— O fornecimento de mercadorias, com prestação de serviços não especificados na lista, fica sujeito ao I.C.M.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recorrente: Usina Itaiquara de Açúcar e Álcool S.A. Recorrido: Estado de São Paulo Recurso Extraordinário nº 76 948 — SP (Segunda Turma) — Relator: O Sr. Ministro CORDEIRO GUERRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e notas taquigráficas, à unanimidade, não conhecer do recurso.

Brasília, 8 de novembro de 1974. *Antonio Neder*, Presidente. *Cordeiro Guerra*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Este é o V acórdão recorrido: (fls. 95-97).

"Acordam, em sessão da Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Cível, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

A Usina Itaiquara de Açúcar e Álcool S.A. foi aqui executada por ICM, multa, acréscimo de 20% e taxa postal, com base em auto de infração que consignou não haver ela recolhido o ICM devido sobre o frete debitado aos destinatários de açúcar que vendera e transportara em veículos de sua propriedade, no período de 1.1.67 a 30.4.68.

Tendo a sentença julgado procedente o executivo, impondo à vencida as verbas pedidas e mais correção monetária, agravou a executada.

Pretende, de início, ocorra julgamento *ultra petita* visto não pleiteada a correção monetária; sobre o mais, indevida. No mérito, reitera sua defesa, baseada em que:

a) atuava, no caso, como transportadora, submetendo-se apenas ao imposto federal sobre transportes; que se escapasse de ser federal, seria apenas municipal, segundo nosso sistema tributário;

b) caber, no caso, a relevação da multa, por inocorrente má-fé.

Nega-se provimento ao recurso.

A correção monetária alcança também os débitos fiscais exigidos através de autos de infração anteriores a 1.7.69, apenas assegurada a só incidência dos índices posteriores a essa data. Com o que se afasta a idéia de retroatividade, sendo tão-somente apanhada a situação jurídica no curso de sua existência.

E por se tratar de norma legal de ordem pública e imperativa, desnecessário pedido expresso.

No mérito, inoperantes as duas ordens de defesa apresentadas pela agravante.

Não é simples materialidade da realização do transporte que faz, do transportador, o contribuinte do imposto particular sobre essa atividade, de competência da União. Indispensável, para tanto, que esses atos correspondam, precisamente, com caráter autônomo, à específica atividade econômica do transportador.

No caso dos autos, a agravante tem definida — sem contestação — sua atividade empresarial como fábrica de açúcar e álcool; isso tanto no plano do contrato quanto fiscal, dado que não inscrita como transportadora. Não é, claramente, empresa dessa ordem, embora ao fazer chegar sua produção aos adquirentes o faça com sua frota, cobrando o acréscimo correspondente ao serviço.

Nítido, nesse quadro, que o adicional exprime apenas um acessório do preço do produto resultante da atividade fundamental da embargante.

Esclarece Aliomar Baleeiro, ao cuidar do imposto sobre transportes, que o fato gerador pressupõe prestação de serviços a terceiro como negócio ou profissão (*Direito Tributário Brasileiro*, 2ª ed., p. 251). E como dito, seguramente o transporte não representa o negócio a que se dedica a agravante, a qual apenas complementa, com elementos materiais seus, a efetividade de uma venda com entrega no destino, referida a um preço global; operação que, embora complexa no plano econômico, não deixa de ser una, tanto quanto ao ângulo jurídico. Prova-o a circunstância de que — segundo afirma o fisco sem recusa da agravante — a contabilização da operação completa se fazia numa só escrita geral.

Finalmente, o certificado do DNER, tendo a agravante como empresa de transportes de cargas, é absolutamente anódino na área fiscal.

Relativamente à multa, não há por que relevá-la, por evidenciado o comportamento malicioso da embargante que buscou, inclusive, dar, através de deliberação em assembléia, a aparência de uma atividade autônoma como transportadora, para fugir ao tributo ora exigido.

Fica, por essas razões, inteiramente mantida a decisão recorrida.

Custas conforme a lei."

Interposto recurso extraordinário, pela letra *a* do permissivo constitucional, fls. 98, foi ele admitido pelo despacho de fls. 116-118:

"Julgado procedente executivo fiscal nas duas instâncias ordinárias, a executada, Usino Itaiquara de Açúcar e Álcool S.A., inconformada, pede recurso extraordinário com apoio no art. 119, III, letra *a*, da Constituição Federal, sustentando que o desate desrespeitou normas legislativas que impediam aquela conclusão. Para tanto articula duas ordens de argumentos: a primeira relativa à concessão de correção monetária que o r. acórdão recorrido ordenou nestes termos:

"A correção monetária alcança também os débitos fiscais exigidos através de autos de infração anteriores a 1.7.69, apenas assegurada a só incidência dos índices posteriores a essa data com o que se afasta a idéia de retroatividade, sendo tão-somente apanhada a situação jurídica no curso de sua existência. E por se tratar de norma legal de ordem pública e imperativa, desnecessário pedido expresso" (fls. 96).

E a segunda, quanto ao mérito da demanda, ponderando que a atividade de transporte, que inclui por ampliação em seu objeto social, escapa a incidência do ICM pois constitui tarefa dissociada da venda e seus produtos (o Fisco Estadual quer ICM "devido sobre o frete debitado aos destinatários do açúcar transportado em veículos de propriedade da firma"). O aresto recorrido, neste tema, deixou vencida a ré porque:

"Não é a simples materialidade da realização do transporte que faz, do transportador, o contribuinte do imposto particular sobre essa atividade, de competência da União. Indispensável, para tanto, que esses atos correspondam, precisamente, com caráter autônomo, à específica atividade econômica do transportador. No caso dos autos, a agravante tem definida — sem contestação — sua atividade empresarial como fábrica de açúcar e álcool; isto tanto no plano do contrato quanto fiscal, dado que não inscrita como transportadora. Não é, claramente, empresa dessa ordem, embora ao fazer chegar sua produção aos adquirentes o faça com sua frota, cobrando o acréscimo correspondente ao serviço. Nítido, nesse quadro, que o adicional exprime apenas um acessório do preço do proluto resultante da atividade fundamental da embargante" (fls. 96).

O recurso quanto à segunda ordem de argumentos é inviável. A recorrente limitou-se a fazer remissão ao que alegara nos autos e ficara respondido, com vantagem, nas equações decisórias (*Súmula* 284). Aliás, se a recorrente diz que o "venerando acórdão recorrido não enfrentou essas alegações", forçoso é convir que o apelo tem a trava derivada da *Súmula* 282, com o adminículo da de nº 356. Na verdade, porém, o fulcro da prestação jurisdicional não foi ao desconhecimento das normas legais incidentes, mas tão-só a evidência de uma realidade fática não derruída pela recorrente, e que, associada à razoável interpretação (*Súmula* 400) de leis locais (*Súmula* 280) deixa ao desamparo a licença para a abertura da instância extraordinária.

Todavia, no primeiro diagrama, o recurso está justificado. A dação da corre-

ção monetária veio sem pedido da autora e abarcou dívida fiscal constituída e exigível em época que o suplemento valorativo era, então, inexistente. A decisão, no capítulo, parece ter desbordado da licença processual (art. 4º, primeira parte, do C. Pr. Civ.) e o efeito retroativo da norma posterior ao fato traz um conteúdo de possível infringência ao art. 153, § 3º, da Constituição Federal. A imposição do *ônus* novo, não constante do libelo, e a pretexto de "se tratar de norma legal de ordem pública e imperativa", importou em posição exegética de problemática juridicidade, mormente quando o eg. Tribunal *ad quem* vem sendo rigoroso no tema da correção monetária, negando-a sem lei expressa antecedente.

Nestas condições, defiro parcialmente o recurso extraordinário (aceitando a justificativa do item — preliminarmente) determinando que se processe o apelo que segue com a amplitude do enunciado na *Súmula* 528."

A Procuradoria-Geral deu o seguinte parecer: (fls. 145-147).

"Correção monetária. Inexigível sobre débito tributário sem lei que a institua.

1. Pelo v. acórdão de fls. 95-97, o ilustre Tribunal *a quo*, confirmando decisão de primeiro grau, proferido em executivo fiscal, condenou a Recorrente a pagar as verbas pedidas na inicial e mais a correção monetária.

2. Insurge-se a Recorrente, através de apelo extraordinário, interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra o v. acórdão na parte em que a condenou ao pagamento da correção monetária, sustentando negativa de vigência ao art. 4º, primeira parte, do antigo C. Pr. Civ., art. 153, § 3º, da Constituição Federal e artigo 6º (*caput*) da Lei de Introdução ao C. Civil. Alega, ainda, que o v. acórdão também nega vigência aos arts. 21, VII, e 24, II, da Constituição Federal; art. 68, I, do CTN; art. 8º e parágrafos do Decreto-lei nº 406, de 1968, quanto à condenação ao pagamento do ICM sobre o frete das mercadorias, que efetuara.

3. A incidência da correção monetária, como é corrente na jurisprudência do eg. Supremo Tribunal Federal, além das hipóteses de pensões alimentícias e indenização de ato ilícito, do qual resultou dano de natureza pessoal, deve estar adstrita ao princípio da legalidade. E, na situação presente, o débito refere-se a período anterior à data da lei estadual que a instituiu.

Assim, configura-se a infringência ao art. 6º da Lei de Introdução ao C. Civ. e art. 153, § 3º, da Constituição Federal.

4. Com referência à segunda parte do Apelo, a incidência do ICM sobre o frete, executado pela própria Recorrente, não merece reparos o v. acórdão recorrido.

A exigibilidade do imposto, em apreço, instituído pela lei estadual, tem sua hipótese de incidência definida no art. 8º, § 2º, do Decreto-Lei 406, com a redação do Decreto-Lei 834, de 1969:

"O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao imposto sobre circulação de mercadorias".

A Recorrente não forneceu subsídios, e nem poderia fazê-lo no âmbito restrito do recurso extraordinário, para caracterizá-la como transportadora, a fim de submeter-se, conseqüentemente, ao imposto federal sobre transportes (CF. art. 21, VII), ou, ao municipal sobre serviços (CF, art. 24, II).

5. *Ex positis*, opinamos pelo conhecimento do Recurso e pelo seu provimento parcial, para excluir a correção monetária da condenação imposta pelo v. acórdão."

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra (Relator): — Sr. Presidente, não conheço do recurso, pelos fundamentos do próprio acórdão, *data venia* da Procuradoria-Geral da República.

EXTRATO DA ATA

RE 76 948 — SP — Rel., Ministro Cordeiro Guerra. Recte., Usina Itaiquara de Açúcar e Álcool S.A. (Advs., Achilles Madeu Netto e outros). Recdo., Estado de São Paulo (Adv., Roberto Germano Frederico Burgdorf).

Decisão: Não conhecido, unânime. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Thompson Flores e Leitão de Abreu. Presidência do Sr. Ministro Antonio Neder.

Presidência do Sr. Ministro Antonio Neder, na ausência ocasional do Senhor Ministro Thompson Flores, Presidente. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra. Subprocurador-Geral da República, Dr. Oscar Corrêa Pina.

Brasília, 8 de novembro de 1974. — *Hélio Francisco Marques,* Secretário.