, contra v. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que denegara *writ* originário.

O paciente foi denunciado por homicídio qualificado tentado; o Plenário do Tribunal do Júri, no entanto, desclassificou o delito para o de lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 1º, I e II, do Código Penal); a seguir, o Juiz Presidente do Júri, assumindo a competência para o julgamento, condenou o paciente a uma reprimenda de um ano de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, suspendendo condicionalmente a pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, pelo período de três anos.

Foi pleiteado, com a interposição de remédio heróico perante o Tribunal *a quo*, o afastamento das qualificadoras da lesão corporal, bem como a necessidade de ser oportunizada ao paciente a possibilidade de suspensão condicional do processo (regulada pelo art. 89 da Lei n. 9.099/1995); a ordem, contudo, restou denegada de forma unânime, em acórdão de cuja ementa se extrai o seguinte trecho, importante para o julgamento do presente *writ*:

O momento de o Ministério Público lançar mão do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 é aquele do oferecimento da denúncia, de sorte tal que, havendo desclassificação da imputação dada como crime doloso contra a vida, em sendo competente, o juiz presidente do Tribunal do Júri deve proferir a sentença.

Perante esta Corte Superior de Justiça, se requer a anulação da condenação com abertura de vista ao órgão do Ministério Público de primeira instância para oferecimento da proposta de suspensão processual.

A liminar foi indeferida (fls. 57-58). O parecer do Ministério Público Federal é pela concessão da ordem (fls. 123-135).

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Ao paciente, inicialmente processado pela prática de crime doloso contra a vida, em sua modalidade tentada, não foi – em nenhum momento – oferecida proposta de suspensão condicional do processo, regulada pelo art. 89 da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais); a desclassificação operada pelo Conselho de Sentença para o crime de lesões corporais de natureza grave torna possível, em tese, a suspensão do processo.

2. Conquanto seja certo que a suspensão condicional do processo não se configura como direito subjetivo do paciente, mas sim prerrogativa do órgão ministerial, que pode ou não ofertá-la, o argumento de que a oportunidade para oferecimento de mencionado benefício se restringiria ao momento anterior à denúncia não se justifica.

In casu, em face de ter respondido todo o processo por homicídio qualificado, não foi feita a proposta do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais; com a desclassificação, estipulada de forma soberana pelos jurados, passou o paciente a responder por lesão corporal dolosa de natureza grave, cujas penas variam de um a cinco anos de reclusão, passível, portanto, de suspensão do processo. Dessarte, ao se configurar a desclassificação, deveria o Juiz Presidente ter concedido ao representante do *Parquet* a oportunidade de oferecimento da suspensão.

3. Peço vênia para transcrever a opinião da i. Subprocuradora da República sobre o tema:

A suspensão condicional do processo visa alcançar os casos em que ainda não houve aplicação de pena, o que poderia se concluir que uma vez prolatada a sentença condenatória tornar-se-ia se inviável a proposição do *sursis* processual. Exatamente porque preclusa a questão. Porém, como já dito, no caso em tela não houve manifestação do *Parquet* e nem aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal.

4. A jurisprudência desta c. Sexta Turma caminha no mesmo sentido, conforme se observa dos seguintes julgados:

Recurso especial. Processual Penal. Homicídio doloso tentado. Desclassificação. Lesão corporal grave. Suspensão condicional do processo. Lei n. 9.099/1995. Possibilidade. Provimento.

1. Operada a desclassificação em plenário, deve ser oportunizada a manifestação do órgão ministerial para que este ofereça, se for o caso, a proposta de suspensão condicional do processo ao réu que, submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, tem sua conduta desclassificada para delito cuja pena mínima não seja superior a 1 ano.

2. Recurso especial provido. (REsp n. 481.9430-MS, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 13.12.2004)

Penal e Processual Penal. Júri. Homicídio. Desclassificação. Lesão corporal grave. Processo. Suspensão condicional.

Operada, pelo Conselho de Sentença, a desclassificação do delito para lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, inciso II, do CP), deve o Juiz processante conceder ao Ministério Público oportunidade para propor a suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais.

Precedentes do STJ e do STF. Ordem concedida. (HC n. 24.677-RS, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 05.04.2004)

5. Por todo o exposto, *concedo a ordem* para que seja anulada a sentença, na parte em que foi fixada a pena ao paciente, determinando-se o envio dos autos ao membro do Ministério Público de primeiro grau para que este se manifeste a respeito da suspensão condicional do processo.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 481.943-MS (2002/0144865-0)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Rosemir de Oliveira Machado

Advogado: Ademar Dermeval Soares Bentes

Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

EMENTA

Recurso especial. Processual Penal. Homicídio doloso tentado. Desclassificação. Lesão corporal grave. Suspensão condicional do processo. Lei n. 9.099/1995. Possibilidade. Provimento.

1. Operada a desclassificação em plenário, deve ser oportunizada a manifestação do órgão ministerial para que este ofereça, se for o caso, a proposta de suspensão condicional do processo ao réu que, submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, tem sua conduta desclassificada para delito cuja pena mínima não seja superior a 1 ano.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Medina e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalho, Relator

DJ 13.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalho: Recurso especial interposto por Rosemir de Oliveira Machado contra acórdão da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, assim ementado:

Apelação criminal. Lesão corporal. Apelante que pretende a aplicação do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 sob a alegação de que os jurados desclassificaram o crime de tentativa de homicídio para o de lesões corporais. Ausência de requisitos para suspensão condicional do processo. Recurso improvido. Decisão unânime.

Não encontra respaldo legal o pedido de suspensão condicional do processo, uma vez que o agente não preenche os requisitos legais previstos no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. (fl. 150).

Negativa de vigência ao artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 funda a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea a).

Pugna o recorrente no sentido de que “(...) esta Egrégia Corte reforme o v. acórdão, devolvendo ao órgão jurisdicional de origem para ser vista a possibilidade da aceitação da suspensão do processo, fazendo-lhe a tão esperada *Justiça*.” (fl. 158).

Recurso tempestivo (fl. 155), respondido (fls. 162-169) e admitido (fls. 172-175).

O Ministério Público Federal veio pelo improvimento do recurso, em parecer assim sumariado:

Recurso especial. Processual Penal. Suspensão condicional do processo. Somatório de crimes. Continuidade delitiva ou concurso formal. Pena superior a um ano. Impossibilidade.

- Em casos de concurso de crimes, continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano, não é cabível *sursis* processual.

- Parecer pelo não provimento do recurso. (fl. 181).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, trata-se de recurso especial interposto por Rosemir de Oliveira Machado contra acórdão da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, assim ementado:

Apelação criminal. Lesão corporal. Apelante que pretende a aplicação do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 sob a alegação de que os jurados desclassificaram o crime de tentativa de homicídio para o de lesões corporais. Ausência de requisitos para suspensão condicional do processo. Recurso improvido. Decisão unânime.

Não encontra respaldo legal o pedido de suspensão condicional do processo, uma vez que o agente não preenche os requisitos legais previstos no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. (fl. 150).

Negativa de vigência ao artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 funda a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea **a**).

São estes os fundamentos do acórdão impugnado:

(...)

O ora apelante, ao ingressar com recurso de apelação, não questiona a autoria nem a materialidade do delito, mas tão somente, de forma equivocada, pretende a suspensão condicional do processo, na forma do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, sob o argumento de que os jurados desclassificaram o crime de tentativa de homicídio doloso para o de lesões corporais.

A Juíza Presidente do Tribunal do Júri, conforme determina a Lei Processual Penal em seu artigo 492, § 2º, avocou para si a competência para julgamento, considerando que a vítima havia sofrido lesão grave na região abdominal, sendo submetida à intervenção cirúrgica e internada e que, em decorrência das lesões sofridas, ficou impossibilitada para o exercício de suas funções habituais por mais de 30 dias.

A suspensão condicional do processo de que trata o artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas não se aplica ao presente caso.

São condições para a obtenção do benefício que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, proponha a suspensão do processo, bem como que a pena cominada à infração tenha um mínimo não superior a 1 ano e que o réu não esteja sendo processado ou tenha sido condenado anteriormente e, nesse caso, o juiz receba a denúncia e suspende o processo por 2 a 4 anos, não sendo o réu sequer interrogado, portanto, não é operada a instrução criminal.

Ademais, ainda que a pena mínima não seja superior a 1 ano, o processo não será suspenso se existir em desfavor do réu algum impedimento.

Portanto, não pode o ora apelante, após ter sido regularmente processado e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, pretender a suspensão do processo, que tem como um de seus pressupostos que o réu não tenha sido processado.

Não fosse isso, o réu praticou o crime de lesão corporal grave, previsto no art. 129, § 1º, do Código Penal com duas qualificadoras, ou seja, incisos I e II, sendo que em tais casos uma das circunstâncias qualifica o crime, enquanto a outra opera apenas como agravante.

Conforme consta na sentença, a magistrada procedeu de forma correta, ou seja, reconheceu que uma circunstância qualificava o delito, enquanto a outra apenas agravava e, assim, agindo, a pena mínima cominada para o réu não foi de 1 ano, mas sim de 1 ano mais a agravante, conforme sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula n. 243. O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano.

Assim, a lei não estabelece o aumento de pena em caso de agravante, mas em qualquer quantidade, ainda que seja se apenas 1 dia, torna juridicamente impossível a concessão de tal benefício.

(...) (fl. 148 - nossos os grifos).

E este, o dispositivo da Lei n. 9.099/1995 apontado como violado:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

E o acórdão o teria violado porque:

(...)

O Tribunal *a quo*, contrariando os preceitos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, negou provimento ao recurso de apelação. No entanto, cometeu uma série de

equivocos, notadamente, no que diz respeito ao tipo penal que fez com que o Recorrente fosse condenado.

O objetivo do presente recurso é reformar o v. acórdão, possibilitando, assim, que o Recorrente tenha a oportunidade de ter o seu processo suspenso.

(...)

O mencionado dispositivo não impõe que o Recorrente tenha de questionar a autoria ou materialidade do delito, mesmo porque, não negou que cometeu o desiderato.

Ao contrário, o disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, deixa claro e expresso que em qualquer circunstância, não só pelos crimes dos Juizados Especial, o instituto da suspensão condicional do processo pode ser aplicado, (...) Então, se deduz que o Recorrente só não teve direito ao instituto da suspensão condicional do processo porque *“foi regularmente processado e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri”*.

Acontece que isto só ocorreu porque foi denunciado de forma equivocada. Ao invés de ter denunciado por *lesão corporal de natureza grave*, foi denunciado por *tentativa de homicídio*.

Se o representante do Ministério Público não tivesse denunciado por tentativa de homicídio o Recorrente nem teria ido a júri popular.

Portanto, não pode o Recorrente ser penalizado por um erro do Ministério Público.

(...) (fls. 156-158).

Ao que se tem dos autos, este o dispositivo do Código Penal imputado ao recorrente:

Art. 129 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

§ 1º - Se resulta:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias;

II - perigo de vida;

(...)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

E, com efeito, uma vez operada a desclassificação em plenário, deve ser oportunizada a manifestação do órgão ministerial para que este ofereça, se for o caso, a proposta de suspensão condicional do processo ao réu que, submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, tem sua conduta desclassificada para delito cuja pena mínima não seja superior a 1 ano, como na espécie.

Neste sentido, aliás, os seguintes precedentes desta Corte Federal Superior:

Penal e Processual Penal. Júri. Homicídio. Desclassificação. Lesão corporal grave. Processo. Suspensão condicional.

Operada, pelo Conselho de Sentença, a desclassificação do delito para lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, inciso II, do CP), deve o Juiz processante conceder ao Ministério Público oportunidade para propor a suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais. Precedentes do STJ e do STF.

Ordem concedida. (HC n. 24.677-RS, Relator Ministro Paulo Medina, *in* DJ 05.04.2004).

Habeas corpus. Processual Penal. Tribunal do Júri. Desclassificação. Homicídio culposo. Suspensão condicional do processo.

1. Desclassificado o crime praticado pelo agente para outro que se amolde aos requisitos determinados pelo art. 89, da Lei n. 9.099/1995, deve o juízo processante conferir oportunidade ao Ministério Público para que se manifeste sobre o oferecimento da suspensão condicional do processo. Precedentes do STF e do STJ.

2. Ordem concedida para, anulando a sentença e o acórdão que a confirma, determinar a volta dos autos à instância monocrática, com o escopo de oportunizar ao Ministério Público a possibilidade da proposta de suspensão condicional do processo.

(HC n. 32.596-RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in* DJ 07.06.2004).

Processual Penal. Desclassificação de tentativa de homicídio para lesões corporais leves. Prescrição retroativa. Ausência de proposta de *sursis* processual. Lei n. 9.099/1995, art. 89. Prescrição retroativa.

1. "A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime" (Súm. n. 191-STJ).

2. Desclassificada a infração penal pelo Júri Popular para outra, que pode ser objeto da suspensão condicional do processo, por cominar pena mínima não superior a um ano de prisão, deve ser dada a oportunidade para o que o Ministério Público se manifeste quanto à viabilidade ou não da concessão do benefício.

3. Ordem de *Habeas Corpus* deferida para determinar o retorno dos autos ao 1º grau de jurisdição, a fim de que seja analisada a possibilidade da aplicação do *sursis* processual. (HC n. 13.232-MG, Relator Ministro Edson Vidigal, *in* DJ 18.12.2000).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão impugnado, determinar o retorno dos autos à 1ª instância para que o Ministério

Público local se manifeste acerca da conveniência do oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo ao recorrente.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 637.072-PB (2004/0035446-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Pedro Eulámpio da Silva Filho

Advogado: Josué Guedes Barbosa Neto

Recorrido: Ministério Público do Estado da Paraíba

EMENTA

Recurso especial. Processual Penal. Porte ilegal de arma. Causa de aumento de pena. Desclassificação. Suspensão condicional do processo.

1. Desclassificado o crime praticado pelo agente para outro que se amolde aos requisitos determinados pelo art. 89, da Lei n. 9.099/1995, deve o juízo processante conferir oportunidade ao Ministério Público para que se manifeste sobre o oferecimento da suspensão condicional do processo. Precedentes do STF e do STJ.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 30.08.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por *Pedro Eulampio da Silva Filho*, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

O Recorrente, à época dos fatos vereador do município de São Bento, foi denunciado como incurso no art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997. O Juiz sentenciante julgou parcialmente procedente a denúncia para, desclassificando a conduta para o art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/1997, condenar o Réu à pena de 01 (um) ano de detenção e 10 dias-multa, em regime inicialmente aberto, a qual restou substituída por pena restritiva de direitos.

Em face do julgado, tanto a defesa quanto o órgão ministerial interpuseram o recurso de apelação.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, negou provimento ao recurso do Réu, que pleiteava o reconhecimento do direito à suspensão condicional do processo, e deu provimento ao recurso do *Parquet* para reconhecer a causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

Suspensão processual. Inadmissibilidade.

Na fase da Sentença é inadmissível a suspensão processual.

Porte de arma. Vereador.

Cometendo o Vereador o crime de porte de arma, a pena cominada é aumentada da metade. (fl. 163)

Em face do julgado, foram opostos embargos infringentes, os quais foram acolhidos, em suma, pelos seguintes fundamentos, *litteris*:

Estabelece-se, assim, o entendimento de que a causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 10 da Lei n. 9.437/1997 não pode ser reconhecida pela simples condição de ser o agente servidor público, pois além de não atender ao

princípio da razoabilidade, deve haver nexo causal entre a conduta “funcional” do servidor público e a realização do crime definido na lei. Caso contrário, não se aplica a circunstância agravadora da pena (fl. 217).

Alega o Recorrente que “o réu tem direito a aplicação do Artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, porque houve uma ampliação do rol de crimes de menor potencial ofensivo do Artigo 61 da Lei n. 9.099/1995 em face do parágrafo único do Artigo 2º da Lei n. 10.259/2001, ou seja, o delito praticado pelo réu deveria ter sido julgado pelo Juizado Especial Criminal e não pelo Juízo Comum, razão pela qual tem o réu direito a suspensão do processo *ex vi* do Artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, o que foi sistematicamente indeferido pelos Magistrados da Paraíba”.

Aduz, ainda, divergência jurisprudencial com julgado desta Egrégia Corte, sustentando a possibilidade de o Juiz conceder de ofício a suspensão condicional do processo.

Contra-razões oferecidas às fls. 262-269.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer às fls. 280-284, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, não reconheço a argüida divergência jurisprudencial, porquanto a proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa exclusiva do *Parquet*, não podendo ser oferecida de ofício pelo órgão julgador ou a requerimento da parte. Nesse sentido:

Criminal. Embargos de divergência em recurso especial. Lei n. 9.099/1995. Proposta de suspensão condicional do processo. Prerrogativa do Ministério Público. Embargos providos.

I. É prerrogativa exclusiva do Ministério Público a iniciativa para a proposta de suspensão condicional do processo, sendo descabida, em tese, a sua realização pelo Julgador.

II. Embargos providos para cassar o acórdão recorrido e encaminhar os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, na forma do art. 28 do CPP.

(EREsp n. 164.261-PR, 3ª Seção, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 17.06.2002)

De outro lado, a insurgência merece prosperar.

Com efeito, consoante relatado, o Recorrente foi denunciado como incurso no art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997. A sentença monocrática, no entanto, confirmada pelo Tribunal *a quo*, afastando a causa de aumento de pena, desclassificou a conduta para condenar o Réu pela prática do delito tipificado no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/1997.

Sendo assim, desclassificado o crime praticado pelo agente para outro que se amolde aos requisitos determinados pelo art. 89, da Lei n. 9.099/1995, deve o juízo processante conferir oportunidade ao Ministério Público para que se manifeste sobre o oferecimento da *benesse* legal.

Esse, aliás, é o entendimento consolidado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, *litteris*:

Competência. *Habeas-corpus*. Ato de Tribunal de Justiça. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas-corpus* impetrado contra ato de Tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior. **Processo. Suspensão. Artigo 89 da Lei n. 9.099/1995. Denúncia. Desclassificação do crime.** *Uma vez operada a desclassificação do crime, a ponto de implicar o surgimento de quadro revelador da pertinência do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, cumpre ao juízo a diligência no sentido de instar o Ministério Público a pronunciar-se a respeito.* (HC n. 75.894-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 23.08.2002 - grifo nosso)

Confira-se, por oportuno, o seguinte excerto do voto condutor do aresto indicado:

Eis mais um caso a levar à reflexão sobre o alcance do disposto no artigo 89 da Lei n. 9.099/1995. Presente apenas a denúncia, não se teria campo propício para a aplicação do citado dispositivo. Entrementes, o desenrolar da ação penal, com interrogatório, recolhimento de provas, debates e juntada de memoriais, acabou por conduzir à desclassificação, vindo à balha os parâmetros indispensáveis a cogitar-se da suspensão do processo. Cumpria ao juízo, na mesma sentença em que procedida a desclassificação, converter o processo em diligência para que o Ministério Público viesse a pronunciar-se sobre a proposta da suspensão. Nesse sentido é a melhor doutrina, cabendo exemplificá-la, de forma, aliás, insuplantável, com a lição de Ada Pellegrini Grinover:

Desclassificação: a desclassificação do delito pode ensejar a suspensão do processo fora do seu tempo normal (que é o da denúncia, nos termos do art. 89). Suponha-se uma denúncia por furto qualificado, sendo certo

ab initio havia justa causa para isso. Encerrada a instrução, percebe-se que a qualificadora não resultou comprovada. O juiz terá que aplicar o art. 384 do CPP. No princípio, pela pena cominada, não era possível a suspensão do processo; agora, com a desclassificação, tornou-se possível: estamos convencidos de que nessa hipótese o juiz, antes de sentenciar, deve ensejar a possibilidade de suspensão (Juizados Especiais Criminais, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 203).

E assim realmente o é. Rigor maior do Ministério Público, a partir de frágeis elementos, como os revelados pelo próprio inquérito policial, classificando o procedimento de forma incompatível com a suspensão, não pode conduzir, uma vez apurada a verdade real, a ter-se como obstaculizado o fenômeno da suspensão do processo. Vale frisar que o acusado defende-se não, em si, da capitulação, mas dos fatos narrados, ressaltando-se também que, a teor do arcabouço normativo, o órgão investido do ofício judicante não está adstrito a classificação empolgada pelo Ministério Público. Concluindo pela desclassificação e fazendo surgir no cenário processual quadro ensejador da aplicabilidade do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, cabe acionar, em diligência, o preceito nele revelado, abrindo margem, destarte, ao implemento da salutar política criminal estampada na Lei n. 9.099/1995.

E ainda:

Habeas corpus. Ação Penal. Denúncia oferecida pelo crime do art. 155, § 4º, I do Código Penal. Desclassificação operada na sentença condenatória para o crime do art. 155, *caput* do mesmo diploma. Hipótese enquadrável no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, que trata da suspensão condicional do processo. Nessas condições, impor-se-ia ao Juízo, ao concluir pela desclassificação, a oitiva do Ministério Público sobre a suspensão condicional do processo. Declaração de insubsistência da condenação imposta para que, mantida a desclassificação operada pelo Juízo, seja ouvido o Ministério Público quanto à proposta a que alude o *caput* do referido art. 89, tendo como parâmetro a desclassificação da conduta delituosa para aquela prevista no art. 155, *caput* do Código Penal. Precedente: HC n. 75.894-SP. Alegação de consumação da prescrição não acolhida. Recurso ordinário parcialmente provido. (RHC n. 81.925-SP, 1ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 21.02.2003)

No mesmo diapasão, tem-se o entendimento desta Egrégia Corte Superior de Justiça, *litteris*:

Penal e Processual Penal. Júri. Homicídio. Desclassificação. Lesão corporal grave. Processo. Suspensão condicional.

Operada, pelo Conselho de Sentença, a desclassificação do delito para lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, inciso II, do CP), deve o Juiz processante conceder

ao Ministério Público oportunidade para propor a suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais.

Precedentes do STJ e do STF.

Ordem concedida. (HC n. 24.677-RS, 6ª Turma, rel. Min. Paulo Medina, DJ de 05.04.2004.)

Recurso especial. Criminal. Suspensão condicional do processo. Desclassificação delitiva operada em sede de sentença. Cabimento do *sursis* do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995.

1. O momento da suspensão condicional do processo é o do recebimento da denúncia, se aceita pelo réu a proposta do Ministério Público.

2. O constructo doutrinário e jurisprudencial é firme, contudo, no sentido de que, em se fazendo cabível a suspensão condicional do processo, por força de desclassificação ou procedência só parcial da denúncia, é dever do Juiz suscitar a manifestação do Ministério Público a propósito da sua suficiência como resposta penal, excluindo, com exclusão, a suspensão condicional do processo a imposição da pena correspondente ao fato-crime.

3. Em casos tais, não se há de anular a denúncia e, tampouco, tudo mais do processo que se tornou realidade, alcançando-lhe a suspensão condicional o trecho em que se fez ou faz cabível.

4. Recurso parcialmente conhecido. (REsp n. 299.739-MG, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 18.08.2003.)

Penal. Processual Penal. Denúncia por furto qualificado. Desclassificação para o delito de furto qualificado tentado. Suspensão condicional do processo. Imposição prévia de pena. Descabimento.

- Operada, na fase da sentença, a desclassificação do delito de furto qualificado para o de furto qualificado tentado, este punido com pena inferior a um ano de prisão, e reconhecida pelo Juiz a presença dos requisitos previstos no art. 77, do Código Penal, é de rigor a aplicação do art. 89, da Lei n. 9.099/1995, que prevê a suspensão condicional do processo, sendo descabida a prévia imposição de pena com base na nova capitulação.

- Recurso especial conhecido. (REsp n. 237.625-RJ, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 16.09.2002.)

Ante o exposto, *conheço parcialmente do recurso* e, nessa parte, *dou-lhe provimento* para, em face da desclassificação do delito, anular a condenação imposta ao ora Recorrente e determinar a volta dos autos à instância monocrática, com o escopo de oportunizar ao Ministério Público a possibilidade da proposta de suspensão condicional do processo.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 647.228-MG (2004/0043942-5)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Luiz Antônio Ferreira

Advogado: Alan Cardec Maciel da Fonseca

EMENTA

Processual Penal. Recurso especial. Desclassificação operada na sentença condenatória. Possibilidade de suspensão condicional do processo.

É viável a suspensão condicional do processo no caso de desclassificação do delito operada em sede de sentença condenatória (*Precedentes do Pretório Excelso e do STJ*).

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público*, com fundamento no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, em face de v. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado

de Minas Gerais que, à unanimidade e *ex officio*, anulou a sentença condenatória a fim de que o Juízo de 1º grau se manifestasse acerca da possibilidade de suspensão condicional do processo.

Eis um trecho do v. acórdão vergastado, *verbis*:

O princípio constitucional da ampla defesa deve ter proteção máxima, já que o que se discute é liberdade de um ser humano, bem supremo da humanidade.

Também não há que se falar em antecedentes do acusador impedindo a aplicação da suspensão condicional do processo, já que, conforme certidão de f. 50, não há registro de nenhum outro feito criminal em desfavor do mesmo.

No caso em comento, a suspensão condicional do processo é, teoricamente, cabível, porquanto a pena mínima cominada para o delito é de 1 (um) ano de reclusão (art. 155, *caput*, CP).

Conclusão

Por tais considerações, instalo preliminar de ofício e *anulo o processo a partir da sentença*, para que outra seja proferida apreciando o cabimento ou não da suspensão condicional do processo penal (fls. 109-110).

Daí o presente o apelo nobre, no qual se argumenta violação ao artigo 89, da Lei n. 9.099/1995, sob a alegação de ilegalidade da decisão proferida pelo e. Tribunal *a quo*, já que o momento adequado para a proposta da suspensão condicional do processo seria o do oferecimento da denúncia. Sustenta, ainda, que a r. decisão impugnada consubstancia-se em ofensa a atribuição legal conferida ao Ministério Público e que o *sursis* processual não se constitui em direito subjetivo do réu. Ao final, faz menção à Súmula n. 696-STF e postula pela cassação do v. acórdão increpado.

Sem contra-razões.

Admitido na origem, ascenderam os autos a esta Corte (fls. 140-141). A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 144-147, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Faz-se mister, inicialmente, um breve bosquejo dos fatos.

O recorrido foi denunciado como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, II, do CP. O Ministério Público, em sede de alegações finais, pugnou, dentre outras, pela desclassificação do delito para a forma do *caput*. Veja-se o trecho da peça que interessa ao presente caso, *verbis*:

Por fim, quanto à suspensão condicional do processo, entendo que o benefício previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995 não pode ser aplicado. É que o momento adequado para a proposta da dita suspensão processual é o oferecimento da denúncia, tanto que o Juiz só deve receber a denúncia após a efetivação da proposta e a oitiva do denunciado sobre sua aceitação, momento em que efetivamente suspende o processo (art. 89, § 1º da lei referida).

No caso vertente, a denúncia já há muito foi recebida e o processo está pronto para sentença. Permitir urna decisão interlocutória que desclassifique a imputação, antes da sentença, para suspender o processo antes dela, será criar uma fase processual não prevista em lei.

A suspensão que ficou entre nós conhecida como *sursis* processual é *do processo*, e não da sentença.

Aqui, se desclassificação houver (conforme pedido), ela se dará na própria sentença condenatória, momento próprio e adequado, razão pela qual não se pode partir a sentença para, antes do dispositivo, suspender o processo e não proferir a condenação.

Ainda para aqueles que defendem cuidar-se de direito subjetivo do réu, há que se considerar que o direito deve ser exercido no momento devido, que não é o do final do processo, mas sim o seu início (fls. 55-56).

A defesa do recorrido, por sua vez, pleiteou sua absolvição ou, então, a suspensão do processo, nos termos do art. 89, da Lei n. 9.099/1995 (fls. 60-61).

O Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente a denúncia, a fim de condenar o acusado como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do CP, à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto. A pena privativa de liberdade, no caso, restou substituída por restritiva de direitos.

O réu, irrisignado, apelou da decisão.

O e. Tribunal *a quo*, à unanimidade, instalou preliminar de ofício e anulou o processo a partir da sentença, para que seja apreciada a possibilidade de cabimento ou não da suspensão condicional do processo. Eis um trecho do voto-condutor, *verbis*:

Vislumbro questão preliminar, que merece exame de ofício. O apelante foi denunciado pela prática do delito de furto qualificado mediante fraude (denuncia

de f., 2-5). Em suas alegações finais, o Ministério Público pleiteou a condenação pelo furto simples, justificando o não oferecimento da proposta de suspensão condicional prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/1995 pela fase processual.

A defesa, por sua vez, em sede de alegações finais, apresentou a tese da negativa de autoria, sustentando que a vaca vendida para o Sr. Wilson José de Oliveira, dono do supermercado credor do acusado, havia sido adquirida do Sr. Gilmar José de Oliveira há cerca de quatro ou cinco anos. Alternativamente, a defesa pugnou pela “suspensão” do processo com base na Lei n. 9.099/1995 (alugações finais - fl. 61).

Na sentença ora vergastada, observo que a ilustre Juíza *a quo* cuidou de examinar tão-somente o conjunto probatório dos autos, concluindo pela comprovação da autoria e da materialidade do delito e proferindo a condenação. Omitiu-se quanto à possibilidade de oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo.

Desde já ressalvo que a inclusão da qualificadora na denúncia, *data máxima vênia*, é equivocada, sendo certo que suas circunstâncias nem mesmo estão devidamente narradas. Neste caso concreto, restou claramente demonstrado o desacerto do entendimento segundo o qual o momento para o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo é o mesmo do oferecimento da denúncia e só. O acusado fica significativamente prejudicado quando, em tese, é cabível o *sursis* processual, mas o Ministério Público capitula os fatos de modo incorreto e acaba por impedir a benesse legal.

A omissão da análise de tese defensiva na sentença é causa de nulidade da mesma. Tal entendimento é pacífico nesta 2ª Câmara Mista.

Com efeito, é certo, e assim eu me posiciono, que a proposta de suspensão condicional do processo cabe, exclusivamente, ao Ministério Público, não podendo o magistrado, jamais, tomar iniciativa de ofício, pois, além de a Lei n. 9.099/1995, em seu art. 89, ser clara e inquestionável sobre tal legitimidade ministerial, é preciso dizer que a proposição *ex officio* pelo juiz constou do projeto da Comissão de Reforma do CPP, tendo sido rechaçada pelo Congresso Nacional, não pairando qualquer dúvida sobre a legitimidade exclusiva do órgão representante do *parquet* para o oferecimento da proposta.

Entretanto, nos casos em que o instituto é, em tese, cabível, possível se torna o seu controle judicial, pois a legitimidade que é conferida ao *Parquet* não significa um poder discricionário, senão oportunidade regrada, “que confere ao órgão acusador o poder de optar pela via alternativa despenalizadora em tela, em detrimento da forma clássica”, nas palavras bem articuladas de Luiz Flávio Gomes (*in* Suspensão Condicional do Processo, Editora Revid dos Tribunais, 1995, p. 168)

Assim, é vedado ao Ministério Público escolher por uma trilha ou outra de forma arbitrária, constituindo-se o oferecimento da proposta pelo *parquet* ou a manifestação fundamentada acerca da impossibilidade da referida proposição

em direito público subjetivo do acusado, suscetível, portanto, de tutela judiciária. Desta forma entende a melhor jurisprudência:

Penal e Processual. Júri. Desclassificação para lesão corporal. Suspensão condicional do processo. Art. 89. Lei n. 9.099/1995. **Medida deferida pelo juiz após oitiva do Ministério Público e de requerimento da defesa.** Possibilidade.

1 - Se o Tribunal do Júri desclassificou a conduta para lesão corporal, correto foi o magistrado em deferir pedido da defesa, determinando a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, da Lei n. 9.099/1995, ante a recusa do Ministério Público em fazê-lo. Nesse caso não há falar em aplicação do art. 28, do CPP. Precedentes desta Corte.

2 - Recurso conhecido somente pela alínea c, mas improvido. (REsp n. 191.384-MG - Recurso Especial - (1998/0075303-6) - Rel. Min. Fernando Gonçalves)

Penal. Suspensão do processo. Lei n. 9.099, de 1995 (art. 89). Aplicação.

- Preenchendo o acusado as condições objetivas para a concessão do benefício disciplinado no art. 89, da Lei n. 9.099, de 1995, não constitui obstáculo a sua aplicação o fato de o processo encontrar-se na fase recursal.

- Recurso especial conhecido. (REsp n. 140.296-MG - Recurso Especial (1997/0049002-5) - Rel. Min. William Patterson)

Neste contexto, o requerimento do apelante acerca da aplicação do chamado *sursis* processual constante de suas alegações finais de f. 57-61, deveria obrigatoriamente ter sido apreciado pela M.M.^a Juíza sentenciante, o que, *in casu*, não ocorreu.

É hipótese cristalina de cerceamento de defesa, consubstanciada na ausência de apreciação de tese defensiva expressamente exposta pelo acusado. Constitui vício de fundamentação da sentença, a falta de manifestação acerca de argumentos produzidos em sede de alegações defensivas, tornando-a absolutamente nula, já que haverá inevitável prejuízo, pois não o pode o acusado, em grau de recurso, atacar a sentença monocrática e os fundamentos que negaram a sua pretensão deduzida nas alegações. A doutrina está em consonância com o exposto:

Nessa perspectiva, o vício de fundamentação abrange, portanto, a hipótese em que existe alguma motivação mas ela é insuficiente; assim se o juiz deixa de apreciar questões importante apresentada pela acusação ou defesa nas razões finais (Ada Peliegri Grinover e Outros, Nulidades no Processo Penal, ed. RT p. 166)

A motivação deve-se referir a todas as questões que foram colocadas pelas partes, assim como também às questões que, ainda em ausência de comportamento específico das partes, constituam em concreto objeto da indagação (José Carlos G. X. Aquino e José Renato Nalini, Manual de Processo Penal, Ed. Saraiva. p. 246)

É eivada de nulidade a sentença que não responde às alegações da defesa, seja de mérito, seja de preliminares arguidas oportunamente (Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, p. 437).

Também a Jurisprudência:

É nula a sentença que omite totalmente o exame das irregularidades suscitadas pelo defensor nas alegações finais, em face da ocorrência de cerceamento de defesa e violação do princípio assecuratório da amplitude defensoria, máxime se acarreta condenação (RJUTACRIM, vol. 2, p. 202).

É nula a sentença que se omite na apreciação das teses defensivas. O argumento da rejeição implícita da preliminar não pode ser levado em conta, uma vez que a sentença deve apreciar todas as questões suscitadas pelas partes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional (STF- Rel. Ministro Célio Borja, DJU 03.03.1989, *in* RJUTACRIM, p. 242).

A ausência de exame de teses relevantes de defesa, na fundamentação da sentença condenatória, leva a nulidade desta, pois deixa de propiciar aos réus a possibilidade de impugnar, em grau de recurso, os motivos pelos quais não foram acolhidos os argumentos por eles apresentados, ocasionando cerceamento de defesa (RJDTACRIM, vol. 1, p. 171).

O princípio constitucional da ampla defesa deve ter proteção máxima, já que o que se discute é liberdade de um ser humano, bem supremo da humanidade.

Também não há que se falar em antecedentes do acusador impedindo a aplicação da suspensão condicional do processo, já que, conforme certidão de f. 50, não há registro de nenhum outro feito criminal em desfavor do mesmo.

No caso em comento, a suspensão condicional do processo é, teoricamente, cabível, porquanto a pena mínima cominada para o delito é de 1 (um) ano de reclusão (art. 155, *caput*, CP).

Conclusão

Por tais considerações, instalo preliminar de ofício e *anulo o processo a partir da sentença*, para que outra seja proferida apreciando o cabimento ou não da suspensão condicional do processo penal (fls. 103-110).

Daí o presente o apelo nobre, no qual se argumenta violação ao artigo 89, da Lei n. 9.099/1995, sob a alegação de ilegalidade da decisão proferida pelo

e. Tribunal *a quo*, já que o momento adequado para a proposta da suspensão condicional do processo seria o do oferecimento da denúncia. Sustenta, ainda, que a r. decisão impugnada consubstancia-se em ofensa a atribuição legal conferida ao Ministério Público e que o *sursis* processual não se constitui em direito subjetivo do réu. Ao final, faz menção à Súmula n. 696-STF e postula pela cassação do v. acórdão increpado.

A irresignação não prospera.

O *Pretório Excelso* vem entendendo que no caso de desclassificação operada em sede de sentença condenatória, mostrando-se a hipótese enquadrável, em tese, no art. 89, da Lei n. 9.099/1995, será viável a suspensão condicional do processo.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Ação Penal. Denúncia oferecida pelo crime do art. 155, § 4º, I do Código Penal. Desclassificação operada na sentença condenatória para o crime do art. 155, *caput* do mesmo diploma. Hipótese enquadrável no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, que trata da suspensão condicional do processo. Nessas condições, impor-se-ia ao Juízo, ao concluir pela desclassificação, a oitiva do Ministério Público sobre a suspensão condicional do processo. Declaração de insubsistência da condenação imposta para que, mantida a desclassificação operada pelo Juízo, seja ouvido o Ministério Público quanto à proposta a que alude o *caput* do referido art. 89, tendo como parâmetro a desclassificação da conduta delituosa para aquela prevista no art. 155, *caput* do Código Penal. Precedente: HC n. 75.894-SP. Alegação de consumação da prescrição não acolhida. Recurso ordinário parcialmente provido. (STF, RHC n. 81.925-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 21.02.2003).

Habeas corpus. Conhecimento como RHC. Penal. Processo Penal. Decisão de única instância proferida em HC por Tribunal Superior. Desclassificação de delito. Suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/1995).

Contra decisão de única instância proferida por Tribunal Superior em *habeas corpus* cabe recurso ordinário. Como tal recebe-se o *Habeas Corpus*.

Eventual erro de tipificação, na denúncia, deve ser corrigido no momento adequado que é o da prolação da sentença. Se vier a ser operada a desclassificação, o *sursis* processual poderá ser concedido. O *habeas* não é instrumento adequado.

Constrangimento ilegal não caracterizado. Negado provimento. (STF, HC n. 78.844-GO, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU de 30.06.2000).

Competência. Habeas-corpus. *Ato de Tribunal de Justiça*. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual

guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas-corpus* impetrado contra ato de Tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior. *Processo. Suspensão. Artigo 89 da Lei n. 9.099/1995. Denúncia. Desclassificação do crime.* Uma vez operada a desclassificação do crime, a ponto de implicar o surgimento de quadro revelador da pertinência do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, cumpre ao Juízo a diligência no sentido de instar o Ministério Público a pronunciar-se a respeito. (STF, HC n. 75.894-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.08.2002).

Esta Corte, na mesma esteira tem se pronunciado, consoante se depreende dos seguintes precedentes:

Habeas corpus. Processual Penal. Tribunal do Júri. Desclassificação. Homicídio culposo. Suspensão condicional do processo.

1. Desclassificado o crime praticado pelo agente para outro que se amolde aos requisitos determinados pelo art. 89, da Lei n. 9.099/1995, deve o juízo processante conferir oportunidade ao Ministério Público para que se manifeste sobre o oferecimento da suspensão condicional do processo. Precedentes do STF e do STJ.

2. Ordem concedida para, anulando a sentença e o acórdão que a confirma, determinar a volta dos autos à instância monocrática, com o escopo de oportunizar ao Ministério Público a possibilidade da proposta de suspensão condicional do processo. (HC n. 32596-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 07.06.2004).

Penal e Processual Penal. Júri. Homicídio. Desclassificação. Lesão corporal grave. Processo. Suspensão condicional.

Operada, pelo Conselho de Sentença, a desclassificação do delito para lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, inciso II, do CP), deve o Juiz processante conceder ao Ministério Público oportunidade para propor a suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais.

Precedentes do STJ e do STF.

Ordem concedida. (HC n. 24.677-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 05.04.2004).

Recurso especial. Criminal. Suspensão condicional do processo. Desclassificação delitiva operada em sede de sentença. Cabimento do *sursis* do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995.

1. O momento da suspensão condicional do processo é o do recebimento da denúncia, se aceita pelo réu a proposta do Ministério Público.

2. O constructo doutrinário e jurisprudencial é firme, contudo, no sentido de que, em se fazendo cabível a suspensão condicional do processo, por força de desclassificação ou procedência só parcial da denúncia, é dever do Juiz suscitar a manifestação do Ministério Público a propósito da sua suficiência como resposta penal, excluindo, com exclusão, a suspensão condicional do processo a imposição da pena correspondente ao fato-crime.

3. Em casos tais, não se há de anular a denúncia e, tampouco, tudo mais do processo que se tornou realidade, alcançando-lhe a suspensão condicional o trecho em que se fez ou faz cabível.

4. Recurso parcialmente conhecido. (REsp n. 299.739-MG, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 18.08.2003).

Na espécie, o Ministério Público deixou de propor a suspensão condicional do processo unicamente em razão de que já estaria ultrapassado o momento oportuno, qual seja, o do oferecimento da denúncia.

Como se vê, o entendimento do *Parquet* está em descompasso com as mais recentes decisões dos Tribunais Superiores.

Constata-se, também, grave omissão por parte do Juízo de 1º grau que não se manifestou, a despeito de instado pelas partes, acerca de eventual possibilidade de concessão do *sursis* processual. Vale ressaltar que no caso de discórdia por parte do Juiz, em relação ao cabimento ao não do benefício previsto no art. 89, da Lei n. 9.099/1995, reunidos os pressupostos legais para tanto, deve a questão ser remetida ao Procurador-Geral, por aplicação analógica do art. 28, CPP. É o que diz a Súmula n. 696-STF.

Irretocável, portanto, o v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal *a quo*.

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 651.587-SP (2004/0047905-6)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: José Carlos Augusto

Advogado: Luciana Lopes da Silva

EMENTA

Processual Penal. Recurso especial. Desclassificação. Possibilidade de suspensão condicional do processo.

É viável a suspensão condicional do processo se, havendo a desclassificação do delito, a hipótese se enquadrar, em princípio, no art. 89, da Lei n. 9.099/1995.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 08.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público*, com base no art. 105, III, alínea **a**, da Carta Magna, em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que converteu o julgamento em diligência.

Eis um trecho do v. acórdão increpado, *verbis*:

Converte-se o julgamento em diligência.

A denúncia atribuiu ao apelante o delito de furto, majorado pelo repouso noturno. No entanto, restou caracterizado, apenas, o furto simples.

Vítima afirmou que a residência furtada é desabitada.

E o furto noturno somente se tipifica quando o agente pratica a subtração noturna em local habitado, onde haja alguém repousando. Não se confunde repouso noturno com furto praticado à noite. Nesse sentido: BMJ 81/9; JTACRIM 48/293, 10/262, RJD 25191 e RT 727/525.

Com a desclassificação, cabível a aplicação da Lei n. 9.099/1995, eis que as certidões (fls. 60 e 75) juntadas aos autos registram processo ainda em andamento e condenação já atingida pelo prazo depurador. Demais, foi apelante reconhecido como primário e sem antecedentes, pela r. sentença recorrida.

Converte-se o julgamento em diligência para que retornando o feito à Vara de origem, seja a Promotoria de Justiça consultada sobre a possibilidade de transação penal. Proposta aceita ou sendo recusada, ou, ainda, não sendo formulada, deverão os autos retornar a esta C. Corte (fls. 135-136).

No apelo nobre, sustenta o recorrente violação ao art. 89, da Lei n. 9.099/1995. Alega, em síntese, que o e. Tribunal *a quo* não poderia ter convertido o julgamento em diligência, em razão da desclassificação operada. Requer, assim, o provimento do recurso, a fim de que os autos retornem ao Tribunal para o prosseguimento do julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa.

Contra-razões às fls. 150-151.

Admitido na origem, ascenderam os autos a esta Corte (fls. 160-161).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 166-170, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A irrisignação não prospera.

O *Pretório Excelso* vem entendendo que no caso de desclassificação, mostrando-se a hipótese enquadrável, em tese, no art. 89, da Lei n. 9.099/1995, será viável a suspensão condicional do processo.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Ação Penal. Denúncia oferecida pelo crime do art. 155, § 4º, I do Código Penal. Desclassificação operada na sentença condenatória para o crime do art. 155, *caput* do mesmo diploma. Hipótese enquadrável no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, que trata da suspensão condicional do processo. Nessas condições, impor-se-ia ao Juízo, ao concluir pela desclassificação, a oitiva do Ministério Público sobre a suspensão condicional do processo. Declaração de insubsistência da condenação imposta para que, mantida a desclassificação operada pelo Juízo, seja ouvido o Ministério Público quanto à proposta a que alude o *caput* do referido art. 89, tendo como parâmetro a desclassificação da conduta delituosa para aquela prevista no art. 155, *caput* do Código Penal. Precedente: HC n. 75.894-

SP. Alegação de consumação da prescrição não acolhida. Recurso ordinário parcialmente provido.

(STF, RHC n. 81.925-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 21.02.2003).

Habeas Corpus. Conhecimento como RHC. Penal. Processo Penal. Decisão de única instância proferida em HC por Tribunal Superior. Desclassificação de delito. Suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/1995).

Contra decisão de única instância proferida por Tribunal Superior em *habeas corpus* cabe recurso ordinário. Como tal recebe-se o *Habeas Corpus*.

Eventual erro de tipificação, na denúncia, deve ser corrigido no momento adequado que é o da prolação da sentença. Se vier a ser operada a desclassificação, o sursis processual poderá ser concedido. O *habeas* não é instrumento adequado.

Constrangimento ilegal não caracterizado. Negado provimento.

(STF, HC n. 78.844-GO, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU de 30.06.2000).

Competência. *Habeas-corpus*. *Ato de Tribunal de Justiça*. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas-corpus* impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior. *Processo*. *Suspensão*. *Artigo 89 da Lei n. 9.099/1995*. *Denúncia*. *Desclassificação do crime*. Uma vez operada a desclassificação do crime, a ponto de implicar o surgimento de quadro revelador da pertinência do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, cumpre ao Juízo a diligência no sentido de instar o Ministério Público a pronunciar-se a respeito.

(STF, HC n. 75.894-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.08.2002).

Esta Corte, na mesma esteira tem se pronunciado, consoante se depreende dos seguintes precedentes:

Habeas corpus. Processual Penal. Tribunal do Júri. Desclassificação. Homicídio culposo. Suspensão condicional do processo.

1. Desclassificado o crime praticado pelo agente para outro que se amolde aos requisitos determinados pelo art. 89, da Lei n. 9.099/1995, deve o juízo processante conferir oportunidade ao Ministério Público para que se manifeste sobre o oferecimento da suspensão condicional do processo. Precedentes do STF e do STJ.

2. Ordem concedida para, anulando a sentença e o acórdão que a confirma, determinar a volta dos autos à instância monocrática, com o escopo de

oportunizar ao Ministério Público a possibilidade da proposta de suspensão condicional do processo.

(HC n. 32.596-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 07.06.2004).

Penal e Processual Penal. Júri. Homicídio. Desclassificação. Lesão corporal grave. Processo. Suspensão condicional.

Operada, pelo Conselho de Sentença, a desclassificação do delito para lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, inciso II, do CP), deve o Juiz processante conceder ao Ministério Público oportunidade para propor a suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais.

Precedentes do STJ e do STF.

Ordem concedida.

(HC n. 24.677-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 05.04.2004).

Recurso especial. Criminal. Suspensão condicional do processo. Desclassificação delitiva operada em sede de sentença. Cabimento do *sursis* do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995.

1. O momento da suspensão condicional do processo é o do recebimento da denúncia, se aceita pelo réu a proposta do Ministério Público.

2. O constructo doutrinário e jurisprudencial é firme, contudo, no sentido de que, em se fazendo cabível a suspensão condicional do processo, por força de desclassificação ou procedência só parcial da denúncia, é dever do Juiz suscitar a manifestação do Ministério Público a propósito da sua suficiência como resposta penal, excluindo, com exclusão, a suspensão condicional do processo a imposição da pena correspondente ao fato-crime.

3. Em casos tais, não se há de anular a denúncia e, tampouco, tudo mais do processo que se tornou realidade, alcançando-lhe a suspensão condicional o trecho em que se fez ou faz cabível.

4. Recurso parcialmente conhecido.

(REsp n. 299.739-MG, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 18.08.2003).

Impende ressaltar, por fim, que caberá à Promotoria de Justiça analisar a possibilidade de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, da Lei n. 9.099/1995. Não sendo cabível, retornarão os autos ao e. Tribunal *a quo* para o prosseguimento do julgamento do recurso interposto.

Irretocável, portanto, o v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal *a quo*.

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 679.526-CE (2004/0095997-5)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Ministério Público do Estado do Ceará

Recorrido: Francisco Antônio Rocha Silva

Advogado: Francisco Wellington Alves Vasconcelos

EMENTA

Suspensão do processo em caso de desclassificação (possibilidade).

1. Ainda que a desclassificação da infração penal se verifique na superior instância, há de haver oportunidade para que se invoque, por exemplo, o instituto da suspensão do processo (Lei n. 9.099/1995, art. 89).

2. Precedentes da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal.

3. Recurso especial do qual se conheceu pelo dissídio, porém ao qual se negou provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso pelo dissídio, mas negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 19 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 27.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Denúncia e sentença se fundaram no art. 12, o acórdão, entretanto, fundou-se no art. 16, ambos da Lei n. 6.368, de 1976. Eis a ementa que foi escrita pelo Relator (trata-se de apelação da defesa):

I - Não revelando os autos, de forma segura, que a substância entorpecente encontrada na posse do acriminado destinar-se-ia à comercialização e havendo prova referente ao uso da erva por este último, torna-se imperiosa a desclassificação do delito para o tipo penal do art. 16 da Lei n. 6.368/1976.

II - Com a desclassificação procedida, observa-se que o delito uso de substância entorpecente comporta, em tese, a suspensão condicional do processo, haja vista corresponder o limite mínimo previsto a 6 (seis) meses de detenção, impondo-se a remessa do processo ao Ministério Público estadual, para os fins do art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

III - Apelo provido.

A conclusão do acórdão é deste teor:

Ex positis, dou provimento ao recurso interposto para desclassificar o delito tipificado na denúncia para o crime descrito no art. 16 da Lei de Tóxicos, determinando sejam os fólios remetidos ao Ministério Público estadual, a fim de pronunciar-se acerca da possibilidade de concessão do *sursis* processual no caso concreto, viabilizando-se, assim, eventual proposta de suspensão condicional do processo por parte do *Parquet*.

O Ministério Público do Estado ingressou com recurso especial. Pela alínea **a**, alegou violação do art. 89 da Lei n. 9.099, de 1995; pela alínea **c**, indicou dissídio inclusive com julgados da nossa 5ª Turma: “É inviável – porque já ultrapassado o momento processual adequado – a proposta de *sursis* processual após a sentença que desclassifica o delito capitulado na denúncia para condenar o réu por outro crime cuja pena mínima viabilizaria, em tese, a concessão do benefício”.

Admitido o especial pela alínea **a**, o Ministério Público Federal, entre nós, é pelo provimento do recurso, de acordo com esta ementa:

- A proposta do *sursis* é prerrogativa exclusiva do Ministério Público, não podendo o Juiz realizá-la *ex officio*. Havendo divergência entre o membro do *Parquet* e o magistrado, deve-se encaminhar os autos ao Procurador-Geral da Justiça, por analogia do art. 28 do CPP.

- É na denúncia ou logo após o início da instrução criminal o momento oportuno para se conceder o *sursis* processual, desde que preenchidos os

requisitos exigidos por lei, não podendo ser deferido o benefício quando já prolatada sentença penal.

- Parecer pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Mas os nossos atuais precedentes são no seguinte sentido: (I) “operada, pelo Conselho de Sentença, a desclassificação do delito para lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, inciso II, do CP), deve o Juiz processante conceder ao Ministério Público oportunidade para propor a suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais”. (HC n. 24.677, Ministro Paulo Medina, DJ de 05.04.2004); (II) “é viável a suspensão condicional do processo no caso de desclassificação do delito operada em sede de sentença condenatória” (REsp n. 647.228, Ministro Felix Fischer, DJ de 25.10.2004).

Deles me vali para o HC n. 36.817 (sessão de 24.02.2005), para o qual escrevi esta ementa:

Suspensão do processo em caso de desclassificação (possibilidade).

1. Ainda que a desclassificação da infração penal se verifique na superior instância, há de haver oportunidade para que se invoque, por exemplo, o instituto da suspensão do processo (Lei n. 9.099/1995, art. 89).

2. Precedentes da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal.

3. *Habeas corpus* deferido em parte.

Conquanto não tenha sido admitido pelo dissídio jurisprudencial, do recurso especial conheço por tal fundamento, porém a ele nego provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 686.251-MG (2004/0126161-4)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Rogério Porto Neiva

Advogado: Luciana de Castro Machado e outro
Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/1997. Pena. Desclassificação operada na sentença condenatória. Possibilidade de suspensão condicional do processo.

É viável a suspensão condicional do processo no caso de desclassificação do delito operada em sede de sentença condenatória (*Precedentes do Pretório Excelso e do STJ*).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 04.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: A *quaestio* restou devidamente exposta na bem lançada manifestação da culta Subprocuradoria-Geral da República, da qual adoto como relatório o trecho *verbis*:

Cuida-se de recurso especial interposto por Rogério Porto Neiva (fls. 152-161), com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, em face do acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (fls. 133). Por unanimidade, aquele Tribunal negou provimento ao recurso do Ministério Público e proveu parcialmente o apelo da defesa. O acórdão restou assim ementado:

Lei n. 9.437/1997. Arma encontrada no interior da residência do agente. Autoria e materialidade demonstradas. Condenação no art. 10 da Lei n. 9.437/1997. Recurso Ministerial. Alegação de se tratar de arma de uso proibido/restrito. Inocorrência. Decreto n. 3.665/2000. Enumeração taxativa. Proibição de interpretação extensiva. Conduta tipificada no *caput* do art. 10, e não em seu § 2º. Recurso a que se nega provimento. Recurso defensivo. Postulada aplicação da suspensão condicionada do processo. Ausência de requisito objetivo. Pena mínima *in abstracto* superior a 01 (um) ano. Prerrogativa de proposta exclusiva do Ministério Público. Réu que já percorreu toda a via processual. Existência de sentença condenatória. Descabimento do pedido. Pena. Réu primário e de bons antecedentes. Circunstâncias judiciais do art. 59 que lhe são favoráveis em sua maioria. Súmula n. 43 do TJMG. Redução ao mínimo legal. Acusado que preenche os requisitos previstos no art. 44 e seus incisos. Substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Sentença reformada. Recurso a que se dá parcial provimento.

Consta dos autos que o Recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 10, § 2º, da Lei n. 9.437/1997. Ao final, o MM. Juízo sentenciante desclassificou o delito, restando condenado por infração ao *caput* do referido artigo à pena de um ano e seis meses e quinze dias-multa.

Inconformados, apelaram ambas as partes. A acusação buscando a reforma da sentença para que o réu fosse condenado por infração ao artigo 10, § 2º, da Lei n. 9.437/1997, ao entendimento de que a arma encontrada era de uso proibido/restrito. A defesa, por sua vez, pleiteou os benefícios da suspensão condicional do processo, a teor do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 ou, alternativamente, a redução da pena para o mínimo legal.

Por sua vez, o Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo da acusação e, provendo parcialmente o recurso da defesa, fixou a pena no mínimo legal (um ano de detenção, em regime aberto e o pagamento de 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo). Verificando que o réu preenchia os requisitos estabelecidos no artigo 44, incisos I, II e III, do Código Penal, substituiu a pena corporal por restritiva de direitos, a teor do artigo 44, § 2º, do mesmo estatuto, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Opostos embargos declaratórios pela defesa (fls. 140-142), argumentando a ocorrência de *reformatio in pejus*, requerendo a manifestação sobre a omissão e a contradição da decisão. A Segunda Câmara do Tribunal *a quo* não conheceu dos embargos em razão de serem intempestivos.

Daí o presente apelo especial onde afirma o Recorrente que a decisão impugnada incidiu em *reformatio in pejus*, consistente em atribuir ao réu pena de prestação de serviços à comunidade, em detrimento da sentença monocrática

que determinara a suspensão condicional do pena, além de negar vigência ao disposto no artigo 89 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Sustenta que “flagrante a ocorrência da *reformatio in pejus* no caso em tela vez que a Egrégia Câmara Criminal ao proferir o acórdão de fls., a despeito de ter negado provimento ao apelo do MP, fixou a pena em prestação de serviços à comunidade, relevando-se, aqui, o manifesto prejuízo imposto ao recorrente com a reforma da r. sentença que fixava-lhe a suspensão condicional da pena.” (fls. 158)

Afirma que desclassificado o delito para o artigo 10 da Lei n. 9.437/1997, cuja pena mínima é de um ano, deveria o órgão ministerial propor a suspensão condicional do processo, eis que presentes os requisitos para tanto.

Contra-razões apresentadas (fls. 165-168).

Recurso inadmitido na origem (fls. 170-173), subindo os autos por meio de decisão em agravo de instrumento (anexo 2) (fls. 201-203).

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): No presente recurso alega-se, em síntese: 1) que o v. acórdão increpado negou vigência ao art. 89 da Lei n. 9.099/1995, uma vez que tendo havido, em sede de sentença condenatória, a desclassificação do delito do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/1997, para o do art. 10, *caput*, da mesma lei, seria possível a suspensão condicional do processo; 2) que o v. acórdão increpado divergiu do entendimento de outros tribunais, quando, negando provimento ao recurso da acusação, revogou a suspensão condicional da pena operada em primeiro grau para, substituir a pena privativa de liberdade imposta em restritivas de direito, o que acarretou inegável *reformatio in pejus*.

A irresignação merece ser acolhida.

De fato, tem-se que o paciente foi denunciado como incurso no art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/1997, que prevê pena mínima de dois anos de reclusão. Entretanto, em sede de sentença penal condenatória, o delito foi desclassificado para o do art. 10, *caput*, do mesmo artigo, que prevê pena mínima de um ano de reclusão. O apelo do Ministério Público no qual se buscava a condenação nos termos da peça acusatória foi desprovido, não havendo recurso da acusação quanto ao v. acórdão.

O e. Tribunal *a quo*, por seu turno, entendeu inaplicável o benefício da suspensão condicional do processo, *in casu*, por já ter sido ultrapassado o momento processual adequado, tendo havido inclusive sentença penal condenatória.

O Pretório *Excelso* vem entendendo que no caso de desclassificação operada em sede de sentença condenatória, mostrando-se a hipótese enquadrável, em tese, no art. 89, da Lei n. 9.099/1995, será viável a suspensão condicional do processo.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Ação Penal. Denúncia oferecida pelo crime do art. 155, § 4º, I do Código Penal. Desclassificação operada na sentença condenatória para o crime do art. 155, *caput* do mesmo diploma. Hipótese enquadrável no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, que trata da suspensão condicional do processo. Nessas condições, impor-se-ia ao Juízo, ao concluir pela desclassificação, a oitiva do Ministério Público sobre a suspensão condicional do processo. Declaração de insubsistência da condenação imposta para que, mantida a desclassificação operada pelo Juízo, seja ouvido o Ministério Público quanto à proposta a que alude o *caput* do referido art. 89, tendo como parâmetro a desclassificação da conduta delituosa para aquela prevista no art. 155, *caput* do Código Penal. Precedente: HC n. 75.894-SP. Alegação de consumação da prescrição não acolhida. Recurso ordinário parcialmente provido (STF, RHC n. 81.925-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 21.02.2003).

Habeas corpus. Conhecimento como RHC. Penal. Processo Penal. Decisão de única instância proferida em HC por Tribunal Superior. Desclassificação de delito. Suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/1995).

Contra decisão de única instância proferida por tribunal superior em *habeas corpus* cabe recurso ordinário. Como tal recebe-se o *Habeas Corpus*.

Eventual erro de tipificação, na denúncia, deve ser corrigido no momento adequado que é o da prolação da sentença. Se vier a ser operada a desclassificação, o *sursis* processual poderá ser concedido. O *habeas* não é instrumento adequado.

Constrangimento ilegal não caracterizado. Negado provimento. (STF, HC n. 78.844-GO, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU de 30.06.2000).

Competência. *Habeas-corpus*. *Ato de Tribunal de Justiça*. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas-corpus* impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior. *Processo*. *Suspensão*. *Artigo 89 da Lei n. 9.099/1995*. *Denúncia*. *Desclassificação do crime*. Uma vez operada a desclassificação do crime, a ponto

de implicar o surgimento de quadro revelador da pertinência do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, cumpre ao Juízo a diligência no sentido de instar o Ministério Público a pronunciar-se a respeito (STF, HC n. 75.894-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.08.2002).

Esta Corte na mesma esteira tem se pronunciado, consoante se depreende dos seguintes precedentes:

Habeas corpus. Processual Penal. Tribunal do Júri. Desclassificação. Homicídio culposo. Suspensão condicional do processo.

1. Desclassificado o crime praticado pelo agente para outro que se amolde aos requisitos determinados pelo art. 89, da Lei n. 9.099/1995, deve o juízo processante conferir oportunidade ao Ministério Público para que se manifeste sobre o oferecimento da suspensão condicional do processo. Precedentes do STF e do STJ.

2. Ordem concedida para, anulando a sentença e o acórdão que a confirma, determinar a volta dos autos à instância monocrática, com o escopo de oportunizar ao Ministério Público a possibilidade da proposta de suspensão condicional do processo (HC n. 32.596-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 07.06.2004).

Penal e Processual Penal. Júri. Homicídio. Desclassificação. Lesão corporal grave. Processo. Suspensão condicional.

Operada, pelo Conselho de Sentença, a desclassificação do delito para lesão corporal grave (artigo 129, § 1º, inciso II, do CP), deve o Juiz processante conceder ao Ministério Público oportunidade para propor a suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais.

Precedentes do STJ e do STF.

Ordem concedida (HC n. 24.677-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 05.04.2004).

Recurso especial. Criminal. Suspensão condicional do processo. Desclassificação delitiva operada em sede de sentença. Cabimento do *sursis* do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995.

1. O momento da suspensão condicional do processo é o do recebimento da denúncia, se aceita pelo réu a proposta do Ministério Público.

2. O constructo doutrinário e jurisprudencial é firme, contudo, no sentido de que, em se fazendo cabível a suspensão condicional do processo, por força de desclassificação ou procedência só parcial da denúncia, é dever do Juiz suscitar a manifestação do Ministério Público a propósito da sua suficiência como resposta

penal, excluindo, com exclusão, a suspensão condicional do processo a imposição da pena correspondente ao fato-crime.

3. Em casos tais, não se há de anular a denúncia e, tampouco, tudo mais do processo que se tornou realidade, alcançando-lhe a suspensão condicional o trecho em que se fez ou faz cabível.

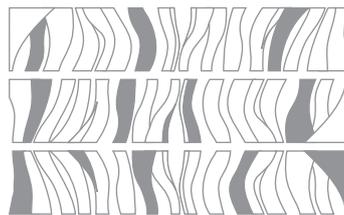
4. Recurso parcialmente conhecido (REsp n. 299.739-MG, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 18.08.2003).

Diante disso, deve o v. acórdão, no que se refere ao apelo defensivo, ser anulado.

Com anulação do v. acórdão increpado, resta prejudicada a análise da tese de *reformatio in pejus* por parte do e. Tribunal *a quo*, que revogou, de ofício, a suspensão condicional da pena operada em primeiro grau e substituiu a pena privativa de liberdade imposta, por restritivas de direitos.

Feitas essas considerações, dou provimento ao recurso para anular o v. acórdão increpado, no tocante ao apelo defensivo, para que o *Parquet*, tendo em vista a nova classificação dada aos fatos, analise a possibilidade de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

É o voto.



Índice Analítico

A

Alimentos - Esposa - Renúncia - CF/1988, arts. 201, V, e 226, § 3º - Ex-marido - Falecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º - Necessidade econômica superveniente - Comprovação - **Pensão por morte** - Possibilidade - Separação judicial. Súmula n. 336-STJ. RSSTJ 28/349.

C

CF/1988, arts. 37, XXI, e 173, § 1º, III - Empresa pública - Lei n. 1.533/1951, arts. 1º e 2º - Lei n. 8.666/1993, arts. 1º, parágrafo único, e 4º, parágrafo único - Licitação - Impugnação de ato - **Mandado de segurança** - Cabimento - Sociedade de economia mista. Súmula n. 333-STJ. RSSTJ 28/87.

CF/1988, arts. 201, V, e 226, § 3º - Alimentos - Esposa - Renúncia - Ex-marido - Falecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º - Necessidade econômica superveniente - Comprovação - **Pensão por morte** - Possibilidade - Separação judicial. Súmula n. 336-STJ. RSSTJ 28/349.

Cláusula de renúncia - Validade - **Contrato de locação** - Direito de retenção - Indenização de benfeitoria - Lei n. 8.245/1991, art. 35. Súmula n. 335-STJ. RSSTJ 28/325.

Contrato de locação - Cláusula de renúncia - Validade - Direito de retenção - Indenização de benfeitoria - Lei n. 8.245/1991, art. 35. Súmula n. 335-STJ. RSSTJ 28/325.

CPP, art. 383 - Crime - Desclassificação - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Pretensão punitiva - Procedência parcial - **Suspensão condicional do processo** - Cabimento. Súmula n. 337-STJ. RSSTJ 28/385.

Crime - Desclassificação - CPP, art. 383 - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Pretensão punitiva - Procedência parcial - **Suspensão condicional do processo** - Cabimento. Súmula n. 337-STJ. RSSTJ 28/385.

D

Direito de retenção - Cláusula de renúncia - Validade - **Contrato de locação** - Indenização de benfeitoria - Lei n. 8.245/1991, art. 35. Súmula n. 335-STJ. RSSTJ 28/325.

E

Empresa pública - CF/1988, arts. 37, XXI, e 173, § 1º, III - Lei n. 1.533/1951, arts. 1º e 2º - Lei n. 8.666/1993, arts. 1º, parágrafo único, e 4º, parágrafo único - Licitação - Impugnação de ato - **Mandado de segurança** - Cabimento - Sociedade de economia mista. Súmula n. 333-STJ. RSSTJ 28/87.

Ex-marido - Falecimento - Alimentos - Esposa - Renúncia - CF/1988, arts. 201, V, e 226, § 3º - Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º - Necessidade econômica superveniente - Comprovação - **Pensão por morte** - Possibilidade - Separação judicial. Súmula n. 336-STJ. RSSTJ 28/349.

I

Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Não-incidência - Lei Complementar n. 87/1996, art. 2º - Lei n. 472/1997, arts. 60 e 61, § 1º - Serviço dos provedores de *Internet*. Súmula n. 334-STJ. RSSTJ 28/159.

Indenização de benfeitoria - Cláusula de renúncia - Validade - **Contrato de locação** - Direito de retenção - Lei n. 8.245/1991, art. 35. Súmula n. 335-STJ. RSSTJ 28/325.

L

Lei Complementar n. 87/1996, art. 2º - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Não-incidência - Lei n. 472/1997, arts. 60 e 61, § 1º - Serviço dos provedores de *Internet*. Súmula n. 334-STJ. RSSTJ 28/159.

Lei n. 472/1997, arts. 60 e 61, § 1º - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Não-incidência - Lei Complementar n. 87/1996, art. 2º - Serviço dos provedores de *Internet*. Súmula n. 334-STJ. RSSTJ 28/159.

Lei n. 1.533/1951, arts. 1º e 2º - CF/1988, arts. 37, XXI, e 173, § 1º, III - Empresa pública - Lei n. 8.666/1993, arts. 1º, parágrafo único, e 4º, parágrafo único - Licitação - Impugnação de ato - **Mandado de segurança** - Cabimento - Sociedade de economia mista. Súmula n. 333-STJ. RSSTJ 28/87.

Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º - Alimentos - Esposa - Renúncia - CF/1988, arts. 201, V, e 226, § 3º - Ex-marido - Falecimento - Necessidade econômica superveniente - Comprovação - **Pensão por morte** - Possibilidade - Separação judicial. Súmula n. 336-STJ. RSSTJ 28/349.

Lei n. 8.245/1991, art. 35 - Cláusula de renúncia - Validade - **Contrato de locação** - Direito de retenção - Indenização de benfeitoria. Súmula n. 335-STJ. RSSTJ 28/325.

Lei n. 8.666/1993, arts. 1º, parágrafo único, e 4º, parágrafo único - CF/1988, arts. 37, XXI, e 173, § 1º, III - Empresa pública - Lei n. 1.533/1951, arts. 1º e 2º - Licitação - Impugnação de ato - **Mandado de segurança** - Cabimento - Sociedade de economia mista. Súmula n. 333-STJ. RSSTJ 28/87.

Lei n. 9.099/1995, art. 89 - CPP, art. 383 - Crime - Desclassificação - Pretensão punitiva - Procedência parcial - **Suspensão condicional do processo** - Cabimento. Súmula n. 337-STJ. RSSTJ 28/385.

Licitação - Impugnação de ato - CF/1988, arts. 37, XXI, e 173, § 1º, III - Empresa pública - Lei n. 1.533/1951, arts. 1º e 2º - Lei n. 8.666/1993, arts. 1º, parágrafo único, e 4º, parágrafo único - **Mandado de segurança** - Cabimento - Sociedade de economia mista. Súmula n. 333-STJ. RSSTJ 28/87.

M

Mandado de segurança - Cabimento - CF/1988, arts. 37, XXI, e 173, § 1º, III - Empresa pública - Lei n. 1.533/1951, arts. 1º e 2º - Lei n. 8.666/1993, arts. 1º, parágrafo único, e 4º, parágrafo único - Licitação - Impugnação de ato - Sociedade de economia mista. Súmula n. 333-STJ. RSSTJ 28/87.

N

Necessidade econômica superveniente - Comprovação - Alimentos - Esposa - Renúncia - CF/1988, arts. 201, V, e 226, § 3º - Ex-marido - Falecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º - **Pensão por morte** - Possibilidade - Separação judicial. Súmula n. 336-STJ. RSSTJ 28/349.

P

Pensão por morte - Possibilidade - Alimentos - Esposa - Renúncia - CF/1988, arts. 201, V, e 226, § 3º - Ex-marido - Falecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º -

Necessidade econômica superveniente - Comprovação - Separação judicial. Súmula n. 336-STJ. RSSTJ 28/349.

Pretensão punitiva - Procedência parcial - CPP, art. 383 - Crime - Desclassificação - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - **Suspensão condicional do processo** - Cabimento. Súmula n. 337-STJ. RSSTJ 28/385.

S

Separação judicial - Alimentos - Esposa - Renúncia - CF/1988, arts. 201, V, e 226, § 3º - Ex-marido - Falecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º - Necessidade econômica superveniente - Comprovação - **Pensão por morte** - Possibilidade. Súmula n. 336-STJ. RSSTJ 28/349.

Serviço dos provedores de *Internet* - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Não-incidência - Lei Complementar n. 87/1996, art. 2º - Lei n. 472/1997, arts. 60 e 61, § 1º. Súmula n. 334-STJ. RSSTJ 28/159.

Sociedade de economia mista - CF/1988, arts. 37, XXI, e 173, § 1º, III - Empresa pública - Lei n. 1.533/1951, arts. 1º e 2º - Lei n. 8.666/1993, arts. 1º, parágrafo único, e 4º, parágrafo único - Licitação - Impugnação de ato - **Mandado de segurança** - Cabimento. Súmula n. 333-STJ. RSSTJ 28/87.

Súmula n. 333-STJ - CF/1988, arts. 37, XXI, e 173, § 1º, III - Empresa pública - Lei n. 1.533/1951, arts. 1º e 2º - Lei n. 8.666/1993, arts. 1º, parágrafo único, e 4º, parágrafo único - Licitação - Impugnação de ato - **Mandado de segurança** - Cabimento - Sociedade de economia mista. RSSTJ 28/87.

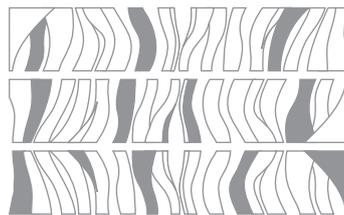
Súmula n. 334-STJ - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Não-incidência - Lei Complementar n. 87/1996, art. 2º - Lei n. 472/1997, arts. 60 e 61, § 1º - Serviço dos provedores de *Internet*. RSSTJ 28/159.

Súmula n. 335-STJ - Cláusula de renúncia - Validade - **Contrato de locação** - Direito de retenção - Indenização de benfeitoria - Lei n. 8.245/1991, art. 35. RSSTJ 28/325.

Súmula n. 336-STJ - Alimentos - Esposa - Renúncia - CF/1988, arts. 201, V, e 226, § 3º - Ex-marido - Falecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 76, §§ 1º e 2º - Necessidade econômica superveniente - Comprovação - **Pensão por morte** - Possibilidade - Separação judicial. RSSTJ 28/349.

Súmula n. 337-STJ - CPP, art. 383 - Crime - Desclassificação - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Pretensão punitiva - Procedência parcial - **Suspensão condicional do processo** - Cabimento. RSSTJ 28/385.

Suspensão condicional do processo - Cabimento - CPP, art. 383 - Crime - Desclassificação - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Pretensão punitiva - Procedência parcial. Súmula n. 337-STJ. RSSTJ 28/385.



Índice Sistemático

SÚMULA N. 332

AgRg no

REsp 540.817-DF... Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.....	RSSTJ 28/15
REsp 76.399-SP..... Rel. Min. Fernando Gonçalves.....	RSSTJ 28/18
REsp 94.094-MS Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar	RSSTJ 28/21
REsp 111.877-RS ... Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSSTJ 28/25
REsp 242.293-RJ Rel. Min. Edson Vidigal	RSSTJ 28/29
REsp 260.465-SP.... Rel. Min. Felix Fischer.....	RSSTJ 28/32
REsp 265.069-SP.... Rel. Min. Gilson Dipp	RSSTJ 28/36
REsp 281.818-SP.... Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca	RSSTJ 28/38
REsp 304.179-SP.... Rel. Min. Hamilton Carvalhido.....	RSSTJ 28/41
REsp 329.037-SP.... Rel. Min. Paulo Gallotti.....	RSSTJ 28/46
REsp 351.272-SP.... Rel. Min. Vicente Leal.....	RSSTJ 28/49
REsp 436.017-RS ... Rel. Min. Barros Monteiro.....	RSSTJ 28/52
REsp 525.765-RS ... Rel. Min. Castro Filho	RSSTJ 28/54
REsp 604.326-SP.... Rel. Min. Paulo Medina.....	RSSTJ 28/62
REsp 772.419-SP.... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.....	RSSTJ 28/65
REsp 832.669-SP.... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.....	RSSTJ 28/73
REsp 860.795-RJ Rel. Min. Laurita Vaz.....	RSSTJ 28/79

SÚMULA N. 333

AgRg no

Ag 246.834-SP..... Rel. Min. José Delgado	RSSTJ 28/91
REsp 84.082-RS Rel. Min. Demócrito Reinaldo.....	RSSTJ 28/96

REsp 122.762-RS ... Rel. Min. Castro Meira	RSSTJ 28/103
REsp 299.834-RJ Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSSTJ 28/106
REsp 533.613-RS ... Rel. Min. Franciulli Netto	RSSTJ 28/113
REsp 598.534-RS ... Rel. Min. Eliana Calmon	RSSTJ 28/117
REsp 639.239-DF... Rel. Min. Luiz Fux	RSSTJ 28/122
REsp 683.668-RS ... Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSSTJ 28/138

SÚMULA N. 334

EREsp 456.650-PR Rel. Min. José Delgado	RSSTJ 28/163
REsp 453.107-PR... Rel. Min. Denise Arruda.....	RSSTJ 28/226
REsp 456.650-PR... Rel. Min. Eliana Calmon	RSSTJ 28/230
REsp 511.390-MG . Rel. Min. Luiz Fux.....	RSSTJ 28/253
REsp 736.607-PR... Rel. Min. Francisco Falcão	RSSTJ 28/308
REsp 745.534-RS ... Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSSTJ 28/313

SÚMULA N. 335

REsp 38.274-SP..... Rel. Min. Edson Vidigal	RSSTJ 28/329
REsp 172.851-SC ... Rel. Min. Fernando Gonçalves.....	RSSTJ 28/332
REsp 265.136-MG . Rel. Min. Vicente Leal.....	RSSTJ 28/334
REsp 276.153-GO.. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.....	RSSTJ 28/337
REsp 575.020-RS ... Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca	RSSTJ 28/345

SÚMULA N. 336

AgRg na	
Pet 4.992-PR..... Rel. Min. Gilson Dipp	RSSTJ 28/353
AgRg no	
Ag 668.207-MG Rel. Min. Laurita Vaz.....	RSSTJ 28/360
REsp 176.185-SP.... Rel. Min. Gilson Dipp	RSSTJ 28/363
REsp 178.630-SP.... Rel. Min. Fernando Gonçalves.....	RSSTJ 28/365
REsp 196.678-SP.... Rel. Min. Edson Vidigal	RSSTJ 28/368
REsp 202.759-SP.... Rel. Min. Felix Fischer	RSSTJ 28/371
REsp 472.742-RJ Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca	RSSTJ 28/374
REsp 602.978-AL... Rel. Min. Jorge Scartezzini	RSSTJ 28/377
RMS 19.274-MT Rel. Min. Paulo Medina	RSSTJ 28/380

SÚMULA N. 337

HC 24.677-RS	Rel. Min. Paulo Medina	RSSTJ 28/389
HC 28.663-SP	Rel. Min. Hamilton Carvalhido	RSSTJ 28/397
HC 32.596-RJ.....	Rel. Min. Laurita Vaz.....	RSSTJ 28/403
HC 36.817-MG.....	Rel. Min. Nilson Naves	RSSTJ 28/406
HC 39.021-DF	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.....	RSSTJ 28/410
REsp 481.943-MS ..	Rel. Min. Hamilton Carvalhido	RSSTJ 28/413

ÍNDICE SISTEMÁTICO

REsp 637.072-PB ... Rel. Min. Laurita Vaz.....	RSSTJ 28/420
REsp 647.228-MG . Rel. Min. Felix Fischer.....	RSSTJ 28/426
REsp 651.587-SP.... Rel. Min. Felix Fischer.....	RSSTJ 28/434
REsp 679.526-CE... Rel. Min. Nilson Naves	RSSTJ 28/439
REsp 686.251-MG . Rel. Min. Felix Fischer.....	RSSTJ 28/441



Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
Ana	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei

DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EI	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar

LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RD	Reconsideração de Despacho
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal

SIGLAS E ABREVIATURAS

S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 01.** Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 1, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989.
- 02.** Revista de Direito Administrativo – editada pela Editora Renovar Ltda. – Portaria n. 2, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 05.09.2007 – DJ 19.09.2007.
- 03.** Revista LTr – Legislação do Trabalho – editada pela LTr Editora Ltda. – Portaria n. 5, de 26.08.1985 – DJ 28.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989 – **Registro alterado** – Portaria n. 5, de 22.11.2011 – DJe de 23.11.2011.
- 04.** Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 6, de 09.09.1985 – DJ 12.09.1985 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.
- 05.** Julgados dos Tribunais Superiores – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. – Portaria n. 7, de 06.11.1987 – DJ 10.11.1987 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001.
- 06.** Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – Portaria n. 1, de 29.11.1989 – DJ 1º.12.1989 – **Registro alterado/retificado** – Portaria n. 3, de 19.06.2002 – DJ de 25.06.2002.
- 07.** Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Portaria n. 1, de 08.02.1990 – DJ 12.02.1990 – **Registro alterado** – Portaria n. 3, de 19.03.2010 – DJe 22.03.2010.
- 08.** Revista Jurídica Mineira – Portaria n. 3, de 02.04.1990 – DJ 04.04.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 13.05.1999 – DJ 04.06.1999.
- 09.** Revista Jurídica – de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda). – Portaria n. 4, de 02.04.1990 – DJ 04.04.1990.
- 10.** Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – Portaria n. 5, de 02.05.1990 – DJ 09.05.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 16.11.2000 – DJ 24.11.2000.
- 11.** Revista de Processo – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 6, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990.
- 12.** Revista de Direito Civil – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 7, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 06.06.2000 – DJ 09.06.2000.

13. Revista dos Tribunais – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 8, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990.
14. Revista de Direito Público – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 9, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 11.06.2001 – DJ 19.06.2001.
15. Revista Ciência Jurídica – editada pela Editora Nova Alvorada Edições Ltda. – Portaria n. 10, de 21.08.1990 – DJ 24.08.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 04.07.2003 – DJ 14.07.2003.
16. Revista Jurisprudência Mineira – editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 12, de 10.09.1990 – DJ 12.09.1990.
17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 13, de 17.12.1990 – DJ 19.12.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 10, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
18. Jurisprudência Catarinense – editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Portaria n. 1, de 22.05.1991 – DJ 27.05.1991.
19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 16.09.1991 – DJ 20.09.1991 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010 – DJe 28.10.2010
20. Lex – Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 1, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 16.11.2000 – DJ 24.11.2000.
22. Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992.
23. Revista de Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda. – Portaria n. 4, de 20.04.1992 – DJ 24.04.1992.
24. Revista Forense – editada pela Editora Forense – Portaria n. 5, de 22.06.1992 – DJ 06.07.1992 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 22.11.2011 – DJe de 23.11.2011.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. – Portaria n. 6, de 06.11.1992 – DJ 10.11.1992 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 04.07.2003 – DJ 14.07.2003.
26. Série – Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda. – Portaria n. 1, de 18.02.1993 – DJ 25.02.1993 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 23.08.2004 – DJ 26.08.2004.

27. Revista Ata – Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 2, de 11.02.1994 – DJ 18.02.1994 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 04.05.1999 – DJ 18.05.1999.
28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – editada pela Livraria do Advogado Ltda. – Portaria n. 3, de 02.03.1994 – DJ 07.03.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 4, de 15.06.1994 – DJ 17.06.1994.
30. Genesis – Revista de Direito do Trabalho – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 5, de 14.09.1994 – DJ 16.09.1994 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista – editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. – Portaria n. 6, de 02.12.1994 – DJ 06.12.1994.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo – Portaria n. 1, de 18.12.1995 – DJ 20.12.1995 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Portaria n. 1, de 11.04.1996 – DJ 22.04.1996 – **Registro cancelado** – Portaria n. 18.06.2010 – DJe 22.06.2010.
34. Lex – Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 29.04.1996 – DJ 02.05.1996 – **Registro cancelado** – Portaria n. 11, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar – editada pela Editora Renovar Ltda. – Portaria n. 3, de 12.08.1996 – DJ 15.08.1996.
36. Revista Dialética de Direito Tributário – editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. – Portaria n. 1, de 16.06.1997 – DJ 23.06.1997.
37. Revista do Ministério Público – Portaria n. 1, de 26.10.1998 – DJ 05.11.1998 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999.
38. Revista Jurídica Consulex – editada pela Editora Consulex Ltda. – Portaria n. 1, de 04.02.1999 – DJ 23.02.1999 – Republicada em 25.02.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001.
39. Genesis – Revista de Direito Processual Civil – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 2, de 12.04.1999 – DJ 15.04.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
40. Jurisprudência Brasileira Criminal – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 6, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.

41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 7, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.
42. Revista de Estudos Tributários – editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 8, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999.
43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. – Portaria n. 10, de 29.06.1999 – DJ 05.07.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 23.08.2004 – DJ 26.08.2004.
44. Revista Interesse Público – editada pela Editora Fórum Ltda. – Portaria n. 1, de 14.03.2000 – DJ 21.03.2000.
45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 2, de 14.03.2000 – DJ 21.03.2000 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010 – DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE Direito de Família – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 29.03.2000 – DJ 03.04.2000 – **Registro retificado** – Portaria n. 2, de 14.09.2009 – DJe 15.09.2009 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010 – DJe 28.10.2010.
47. Revista ADCOAS Previdenciária – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 5, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 6, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 7, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
49. Revista de Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 7, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 9, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 4, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010 – DJe 28.10.2010
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas – editada pela Editora Revista dos Tribunais – Portaria n. 6, de 11.06.2001 – DJ 19.06.2001.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência – editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. – Portaria n. 1, de 08.04.2002 – DJ 02.05.2002 – Republicada em 19.04.2002 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 31.07.2009 – DJe 05.08.2009.

53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Portaria n. 2, de 23.04.2002 – DJ 02.05.2002 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 09.04.2010 – DJe 18.04.2010.
54. Revista Dialética de Direito Processual – editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. – Portaria n. 1, de 30.06.2003 – DJ 07.07.2003.
55. Revista Juris Plenum – editada pela Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 1, de 23.05.2005 – DJ 30.05.2005.
56. Revista Bonijuris – versão impressa – co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) – Portaria n. 2, de 18.10.2005 – DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária – editada pela Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 3, de 16.12.2005 – DJ 08.02.2006 – **Registro cancelado** – Portaria n. 9, de 12.12.2011 – DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 4, de 02.08.2006 – DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM – Jur Magister – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 5, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006.
60. DVD – Magister – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 6, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006.
61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris – editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. – Portaria n. 7, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM – Gazetajuris – editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. – Portaria n. 8, de 02.10.2006 – DJ 04.10.2006 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 12.11.2008 – DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 1, de 1º.02.2008 – DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 2, de 1º.02.2008 – DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 4, de 10.10.2008 – DJe 15.10.2008.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários – editada pela MP Editora Ltda. – Portaria n. 5, de 30.10.2008 – DJe 07.11.2008.

67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 7, de 15.12.2008 – DJe 17.12.2008.

68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) – Portal da Rede Mundial de Computadores – endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ – editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul – Portaria n. 1, de 19.02.2010 – DJe 24.02.2010 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 4, de 19.03.2010 – DJe 22.03.2010.

69. Portal da Rede Mundial de Computadores – “jurisprudência-online” – editada pela Associação dos Advogados de São Paulo – Portaria n. 2, de 19.02.2010 – DJe 24.02.2010.

70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) – Portal da Rede Mundial de Computadores – endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ – editado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região – Portaria n. 5, de 09.04.2010 – DJe 13.04.2010.

71. DVD ROM Datadez – de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editado pela Notadez Informações Ltda) – Portaria n. 7, de 10.09.2010 – DJe 14.09.2010 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 22.11.2011 – DJe 23.11.2011.

72. Portal da Rede Mundial de Computadores – “Plenum On-line” – endereço “www.plenum.com.br” – editado pela Plenum Editora Ltda. – Portaria n. 1, de 31.01.2011 – DJe 02.02.2011.

73. DVD-ROM – Juris Síntese DVD – editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 2, de 31.01.2011 – DJe 02.02.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores – “JURIS SÍNTESE ONLINE” – endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> – produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 29.04.2011 – DJe 03.05.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores – “SINTESENET” – endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> – produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 4, de 29.04.2011 – DJe 03.05.2011.

76. DVD-ROM Juris Plenum Ouro – de responsabilidade da Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 7, de 22.11.2011 – DJe 23.11.2011.

Projeto gráfico

Coordenadoria de Programação Visual - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ