

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 29.09.2006
EMENTÁRIO Nº 2 2 4 9 - 1

30/03/2006

PLENÁRIO

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
ORIGINÁRIO
REVISOR : MIN. EROS GRAU
RELATOR PARA O : MIN. EROS GRAU
ACÓRDÃO
AUTORA : EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL S/A -
ENERSUL
ADVOGADO(A/S) : LUIZ GUSTAVO A.S. BICHARA
RÉ : UNIÃO
ADVOGADA : PFN - MARIA LÚCIA PERRONI

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. INOVAÇÃO NA LIDE. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO MENOS ABRANGENTE DO QUE O DA PETIÇÃO INICIAL. RELAÇÃO DE CONTINÊNCIA E NÃO DE PREJUDICIALIDADE. ENERGIA ELÉTRICA. MERCADORIA. ART. 155, § 2º, "B", DA CB/88; ART. 34, § 9º, DO ADCT. EMPRESA MERCANTIL QUALIFICADA COMO EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. ERRO DE FATO. ART. 485, IX, §§ 1º E 2º, DO CPC. ATRIBUIÇÃO DE OBJETO SOCIAL INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA SOBRE O FATO. FINSOCIAL. INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICADA ÀS EMPRESAS MERCANTIS. ART. 1º, § 1º, DO DECRETO-LEI N. 1.940/82.

1. Não há relação de prejudicialidade, mas de continência, quando a parte, em recurso extraordinário, requer a não incidência de majorações nas alíquotas em processo no qual o pedido, mais abrangente, pretendia a não incidência das exações. Precedente [ED-RE n. 169.148, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ 14.11.1995].

2. A energia elétrica é objeto de comércio; é mercadoria, bem apropriável pelo homem, bem no mercado, inclusive para fins tributários [art. 155, § 2º, "b", da CB/88 e art. 34, § 9º, do ADCT].

3. O erro de fato que autoriza a rescisão do julgado [art. 485, IX, do CPC] deve ser apurável mediante simples exame dos documentos e demais peças acostadas aos autos. Não se admite produção de prova tendente a demonstrar a inexistência do fato admitido pelo juiz ou a ocorrência de fato considerado inexistente.

4. O preceito do § 2º do art. 485 do CPC exige, para a rescisão do julgado, apenas a existência de fato incontroverso sobre o qual a sentença pronunciou-se.



5. O acórdão rescindendo atribuiu à autora objeto social inexistente. O fato --- ser ela uma empresa exclusivamente prestadora de serviços --- não foi objeto de controvérsia. A simples leitura dos seus estatutos, por sua vez, permite a verificação do erro de fato de que trata o art. 485, IX, do CPC.

6. Ação rescisória julgada procedente para desconstituir o acórdão rescindendo e determinar a incidência da alíquota da contribuição para o FINSOCIAL aplicável às empresas mercantis [art. 1º, § 1º, do decreto-lei n. 1.940/82]. Precedente [RE n. 150.764, Relator para o acórdão o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 02.04.1993].

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, julgar procedente a ação.

Brasília, 30 de março de 2006.


EROS GRAU

-

RELATOR
PARA O ACÓRDÃO

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
REVISOR : MIN. EROS GRAU
AUTORA : EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO
SUL S/A - ENERSUL
ADVOGADO(A/S) : LUIZ GUSTAVO A.S. BICHARA
RÉ : UNIÃO
ADVOGADA : PFN - MARIA LÚCIA PERRONI

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Trata-se de ação rescisória ajuizada por ENERSUL-EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL S.A. (arts. 485, IX, e 798 do Código de Processo Civil) visando à desconstituição do acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte no julgamento do RE 232.422 (rel. min. Carlos Velloso).

A ementa da decisão rescindenda tem o seguinte teor:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO.

I - Constitucionalidade do art. 7º da Lei 7,787, de 30.06.89, do art. 1º da Lei 7,894, de 24.11.89 e do art. 1º da Lei 8.147, de 28.12.90, relativamente às empresas prestadoras de serviço.

II - Precedente do STF: RE 187.436-RS, Marco Aurélio, Plenário, 25.06.97. Vencidos: Maurício Corrêa, Carlos Velloso e Néri da Silveira.

III - R.E. conhecido e provido."

No acórdão de que se interpôs o recurso extraordinário, o Tribunal de origem se referira à então apelada como "empresa exclusivamente dedicada à prestação de serviços"

(fls. 164). Lê-se, com efeito, no acórdão, que, "sob pena de se estabelecer, de novo, uma situação anti-isonômica, agora em detrimento das prestadoras de serviço [...], impõe-se interpretar como subsistente a alíquota de 0,5% para estas previstas no art. 28 da Lei nº 7.738/89, delas afastando a aplicação das referidas majorações [...]" (fls. 170).

Ao longo de toda a fundamentação da decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, tal qualificação da autora permaneceu imutável.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal rejeitou embargos de declaração então interpostos pela autora. Nos termos do voto do relator, ministro Carlos Velloso:

"A embargante não pode ignorar que a versão fática do acórdão recorrido é imodificável em sede de recurso extraordinário.

No relatório do acórdão afirma-se que se tem, no caso, empresa prestadora de serviço (fl. 115). Assim também no voto e na ementa do citado acórdão recorrido (fls. 116/122).

Cumpria à ora embargante, se não é empresa prestadora de serviço, mas como tal fora tratada, no acórdão recorrido, ter apresentado, a tempo e modo, embargos de declaração.

Assim, entretanto, não o fez."

A autora afirma que a decisão no RE 232.422 incide em erro de fato, consistente na classificação da empresa como prestadora de serviço, e refuta a alegação de que perdera a oportunidade de, mediante embargos de declaração, proceder à

correção da errônea classificação da atividade econômica, feita pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Argumenta que não cabiam os embargos, "posto que o Acórdão proferido pela aquela [sic] Corte não continha obscuridade, contradição ou omissão" (fls. 11).

Procurando explicitar o alegado erro de fato, a autora afirma que o conceito jurídico de energia elétrica, objeto das respectivas transações, deve ser classificado como **mercadoria** (art. 155, II e § 2º, X, b, da Constituição federal; art. 34, § 9º, do ADCT; art. 15, § 3º, do Código Penal; arts. 10, 12 e 26 da Lei 9.648/1998).

Por fim, sustenta-se que "**não houve pronunciamento judicial sobre o fato** (de ser ou não a Empresa Autora prestadora de serviços) cujo erro - de consideração - ora se aponta, restando, destarte, fartamente atendido o § 2º do inciso IX do art. 485 Processual [sic]" (fls. 447 - grifos originais).

Citada (fls. 351), a ré contestou integralmente a pretensão da autora (fls. 359-386), alegando: carência do direito de ação, porquanto o pedido nessa ação rescisória é diverso do pedido formulado no processo de conhecimento; existência de pronunciamento expresso acerca da classificação jurídica do contribuinte pelos tribunais de origem (aplicável a Súmula 279) e, por fim, a impossibilidade de classificação das

atividades econômicas desempenhadas pela autora como operações de circulação de mercadorias.

São mencionados os seguintes precedentes: RE 170.385-AgR (rel. min. Celso de Mello, DJ 23.06.1995), RE 168.299-ED (rel. min. Ilmar Galvão, DJ 07.12.1995) e RE 165.091-ED (rel. min. Moreira Alves, DJ 05.09.1997).

Indeferido requerimento para antecipação de tutela (fls. 388-389).

Sem produção de novas provas (fls. 401-402).

Razões finais apresentadas por ambas as partes: da ré a fls. 464, reiterando tanto quanto posto em contestação, e da autora a fls. 432-452.

Opina o procurador-geral da República pela improcedência do pedido, em razão da impossibilidade de reexame do conjunto probatório (fls. 467-473).

É o relatório, que deverá ser oportunamente encaminhado ao revisor (RISTF, art. 262).

Distribuem-se, oportunamente, cópias aos demais ministros.



30/03/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SULV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): De início, observo que o fundamento legal articulado na rescisória limita-se à alegação de erro de fato na decisão rescindenda (CPC, art. 485, IX), entendido pela autora como a atribuição supostamente equivocada de qualificação jurídica às atividades econômicas por ela desempenhadas.

Afasto a preliminar de carência de ação invocada pela ré, porquanto o pedido da autora - o reconhecimento apenas da inconstitucionalidade dos aumentos de alíquota do Finsocial - está abrangido pelo pedido de reconhecimento do direito à insubmissão total ao pagamento do tributo, independentemente de o objeto social da empresa indicar a prestação de serviços, a comercialização de bens ou atividade financeira, apreciado por ocasião do julgamento da questão na instância de origem e na instância recursal.

Portanto, não há risco de que eventual decisão rescisória do julgado exceda o pedido formulado pela autora e apreciado pelas instâncias originárias, se acolhida a pretensão

tão-somente para o reconhecimento da inconstitucionalidade dos aumentos de alíquota do Finsocial (cf. RE 147.930-ED, rel. min. Sydney Sanches, Primeira Turma, *DJ* de 11.06.1996; RE 181.327-ED, rel. min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, *DJ* de 17.09.1996, e RE 173.773-ED, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 10.09.1996, v.g.).

Por outro lado, observo que a própria autora instaurou controvérsia acerca da classificação jurídica que lhe fora atribuída pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao sustentar seu enquadramento como empresa comercial por ocasião do oferecimento das contra-razões ao recurso extraordinário (fls. 230).

A controvérsia quanto à categoria das atividades econômicas desempenhadas pela autora foi também expressamente abordada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 164-168), na medida em que constituiu critério fundamental para a aplicação, por isonomia, da orientação firmada por esta Corte por ocasião do julgamento do RE 150.764 (rel. para o acórdão min. Marco Aurélio, Pleno, *DJ* de 02.04.1993).

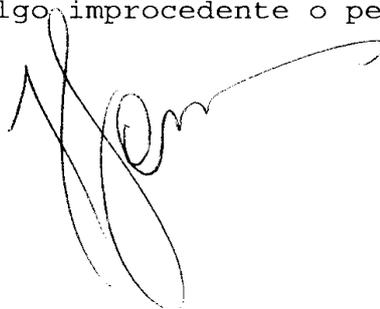
Dessa forma, a presença de controvérsia quanto ao elemento que revelaria o alegado erro de fato imputado à decisão rescindenda bem como a expressa manifestação dos órgãos jurisdicionais sobre o tema impedem a desconsideração do acórdão, nos termos do art. 485, IX, § 2º, do Código de Processo Civil.

A situação versada nos autos difere daquela apreciada por ocasião do julgamento da AR 1.713 (rel. min. Ellen Gracie, DJ de 19.12.2003). Naquela oportunidade, o Pleno desconstituiu decisão em que a Segunda Turma considerara pessoa jurídica dedicada à realização de operações financeiras (seguros) inserida na classe de prestadores de serviço, quando a própria legislação de regência do Finsocial apresentava como terceira distinção a atividade econômica das empresas financeiras (cf. Decreto-Lei 1.940/1982, art. 1º, § 1º).

A AR 1.713 fundava-se no art. 485, V, do Código de Processo Civil, por ofensa ao art. 56 do ADCT e ao próprio Decreto-Lei 1.940/1982, ao passo que a ação ora em exame tem por fundamento o art. 485, IX, do Código de Processo Civil, em relação ao qual são aplicáveis as restrições previstas no respectivo § 2º (ausência de controvérsia ou pronunciamento judicial sobre a matéria).

Do exposto, julgo improcedente o pedido.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the name 'M. M. M.', written in a cursive style.

30/03/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SULV O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Revisor): Trata-se de ação rescisória ajuizada pela Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A - ENERSUL, para desconstituir acórdão prolatado no julgamento dos embargos de declaração no RE n 232.422, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 30.4.1999.

2. A autora alega que o acórdão rescindendo incorreu em erro de fato [art. 485, IX, do CPC] ao qualificá-la como empresa exclusivamente prestadora de serviços, condenando-a a contribuir para o FINSOCIAL com base na alíquota aplicada a esse tipo de sociedade empresária, mais as respectivas majorações, declaradas constitucionais por esta Corte no julgamento do RE n. 187.436, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 25.6.1997.

3. A União, em contestação [fls. 359/386], alega, preliminarmente, a carência de ação por impossibilidade jurídica do objeto [artigo 267, VI, do CPC]. Afirma que a ora autora, quando ajuizou o mandado de segurança que deu origem ao acórdão rescindendo, pretendeu eximir-se do recolhimento da contribuição para o FINSOCIAL. Não havia pedido subsidiário ou alternativo quanto às majorações das alíquotas, de modo que a ação rescisória não poderia portar pedido inexistente na causa principal.

4. No mérito, questiona o objeto social da autora --- se empresa comercial ou exclusivamente prestadora de serviços --- atacando as alegações apresentadas na inicial.



5. O Procurador-Geral da República, em parecer [fls. 467/473], corrobora as alegações da ré e opina pela improcedência do pedido. Lançado o relatório pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA, vieram-me os autos conclusos para revisão.

6. A preliminar suscitada pela União não prospera. Consoante destacou a autora em sua réplica [fls. 432/452], a jurisprudência desta Corte entende inexistir inovação na lide no fato de a parte, em recurso extraordinário, requerer a não incidência de majorações nas alíquotas para o FINSOCIAL em processo no qual o pedido, mais abrangente, pretendia a não incidência da exação. Não há relação de prejudicialidade entre um e outro, mas sim de continência, de sorte que a impossibilidade da concessão do pedido mais abrangente não impede a do segundo, menos extenso. Nesse sentido o RE n. 169.148-ED, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 14.11.1995.

7. Passo à análise do mérito da demanda.

8. O Tribunal, no julgamento da AR n. 1.713, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, DJ de 19.12.2003, apreciou caso semelhante ao dos presentes autos. Naquela oportunidade, o Tribunal, reconhecendo a existência de violação a literal disposição de lei, julgou procedente o pedido para rescindir decisão que, sem desconhecer a condição de **seguradora** da empresa, determinou a incidência das majorações da alíquota do FINSOCIAL aplicáveis às empresas exclusivamente prestadoras de serviço. Cito a ementa do precedente:

“AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V DO CPC. FINSOCIAL. SOCIEDADE SEGURADORA. MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS NO JULGAMENTO DO RE Nº 150.764. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE, SEM DESCONHECER A CONDIÇÃO DE SEGURADORA DA EMPRESA AUTORA, MANTEVE AS REFERIDAS MAJORAÇÕES COM BASE EM PRECEDENTE APLICÁVEL ÀS EMPRESAS EXCLUSIVAMENTE PRESTADORAS DE SERVIÇO. ART. 56 DO ADCT. VIOLAÇÃO.

Preliminar de carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, afastada, diante dos precedentes de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal que, ao analisar os limites em que foram propostas as lides referentes à cobrança do FINSOCIAL, bem como a aplicação por esta Corte, em sede de recurso extraordinário, de sua jurisprudência firmada sobre o tema, concluíram tratar-se apenas de uma concessão parcial, a menor, das pretensões formuladas pelas empresas autoras. Precedentes: RE 147.930-ED, SYDNEY SANCHES, 1ª Turma, julg. 11.06.96 e RE 173.773-ED, MAURÍCIO CORRÊA, 2ª Turma, julg. 10.09.96.

Este Supremo Tribunal, ao julgar o RE nº 150.764, Red. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 9º da Lei nº 7.689/88 concluindo pela invalidade das normas posteriores que elevaram as alíquotas do FINSOCIAL cobrado das empresas referidas no § 1º do art. 1º do Decreto-lei 1.940/82, ou seja, as vendedoras de mercadorias, instituições financeiras e as sociedades seguradoras.

Decisão rescindenda que destoia da orientação firmada neste precedente, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada neste mesmo julgado”.

9. Naquele julgamento, embora o Tribunal de origem houvesse qualificado a empresa como prestadora de serviços, não foi desconhecida a sua condição de seguradora. O decreto-lei n. 1.940/82 distinguiu, quanto às alíquotas da contribuição para o FINSOCIAL, empresas mercantis, instituições financeiras e sociedades seguradoras --- de um lado [art. 1º, § 1º] --- e empresas prestadoras de serviços --- de outro [art. 1º, § 2º]. A mesma empresa não poderia ser qualificada, a um tempo só, como seguradora e prestadora de serviços, segundo a legislação do FINSOCIAL.

10. Não se desconheceu, no caso dos autos, desde a impetração do mandado de segurança que deu origem ao acórdão rescindendo, o objeto social da autora. O art. 2º de seu contrato social estabelece que “[a] Sociedade tem por objeto social: pesquisa, estudos, planejamento, construção e exploração da produção, transformação,

transporte, armazenamento, distribuição e **comércio de energia**, em qualquer das suas formas, de combustíveis e de outras matérias-primas energéticas" [fl. 34. Grifou-se].

11. A energia elétrica é objeto de comércio. Recorro a JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA¹. A eletricidade "é coisa imaterial, imponderável, visto ser o efeito da combinação de meios mecânicos". Não obstante, em razão da necessidade de regularmos este produto, impalpável mas sensível, e de protegê-lo como *valor* real em suas aplicações e manifestações concretas, somos forçados a reconhecer a eletricidade como *coisa*. Trata-se de uma mercadoria, bem apropriável pelo homem, bem no mercado. Assim a tomam, como mercadoria, a doutrina e o direito positivo. O art. 1º, § 1º, do decreto-lei n. 1.940/82, que instituiu a contribuição para o FINSOCIAL, estabelece, para as empresas distribuidoras de energia elétrica, tratamento tributário idêntico àquele dispensado às empresas mercantis. O § 4º permite excluir o valor do Imposto Único sobre Energia Elétrica - IUEE da base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL:

"§ 4º Não integra as rendas e receitas de que trata o § 1º deste artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, conforme o caso, o valor: [Incluído pelo Decreto Lei nº 2.397, de 1987]
a) do Imposto sobre Produtos Industrializados [IPI], do Imposto sobre Transportes [IST], do Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos [IULCLG], do Imposto Único sobre Minerais [IUM], e do **Imposto Único sobre Energia Elétrica [IUEE]**, quando destacados em separado no documento fiscal pelos respectivos contribuintes; [Incluída pelo Decreto Lei nº 2.397, de 1987]"

12. A remissão ao § 1º contida no preceito deixa claro que o legislador conferiu às empresas de energia elétrica --- e este é o

¹ *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 6ª ed., volume V, parte I, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1.959, pág. 9.

caso da autora --- o mesmo tratamento tributário dispensado às empresas mercantis, instituições financeiras e sociedades seguradoras.

13. A afirmação de que a energia elétrica é mercadoria, também para fins tributários, encontra respaldo na Constituição de 1988. O art. 155, § 2º, "b" determina que o ICMS incida nas operações relativas à circulação de energia elétrica, ressalvadas as operações em que o destinatário esteja localizado em outro Estado-membro. Os únicos serviços tributados pelo imposto são os de comunicação e o de transporte interestadual e intermunicipal. Qualquer outra operação tributada pelo ICMS enquadra-se no conceito de "circulação de mercadoria".

14. Nesse sentido, o artigo 34, § 9º, do ADCT/88:

"§ 9º - Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação" [Grifou-se].

15. Vê-se para logo que o legislador conferiu às empresas distribuidoras de energia elétrica o mesmo tratamento tributário dispensado às empresas mercantis.

16. Não há falar, de outra banda, na aplicação do disposto no artigo 28, IV, do decreto n. 92.698/86. O preceito é claro ao determinar que as concessionárias de energia elétrica deveriam

contribuir com base no imposto de renda devido, desde que não vendessem mercadorias:

"Art. 28. Contribuirão ainda com base no imposto de renda devido, ou como se devido fosse, desde que não vendam mercadorias, entre outras:

[...]

IV - as concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, de telecomunicações, de saneamento básico (serviços de água e esgoto sanitário), com ou sem subvenção para custeio;" [grifou-se]

17. A autora, que tem por objeto social a distribuição e comércio de energia elétrica, foi equivocadamente tida pelo acórdão rescindendo como empresa exclusivamente prestadora de serviços. Explicitada esta premissa, resta deitarmos atenção aos requisitos do artigo 485, IX, e §§ 1º e 2º do CPC.

18. Dispõe o artigo 485:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

19. O Ministro SYDNEY SANCHES observa, em exaustivo artigo doutrinário, que o erro de fato deve ser apurável mediante "o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo [...] a produção de quaisquer provas tendentes a

demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente”².

20. Esse requisito encontra-se perfeitamente atendido na presente ação. Basta o cotejo entre o contrato social e a legislação pertinente para que seja obtida a conclusão de que a autora não é empresa exclusivamente prestadora de serviços, eis que se dedica à compra e venda de energia elétrica. Não é necessária qualquer dilação probatória para essa conclusão seja alcançada.

21. O segundo requisito [§ 2º do art. 485] exige a inexistência de controvérsia e pronunciamento judicial sobre o fato. Esse preceito, sobretudo em sua última parte, é criticado pela doutrina. Em que condições a sentença poderia ter como inexistente um fato efetivamente ocorrido [§ 1º] sem que houvesse pronunciamento judicial sobre o fato?

22. O Ministro SYDNEY SANCHES, com esteio em lições de BARBOSA MOREIRA, LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE, LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL e CARLOS ALBERTO ORTIZ, afirma não existirem, no § 2º do art. 485, dois requisitos [inexistência de controvérsia e inexistência de pronunciamento judicial], mas apenas um: fato incontroverso sobre o qual a sentença se pronunciou:

“[...] se não houve controvérsia e, apesar disso, o juiz afirmou a existência de um fato inocorrido ou a inocorrência de um fato acontecido, na verdade não apreciou questão de fato suscitada pelas partes.

E se errou e se esse erro influi decisivamente na sentença, e se pode ser constatado ‘prima facie’, pelo simples exame dos autos em que proferida, pode ela ser rescindida, com base no n. IX do art. 485” [ob. cit., p. 30].

² “Da ação rescisória por erro de fato”, in RT 501/15.

23. Assim, o que importa é a **inexistência de controvérsia judicial sobre o fato**. A Segunda Turma desta Corte, no caso dos autos, julgou procedente recurso extraordinário para reformar acórdão proferido pelo TRF da 3ª Região.

24. Essa decisão, embora tenha classificado a autora como prestadora de serviços, negou provimento à remessa necessária por considerar incidente a alíquota de 0,5%, seja para prestadoras de serviço, seja para empresas mercantis, sob pena de estabelecer-se situação "anti-isonômica, agora apenas em detrimento das prestadoras de serviços" [fl. 167 e 170].

25. A autora não recorreu da decisão. E nem poderia fazê-lo, pois não havia interesse a justificar o recurso. O acórdão prolatado pelo TRF da 3ª Região negou provimento à remessa necessária [fls. 164/171]. Pouco importava a classificação da empresa como prestadora de serviços ou vendedora de mercadorias --- o tratamento tributário deveria ser idêntico. O art. 499 do CPC estabelece que o recurso "pode ser interposto **pela parte vencida**, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público" [grifou-se]. BARBOSA MOREIRA, comentando o preceito, afirma:

"[...] não legitima a interposição de recurso a simples discrepância entre as razões de decidir e os argumentos invocados pela parte; ou, em outras palavras, que **só se admite recurso contra o dispositivo, e não contra a motivação**. Quer isso dizer que, se se trata de matéria sobre a qual houve debate, é irrelevante, para o fim aqui considerado, que o juiz se tenha apoiado, total ou parcialmente, em argumentos diversos daqueles sugeridos pelo litigante a cujo favor, no entanto, decidiu: ainda na hipótese de que ele explicitamente rejeitasse *todos* esses argumentos, **a existência ou a inexistência do interesse em recorrer teria de verificar-se à luz da mera conclusão, e não do raciocínio armado para produzi-la**. Ressalvem-se os casos, aliás excepcionais, em que a própria lei atribui importância prática à motivação, como acontece no tocante

à sentença de improcedência na ação popular, cuja força, consoante se recordou há pouco, varia de acordo com o fundamento do *decisum*³.

26. Se o dispositivo do acórdão era favorável à autora e a fundamentação conduzia ao mesmo resultado, independentemente do objeto social da empresa, evidentemente inexistia interesse recursal.

27. A União, por seu turno, interpôs recurso extraordinário, alegando que as majorações da alíquota eram devidas pelas empresas prestadoras de serviço. O Tribunal, partindo do equivocadamente pressuposto de que a autora somente prestava serviços e aplicando o entendimento firmado no RE n. 187.436, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 31.10.1997, deu provimento ao recurso.

28. A autora opôs embargos de declaração, questionando o equívoco quanto ao seu objeto social. Os embargos foram rejeitados sob o fundamento de que "a versão fática do acórdão recorrido é imodificável em sede de recurso extraordinário" [fl. 276]. O acórdão entendeu que cumpria à embargante, "se não é empresa prestadora de serviço, mas como tal fora tratada no acórdão recorrido", ter apresentado embargos de declaração perante o tribunal de origem. A conclusão dos embargos conduz a uma perplexidade: por que a autora deveria recorrer, se era vencedora?

29. O acórdão prolatado pelo TRF da 3ª Região, sem que houvesse controvérsia sobre o assunto, qualificou a autora equivocadamente como empresa exclusivamente prestadora de serviços. A autora não recorreu. A União, explorando a qualificação atribuída na fundamentação do acórdão à autora, interpõe recurso

³ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Forense, Rio de Janeiro, 2.005, págs. 301-302. Grifou-se em negrito. Itálicos no original.

extraordinário, ao qual o Tribunal dá provimento. A autora, por meio de embargos declaratórios, busca estabelecer a controvérsia sobre a sua qualificação jurídica, mas a Corte os rejeita, afirmando que o tema teria sido definitivamente assentado pelo Tribunal *a quo*.

30. O acórdão rescindendo atribuiu à autora objeto social inexistente. O fato --- ser ela uma empresa exclusivamente prestadora de serviços --- não foi objeto de controvérsia. Restou, assim, plenamente caracterizado o erro de fato, nos termos do disposto no art. 485, IX e §§ 1º e 2º do CPC.

Julgo procedente o pedido para desconstituir o acórdão rescindendo e determinar, no que tange à autora, a incidência da alíquota da contribuição para o FINSOCIAL aplicável às empresas mercantis, prevista no art. 1º, § 1º, do decreto-lei n. 1.940/82, nos termos do RE n. 150.764, Relator para o acórdão o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 02.04.1993, que declarou inconstitucionais as majorações instituídas pelas Leis ns. 7.689/88, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90.

Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da causa, devidamente atualizado.

Autorizo o levantamento do depósito judicial efetivado pela autora.



30/03/2006

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SULV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: - Sra. Presidente, ouvi atentamente os votos dos eminentes Ministros Relator e Revisor. Na minha modesta prática de Magistrado, tenho entendido que a ação rescisória tem limites muito estreitos, angustos. A discussão, na rescisória, é balizada por um rol de elementos taxativos inscritos no Código de Processo Civil.

No caso, ousou divergir do nobre Ministro-Revisor, porque se trata de uma ação fundada no artigo 485, inciso IX, do CPC, em que se alega ter havido erro de fato. Esse dispositivo da lei processual, **data venia**, não permite o reexame ou a revalorização da prova, ou que se rediscuta justiça ou injustiça da decisão rescindenda.

Pretende-se, na espécie, reabrir a discussão sobre a natureza jurídica da empresa - se prestadora de serviço ou comercial. Ademais, verifico que o art. 485, inciso IX, parágrafo

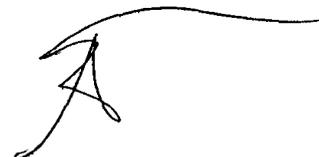


II, do CPC, exige que, para ser reconhecido o erro de fato, não tenha havido controvérsia ou apreciação judicial sobre o fato.

Tenho, para mim — até do extenso e brilhante voto do eminente Ministro-Revisor, e louvo, realmente, o cuidado que Sua Excelência teve na análise dessa questão —, que a matéria foi discutida nas instâncias inferiores.

Não quero, aqui, entrar no mérito das alegações porque até posso vir a julgar esta questão, futuramente, em alguma ação particular que vier a ser submetida à Turma. Mas entendo que a ação, **data venia**, é improcedente.

Acompanho, portanto, o voto do eminente Ministro-Relator.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'A' with a long horizontal stroke extending to the right.

30/03/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SUL

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Também acompanho o voto dos Ministros Relator e Lewandowski, pedindo vênia ao eminente Ministro Eros Grau.

Mesmo que venha a considerar a energia elétrica no seu processo de distribuição e venda como um produto, ou uma mercadoria, entendo que há óbices formais, intransponíveis.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência me permite? Apenas ressalto um aspecto - e lembrávamos isso, eu e o ministro Sepúlveda Pertence, que alertava sob esse ângulo. Houve uma época em que os tribunais, em geral, concluíam pela inconstitucionalidade da majoração, sem distinguir a natureza da empresa. Nesse caso concreto, o Tribunal, ao julgar o conflito de interesses, proclamou a inconstitucionalidade. A União interpôs recurso que foi, então, apreciado pela Turma. Quando instada a emitir entendimento sobre a atividade que a recorrida, embargante, desenvolvia, simplesmente se recusou a fazê-lo.

Quer dizer, a situação, a meu ver, é de erro de fato.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Quedou silente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim. Porque se deu de barato que seria prestadora de serviço e não vendedora de mercadoria, como é a energia.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - E veja Vossa Excelência que não se trata de revisar matéria de fato, nem de prova. A própria denominação da autora já nos diz qual a natureza das atividades que exerce. Não há nenhuma necessidade de revolver prova.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Compreendo que é difícil a configuração do erro de fato.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - O requisito do erro de fato para ação rescisória, evidentemente, não pode ser duplo - aliás, o eminente revisor fez correta referência à síntese do Ministro Sydney Sanches sobre a matéria -, porque o parágrafo 1º prevê que é preciso que o Tribunal se tenha pronunciado sobre se existiu, ou não, o fato - é óbvio. Se o Tribunal não se manifesta sobre a existência ou inexistência do fato, não há juízo. Daí, é necessário que tenha havido pronunciamento judicial. O que não pode ter havido, isto sim, é controvérsia resolvida por esse juízo. Foi exatamente o que aconteceu aí: não se estabeleceu controvérsia a

respeito do fato, porque este era irrelevante para decisão da causa; o tribunal local fez afirmação sobre a existência do fato quando não havia controvérsia e, se esta existisse, seria, àquela altura, irrelevante.

Portanto, no caso, admitiu-se como verdadeiro um fato que não é verdadeiro, o que determinou depois, por conta do reconhecimento da inconstitucionalidade, esse tratamento não isonômico. É caso típico de erro de fato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Isso sem cogitar do argumento metajurídico. No âmbito de empresas vendedoras de energia, mercado limitado, ela será a única a satisfazer o Tribunal na forma imposta.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - A única a responder com uma alíquota diferenciada.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ele vai viver numa ilha fiscal - o artigo foi muito próprio para a expressão do advogado da parte.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Agora pergunto aos eminentes ministros que me interpelaram: trata-se mesmo de erro de fato?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Típico erro de fato. Aliás, o revisor alertou bem: ela não tinha nenhum interesse em recorrer de decisão que lhe era favorável. Por que interpor recurso para provar que não era prestadora de serviço, se ganhou a causa?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Quando da decisão de segundo grau, era irrelevante também na jurisprudência do Supremo. É um caso muito curioso.

Neste acórdão, no "leading case" de que foi Relator o Ministro Marco Aurélio - RE 150764 - literalmente, a declaração de inconstitucionalidade foi total quanto às majorações de alíquotas, cuidasse-se de empresas vendedoras de mercadorias ou mistas ou de empresas exclusivamente prestadoras de serviços.

A relevância surge quando, no julgamento de um outro caso - RE 187436 - o Tribunal retificou a sua declaração de inconstitucionalidade - aliás, já objeto de suspensão das normas pelo Senado Federal, nos termos em que fora proferida -, assentando que a declaração fora além dos fundamentos do acórdão e que a inconstitucionalidade só dizia respeito às empresas vendedoras de mercadorias. A partir daí, tornou-se relevante a distinção. Vem então o recurso extraordinário da União com uma premissa de fato: trata-se de uma empresa prestadora de serviço, o que, até então, era inteiramente irrelevante; e a Segunda Turma, sem discutir - a caracterização da empresa, julgou que - tratando-se de empresa prestadora de serviço - não são inconstitucionais as majorações de alíquotas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E mais: tratava-se de uma instância onde não poderia haver controvérsia sobre o suposto de fato. Por isso ainda não houve controvérsia.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Vamos chamar de perplexidade, é simples - se fosse simples, não me levaria à controvérsia. Então, corrijo-me.

É o seguinte: a controvérsia sobre a natureza jurídica da empresa, se se tratava ou se se trata de uma prestadora de serviço ou de uma vendedora de mercadoria ou produto, é uma questão de fato ou de direito?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É uma questão de fato. Surgiu nos embargos declaratórios, e, segundo a Turma, estes deveriam ter sido protocolados no Tribunal Regional Federal.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Se se remete para o objeto social da empresa, não há dúvida de que é uma questão de fato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E não houve o deslinde.



O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - *Data venia*, também manifesto a minha perplexidade no sentido do que revelado pelo eminente Ministro Carlos Britto.

No caso, não estamos diante de uma questão de fato, mas claramente jurídica, a meu ver. Temos de interpretar a natureza jurídica à luz, enfim, da atividade que a empresa pratica.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não se trata de qualificar. Isso é um juízo posterior. Primeiro, temos de examinar qual é a atividade para depois, examinar a qualificação.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Qual a consequência jurídica da atividade?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - No caso, é uma concessionária; a sua atividade é típica, é fornecimento de energia.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, mas de qualquer maneira é preciso examinar a atividade, o que é a questão de fato.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A matéria é tão controvertida que não há consenso na jurisprudência com relação à atividade dessas empresas.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Ministro, há consenso, e o Tribunal já julgou à unanimidade ação idêntica, AR 1.713, da minha relatoria; absolutamente idêntica e unânime a decisão.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Se Vossas Excelências estão pacificados quanto à natureza de direito, à natureza jurídica da controvérsia, na origem, do acórdão rescindendo, vou refundir o meu voto, pedindo vênias ao Ministro Joaquim Barbosa e ao Ministro Lewandowski, acompanhar a divergência.



30/03/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SUL
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sra. Presidente, se Vossas Excelências estão pacificados quanto à natureza de direito, à natureza jurídica da controvérsia, na origem, do acórdão rescindendo, vou refundir o meu voto, pedindo vênia ao Ministro Joaquim Barbosa e ao Ministro Lewandowski, para acompanhar a divergência.



.....

30/03/2006

TRIBUNAL PLENO

ACÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Sr^a. Presidente, o meu voto, na intervenção que já fiz, com as escusas dos eminentes Ministros, deixa claro que reconheço um erro típico de fato.

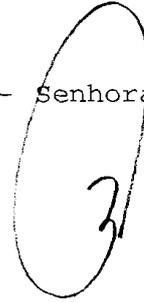
Acompanho, com a devida vênia do Relator e do Ministro Ricardo Lewandowski, o Revisor. 

30/03/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente,
acompanho o revisor pelas razões já lançadas.



30/03/2006

TRIBUNAL PLENO

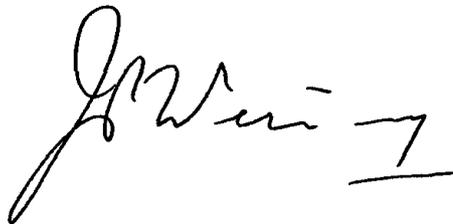
AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SULV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sra. Presidente, como deixei claro em aparte, durante a discussão da causa, também entendo ter ocorrido erro de fato quanto à natureza da atividade da empresa, que é tanto mais indubitosa quando se trata de uma concessionária, e, portanto, com objeto certo.

E não incide, no caso, o óbice do § 2º do art. 485 do Código de Processo Civil, conforme, a meu ver, demonstrou, com precisão, sem saltos nem sobressaltos, o voto do eminente Ministro-Revisor.

Com as vênias do ilustre Relator, julgo procedente a ação.

Nc.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1**

PROCED.: MATO GROSSO DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. JOAQUIM BARBOSA

REVISOR : MIN. EROS GRAU

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. EROS GRAU

AUTORA: EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL S/A - ENERSUL

ADV.(A/S): LUIZ GUSTAVO A.S. BICHARA

RÉ: UNIÃO

ADVDA.: PFN - MARIA LÚCIA PERRONI

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Ricardo Lewandowski, julgou procedente a ação, nos termos do voto do Senhor Ministro Eros Grau (Revisor), que lavrará o acórdão. Votou a Presidente. Impedido o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou pela autora o Dr. Luiz Gustavo Bichara. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Plenário, 30.03.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu
Secretário