

PRIMEIRA TURMA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL

Nº 109.301 — MG

(Registro nº 96.0061498-9)

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Embargantes: *Fernando Antônio de Castro e Brap Engenheiros Consultores Ltda.*

Embargado: *José Maria Jacobi Filho*

Advogados: *Drs. Mauro Marcos de Castro e outros, Alcino Guedes da Silva e Sérgio Geraldo de Oliveira*

EMENTA: *Processual — Recurso especial — Conhecimento — Julgamento da causa — Ação popular — Inexistência de prejuízo — Contrato integralmente executado — Ação popular improcedente.*

I — Ao conhecer de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça deve apreciar todos os fundamentos do acórdão recorrido.

II — Executado integralmente o contrato cuja nulidade é perseguida em ação popular e reconhecida a inexistência de prejuízo ao Erário, declara-se improcedente a ação popular.

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 retificação de voto do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros que recebeu os embargos para declarar improcedente a medida cautelar, por maioria, vencido

o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, receber os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Delgado, José de Jesus Filho e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 02 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro HUBERTO GOMES DE BARROS, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 17-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Acórdão embargado está resumido nestas palavras:

“*Processual — Princípio da legalidade (CPC, art. 126) — Nulidade (CPC, art. 485, V).*”

— Viola o art. 126 do Código de Processo Civil, a decisão que, reconhecidamente, decidiu a lide, sem lhe aplicar as normas legais apropriadas. Tal decisão é nula (CPC, art. 485, V).”

Os embargantes queixam-se de que o Aresto padece de “dúvida e contradição”.

A imprecisão residiria na circunstância de o Aresto, malgrado haver provido o recurso especial, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para novo julgamento.

Os embargantes fincam-se na tese de que o provimento do recurso especial restaura, automaticamente, a decisão de primeiro grau, que fora reformada pelo acórdão objeto daquele recurso.

Se assim ocorre, dizem os embargantes, ao reabrir o julgamento da apelação, o Acórdão ora embargado operou **reformatio in pejus**, restaurando nova discussão em torno de assunto já precluso.

Haveria, também, contradição lógica, porque ao declarar que o Tribunal aplicara mal a lei, nossa Turma deveria ter prosseguido no julgamento, para reformar o Acórdão.

É que, dizem eles, a errada aplicação da lei não gera nulidade, mas a necessidade de acertar-se a decisão.

Em precedente que deveria funcionar como *leading case*, a Primeira Turma reconhecendo a ausência de lesão ao erário, restaurou a sentença que declarara improcedente ação popular. Este Acórdão está resumido nestas palavras:

“*Ação popular. Licitação. Tomada de preços por concorrência. Ausência de lesividade a erário municipal. Princípios da moralidade administrativa seguidos. Obra concluída. Ação popular sem objeto. Excesso na condenação. Recurso Especial conhecido e provido para restabelecer a sentença que julgou procedente a ação popular.*” (REsp 43.918/J. Jesus).

Após demonstrarem a possibilidade de os embargos declaratórios produzirem efeito infringente, pedem se ajuste o acórdão embargado, restaurando-se a Sentença de primeiro grau.

Este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Teria o maior gosto em receber os embargos, para apreciar o mérito.

Todos conhecem meu entendimento de que, uma vez conhecido o recurso especial, o STJ deve julgar, de plano, o processo. Não me im-

pressiona a preocupação com eventual supressão de instância: estou certo de que as partes, de bom grado, trocariam uma ou duas instâncias, pela imediata solução da lide.

Sou, contudo, vencido neste entendimento. A maioria da Turma entende que, em declarando nulo o acórdão recorrido (ou qualquer ato processual), o STJ deve remeter os autos à origem, para que se purgue a nulidade.

Na hipótese, a Turma acatou preliminar suscitada pelos ora embargantes, no sentido de que o Acórdão recorrido padecia de nulidade, porque ofendera o art. 126, CPC.

A orientação observada na formação do Acórdão recorrido obedece à tradição do STJ, proveniente do Supremo Tribunal Federal.

Não entendi a razão pela qual os embargantes afirmam que a declaração de nulidade implicou em **reformatio in pejus**: através dela se desconstituiu acórdão que condenara os embargantes; por outro lado, o reconhecimento da nulidade atendeu pedido formulado por eles.

Registro um engano dos embargantes: em nenhum momento, o Acórdão embargado afirmou que o Tribunal **a quo** aplicou mal a Lei. Tal assertiva foi lançada pelo próprio Tribunal **a quo**.

O precedente, trazido à colação (REsp 43.918/J. Jesus), é impertinente. Nele, a Turma apreciou o mérito da causa, observando que não havia lesão ao Erário. No processo que agora examinamos, a Turma não apreciou o mérito: simples-

mente, acatou uma questão processual suscitada pelos Recorrentes.

Este acórdão poderá servir de padrão de divergência, em eventual recurso especial a ser interposto, caso o novo acórdão, a ser formado em substituição ao que declaramos nulo, venha a afirmar o cabimento da ação popular, mesmo em não havendo lesão ao Erário.

Rejeito os embargos.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, estou convencido, tenho proclamado nos meus votos como Relator, de que a guia declaratória ela só pode ser viabilizada com a satisfação das restritas hipóteses legais que estão nos arts. 535, I e II.

Fora disso, para os embargos infringentes, somente diante de circunstâncias excepcionalíssimas e — tenho acrescentado — sob pena de se abdicar da via recursal apropriada; eles são possíveis sim, mas quando a circunstância mostra decisão teratológica, erro de fato ou gravíssimo erro de interpretação, fora daí é abdicar da via recursal apropriada.

Deste modo, voto pela rejeição dos embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, o que estamos julgando, no momento, em sede de

embargos declaratórios, penso que não tem nenhuma semelhança com o que julgamos em situação anterior. Anteriormente, apreciamos uma preliminar de nulidade, a qual rejeitamos, e V. Exa., agora, vai trazer o voto-mérito.

No caso em exame, segundo o que entendi da exposição de V. Exa., o recorrente interpôs o recurso especial por dois fundamentos. Um, a nulidade do acórdão...

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Excelência, foram três os fundamentos.

Trata-se de uma ação popular em que se contratou os serviços da empresa. Essa empresa executou o serviço a contento, mas, depois de algum tempo, faltou licitação do serviço executado. Veio uma ação popular, em que o Tribunal, em primeiro lugar, que pouco importa a existência de lesão para procedência da ação popular. Segundo, que apesar de o serviço ter sido executado, aquele que executou deverá devolver o dinheiro, porque o que importa é a nulidade. O ato foi nulo, então, ele trabalhou em vão e também recebeu em vão. O terceiro foi a aplicação de leis impertinentes.

Vieram os embargos declaratórios, e o Tribunal disse que realmente as leis são impertinentes, só podendo ser concertado em grau de recurso.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, essa nulidade que foi pedida é uma nulidade absoluta do processo ou é apenas em

sede de declaratórios? Declaramos a nulidade em razão de que fato processual concreto?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Em razão de eles próprios haverem reconhecido que a lei não se aplicava, o próprio acórdão.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Mas, nesse caso, não se trata de nulidade formal, processual, e sim de uma entidade processual de mérito, ao meu ver, porque as nulidades processuais são todas elas rigorosamente formais. Quando anulamos um acórdão para que outra decisão seja proferida é porque estamos reconhecendo que se trata de uma daquelas nulidades explicitamente colocadas no Código Processual Civil e que acarretou prejuízo à parte e que, por essa razão, não podemos penetrar no mérito, pois estaremos cerceando o direito de defesa da parte. No caso, a não ser que venham maiores esclarecimentos, parece-me que não temos uma nulidade desse tipo, capaz de produzir efeitos. Não obstante a recorrente ter colocado como sendo uma nulidade, penso que a recorrente não identificou...

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Ela nem falou em nulidade. Disse que ofendeu o art. 126, e eu, no meu voto, digo que ofendeu o artigo a decisão que reconhecidamente decidiu a lide sem lhe aplicar as normas legais apropriadas. A decisão que aplicou mal o direito, por isso, é nula nos termos do art. 485.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Se aplicou mal o direito, não é cerceamento de defesa, não é negação de prova, não afeta qualquer princípio do devido processo legal.

Nessa circunstância, Sr. Presidente, tendo em vista o que V. Exa. está relatando, identificando essa entidade que se apresenta como nulidade processual, quando, na verdade, não é nulidade processual. A aplicação má ou não boa da lei, não é nulidade processual. É uma questão de fundo do direito que compõe o litígio. O direito que está sendo discutido no litígio.

Dentro dessa linha, Sr. Presidente, peço vênha para receber os embargos com os efeitos modificativos, para restabelecer a sentença de Primeiro Grau.

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Srs. Ministros, na verdade, no julgamento anterior, no processo em que foi suspenso e que V. Exa. pediu vista, parece que o Tribunal preferiu ir à frente. Naquela hipótese havia uma situação em que o Tribunal apreciou um documento ao qual não dera vista a parte contrária, e nós relevamos essa circunstância para passarmos à frente.

Aqui, se a Turma entender de fazer assim, podemos prosseguir nesse julgamento.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Emi-

ti meu voto rejeitando os embargos, porque a maioria da Turma vinha considerando — contra meu entendimento — que o STJ não pode avançar o mérito, quando o acórdão recorrido não o tenha feito.

Agora, depois dos votos emitidos pelos Ministros José de Jesus e José Delgado, vejo que meu entendimento começa a vingar: deve o STJ — uma vez conhecido o recurso — avançar no julgamento da causa, apreciando-lhe o mérito.

Se assim ocorre, animo-me em receber os embargos, para dar provimento ao recurso.

Faço-o, porque nossa jurisprudência assentou-se no sentido de que

“*Ação popular*. Licitação. Tomada de preços por concorrência. Ausência de lesividade a erário municipal. Princípios da moralidade administrativa seguidos. Obra concluída. Ação popular sem objeto. Excesso na condenação. Recurso Especial conhecido e provido para restabelecer a sentença que julgou improcedente a ação popular.” (REsp 43.918/J. Jesus).

Na hipótese que ora examinamos, reconhece-se que o trabalho contratado foi efetivamente executado, sem lesão efetiva ao Erário.

Recebo os embargos, para declarar improcedente a ação popular.

RECURSO ESPECIAL Nº 63.594 — SP

(Registro nº 95.0017075-2)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Monroe Auto Peças S.A.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Ricardo Gomes Lourenço e outros, e Sônia Maria de Oliveira Pirajá e outros*

EMENTA: *Tributário. Correção monetária dos saldos escriturais do ICMS pago através de períodos (Decreto-Lei nº 406/68, art. 3º, § 1º e Lei do Estado de São Paulo de nº 6.374/89, art. 38, § 2º). Impossibilidade.*

O recolhimento do ICMS em períodos (e não logo após o aperfeiçoamento do fato gerador) é sistema instituído pelos Estados para a operacionalização do pagamento daquele tributo, devendo o contribuinte (de direito) registrar, em livro próprio, na coluna de crédito, o valor do ICMS correspondente às entradas de mercadorias no estabelecimento e, na coluna de débitos, as quantias pertinentes às saídas (vendas), para efeito de confronto dos valores consignados no final de cada período.

A diferença verificada entre esses saldos meramente escriturais não se erige em crédito tributário, na definição da lei, mas tão-só de elemento escritural utilizado na composição da base de cálculo do ICMS, não estando sujeita à correção monetária (Lei nº 6.374/89, art. 38, § 2º).

A escrituração (nas colunas de débito e crédito) objetiva a feitura da compensação, no final do período considerado, após o confronto entre os valores inscritos em cada uma das colunas respectivas, não havendo de falar-se em crédito, quando os valores da coluna de saída de mercadorias sobejar aos outros, pois, nem está sujeito à repetição, e, como sendo as saídas freqüentes (e, até, diárias), nem haveria como avaliar-se qual a quantia a ser corrigida, já que inexistiu espaço de tempo suficiente para aferir-se o desgaste da moeda.

A lei impõe que o saldo (incorretamente denominado de crédito), resultante da diferença do imposto anteriormente pago em relação aos débitos lançados por ocasião da saída das mercadorias, seja feita pelo seu valor nominal (Lei nº 6.374/89, art. 38, § 2º). A correção monetária desse saldo meramente escritural importaria na declaração de inconstitucionalidade da lei estadual (nº

6.374/89), providência impossível no âmbito do especial. Inexiste, ainda, lei federal que determine essa correção, em dissonância com a legislação local citada.

Uma vez corrigido o valor (denominado imprecisamente de crédito) escriturado no livro fiscal, sem a contrapartida da atualização das quantias consignadas na coluna débito, o contribuinte pagaria menos imposto, em face da correção e mais valia da coluna crédito (saldo positivo), enriquecendo-se ilicitamente. A diminuição desse valor a pagar constituiria verdadeira restituição prévia, antes mesmo do recolhimento, em desconformidade com normas do CTN, que veda a restituição de tributos em favor de quem não provar que não transferiu, a terceiros, o encargo financeiro (art. 166).

A correção monetária de tributos está sujeita ao princípio da legalidade estrita. Inexistindo lei federal que determine a atualização de saldos escriturais, é manifestamente ilegal a pretensão da recorrente.

O ICMS é, por excelência, imposto transmissível, já que compõe os custos do produto ou da mercadoria, que é suportado pelo contribuinte de fato (o consumidor). A correção importaria, desenganadamente, em locupletamento sem causa, em detrimento dos interesses da coletividade.

A Lei nº 6.899/81 só se refere à correção dos débitos judiciais, não se aplicando aos tributos, que têm disciplina própria e previsão legal específica.

O colendo STF tem proclamado, de forma reiterada, que a não correção dos saldos escriturais do ICMS não afronta os princípios da isonomia e da não cumulatividade, definidos na Constituição Federal, e reconheceu, aos Estados, a autonomia para indicar o fator de correção de seus tributos.

Recurso a que se nega provimento. Decisão por maioria de votos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado, negar 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, José Delgado e José de Jesus Filho. Custas, como de lei.

Brasília, 23 de junho de 1997 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

Publicado no DJ de 17-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Cuida-se de recurso especial interposto por Monroe Auto Peças S.A. sob o pálio das letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão que, confirmando decisão de primeiro grau, julgou improcedente ação declaratória promovida pela ora recorrente, com a finalidade de obter o reconhecimento do direito de atualização monetária de créditos extemporâneos do ICM/ICMS.

Alega a recorrente que o v. aresto recorrido contrariou o artigo 4º do Código de Processo Civil e artigo 1º da Lei 6.899/81, além de divergir de julgado deste tribunal (fls. 260/270).

Contra-arrazoado (fls. 283/286), o recurso foi admitido na origem, subindo os autos a esta instância, vindo-me distribuídos e conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): O egrégio Tribunal Local não reconheceu o direito da recorrente, quanto à correção do *crédito tributário extemporâneo*, correspondente ao ICM/ICMS, ao

fundamento basilar de que esse direito “não pode ser reconhecido numa simples declaração de direito de creditar-se do crédito de um imposto para futura compensação no seu pagamento, na saída da mercadoria industrializada, e muito menos quando este crédito se refere a operações presentes e futuras” (fls. 229/230).

Tal entendimento afigura-se-me correto.

De fato, aqui não se trata de direito a creditamento, com, por exemplo, no caso, de pagamento de ICMS através de apuração em período mensal, em que, tanto a escrituração dos créditos, como dos débitos tributários constitui mera operação contábil. Durante o período (mensal), o contribuinte registra, em livro próprio, na coluna de *crédito*, o valor do ICMS correspondente às entradas de mercadorias no estabelecimento e, na coluna de *débito*, o ICMS relativo às saídas (vendas) de mercadorias. No fim do período, se faz o confronto dos valores registrados. Se houver *débito* (mais saídas do que entradas), recolhe-se o ICMS correspondente à diferença e, se houver *crédito* (mais entradas do que saídas), faz-se o registro, na coluna específica, para a devida compensação, no período subsequente. E assim sucessivamente. No dia seguinte ao da apuração, com ou sem recolhimento de tributo, se recomeçam as operações contábeis de crédito e débito (entradas e saídas). A correção monetária dos valores que se registram na coluna de *crédito* só seria possível, se, igualmente, se atualizassem aquelas quantias es-

crituradas na coluna de débito, sob pena de malferimento ao princípio da isonomia, porquanto, a correção somente dos créditos implica no pagamento do tributo, *a menor*.

Feitos esses esclarecimentos, a diferença verificada entre os créditos e os débitos, se os valores daqueles forem a maior, não se erige em *crédito tributário*, na definição da lei, do qual se possa utilizar desde logo a se requerer a *repetição*, devidamente corrigida. Aí, vale a lição de **Zelmo Denari**: “Trata-se, no entanto, de equivocada denominação, pois não se cuida de um direito de crédito contra o Fisco, mas, somente de um elemento escritural utilizado na composição da base de cálculo do ICMS. Portanto, o designado crédito do ICMS constitui apenas um valor escritural — próprio dos tributos de incidência plurifásica e não cumulativa, como é o caso do ICMS e do IPI — que retrata o montante do imposto devido na etapa imediatamente anterior do ciclo produtivo-distributivo e que é utilizado pelo contribuinte como fator de dedução para as operações subsequentes. Esse crédito não representa um valor a ser recebido pelo contribuinte” (Boletim da Procuradoria Geral do Estado, vol. 18, pág. 6). Não é demais repetir: cuida-se de mero sistema de escrituração, em livro próprio do estabelecimento, dos créditos e débitos (entradas e saídas), em decorrência da multiplicidade de operações diárias, semanais, etc., a que impossibilitaria, ao contribuinte (comerciante ou prestador de serviços) a recolher o tributo (ICMS) logo após cada opera-

ção de saída (fato gerador). Essa escrituração possibilita a compensação, ao se ultimar o período, que consiste em nada mais nada menos que o confronto entre os valores registrados em cada uma das colunas (débito e crédito). Como as operações de entradas e saídas de mercadorias são frequentes (diárias), não haverá, sequer, como avaliar-se qual a quantia a ser corrigida, e em que momento, já que inexistente espaço de tempo suficiente para se saber se houve ou não o desgaste da moeda (inflação). Pretende-se, em última análise, a correção de *moeda escritural*, que, por motivos óbvios, nunca poderá entrar em circulação. A propósito, no julgamento do Recurso Especial nº 68.025-5, proferi voto em que expendi os argumentos a seguir:

“No pertinente aos demais fundamentos, o recurso não se me afigura ter viabilidade. Inexistiu a alegada afronta aos preceitos de lei invocados (art. 3º do Decreto-lei nº 406/68, arts. 28 e 29 do Convênio nº 66/68).

Esclareça-se, desde logo, que não há, no STJ, na área de Direito Público, jurisprudência pacífica acerca da questão que aqui se agita. O entendimento que se firmou, na Primeira Seção, foi o de que, “havendo isenção na importação de matéria-prima, cabe o crédito do respectivo valor na fase da saída do produto industrializado”. E, conseqüentemente, a correção monetária é devida (Súmula 46 do TFR) (Emb. de Div.

nº 420, REsp 11.674-0, REsp nº 21.637-4). E, no REsp nº 13.725, ficou estabelecido:

“Tributário. ICM. Direito de crédito pela entrada de matéria-prima importada com isenção de impostos. Ação declaratória. Correção monetária.

I — Declaratória do direito ao crédito do Tributo isento, com pedido, na inicial, de correção monetária. Cabimento desta, que não constitui acréscimo, mas mera atualização, decorrente ela de lei”.

Igual escólio se placitou, nesta Corte, quando do julgamento dos REsp nºs 782, 4.641 e 7.520.

Em todos esses precedentes, que são numerosos, só se cuidou da correção do tributo quando há direito ao creditamento, em face da isenção do ICM em uma das operações, em face do princípio da não cumulatividade. Em nenhum momento se conferiu tratamento igual ao creditamento quando o tributo é pago mediante apuração em período, quando se verifica (no final do período), a existência de débito ou de crédito, para o fim do recolhimento do tributo (se houver débito), ou de seu aproveitamento, no período subsequente — se houver crédito.

A questão é inteiramente diversa das que já se decidiram, nesta Corte e merece reflexão. Penso que, nesses casos, não há que falar em correção. Primeiro

porque, esse pretensão crédito (resultante da apuração) já tem sido auferido do consumidor final. Ao depois, o contribuinte permanece com essas quantias — do dia apurado para a apuração (confronto das entradas e saídas), até o seu aproveitamento no período subsequente, delas auferindo *lucros* — desde que, indubitavelmente, elas são aplicadas. A correção monetária importaria em um **bis in idem** — atualização mais lucros decorrentes das aplicações. A empresa, como se observa, não tem prejuízo algum. Disso se apercebeu o nobre juiz de primeiro grau, consignando em sua sentença judiciosa, os argumentos a seguir:

“Os créditos efetuados não constituem imposto.

É sabido que o conceito legal de não-cumulatividade do ICM (hoje ICMS) se traduz, na prática, em uma operação aritmética, convertida ou transfigurada em uma operação contábil.

A empresa ao adquirir a mercadoria ou produto lança, em livro próprio, a seu crédito, o valor correspondente ao imposto que pagou.

Ao vender a mercadoria, debita-se pelo valor do imposto incidente na venda, fazendo o mero destaque do tributo na nota fiscal.

No final do mês faz o confronto entre o débito e o crédito.

Se o resultado for positivo — credor — (a seu favor), esse crédito ficará na conta para ser confrontado no mês subsequente em eventuais débitos posteriores.

Se o resultado for negativo (devedor), só então converter-se-á em tributo, constituindo o valor do ICMS a recolher.

Ora, disso se infere que saldos positivos em favor do contribuinte, constantes do Livro de Registro, não traduzem o imposto em si, de modo que a pretensão se mostra impossível, eis que está-se a buscar a correção de um imposto até então inexistente, posto que de mero saldo credor escriturado no livro de controle se trata.

E mais.

Da lei estadual de regência se extrai interpretação que inadmite dúvida: o crédito do imposto anteriormente pago para efeito de compensação com os débitos lançados na ocasião da saída das mercadorias há de ser feito pelo seu valor original (art. 58 do Decreto nº 33.118/91 e art. 38, 2º da Lei nº 6.374/89).

E que cada débito ou crédito, relativo a aquisição ou venda de mercadorias, lançado em livro especial para efeito de compensação e, após, encontrar o imposto a pagar, há de ser feito no exato momento em que se deu a operação comercial e o destaque do imposto na nota fiscal.

Ora, nesse momento o valor é atual, não cabendo qualquer correção.

É sabido que a correção monetária constitui mecanismo de atualização de valores, de modo que sempre corresponda a tanto quanto valia no passado. Visa, pois, manter o poder de compra ou o mesmo valor aquisitivo original.

Muito bem, o crédito do imposto, destacado na nota fiscal no exato momento da venda das mercadorias, é feito de imediato, dentro do mesmo mês de sua ocorrência no livro fiscal de registro de ICMS. Nesse momento, diga-se e insista-se, essa importância continua mantendo o mesmo valor aquisitivo, porque não houve qualquer transcurso de tempo significativo que o defasasse ou corresse.

Ademais, o ato antecedente de escrituração de débito e crédito não constitui o imposto em si, como antes enfatizado, e o Fisco jamais cogitou de corrigir o valor levado a débito, de modo que estranho soa a pretensão de corrigir o crédito que, no momento do lançamento, corresponde ao exato valor do destaque feito na nota fiscal de venda da mercadoria.

5. Outro obstáculo, que se afigura intransponível, antepõe-se ao pedido.

Convenha-se que se corrigido o valor levado a crédito no

livro fiscal (caso a operação fosse materialmente possível), o contribuinte pagaria menos imposto, em razão da correção e mais valia dos valores constantes da coluna *crédito*, e estabilização e estagnação dos valores registrados na coluna *débito*, haja vista que o imposto será a diferença entre crédito e débito, se este for maior.

Tal traduziria um benefício que a Constituição Federal sequer cogitou ao dispor sobre o Sistema Tributário Nacional, ou mesmo o Código Tributário Nacional, ao estabelecer sobre a extinção do crédito tributário (art. 156), exclusão do crédito tributário (art. 175), ou sobre imunidade ou não-incidência.

Ademais, essa diminuição do valor a pagar exsurge como verdadeira restituição prévia ou restituição às avessas, antes mesmo do pagamento, pois o contribuinte recolherá valor significativamente menor, máxime em período de evidente recrudescente inflacionário.

Ora, o art. 166 do CTN é claro ao preceituar que “a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transparência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la” (fls. 151/154).

Intransponíveis são, ainda, os fundamentos do acórdão impugnado, ao esclarecer:

“A apelação não comporta acolhimento. Com efeito, o comerciante ao promover a venda das mercadorias que comercializa, recebe do comprador o valor do imposto respectivo; permanece com esse valor durante todo o período de apuração e acaba por apurar o imposto devido pelas relações de débitos e créditos do ICMS e preenchimento da GUIA; apurado o imposto devido, tem o contribuinte o prazo intermediário para recolher o valor do tributo. De se notar que, enquanto isto, está em seu poder o valor do imposto recebido nas operações de vendas realizadas. Já está auferindo decorrente da retenção do imposto e quiçá até com sua aplicação financeira. Desse rendimento o fisco nada vê.

Ora, permitir-se que o comerciante corrija monetariamente o saldo credor do imposto é permitir duplo proveito em detrimento de toda a comunidade. Estará o comerciante recebendo tratamento desigual àquele por ele recebido da Fazenda.

A se acolher a pretensão, estar-se-á ferindo o princípio invocado pela Impetrante — o da isonomia.

Além do mais, a Apelante nada desembolsou. O tributo foi recuperado do consumidor.

O art. 38, § 2º, da Lei 6.374/89 e art. 58, § 2º, do RICMS são obstáculos à pretensão da Apelante.

Não é possível estabelecer-se uma conta corrente fiscal não prevista em lei. Os lançamentos devem ser escriturados pelo valor nominal da moeda e não por sua expressão monetária.

O saldo devedor do imposto é lançado por seu valor nominal o que também deve ocorrer com o saldo credor.

Se o contribuinte pagou a mais e faz jus à repetição do indébito, receberá o excesso, aí sim, corrigido monetariamente.

O princípio da isonomia está respeitado, tanto mais que todos os contribuintes são tratados da mesma maneira pela Fazenda Pública” (fls. 224/225).

Como se observa, no sistema do recolhimento do tributo (ICMS) mediante apuração em período, “ao vender as suas mercadorias ou prestar os serviços, a empresa (no caso, a recorrente), recebe, do comprador, o valor correspondente ao imposto e o retém, até o momento da apuração subsequente. Extrai rendimentos dessa retenção, inclusive lucros decorrentes de aplicações financeiras. A correção de algum saldo credor, porventura existente, torna-se, assim injusta. A recorrente se beneficiaria duas vezes.

Inexiste, como se vê, direito ao creditamento e respectiva correção e nem violação aos dispositivos de lei invocados”.

Em Suma:

“1. A lei estadual (art. 58 do Decreto nº 33.118/91 e art. 38, § 2º da Lei nº 6.374/89) veda, expressamente, a correção monetária dos saldos escriturais, em favor do contribuinte. O saldo, a que se denomina erroneamente de crédito, será compensado pelo seu valor *nominal* ou original;

2. O saldo escritural — resultado do confronto, no final de cada período, no livro do contribuinte, entre as entradas e as saídas das mercadorias, não se traduz em imposto e, de conseqüente não constitui crédito tributário, do qual possa se utilizar desde logo, ou se requerer a repetição. Não se cuida de direito de crédito contra o Fisco, mas de um elemento escritural utilizado na composição da base de cálculo do ICMS. Constitui, apenas, um valor escritural — próprio dos tributos de incidência plurifásica e não cumulativa — que retrata o montante do imposto devido na etapa imediatamente anterior do ciclo produtivo-distributivo e que é utilizado pelo contribuinte como fator de dedução para as operações subsequentes” (Zelmo Denari). É moeda meramente escritural. Se de crédito se tratasse, o contribuinte poderia *repetir*. Só se destina à compensação no período subsequente.

Como as entradas e saídas de mercadorias são freqüentes (diárias), não haverá, sequer, como avaliar-se, qual a quantia a ser corrigida e em que momento, já que inexistente espaço de tempo suficiente para se saber se houve ou não desgaste da moeda (inflação). O Decreto-lei nº 406, art. 3º, § 1º, o define corretamente como *saldo* (saldo escritural).

3. Inexiste lei federal que determine a correção desses *saldos escriturais* — a que a lei estadual denomina imprecisamente de crédito. E nem jurisprudência. O § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 406/68 disciplina o sistema de recolhimento do ICMS, através de período: a lei estadual disporá de forma que o montante devido resulte da diferença, a maior, em determinado período, entre o imposto referente às mercadorias saídas do estabelecimento e o pago relativamente às mercadorias nele entradas. O saldo verificado, em determinado período a favor do contribuinte, transfere-se para o período subsequente.

4. A correção monetária de tributos está sujeita ao princípio da legalidade estrita. Não pode haver correção sem lei formalmente elaborada que a autorize. **Ada Pellegrini Grinover e Arnaldo Wald**, ao dissertarem sobre os pressupostos da correção monetária, advertem: “O primeiro pressuposto da correção monetária examinada é a existência de lei formal que a institua. Sendo o

débito fiscal uma obrigação compulsória decorrente de lei, qualquer acréscimo a essa obrigação deve ter, também, natureza **ex lege**. Podemos dizer, assim, ser a correção monetária de débitos fiscais uma obrigação compulsória, originada de expressa disposição legal e não da vontade das partes”. E, com evidente clareza, concluem: “Se o Estado agasalha o princípio do nominalismo monetário, oferecendo o valor legal da moeda, é inadmissível que a mesma moeda tenha também um valor econômico sem autorização legal. Em se tratando de correção monetária ligada à obrigação **ex lege** (débito tributário), não há como transigir, sendo certo que somente a lei formal expressa é que poderá determinar o seu cabimento” (A Correção Monetária no Direito Brasileiro, pág. 147).

É este, também, o escólio prevaletente no STF:

“A correção monetária, embora não tipifique aumento de tributo, mas, apenas, atualização de seu valor real, só pode ser determinada por meio de lei” (STF, RE 172.394-7, Tribunal Pleno, julgada em 21/06/95).

No caso, como já se afirmou, acima, inexistente lei federal que autorize correção monetária dessa natureza — de saldos escriturais (em créditos escriturais). E nem poderia existir, dado que, a cada ente de Direito Público interno (União, Estados e Municí-

pios) cabe instituir os tributos de sua competência e como consecutórios, estabelecer o sistema de correção monetária, com prazo, condições e, inclusive, a indicação do *índice* respectivo. Se a lei federal determinasse a forma de correção de tributos estaduais, indicando-lhe o fator de atualização, seria inconstitucional, por usurpar competência atribuída, constitucionalmente, a cada Estado da Federação, consoante a jurisprudência do STF. Demais disso, no caso, a Lei estadual veda a correção dos saldos escriturais, determinando a sua contabilização pelo valor *nominal*. A correção só seria possível se se declarasse a incompatibilidade da legislação estadual com a Constituição, o que é vedado na via do especial.

Por outro lado, em se tratando de redistribuição constitucional de competência e, se cabe ao Estado instituir e corrigir os seus tributos, nem a lei complementar federal poderia dispor de modo diverso, porque estaria usurpando competência exclusiva dos Entes Federados. E se a correção monetária está sujeita ao princípio da legalidade estrita, não se pode aplicá-la por *analogia* e nem valer-se, esta colenda Corte, nesta fase, do princípio da *isonomia*, sob color de que o Estado corrige os seus créditos e de igual regalia deveria gozar o contribuinte, porquanto, em se tratando de matéria essencialmente constitucional, está indene de apreciação na esfera do especial. Ademais, o Es-

tado só corrige os seus tributos, quando pagos com atraso.

5. No sistema de recolhimento do ICMS mediante apuração em período, ao vender as suas mercadorias (saída do estabelecimento) ou prestar os serviços, o contribuinte recebe do comprador o valor correspondente ao imposto e o retém, até o momento da apuração subsequente. Aufere rendimentos dessa retenção de valores, inclusive lucros decorrentes de aplicações financeiras e os utiliza na reposição de estoques. A correção de saldo escritural, porventura existente, tornar-se-ia injusta. O contribuinte se beneficiaria duplamente. É o verdadeiro enriquecimento sem causa. Para que se configure a paridade de direitos, necessário que os saldos credores da Fazenda também fossem corrigidos.

6. Se, porventura, esse saldo (ou crédito) pudesse ser corrigido, como pretendem, deveria, na Inicial, ser quantificado, com a especificação da quantia exata, da importância certa e determinada e o período (ou o mês) correspondente. Sem a indicação da quantia certa e do período a que corresponde, impossível torna-se a própria execução da sentença. Necessário, ainda, liquidação por *artigos*, pela necessidade de se provar fatos novos. A ausência de quantificação dos créditos a serem corrigidos, com a indicação dos períodos correspondentes, cerceia o direito da Fazenda de defender-se, por via da intensifi-

cação da ação fiscal, mediante o exame no livro próprio em que se faz a escrituração das entradas e saídas das mercadorias. Ademais, sem a indicação das quantias a serem corrigidas, impede-se, o Estado, de conhecer o montante de seus débitos, circunstância indispensável à formulação da proposta orçamentária. Esse tipo de compensação, também carece da liquidez e certeza, porque ele tem, também, o condão de extinguir o crédito tributário (CTN, art. 156, II).

7. O ICMS é, por excelência, imposto transmissível, já que compõe, desenganadamente, os custos do produto ou da mercadoria. Esse tributo vem sempre embutido no preço final da mercadoria, suportado pelo consumidor, contribuinte de fato. A correção implicaria verdadeiro locupletamento sem causa, em detrimento dos interesses maiores da coletividade. O contribuinte de direito perceberia o adicional correspondente à correção e mais o acréscimo que repassou ao consumidor final. É o enriquecimento ilícito.

8. O STF vem, reiteradamente, decidindo que, correção monetária de imposto, é matéria tributária. E, cabendo aos Estados instituir tributos, compete-lhes, pelo princípio da autonomia, instituir a correção monetária, inclusive indicando o índice ou o fator de correção. A Lei Estadual 6.747/89, art. 58, determina que os saldos sejam escriturados pelo valor *nominal*. Não determinou que correção monetária se fizesse,

usando, portanto, de sua competência exclusiva, que, segundo a jurisprudência do STF não pode ser usurpada pela União, mediante edição de Lei Federal. Resta, assim, para que seja determinada a correção desses saldos credores, a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual, que impede a atualização. E isso é impossível na fase do especial.

9. Por último, não se pode argumentar, para possibilitar a correção, com os preceitos da Lei nº 6.899/85, eis que ela só se refere à correção de débitos judiciais, não se aplicando aos tributos, que têm disciplina própria”.

Ante as razões expostas, conhecimento do recurso, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Srs. Ministros, peço vênias ao Sr. Ministro Demócrito Reinaldo para dar provimento ao recurso. (Farei juntar pronunciamentos anteriores a propósito).

“ANEXO

RECURSO ESPECIAL Nº 98.813 — SP

(Registro nº 96.0038977-2)

Tributário — ICMS — Correção monetária de crédito escriturado — Possibilidade.

— É direito do contribuinte, quando escritura o crédito do ICM, corrigir monetariamente o respectivo valor.

— Reconhecer o crédito e negar a respectiva correção, corresponde a indeferir o creditamento.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O tema já nos é conhecido.

No julgamento do REsp 746, o Ministro Américo Luz conduziu a Segunda Turma ao entendimento de que proibir, na hipótese, a correção monetária do crédito escriturado, seria permitir o enriquecimento ilícito do Estado.

A igual juízo nos levou o Ministro Garcia Vieira, no REsp 21.354, assim resumido:

“Em regime de violenta inflação, reconhecer o direito ao crédito e negar a atualização de seu valor é o mesmo que negar o direito”.

Em controvérsia envolvendo pretensões iguais à que ora apreciamos, o eminente Ministro Milton Pereira conduziu esta Turma ao Acórdão de que:

“Tributário. Processual Civil. ICMS. Honorários advocatícios em Mandado de Segurança. Saldo Credor. Compensação. Correção Monetária. Decreto-lei nº 406/68 (art. 3º, § 1º). CPC, art.

535, II. Lei Estadual nº 8.820/89. Súmulas nºs 105/STJ e 512/STF.

1. Suficientemente apreciados os embargos e ausentes motivos para modificação do julgado, não se consubstancia contrariedade ou negativa de vigência ao art. 535, CPC.

2. Reconhecido o crédito do contribuinte para compensação do imposto devido, irrecusável a atualização monetária, simples resgate do valor real da moeda atingida pelos cortantes ventos do período solapado pelos efeitos da inflação.”

Dou provimento ao Recurso.”

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sob o telheiro das dúvidas perturbadoras do meu juízo, pedindo vista, examinei diretamente as peças informativas do recurso colhendo que a parte autora, invocando o princípio da não cumulatividade, pretende o reconhecimento do direito de crédito do ICMS, corrigido monetariamente desde o momento da entrada até aquele da compensação (crédito extemporâneo), com o imposto devido na saída de mercadorias, pedido improcedente, ensejando o presente recurso.

No julgamento iniciado, o eminente Relator Ministro Demócrito Reinaldo, improvendo-o, registrando ensinamentos doutrinários e precedentes da jurisprudência, acompanhando o desafiado acórdão, aduziu que o vindicado direito:

“... ‘não pode ser reconhecido numa simples declaração de direito de creditar-se do crédito de um imposto para futura compensação no seu pagamento, na saída da mercadoria industrializada, e muito menos quando este crédito se refere a operações presentes e futuras.

Tal entendimento afigura-se correto.

De fato, aqui não se trata de direito a creditamento, como exemplo, no caso de pagamento de ICMS através de apuração em período mensal, em que tanto a escrituração dos créditos, como dos débitos tributários constitui mera operação contábil. Durante o período (mensal), o contribuinte registra em livro próprio, na coluna de *crédito*, o valor do ICMS correspondente às entradas de mercadorias no estabelecimento e na coluna de *débito*, o ICMS relativo às saídas (vendas) de mercadorias. No fim do período se faz o confronto dos valores registrados. Se houver *débito* (mais saídas do que entradas), recolhe-se o ICMS correspondente à diferença e se houver crédito (mais entradas do que saídas), em face de o registro na coluna específica, para a devida compensação, no período subsequente. E assim sucessivamente.

.....

Feitos esses esclarecimentos, a diferença verificada entre os créditos e os débitos, se os valores daqueles forem a maior, não se erige em *crédito tributário*, na de-

finição da lei, do qual se possa utilizar desde logo e se requerer, a *repetição*, devidamente corrigida. Aí, vale a lição de **Zelmo Denari**: “Trata-se, no entanto, de equivocada denominação, pois não se cuida de um direito de crédito contra o Fisco, mas, somente de um elemento escritural utilizado na composição da base de cálculo do ICMS. Portanto, o designado crédito do ICMS constitui apenas um valor escritural — próprio dos tributos de incidência plurifásica e não cumulativa, como é o caso do ICMS e do IPI — que retrata o montante do imposto devido na etapa imediatamente anterior do ciclo produtivo-distributivo e que é utilizado pelo contribuinte como fator de dedução para as operações subsequentes. Esse crédito não apresenta um valor a ser recebido pelo contribuinte” (Boletim da Procuradoria Geral do Estado, vol. 18, pág. 6). Não é demais repetir: cuida-se de mero sistema de escrituração, em livro próprio do estabelecimento, dos créditos e débitos (entradas e saídas), em decorrência da multiplicidade de operações diárias, semanais, etc., e que impossibilitaria, ao contribuinte (comerciante ou prestador de serviços) a recolher o tributo (ICMS) logo após cada operação de saída (fato gerador). Essa escrituração possibilita a compensação, ao se ultimar o período, que consiste em nada mais nada menos do que o confronto entre os valores registrados em cada uma das colunas (débito e crédi-

to). Como as operações de entradas e saídas de mercadorias são freqüentes (diárias), não haverá, sequer como avaliar-se qual a quantia a ser corrigida, e em que momento, já que inexistiu espaço de tempo suficiente para se saber se houve ou não o desgaste da moeda (inflação). Pretende-se, em última análise, a correção de *moeda escritural*, que, por motivos óbvios, nunca poderá entrar em circulação.” (grifos originais).

Por essa linha de pensar, verifica-se que a questão posta, versando correção monetária, diferencia-se de outras postas à consideração desta Corte, exaltando-se que, no caso, como destacou o exímio Relator,

“... esse pretensão crédito (resultante da apuração) já tem auferido do consumidor final, ao depois, o contribuinte permanece com essas quantias — do dia apurado para a apuração (confronto das entradas e saídas), até o seu aproveitamento no período subsequente, delas auferindo *lucros* — desde que indubitavelmente, elas são aplicadas. A correção monetária importaria em um **bis in idem** — atualização mais lucros decorrentes das aplicações. A empresa, como se observa, não tem prejuízo algum...”.

E não bastassem percipientes os registros lavrados, ressalta-se que se alinha à compreensão sufragada pela excelsa Corte; *p. ex.:*

“... Segundo a própria sistemática da não-cumulatividade, que gera os ‘créditos’ que o contribuinte tem direito, a compensação deve ocorrer pelos valores nominais. Assim dispõe a lei paulista. A correção monetária dos ‘créditos’, além de não permitida pela lei, desvirtuaria a sistemática do tributo.

23.) — Em outras palavras, o tributo incide e opera-se o sistema de compensação do imposto devido com o tributo já recolhido sobre a mesma mercadoria, o qual impede a incidência do ICMS em cascata. Do **quantum** simplesmente apurado pela aplicação de alíquota sobre a base de cálculo, deduz-se o tributo já recolhido em operações anteriores com aquela mercadoria, ou seus componentes, ou sua Matéria-Prima, produto que esteja incluído no processo de sua produção de forma direta. Assim, os eventuais créditos não representam o lado inverso de uma obrigação, constitui apenas um registro contábil de apuração do ICMS, visando a sua incidência de forma não cumulativa.

24.) — Uma vez abatido o débito, desaparece. Não se incorpora de forma alguma ao patrimônio do contribuinte. Tanto que este, ao encerrar suas atividades, não tem o direito de cobrar seus ‘créditos’ não escriturados da Fazenda. Esses créditos não existem sem o débito correspondente.

25.) — Na realidade, compensam-se créditos e débitos pelo va-

lor nominal constituídos no período de apuração. Incidindo correção monetária nos créditos, sendo contabilizado, um que for, em valor maior que o nominal, haverá ofensa ao princípio da não-cumulatividade. É um efeito cascata contrário, porque estará se compensando tributo não pago, não recolhido.

26.) — O ato de creditar tem como correlativo o ato de debitar. O correspondente dos 'créditos' contábeis em discussão são os valores registrados na coluna dos débitos, os quais também não sofrem nenhuma correção monetária — o que configura mais uma razão a infirmar a invocação de 'isonomia' para justificar a atualização monetária dos chamados 'créditos'. Somente após o cotejo das duas colunas quantifica-se o crédito tributário, o que bem demonstra a completa distinção entre este e aqueles.

27.) — Estabelecida a natureza meramente contábil, escritural do chamado 'crédito', do ICMS (elemento a ser considerado no cálculo do montante de ICMS a pagar), há que se concluir pela impossibilidade de corrigi-lo monetariamente. Tratando-se de operação meramente escritural, no sentido de que não tem expressão ontologicamente monetária, não se pode pretender aplicar o instituto da correção ao creditamento de ICMS.

28.) — A técnica do creditamento escritural, em atendimento ao princípio da não-cumulati-

vidade, pode ser expressa através de uma equação matemática, de modo que, adotando-se uma alíquota constante, a soma das importâncias pagas pelos contribuintes, nas diversas fases do ciclo econômico, corresponde exatamente à aplicação desta alíquota sobre o valor da última operação. Portanto, por ser essa operação uma operação matemática pura, devem ficar estanques quaisquer fatores econômicos ou financeiros, justamente em observância ao princípio da cumulatividade (artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal e artigo 3º do Decreto-Lei nº 406/68) (fls. 81/83); e

30.) — Por sua vez, não há falar-se em violação ao princípio da isonomia. Isto porque, em primeiro lugar, a correção monetária dos créditos não está prevista na legislação e, ao vedar-se a correção monetária dos créditos do ICMS, não se deu tratamento desigual a situações equivalentes. A correção monetária do crédito tributário incide apenas quando este está definitivamente constituído, ou quando recolhido com atraso, mas não antes disso. Nesse sentido prevê a legislação. São créditos na expressão total do termo jurídico, podendo o Estado exigí-lo. Diferencia-se do crédito escritural, que existe para fazer valer o princípio da não-cumulatividade". (Ag. Inst. 181.138-2-STF — Rel. Min. Moreira Alves — in DJU de 22.11.96 — págs. 45.761/62).

Em novamente fazendo reflexões a respeito do tema, divorciando-me do entendimento favorável à correção monetária pedida, explicada em precedentes que relatei, aderindo à fundamentação elaborada pelo eminente Relator, igualmente, voto improvando o recurso.

É o voto vista.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, em várias oportunidades já me pronunciei sobre a matéria e penso que é desnecessário, em homenagem àquilo que já foi implantado a respeito das idéias aqui lançadas, renovar todos os meus argumentos na defesa da correção monetária dos créditos do ICMS, quer sejam extemporâneos, quer sejam não extemporâneos.

Examinei com o máximo de cuidado esse despacho monocrático, proferido pelo eminente Ministro Moreira Alves, que me foi cedido pela gentileza sempre constante do Sr. Ministro Demócrito Reinaldo e não me convenci.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Aparte): V. Exa. me permite? Mas a posição do Supremo Tribunal Federal não se resume a essa manifestação do Ministro Moreira Alves, ele está exatamente calçado na jurisprudência prevalecente.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: O despacho, em si, negou provimento ao agravo de instrumento entendendo que a matéria foi colo-

cada dentro de um prisma constitucional que, ao meu ver, não será o prisma que deve ser colocado porque, no Supremo, está assentado que, em se tratando de correção monetária — o que se discute aqui é correção monetária pura, não é matéria de nível constitucional, é matéria de nível infraconstitucional.

Os argumentos aqui apresentados já foram muito discutidos nesse sentido, a respeito de que não é possível termos um ordenamento jurídico que, de qualquer maneira, é uma cultura nova dentro do ordenamento jurídico a respeito de correção monetária, onde uma determinada empresa tenha um crédito decorrente da entrada da mercadoria em seu estabelecimento e que esse crédito, mesmo escritural, mas que representa uma “moeda” que serve para compensar, se não fosse “moeda”, na expressão de **Geraldo Ataliba**, em parecer a respeito, não serviria para compensar, e que esse crédito ficasse insuscetível de qualquer correção monetária, a provocar verdadeiros desatinos.

Lembro-me de que a situação apresentada é uma situação que não está atenta para o fenômeno da realidade do que ocorre, e o Direito não pode ficar ausente dessa realidade. Aqui muito está se discutindo aquele caso em que não haja constantes operações da firma, firmas que comercializam com produtos em que não há uma rotatividade. Então, essa firma, no período inflacionário, recebe uma mercadoria por x, admite um crédito de ICMS de 17%

correspondente a 170 e só vai comercializar essa mercadoria daqui a dois anos. E essa mercadoria recebeu durante todo esse tempo a correção monetária, essa mercadoria foi atualizada e quando essa mercadoria é vendida, aquele preço de aquisição não foi corrigido, de acordo com a tese que aqui está sendo imposta, e ela terá a compensação tão-somente de 170, esse crédito aqui não foi corrigido.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Aparte): Sr. Ministro José Delgado, essa é uma homenagem às considerações que V. Exa. faz. O caso concreto diz respeito, primeiro, à declaração do próprio direito e, segundo, por consequência, à aplicação da correção monetária. Mas, se aprendi bem, toda a argumentação de V. Exa. é matemática, são cálculos.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: E o Direito não pode fugir dessa realidade.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Mas, neste particular, trata-se exatamente de um dos pontos do qual acabei me convencendo ao contrário do que, com erudição, V. Exa. sustenta. Por quê? A técnica do creditamento escritural, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade, pode ser expressa por meio de uma equação matemática. V. Exa. estabeleceu exatamente uma equação matemática, de modo que, adotando-se uma alíquota constante, como V. Exa. adotou para ilustrar os 17%, a soma das importâncias pagas pelos contribuintes nas diversas fases do ciclo eco-

nômico corresponde exatamente à aplicação dessa alíquota sobre o valor da última operação. Portanto, por ser essa operação pura matemática, devem ficar estanques quaisquer fatores econômicos ou financeiros, justamente em observância ao princípio da não-cumulatividade.

De certa feita, V. Exa. deve estar lembrado, levantadas todas as exaltações e alvíssaras a uma demonstração de equação matemática que V. Exa. fez em contrário do que naquela ocasião inauguralmente trazia o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, também me convenci. Mas, nesta adequação matemática, — porque não são estanques os momentos — qual é o resultado na última operação com a aplicação da alíquota — verifica-se que, efetivamente, não houve diminuição alguma do valor real da moeda.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Com mil pedidos de vênias, pensando aquela homenagem que sempre lhe rendo, o que faço até de joelhos, Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, as premissas que estão lançadas para a conclusão desta equação são falsas. E a matemática não pode trabalhar com premissas falsas. As premissas aí verdadeiras são duas: a do crédito e a do débito. Elas não podem caminhar diferentemente.

Exemplificando, comprei uma mercadoria por cem, no primeiro dia de março de 1990; creditei-me por cento e setenta; tenho direito a um crédito de cento e setenta. No dia 31 de março, vendi essa mercadoria com a correção monetária de

84%, que foi o índice desse mês — e o comerciante faz a sua diariamente; isso é uma realidade econômica e financeira que o Direito não pode desconhecer. Assim, o comerciante vendeu a mercadoria com 84% de aumento e teve mais o seu lucro de 30%. Então, vendeu a mercadoria por 114% a mais, por R\$ 214,00. Aplicando a esse valor os 17%, ele vai pagar R\$ 340,00 de imposto. Ou seja, ele não teve um lucro de R\$ 117,00. A diferença existente, que é o que faz a não cumulatividade, ele vai pagar tão-somente sobre o lucro que foi de apenas 30%, porque o restante é uma realidade econômica, foi apenas atualizado do valor da mercadoria. Ele está pagando ICMS sobre correção monetária. Peço mil vêniãs porque são premissas matemáticas para as quais não encontro respostas.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Mas, essas mesmas premissas são contestáveis e aqui estão. Do **quantum** simplesmente apurado pela aplicação da alíquota sobre a base de cálculo deduz-se o tributo, já recolhido em operações anteriores com aquela mercadoria ou seus componentes, produto que esteja incluído no processo da sua produção de forma direta.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Aparte): Assim, os eventuais créditos não representam o lado inverso de uma obrigação, constituem apenas um registro contábil de apuração do ICMS, visando a sua incidência na forma não cumulativa.

Agora, sim, na conclusão, para mostrar que não é falsa a premissa.

Uma vez abatido, o débito desaparece — porque ele abateu esses cento e setenta que V. Exa. falou. Não se incorpora, de forma alguma, ao patrimônio do contribuinte, ou seja, aí, do vendedor, tanto que este, ao encerrar suas atividades, não tem o direito de cobrar seus créditos não escriturados da Fazenda. Esses créditos, se já foram reduzidos, simplesmente não existem, porque não há débito correspondente.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, o sistema do encontro das duas cotas. A prevalecer essa tese, com mil pedidos de vêniãs, vamos modificar toda a nossa jurisprudência sobre a correção monetária de balanço, que também é crédito escritural e estamos aceitando em benefício do contribuinte.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Aparte): Em matéria de crédito escritural fico com medo de quem é titular de TDA. Se o crédito escritural não é corrigido, as TDA's também não o são.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Vai ser uma revolução tremenda de nossa jurisprudência. A correção monetária de balanço é ou não crédito escritural?

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Diz respeito aos elementos constitutivos do ICMS. As operações são balanço e resultados.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Aparte): Sr. Ministro José Delgado, vamos retirar a questão dos balanços, porque há uma lei específica e expressa determinando

a correção pelo BTN e estamos corrigindo pelo BTN. V. Exa. é que pretende corrigir pelo IPC. E não se trata de crédito escritural.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: É crédito escritural, Sr. Ministro, com toda vênia.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Aparte): O Sr. Ministro José Delgado está sendo unilateralista, porque são várias as motivações em razão das quais não se pode fazer a correção monetária destes créditos escriturais. A primeira delas é que o Supremo Tribunal Federal, que é o intérprete máximo da Constituição, já afirmou que a Lei de São Paulo, que é a nº 6.374/89, cujo art. 38, § 2º proíbe a correção e determina que esses créditos sejam escriturados pelo valor nominal, não afronta nem o princípio da cumulatividade nem o da isonomia.

Estamos discutindo o sexo dos anjos.

Para que se possa corrigir esses créditos seria necessário que declarássemos a inconstitucionalidade dessa lei estadual ou, pelo menos, encontrássemos na legislação uma lei ordinária ou complementar que conflitasse com a legislação do Estado, porque é de hierarquia maior no sistema tributário. Mas não existe essa lei. Então, como se pode corrigir esses créditos? Com base em quê? Não se trata de correção monetária no sentido genérico. Correção monetária, cada tipo de correção monetária, cada crédito tem um sistema de correção monetária diferente.

Ainda esta semana discutimos a questão dos desbloqueios, em que V. Exa. ficou vencido, porque queria corrigir pelo IPC os cruzados bloqueados. Cada sistema tem uma lei específica que estabelece. A lei da correção monetária é regida pelo princípio da legalidade estrita. Tem-se que obedecer o que a lei estabelece.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Correção monetária é uma realidade, Exa. O Tribunal acertou que o IPC é o melhor índice. Temos feito aqui opções em vários momentos.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Aparte): V. Exa. há de convir que em todas as vezes que sai mercadoria, todas as vezes em que se vende mercadoria em um estabelecimento qualquer, o tributo é retido no percentual de 17% pelo comerciante ou pelo industrial e ele fica com esse tributo, manuseia-o, aplica-o, investe-o na aquisição de outras mercadorias. Só vai confrontá-lo para efeito de recolhimento ou não do ICMS no período subsequente, que é depois de 30 dias. Mas ninguém conta isso. Se ele corrige o outro lado, as entradas, o Estado teria que compensar, porque ele está corrigindo duas vezes. Como o Ministro Milton Luiz Pereira acabou de dizer, ele está locupletando duplamente, porque ele vai corrigir o crédito pelas entradas e ele se locupleta dos lucros que ele tem pelas saídas.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Aparte): Não, porque o valor da mercadoria foi corrigido.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Não há correção.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Mas ninguém conta isso, se ele corrige o outro lado, as entradas, eu diria que o Estado também teria de compensar — porque ele está corrigindo duas vezes — como o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira acabou de dizer: “ele está se locupletando, duplamente”. Porque ele vai corrigir o crédito pelas entradas e se locupleta com o lucro pelas saídas.

Eu vendo este livro, qual a correção?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Aparte): Tenho duas preocupações: a primeira delas é que se o Supremo Tribunal Federal decidiu esta questão, como estamos decidindo-a aqui? Porque é constitucional. Mas se esta competência é nossa, então como o Supremo Tribunal Federal está decidindo-a?

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Aparte): Tenho inúmeros processos aqui com preliminar de não-conhecimento, porque é matéria constitucional.

Mas neste caso a matéria não é constitucional. O cidadão alega que ofendeu um artigo tal do Código Tributário.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Uma matéria não pode ser ao mesmo tempo infraconstitucional e constitucional.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Pode, perfeitamente.

Por que senão, como haveria recurso extraordinário e recurso especial?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: É por isso que é necessária a existência de dois recursos e de dois tribunais para verificar uma tese porque senão estaríamos laborando...

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Vs. Exas., o meu voto foi longo, já faz dias, o parecer de **Xavier de Albuquerque**, o parecer de **Geraldo Ataliba**, três simpósios ocorreram com mais de 100 tributaristas brasileiros, será possível que todos estejam errados a respeito?

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Mas o Supremo é o intérprete maior da Constituição. Qual a lei federal que está afrontada; Indique-me o dispositivo.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: A lei infraconstitucional que garantiu a correção monetária em face do fenômeno inflacionário.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Mas em matéria infraconstitucional somos nós. É o sistema de creditamento que está sendo afrontado. É o Código Tributário Nacional que está sendo afrontado.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O Código Tributário não fala em correção monetária.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Temos de interpretá-lo dentro de uma realidade em que haja correção.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O Código Tributário não fala sequer nesse pagamento

(inaudível) é o Decreto 405 (inaudível). Somente existe uma lei genérica quando se trata de débito judiciário.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, tivemos várias moedas circulando, eram: BTN, UPC; a moeda oficial, o Cruzado, o Cruzado Novo, Cruzeiro. Elas serviam simplesmente para expressão instantânea de um valor, no dia seguinte essa expressão já não servia, porque tínhamos a BTN diária. A moeda era, na realidade, o índice que se aplicava. Não podemos esquecer que o Cruzeiro, um mês depois, já exprimia um outro valor completamente diferente. Não é viável se conceber escritural, ou que seja se imaginar algum valor desse expresso em Cruzeiros, que tivesse a mesma expressão monetária no dia seguinte.

Tivemos a hiperinflação nesse sentido. Na verdade, não tínhamos inflação porque possuíamos uma moeda estável, que era a BTN. A União se expressou por ela.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Acompanho o voto do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, dando provimento ao recurso.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O em. Ministro Demócrito Reinaldo assim relatou a controvérsia: (lê). O em. Relator negou provimento ao recurso. E o em. Ministro Humberto Gomes de Barros

deu provimento ao recurso. Por sua vez, o em. Ministro Milton Pereira negou provimento ao recurso. E o em. Ministro José Delgado deu provimento ao recurso. Pedi vista dos autos para melhor exame do tema, que é de atualização monetária de créditos extemporâneos do ICMS. Contudo, analisando de perto os votos proferidos, convenci-me do acerto do entendimento defendido pelos eminentes Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira. Com efeito, do voto do em. Ministro Demócrito Reinaldo destaco este tópico decisivo para o desfecho da questão:

“O STF vem, reiteradamente, decidindo que, correção monetária de imposto, é matéria tributária. E, cabendo aos Estados instituir tributos, compete-lhes, pelo princípio da autonomia, instituir a correção monetária, inclusive indicando o índice ou o fator de correção. A Lei Estadual 6.747/89, art. 58, determina que os saldos sejam escriturados pelo valor *nominal*. Não determinou que correção monetária se fizesse, usando, portanto, de sua competência exclusiva, que, segundo a jurisprudência do STF não pode ser usurpada pela União, mediante edição de Lei Federal. Resta, assim, para que seja determinada a correção desses saldos credores, a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual, que impede a atualização. E isso é impossível na fase do especial.

Por último, não se pode argumentar, para possibilitar a correção,

com os preceitos da Lei nº 6.899/85, eis que ela só se refere à correção de débitos judiciais, não se aplicando aos tributos, que têm disciplina própria.”

Pelo exposto, acompanho o relator para negar provimento ao recurso pedindo subida vênia aos que votaram em sentido contrário.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 80.093 — AP
(Registro nº 95.0060965-7)

Relator: *O Sr. Ministro José Delgado*

Recorrente: *Jari Celulose S/A*

Recorrido: *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA*

Advogados: *Drs. Luiz Carlos de Carvalho Ribeiro Viegas e outros, e Sebastião Azevedo e outros*

Sustentação Oral: *Dr. Luiz Carlos de Carvalho Ribeiro Viegas, pelo recorrente*

EMENTA: *Processual Civil. Interpretação do art. 219 e §§ do CPC.*

1 — “Este Tribunal assentou na Súmula nº 106, do STJ, que “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência”.

2 — No Direito Processual Civil Contemporâneo o impulso do processo é dever do Juiz.

3 — Se a parte não contribuiu, por não cumprir ato fundamental para se iniciar a relação processual buscada, não pode ser penalizada com a decretação da prescrição ou decadência.

4 — Não cabe em Recurso Especial o simples reexame de prova (Súmula nº 07, deste Tribunal).

5 — Recurso improvido”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade

dos votos e notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso. Vencidos os Srs. Ministros José de Jesus Filho e Demócrito Reinaldo. Participaram do julgamento os Srs. Ministros José

de Jesus Filho, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Brasília, 17 de junho de 1996 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Jari Celulose S/A interpõe o presente Recurso Especial (fls. 187/207), com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O acórdão impugnado decidiu que, na desapropriação por interesse social, disciplinada pela Lei 4.132/62, a simples protocolização da petição inicial obsta a caducidade do decreto expropriatório, independentemente da citação do expropriado.

A recorrente sustenta violação aos artigos 219, 220 e 263 do CPC, bem como divergência jurisprudencial.

O IBAMA, parte recorrida, apresentou contra-razões (fls. 274/278).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Ao julgar o REsp nº 85.557-AP, entre partes e assunto

idênticos aos presentes no apelo extremo ora examinado, pronuncie voto que passo a transcrever, por manter os seus fundamentos, como razão de decidir:

“Insurgindo-se contra a decisão refletida na ementa registrada no relatório, apontou a Recorrente negativa de vigência aos arts. 219, 220 e 263, do Código de Processo Civil, forte no entendimento de que a “Construção pretoriana abrandou o rigor do § 4º do art. 219, supracitado, criando a figura do obstáculo inerente ao mecanismo da Justiça”. Mas isto não quer dizer que estejam afastadas as regras do art. 219, especialmente os seus §§ 2º e 3º...”.

Em complementação aos fundamentos inspiradores do especial, alegou, ainda, a Recorrente: “Isto é, a Lei estabeleceu uma condição, um requisito formal, **ad solemnitatem** que predomina sobre o fundo, condição mesmo da eficácia da prorrogação, da liceidade da prorrogação. Sem requerimento não haverá prorrogação. O juiz não poderá concedê-la licitamente de ofício. Nem mesmo tolerá-la. Ora, como se vê dos autos, em momento algum o autor, ora recorrido, requereu essa prorrogação. Apesar de ser presumível a impossibilidade material de ser a citação feita dentro do prazo de 10 dias fixado no § 2º do artigo 219 do C.P.C.” (fl. 184). Quanto ao art. 263 do CPC, alega que “assim onde houver apenas *uma vara*, como é o caso da Seção Judiciária do Amapá, *só o*

despacho do juiz será eficaz para interromper a prescrição ou impedir que se consuma a decadência ... Nestes autos não chegou a ser prolatado o despacho ordenatório da citação, tantos foram os obstáculos opostos ao andamento do feito *pelo próprio autor*. Oito meses depois de *haver sido a inicial entregue na justiça estadual*, a recorrente, ao saber por notícia de jornal da existência do processo, veio a juízo e deu-se por citada (fl. ...) ...” De outro lado argúi a recorrente, como já o vem fazendo desde a contestação e por último nos embargos de declaração que o fato de ter sido a inicial desta ação entregue no dia 11 de março de 1992 (se é que o foi realmente no dia 11) não permite que a tenhamos como protocolada antes de operada a decadência da ação porque a *Justiça Estadual onde foi feita a entrega* era e é absolutamente incompetente para dela conhecer.”

A consumação da decadência para o ato expropriatório foi defendida pela recorrente com as razões seguintes:

“Observe-se que a inicial é datada de 11 de março de 1992, antevéspera do dia em que se operaria a decadência, na forma do estabelecido no art. 3º da Lei nº 4.132/62. Não obstante, pediu o autor, ora recorrido, pela ordem, a emissão de guia para depósito de quantia ofertada, mandado de imissão liminar na posse do imóvel desapropriado, mandado para o

oficial do registro de imóveis cancelar a matrícula em nome da recorrente (**sic**) e matriculá-lo em nome do IBAMA (pedido impossível por falta de amparo legal, cabe dizer) e *depois de cumpridos os mandados* de imissão de posse e de matrícula (**sic**) fosse citada a ré”. Ora, em sã consciência não poderia o autor, ora recorrido, esperar que todas essas medidas se executassem dentro do prazo de 10 dias” (fls. 185). “De outro lado argúi a recorrente, como já o vem fazendo desde a contestação e por último nos embargos de declaração que o fato de ter sido a inicial desta ação entregue no dia 11 de março de 1992 (se é que o foi realmente no dia 11) não permite que a tenhamos como protocolada antes de operada a decadência da ação porque a *justiça estadual onde foi feita a entrega* era e é absolutamente incompetente para dela conhecer”. “No caso em questão esta ação não foi registrada na Justiça Estadual, nem poderia sê-lo ante expressa proibição, constante da Portaria nº 04/91 do Desembargador Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Amapá, publicado no Diário Oficial do dia 29 de outubro de 1991, às páginas 11/12 (cf. fls. 173/174)” (fl. 188).”

É manifesto que, não obstante ter a Recorrente prequestionado a matéria, o exame da concretização da decadência está vincula-

do aos fatos presentes na demanda.

O acórdão recorrido assentou, em decorrência do exame feito da prova, que, em 11 de março de 1992, o expropriante ingressou com a ação desapropriatória, dando, assim, início à efetivação da desapropriação.

A seguir, argumentou o eminente relator, Juiz Tourinho Neto, que:

“Ao juiz cabe dar impulso ao processo. Se não despacha determinando a citação, a culpa não pode ser imputada ao autor. A ação, **in casu**, foi ajuizada dentro do prazo de dois anos.

Não é só a demora na efetivação da citação que impede que a decadência se consume. Igual impedimento ocorre quando o juiz demora de proferir o despacho determinando a citação. Note-se que a ação foi proposta perante o Juízo Federal da Seção Judiciária do Amapá.

Atente-se, outrossim, que, antes de determinar a citação, o juiz ordenou a expedição de guia para depósito da quantia ofertada.

A Seção Judiciária do Estado do Amapá foi instalada em 22 de maio de 1992. É certo que, antes, este Tribunal designou um juiz para assumir a jurisdição federal naquele Estado. Mas a situação era caótica. Tan-

to era que o Cartório da Justiça Estadual recebeu a petição (v. fl. 258), apesar de endereçada ao Juiz Federal. Não havia, nessa ocasião, sequer Secretaria da Vara Federal.”

Impossível, em sede de recurso especial, se renovar a investigação sobre a prova. No juízo de valor expedido pelo segundo grau, caracterizado está que, em face da análise dos fatos, a ação foi proposta em 11 de março de 1992, portanto, um dia antes de se consumir o prazo decadencial do art. 3º da Lei nº 4.132, de 1962.

Outro ponto decidido, unicamente, com base na prova depositada nos autos, foi o referente se a inicial foi entregue na Justiça Estadual ou na Federal. Essa questão foi abordada na apelação e confirmada nos embargos.

Tanto em uma situação, como em outra, incide a Súmula nº 07, deste Tribunal:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Examino, agora, o recurso sob o fundamento da letra **c**, III, art. 105, C.F.

O acórdão recorrido sustenta a tese de que a demora em ser determinada a citação pelo juiz, a quem cabe dar impulso ao processo, não pode impor ônus ao autor, se a ação foi intentada dentro do prazo, no caso, de dois anos.

O primeiro julgado apresentado como divergente aponta no sentido de que “citação determinada no último dia do prazo legal, mas efetivada somente trinta dias após, sem nenhuma manifestação do autor no sentido de obter a prorrogação do prazo para a prática daquele ato”, provoca “ofensa manifesta ao art. 219, § 2º, do CPC e ao Decreto 24.150/34”.

Ora, não há similitude entre a decisão recorrida e esse acórdão apresentado como divergente. Na primeira, houve demora do juiz em determinar a citação. Na segunda, a citação foi ordenada. A tardança foi quanto aos meios para a sua efetivação.

O segundo acórdão tido como contendo decisão contrária ao Recorrido, além de tratar de ação rescisória, também parte do fato de que a citação foi ordenada e a demora ocorreu sem que o autor requeresse a prorrogação de que fala o § 3º do art. 219 do CPC.

Ora, na espécie examinada, a demora no deferimento da citação e a sua efetivação decorreram de fatos não causados pela parte autora. É de se aplicar à espécie a Súmula nº 106 deste Tribunal:

“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhi-

mento da arguição de prescrição ou de decadência.”

Esta Súmula veio confirmar o mesmo entendimento da Súmula nº 78 do Tribunal Federal de Recursos.

Só não se aplica a referida Súmula se a citação não é determinada ou não ocorre no prazo, por culpa do autor, isto é, se deixa de cumprir diligência essencial ordenada pelo juiz ou demora, injustificadamente, para fazer o depósito das quantias exigíveis para a efetivação de diligência.”

Acrescento, também, que tenho como de acordo com o ordenamento jurídico as razões desenvolvidas no voto do eminente relator Juiz Fernando Gonçalves, do teor seguinte (fls. 163/165):

De acordo com a letra do art. 3º, da Lei nº 4.132, de 1962, o expropriante tem o prazo de 02 anos, a partir do decreto, para efetivar a desapropriação, sob pena de caducidade, consoante assevera o STF — RDA 164/367.

A expropriatória, tendo em vista que o Decreto nº 99.145 está datado de 12 de março de 1990, foi proposta (entregue à distribuição) no dia 11 de março de 1992, dentro, portanto, do prazo legal de 02 anos, pois, em matéria de desapropriação basta a simples distribuição da inicial, para que não se opere a decadência, consoante decidiu o TFR, no julgamento da AC nº 75.510/AC, Rela-

tor o Ministro Pádua Ribeiro, **in verbis**:

“Desapropriação — Caducidade. Indenização, Fixação.

I — O ajuizamento da inicial obsta a caducidade do decreto de expropriação, não importando a data da citação do expropriado.

Inteligência do art. 10, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

II — Indenização: fixação de acordo com o laudo oficial, à falta de outros elementos de convicção.”

É irrelevante, na espécie, o problema da citação. Ademais, a inicial consigna expressamente o pedido de chamamento do expropriado, que não se efetivou porque o MM. Juiz **a quo** determinou o depósito da oferta e a imissão **initio litis**. Após esta providência, espontaneamente, o expropriado compareceu aos autos, apresentando defesa.

Não houve, assim, qualquer atitude do expropriante no sentido de procrastinar o feito. Apenas, a mecânica imposta à expropriatória, cumulada com os naturais e inarredáveis entraves burocráticos próprios da Administração Pública, impediram a pronta e expedita citação do desapropriado. Não havendo culpa — provada — do Poder Público, não há que se falar em caducidade do decreto. A propósito, de inteira pertinência os arrestos colacionados pelo apelante, (contrariamen-

te daqueles oferecidos pelo apelado, referentes à ação rescisória e não à desapropriação), dentre os quais, menciono:

“Tratando-se de decadência, em que se estabelece o prazo para exercício de um direito, basta a ocorrência do ato relevador desse exercício para impedir a sua perda. Assim apresentada, no protocolo do Juízo, a petição inicial da ação de desapropriação, tem-se como obstada a caducidade do Decreto expropriatório, a menos que se revele a entidade expropriante omissa, dando causa ao retardamento do despacho de citação ou de sua execução.” (Ag 004.716 — TFR — DJ 26.09.85 — Relator o Ministro Carlos Mário Velloso).

Também o Eg. STF, no julgamento do RE 83.979/RJ, do qual foi Relator o Ministro Cordeiro Guerra, enfatizou que a “distribuição da inicial da ação na véspera de consumir-se a decadência, impede a declaração de carência da ação, sob pena de restringir-se o prazo previsto para a sua propositura...”. Por fim, esta Turma, no julgamento da AC nº 93.01.17098-1/AP, em hipótese rigorosamente idêntica, pelo voto do Juiz Tourinho Neto, deu provimento ao recurso do IBAMA para determinar o prosseguimento da desapropriação. Desta forma, apoiado nos diversos precedentes existentes acerca da matéria, dou provimento à apelação para que

o processo expropriatório prossiga em seus ulteriores de direito.”

Não havendo nenhum motivo superveniente para modificar o meu entendimento, nego, em consequência, provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, é evidente que o IBAMA deixou para o último dia, para a última hora, o ajuizamento da ação expropriatória para interromper o prazo fatal, o que faz com que ele perca a oportunidade de fazê-lo. Quando isso ocorre, o que deve fazer o órgão expropriante? Deve buscar, onde estiver, o Juiz para despachar essa petição inicial. Ainda mais tratando-se da hipótese do Amapá, se é que estava sem Juiz, em fase de instalação de varas, isso deveria ter sido feito com antecedência maior, ou seja, ido ao encontro do Juiz que estivesse respondendo pela Seção Judiciária. No outro processo, vi o memorial que dizia isso. Houve o depoimento da Juíza Eliana Calmon, que participou da instalação da Vara Federal, dizendo que havia o Juiz respondendo. Esse Juiz deveria ter despachado.

Dirijo do Sr. Ministro José Delgado, quando S. Exa. diz que há uma série de providências preliminares antes que o Juiz despache mandando citar. O art. 14 da Lei de Desapropriação está em absoluta sintonia com o art. 219. O art. 219

diz que a citação é válida, isto é, interrompe a prescrição. O art. 14 da Lei de Desapropriação diz o seguinte: (lê)

“Ao despachar a inicial, o Juiz designará perito, sempre que possível, um técnico para proceder à avaliação. O autor ou o réu poderá indicar ciência.”

O art. 15 diz o seguinte: (lê)

“Se o expropriante alegar urgência e depositar a quantia arbitrada, em conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o Juiz mandará imitir provisoriamente na posse. A imissão na posse...”

Depois manda citar. A citação, art. 18: (lê)

“Far-se-á na forma dos arts. 16 e 18.”

O art. 16 cuida da citação: (lê)

“Far-se-á por mandado...”

Ocorre que nada disso se fez, Ministro José Delgado. Nessas providências, por exemplo, não foi pedido urgência. Ajuizaram, não depositaram, só foram depositar em junho; depois que o Juiz mandou depositar.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Foi feito o pedido dessas fases.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Exato. Mas a necessi-

dade de expropriar o bem, de garantir a sua expropriação, estava evidentemente presa a uma situação: o despacho inicial para interromper a prescrição. Isso não se fez. Ajuizou-se pensando que o ajuizamento interrompe a prescrição, mas não interrompe. **Data venia**, entendo que não interrompe a prescrição ou a decadência do direito de ajuizar a ação expropriatória. Se foi no último dia, não pegou o despacho do Juiz; não se deu a interrupção do prazo. Conseqüentemente, não podia mais o IBAMA prosseguir na desapropriação como o fez, até porque somente a parte, se dá por citada, ciente de que havia em andamento um processo expropriatório. Se não o fizesse, ficaria ainda um ano ou dois na posse, porque não havia despacho do Juiz, não havia mandado de citação. Então, nesse período, a meu sentir, ocorreu o fenômeno da decadência do direito de expropriar o imóvel, objeto dessa ação. Por isso o Dr. Advogado disse que esse caso seria diferente do outro. O outro não tinha indícios mais veementes de interrupção.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Com a devida vênia, esse caso é idêntico ao outro. Nesse caso não há nenhuma diferença. Já verifiquei, consultei e confrontei.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Então, acredito que tenhamos cometido uma injustiça no outro caso.

O DR. LUIZ CARLOS DE CARVALHO RIBEIRO VIEGAS (Advogado): V. Exa. me permite um esclarecimento de fato? Quando digo

que é diferente, é porque o enfoque, no último julgamento...

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): O nobre Advogado apenas variou de tese, mas o caso é idêntico.

O DR. LUIZ CARLOS DE CARVALHO RIBEIRO VIEGAS (Advogado): A tese é a mesma que venho defendendo desde o começo, arts. 220 e 219. Foram os dois artigos em que me fundei para fazer o recurso. Tudo o mais que disse no recurso foi para defender, demonstrar, com a **data maxima venia**, com inteira clareza, que houve a mais total desídia do IBAMA, do expropriante, desde o começo. Outro ponto que gostaria de dizer é o seguinte: eles não declararam urgência na imissão da posse, a urgência da desapropriação, nem poderiam, porque desapropriaram no último dia do prazo.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): O caso da urgência não está sendo discutido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, entendo que o órgão público deveria ter cuidado melhor dos interesses expropriatórios, propondo, em tempo hábil, colhendo assinatura do Juízo, o despacho inicial, para isso dispõe de meios. E havia um Juiz respondendo pela Seção Judiciária — e isso eu vi na discussão, no outro processo que tive vista, travada no Regional, onde a Juíza Dra. Eliana Calmon disse ao Juiz Dr. Nelson Gomes da Silva que participou da instalação da Vara da Seção Judiciária e que havia um Juiz respondendo, antes da instalação, pelo expe-

diente da Seção Judiciária. É impossível que o IBAMA não conhecesse essa situação. Se havia um Juiz respondendo pelo expediente e, à última hora, na véspera, que ocorrera a decadência do direito, foi ajuizada a expropriatória, é evidente que deveria, no dia seguinte, quando muito, procurar esse Juízo, onde estivesse, para dar o despacho inicial. Ajuizaram na Justiça Estadual. Cometeu um erro ainda maior. Havendo um Juiz respondendo, deveria ajuizar onde estivesse sendo despachado o expediente da Justiça Federal. Por essa razão, pedindo muitas vênias ao Eminentíssimo Ministro José Delgado — se é idêntico ao anterior, cometemos um grande erro no julgamento, é o momento de penitenciar. Peço permissão a S. Exa. para me refazer, no voto anterior, já que a matéria é igual, e confio na sua informação.

Peço vênias para dar provimento ao recurso.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Com as muitas homenagens, estou cada vez mais convicto de que a decisão anterior estava absolutamente correta.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, peço licença ao Eminentíssimo Ministro José Delgado para acompanhar o Ministro José de Jesus Filho.

A Lei de Desapropriação, no art. 16, apenas, faz referência à citação e afirma que deva ser feita por man-

dato, e indica quais as pessoas que ela deva recair. No mais, há que se aplicar, em relação à citação, na ação de desapropriação, o Código de Processo Civil. No caso, os arts. 219 e seus parágrafos e 220.

Na hipótese, como o próprio Eminentíssimo Ministro José Delgado afirmou, não foi realizada nenhuma das providências previstas nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 219 do Código de Processo Civil. Nem o Juiz despachou determinando a citação da parte ré, nem o autor providenciou a citação, no prazo dos dez dias subsequentes, e nem foi requerida a prorrogação, para efeito da efetivação do chamamento das partes, com o fim de integrar a relação processual. Portanto, nesta hipótese, a decadência não foi interrompida, mesmo porque, com base no parágrafo 1º do art. 219, esse despacho não existia. A interrupção da decadência se verificou com a citação, que foi efetivamente realizada, de acordo com o que dispõe o art. 219 do Código de Processo Civil.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Aparte): V. Exa., me permite. Estaria interrompida essa decadência se tivesse o IBAMA procedido na forma dos parágrafos e do art. 219, que diz: (lê)

“Prorrogado o prazo retroage a data do ajuizamento da ação”.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Para responder às objeções da Eminentíssima Subprocuradora-Geral da República ...

Dispõe o art. 220 do CPC:

“O disposto no artigo anterior aplica-se a todos os prazos extintivos previstos na lei”.

A Jurisprudência diz, art. 220, trazida por **Theotônio Negrão**, JTA 92, pág. 91: (lê)

“Inclusive, portanto, há o prazo(**Theotônio Negrão**, Código de Processo Civil)”.

Com essas considerações e com a devida vênia do Eminentíssimo Ministro-Relator, considero que, na hipótese, só houve interrupção da decadência quando se efetivou a citação, de conformidade com o disposto na cabeça do art. 219 do Código de Processo Civil e acompanho o eminentíssimo Ministro José de Jesus Filho, conhecendo do recurso pela letra **a** e dando-lhe provimento, para considerar ação de desapropriação caduca, no momento em que ela foi proposta.

É como voto.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Srs. Minis-

tros, trata-se de questão referente a Jari-Celulose.

Já me pronunciei a propósito deste tema acompanhando o voto do Sr. Ministro José Delgado, Relator, que foi resumido nestes termos: (lê)

“Este Tribunal assentou na Súmula nº 7 do Tribunal.”

O Sr. Ministro José Delgado, em seu voto, transcreve voto precedente que não conhece do recurso, entendendo que se discute matéria de fato.

Pedi vista dos autos porque, em matéria semelhante, havia me pronunciado em outro sentido.

Leio o voto condutor do acórdão do nosso quase Ministro Fernando Gonçalves, que está posto nestes termos: (lê)

“De acordo com o art. 3º dou provimento à apelação.”

Pedindo vênias aos que divergem, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator negando provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 85.986 — SP (Registro nº 96.0002649-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Delgado*

Recorrente: *Cooperativa de Produtores de Cana, Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo Ltda. — COPERSUCAR*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Walter Gazzano dos Santos Filho e outros, e Paulo de Tarso Neri e outros*

Sustentação Oral: *Dr. Walter Gazzano dos Santos Filho, pela recorrente*

EMENTA: *Tributário. ICMS. Entrada e saída de cana-de-açúcar. Exportação. Cooperativas. Base de cálculo para recolhimento do ICMS diferido fixada em portaria. RICMS do Estado de São Paulo.*

1. Não encontra amparo jurídico a pretensão do Fisco em exigir a cobrança do ICMS de cana-de-açúcar aplicada em produtos industrializados (álcool e açúcar) e exportados para o exterior por Cooperativas que, em razão da mercadoria lhe ter sido remetida por cooperados com diferimento do imposto, assumiram, como substituto tributário, a responsabilidade pelo recolhimento do tributo, tendo como base de cálculo o valor fixado para cada saca de açúcar ou quantidade de álcool, mediante Portaria e para fins de exportação, por órgão federal.

2. A base de cálculo para a cobrança do ICMS deve ser a prevista em lei, no caso, o valor da operação mercantil ocorrida, isto é, a celebrada entre fornecedores e cooperados e devidamente registrada nos livros contábeis da empresa, nos termos do que determina o art. 2º, do Decreto-Lei nº 406/68, reiterado pelo item III, do art. 4º, do Convênio 66/88.

3. A relação fisco-contribuinte deve se desenvolver sob a mais ampla proteção de segurança jurídica, o que só é alcançado com o absoluto respeito ao princípio da legalidade tributária.

4. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus Filho e Milton Luiz Pereira.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 26 de junho de 1997 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

Publicado no DJ de 24-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: A Cooperativa dos Produtores de Cana, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo (COPERSUCAR) interpõe o presente Recurso Especial (fls. 543/552), com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela 14ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 510):

“Ilegitimidade de parte. Ativa. Inocorrência. Autora que ajuizou a presente segurança em benefício e em nome próprio, na qualidade de responsável pelo recolhimento do ICMS diferido, como substituta tributária. Inteligência do artigo 8º, X, Lei 6.374/89, artigo 26 do Convênio 66/88 e artigo 294, caput, e seu § 2º do RICMS. Preliminar rejeitada.

ICMS. Cana-de-açúcar em caule. Exigência do imposto com base no valor da cana-de-açúcar fixado por órgãos oficiais. Admissibilidade. Valor calculado tendo em vista o rendimento dessa matéria-prima nos produtos industrializados. Inocorrência de pauta fiscal ou de qualquer outra preterminação do valor da operação por conduta unilateral e discricionária do fisco. Segurança denegada, cassada a liminar. Recurso provido.

O ICMS, tal qual é exigido, incide com base no valor da cana-de-açúcar fixado por órgãos oficiais (valor, portanto, também oficial

e não valor sujeito a oscilações da lei da oferta e da procura do livre mercado) e é calculado tendo em vista o rendimento dessa matéria-prima nos produtos industrializados: a produção de álcool ou de açúcar obtida de cada tonelada de cana em caule. Vale dizer, o ICMS incide apenas na cana em caule que se transformou no produto industrializado, critério informado pela lógica”.

A Recorrente aduz violação aos artigos 2º, I, do DL nº 406/68 e 148 do CTN, suscitando, ainda, dissídio jurisprudencial. Alega, em síntese, que o procedimento fazendário adotado está reeditando o regime de pautas fiscais, repudiado pela jurisprudência face à sua inconstitucionalidade.

A Recorrida aduz, em contra-razões (fls. 673/682), sinteticamente, que o regime a que está submetida a Recorrente não tem nada a ver com a chamada pauta fiscal, que a seu ver não pode ser confundida com o de substituição tributária, que é absolutamente legal e constitucional.

Consta dos autos a interposição de Recurso Extraordinário (fls. 531/540) por parte da ora recorrente, devidamente contra-arrazoado (fls. 662/671).

Às folhas 684/687, parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo, opinando no sentido de que seja negado seguimento ao apelo extraordinário e que seja deferido seguimento ao Recurso Especial somente pela letra **c** do permissivo constitucional.

Admitido o processamento de ambos os apelos perpetrados por força do despacho (fls. 689/690) do Exmo. Sr. Desembargador Lair da Silva Loureiro, em substituição ao 4º Vice-Presidente do TJSP, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Reconheço como íntegros os pressupostos de admissibilidade do presente Especial, tanto pela letra **a**, como pela letra **c**. Em ambas as situações, a Recorrente bem posicionou a sua pretensão e atendeu aos reclamos regimentais relativos à divergência jurisprudencial.

No tocante ao mérito, destaco, em plano que entendo preferencial, a defesa que a Fazenda do Estado de São Paulo desenvolve em prol da manutenção do acórdão recorrido, sob a alegação de que não se trata, na espécie, como bem explorado pela Recorrente, de cobrança de ICMS com base em pauta fiscal.

Na linha desse entendimento, alega a Fazenda do Estado recorrido:

“A d. sentença, confirmada pelo acórdão recorrido, merece subsistir integralmente, pois bem aplicou o direito ao caso concreto, senão vejamos:

‘Inicialmente, deve ser aqui precisado que o regime a que está submetida a impetrante,

ora apelante, nada tem a ver com a chamada “pauta fiscal”, que, data máxima vênia, não pode ser confundido com o regime de substituição tributária, que é absolutamente legal, constitucional e plenamente aprovado por nossa jurisprudência.

Mas, mesmo que assim não fosse, evidentemente que só se justificaria uma ação judicial contra a adoção do sistema de “pauta fiscal”, que, repita-se, não é o caso, se os valores nele fixados fossem diversos dos reais, portanto, por qualquer modo que se analise a questão, verifica-se que somente através de um procedimento que permitisse instrução probatória, seria, de qualquer modo possível a discussão ora apresentada.

De fato, a recorrente está absolutamente equivocada em seu raciocínio, ao dizer que a Portaria CAT 25, de 31.05.89 estaria determinando a aplicação de pauta fiscal, ou seja, estaria presumindo a base de cálculo, não levando em consideração o efetivo valor da operação na qual incide o ICMS, pelo simples fato de que o Fisco está lhe exigindo o recolhimento do ICMS com base no preço do litro do álcool e na saca de 50 Kg de açúcar, ou seja, no valor da exportação.

Ora, essa afirmação equívoca deve ser desde logo desprestigiada. O ICMS incidente sobre a operação de venda de ca-

na-de-açúcar tem por base de cálculo o valor dessa operação e apesar do diferimento conferido pela lei estadual, cujo lançamento, no presente caso, está se identificando sob o aspecto temporal, com a remessa de açúcar e álcool para o exterior, deve ficar bem claro que o preço de exportação não se confunde com a base de cálculo da operação cujo fato gerador ocorreu em período pretérito e cujo pagamento do imposto foi diferido para o futuro.

De fato, são operações diversas, e em nenhum momento o Fisco Estadual está exigindo o ICMS incidente sobre a operação de venda da cana do fornecedor ao industrial pelo valor da exportação. Inexiste prova desse fato nos autos, e nem poderia uma vez que tal assertiva é absurda.”

Fixados tais argumentos do Estado recorrido, todos homenageados pela sentença de primeiro grau e pelo acórdão ora questionado, examino os seus reflexos no presente Recurso Especial.

Inicialmente, colha-se a descrição feita pela empresa recorrente, em sua petição inicial, sobre a situação fática que deu origem à situação jurídica agora discutida.

Na referida peça inaugural está assentado que:

“No período de dezembro de 1993 a Impetrante importou açú-

car e álcool oriundos de cana-de-açúcar, como comprovam as anexas guias de exportação (docs. j.).

Tais produtos foram industrializados pelas cooperadas indicadas na relação anexa, que os remeteram com diferimento do ICMS relativo às aquisições feitas a fornecedores de cana-de-açúcar, assumindo a impetrante a posição de substituta tributária desse imposto (Conv. 66/88, art. 26, Lei n. 6.374/89, art. 8º, X, e RICMS, art. 11, X e art. 294).

Os bens exportados são produtos industrializados e, como tal, imunes ao ICMS, razão pela qual a legislação estabelece a obrigação de recolhimento do imposto relativo à cana por ocorrer a interrupção do diferimento (art. 313 do RICMS).

Considerando que o ICMS exigido ao ensejo da exportação refere-se à operação de aquisição de cana, é imperioso que sua base de cálculo seja o valor dessa operação, celebrada entre fornecedores e cooperados e devidamente registradas nos registros contábeis dessas, nos termos do que já determinava o art. 2º, do Decreto-Lei nº 406/68, reiterado pelo item III do art. 4º do Convênio 66/88.

No entanto, de forma incompatível com a legislação tributária aplicável, ao invés de se exigir da impetrante o recolhimento do ICMS calculado com base no valor da operação de aquisição de cana-de-açúcar, pretende-se da Peticionária o recolhimento do imposto referente às operações

de exportação efetuadas em dezembro de 1993, com base no preço da saca de 50 kg de açúcar e do litro de álcool fixados por Portarias do Secretário Executivo do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento em vigor à época da saída (doc. j.).

A exigência supra-referida apóia-se nos termos constantes da Portaria CAT n. 25, de 31.05.89 (doc. j.).”

Como observado, as partes litigantes não divergem sobre o regime de substituição tributária a que está sujeita a impetrante. O ponto da discórdia está, apenas, na base de cálculo determinada para apuração do ICMS devido.

Torna-se necessário, como contribuição para a firmação do meu convencimento a respeito do tema, uma análise das normas legais que regem a relação jurídico-tributária aqui discutida.

Encontro nos autos elementos que me permitem afirmar que a Recorrente é sujeito passivo, por substituição tributária, nos termos do art. 11, X, do RICMS do Estado de São Paulo, do negócio jurídico já identificado. O referido dispositivo assim dispõe:

“Artigo 11 — São sujeitos passivos por substituição:

.....
X — a cooperativa situada neste Estado, relativamente ao imposto devido na saída de mercadoria

que lhe for destinada por produtor que dela fizer parte, observado, especialmente, o disposto no artigo 294;....”

O artigo 294, por último referido, assim determina:

“O lançamento do imposto incidente na saída de mercadoria, promovida por produtor com destino a estabelecimento de cooperativa de que fizer parte, situado neste Estado, fica diferido para o momento em que ocorrer a subsequente saída da mercadoria.

Parágrafo 2º: — O lançamento do imposto far-se-á no momento em que ocorrer a última saída promovida por estabelecimento mencionado no parágrafo anterior.”

Verifica-se, da análise dos dispositivos regulamentares acima citados, que, apenas o lançamento do imposto incidente na saída de mercadoria, promovida por produtor com destino a estabelecimento de cooperativa de que fizer parte, situado no Estado de São Paulo, fica diferido para o momento em que ocorrer a subsequente saída da mercadoria, ou, como melhor explica o parágrafo segundo do artigo 294, o lançamento do imposto será feito no instante em que ocorrer a última saída promovida por estabelecimento tipo cooperativa.

Não há, ao meu pensar, que se entender a expressão “lançamento do imposto incidente na saída de mercadoria” como sendo mais uma espécie de fato gerador ou de hipó-

tese de incidência (**Geraldo Ataliba** e adeptos) do ICMS, como pretende a Fazenda do Estado de São Paulo.

A conclusão a que chego é que o Fisco paulista, na espécie, pretende, utilizando de simples presunção consubstanciada em Portaria, exigir ICMS da impetrante nas operações já assinaladas.

O princípio da legalidade tributária não apóia esse tipo de procedimento. Valores prefixados que não representam a realidade da operação comercial provocadora da incidência do tributo, tendo como base Portarias sem qualquer vinculação com norma legal, não prestigiam a segurança jurídica que deve sempre realçar as relações entre Fisco e contribuinte, toda ela, tanto para o particular, como para o Poder Público, de modo ineludível, vinculada à lei, por imperativo constitucional.

Assinala com propriedade, a Recorrente, de que o sistema adotado pelo Estado de São Paulo, no caso em exame, é uma reedição do regime de pauta fiscal, tantas vezes repelida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Julgados deste Tribunal têm apreciado a matéria em situações que, embora não idênticas à que ora se aprecia, têm, contudo, perfeita sintonia.

Relembro, assim, voto da lavra do eminente Ministro Milton Luiz Pereira, no REsp nº 7.096-0, São Paulo, ementa in DJU de 27.06.1994, onde destaca posicionamentos dos Exmos. Srs. Ministros Cesar Asfor

Rocha e Demócrito Reinaldo, além de julgados da Segunda Turma, do teor seguinte:

“O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): No julgamento preliminar, ultrapassada a fase do conhecimento, para compreensão da questão jurídica de mérito, comemoro que, em execução fiscal, improcedentes os embargos, o v. acórdão ditou:

omissis

“4. A apelada pretende cobrar o ICM não com base no valor da operação de aquisição de cana feita aos produtores mas sim no valor da saída da mercadoria, o álcool.

Anote-se que esta Câmara apreciou a questão posta nestes autos nas Apelações nºs 106.574-2, 118.892-2 e 137.615-2; a primeira delas, relatada pelo Des. Reynaldo Ayrosa, encontrada na RJTJESP, 105/119, bem como na RT, 618/80. E nesta a ementa é a seguinte:

“A base de cálculo do ICM incidente sobre a aquisição de cana-de-açúcar em caule por usina de álcool há de ser, necessariamente, o valor da operação, da compra, vale dizer, de que decorrer a saída da mercadoria, nos termos do disposto nos arts. 1º, I e 2º, I, do Decreto-Lei nº 406/68, sendo inconstitucional a portaria que fixa tal base em razão do número de álcool produzido”.

O segundo acórdão foi relatado pelo Des. Pinto de Sampaio (cf. RJTJESP, 108/125) e o terceiro do Relator do presente, e todos no mesmo sentido.

Ora, ao exigir a incidência de ICM sobre o álcool produzido pela Usina há infringência às regras insertas no art. 2º, inciso I do Decreto-Lei nº 406/68 e art. 148 do Código Tributário Nacional, bem como no art. 200 do RICM.

Assim, a base de cálculo é a primeira operação; nesse sentido também o acórdão relatado pelo Des. Luiz Tâmbara.

Essas as razões por que não merece subsistir a r. sentença.” (fls. 168 e 169)

A Fazenda Estadual, rejeitados os Embargos Infringentes, articulou recurso (art. 105, III, a, C.F.), argumentando que houve negativa de vigência de lei federal (Lei Complementar nº 24/75; Convênio ICM 12/80), pleiteando o provimento,

“... para o fim de ser cassado o v. acórdão guerreado e, por via de consequência, denegar a segurança podendo o fisco livremente cobrar o imposto a que tem direito sobre o produto já industrializado, como lhe faculta a lei e os convênios que regulam essas operações mercantis.” (fl. 210)

É bom atizar que a parte contribuinte almeja o reconhecimento

do direito de tomar como *base de cálculo* o valor da operação algemada à aquisição da cana-de-açúcar feita diretamente da fonte produtora, conforme valores contabilizados regularmente (art. 97, IV, CTN —, Dec. 406/68, art. 2º —; Lei Estadual 440/74, art. 19, I).

À sua vez, a Fazenda socorreu-se do Convênio ICM 12/80 (Lei Complementar 24/75).

Conquanto os fundamentos da irresignação fazendária revelem lúcido conteúdo, a questão já foi examinada e resolvida em seu desfavor, como bem testifica o REsp 12.250-0-SP, com a sua proverbial objetividade e proficiência, como relator, dissertando o eminente Ministro Cesar Rocha, textualmente:

omissis

“... a fixação pelo Estado, *antecipadamente* e em caráter geral, da “pauta de valores mínimos” como base de cálculo do ICM não encontra abrigo na legislação federal que: 1) não a prevê; 2) condiciona o arbitramento casuístico à omissão ou infidelidade do contribuinte; e 3) estabelece que “a base de cálculo do imposto é: — o *valor da operação* de que decorrer a saída da mercadoria.” (artigo 2º, Decreto-Lei nº 406/68).

Já de logo, percebe-se que um valor *predeterminado, genérico* e fixado unilateralmen-

te não pode atender ao comando legal do *preço da operação*. E é o que acontece na prática. Senão vejamos.

Preconiza o Estado que o valor sobre o qual deve incidir o imposto relativo às saídas de cana deve ser tomado com base nos preços por tonelada de cana e índices, fixados pelo IAA, de rendimento industrial de acordo com os litros de álcool produzidos. Dessarte, com apoio em estudos técnicos, o IAA fixa, exemplificando, que uma tonelada de cana **in natura** produz 100 litros de álcool. Aplicando este índice de rendimento (1 ton/100 l) ao total de álcool produzido, o IAA calcula a quantidade de cana consumida, estabelecendo a base de cálculo do ICM pelo preço de mercado.

Este critério erige a quantidade de álcool produzido como fator determinante da base imponible do imposto. Parâmetro alheio, pois, à grandeza econômica do fato tributado — custo da operação de que decorrer a entrada da cana-de-açúcar —, o que, a par de afastar o “nexo lógico” que deve ligá-los, desconsidera, sem o implemento de qualquer das hipóteses previstas no art. 148, CTN, o critério natural do valor da operação definido no art. 2º, Decreto-Lei nº 406/68.

Oportuno salientar que os incisos II e III do artigo 2º do referido Diploma prevêem a

adoção do preço de mercado somente na *falta* do valor real da operação.

Cumpra observar, ainda, que diversos fatores podem influir na produção do álcool, tais como qualidade da cana, o teor de sacarose, processo de refinamento, o que retira credibilidade, porquanto imprecisa já que genérica, à “pauta fiscal” do governo, ao passo que pode majorar o tributo a despeito da proibição inserta no art. 97, § 1º, do CTN.

Esta egrégia Primeira Turma, no julgamento do REsp nº 23.313-0-GO, da relatoria do eminente Ministro Demócrito Reinaldo, já decidiu:

“Tributário. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Base de cálculo. Fixação através de pautas e preços ou valores. Inadmissibilidade.

Quer se entendam as pautas fiscais como presunção legal ou ficção legal da base de cálculo do ICMS, é inadmissível sua utilização apriorística para esse fim. A lei de regência do tributo (Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968) determina que a base de cálculo é “o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria” (artigo 2º, I).

Mesmo que tomada como presunção relativa, a pauta

de valores só se admite nos casos do artigo 148 do Código Tributário Nacional, em que, mediante processo regular, se arbitre a base de cálculo, se inidôneos os documentos e declarações prestadas pelo contribuinte. Os incisos II e III do artigo 2º do Decreto-Lei nº 406/68 prevêem a utilização do valor de mercado dos bens apenas na falta do valor real da operação.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal, que julgou inconstitucional essas pautas.” (julgado em 28.04.93 — originais).

Eis a ementa:

“Tributário. Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICM). Entrada de cana-de-açúcar. Diferimento. Fixação de base de cálculo através das chamadas pautas fiscais ou pauta de valores-mínimos. Inadmissibilidade.

I — O arbitramento fiscal (art. 148, CTN), de forma casuística e mediante processo regular, é condicionado à omissão ou infidelidade do contribuinte.

II — A adoção do preço de mercado dos bens somente é prevista na *falta* do valor real da operação (artigo 2º, Decreto-Lei nº 406/68).

III — Recurso improvido.”

A egrégia Segunda Turma tem precedente com igual compreensão; confira-se:

“Tributário — ICM — Cana-de-açúcar em caule utilizada em fabricação de álcool carburante — Diferimento — Creditamento — Legitimidade — Matéria-prima integrada no produto final.

— O ICM é devido na entrada da cana-de-açúcar no estabelecimento mas, em razão do diferimento, o recolhimento só ocorre na saída do álcool carburante.

— É legítimo o crédito do ICM correspondente à matéria-prima, desde que o imposto esteja embutido no preço final do produto.

— Recurso provido.” (REsp 10.850-0-SP — Rel. Min. Peçanha Martins — julgado em 17.05.93).

Assim, também, entendi nos REsp nºs 7.449-0-SP— e 23.621-0-SP—, alinhando:

“É que o ICM acaba incidindo sobre valores estabelecidos aprioristicamente, desprezando circunstâncias que afetam ou poderão afetar a relação tonelada de cana/litro de álcool, ferindo o disposto no art. 148, CTN, cujo critério só tem resguardo para cada caso e submetido à específica contestação e discussão na instância ad-

ministrativa. Demais, prioriza uniformidade entre todas as usinas, segundo o pre-estabelecido pelo IAA, eliminando a possibilidade de averiguação sobre o real rendimento ou produção.

Realmente, a *pauta fiscal* não demonstra o valor real da mercadoria, constituindo presunção legal de que o estabelecido é correto ou, quando muito, da possibilidade de ser provado. Como sobressai, agasalha *base de cálculo* distanciada do efetivo valor econômico, fonte primária da tributação, dissociando-se da estipulação legal que, expressamente, a assenta no “valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria” (Decreto-Lei 406/68, art. 2º, I).

No toar dessas idéias, cõnsono o precedente colacionado pelo Ministro Demócrito Reinaldo, a respectiva ementa é elucidativa:

“Tributário. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Base de cálculo. Fixação através de pautas de preços ou valores. Inadmissibilidade.

Quer se entendam as pautas fiscais como presunção legal ou fixação legal de base de cálculo do ICMS, é inadmissível sua utilização

apriorística para esse fim. A lei de regência do tributo (Decreto-Lei 406, de 31 de dezembro de 1968) determina que a base de cálculo é “o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria” (artigo 2º, I).

Mesmo que tomada como presunção relativa, a pauta de valores só se admite nos casos do artigo 148 do Código Tributário Nacional, em que, mediante processo regular, se arbitre a base de cálculo, se inidôneos os documentos e declarações prestadas pelo contribuinte. Os incisos II e III do artigo 2º do Decreto-Lei 406/68 prevêem a utilização do valor de mercado dos bens apenas na falta do valor real da operação.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucional essas pautas.

Recurso provido, por unanimidade”. (REsp nº 23.313-0-GO — Rel. Min. Demócrito Reinaldo — julgado em 18.11.92)”.

Pelo vinco do exposto, persistentes os fundamentos recordados, voto improvendo o recurso.”

A ementa da decisão supra está assim desenvolvida:

“Tributário. ICM. Entrada e saída de cana-de-açúcar adquirida

em caule para a fabricação de álcool carburante. Diferimento e pauta fiscal. CTN, arts. 97, § 1º e 148. Decreto-Lei nº 406/68 (art. 2º, I e II). Art. 21, VIII, C.F.

1— Constitui ilegalidade a cobrança do ICM baseada em Pauta Fiscal, com manifesto desprezo do critério natural do valor da operação (Decreto-Lei 406/68, art. 68). A predeterminação de valores nas pautas pode causar vedada majoração de tributo (art. 97, § 1º, CTN).

2— Recurso improvido.”

Tenho, também, como necessária, a integração a este voto das razões desenvolvidas pela Recorrente, em sua petição inicial, por homenageá-las com a minha adesão aos fundamentos jurídicos ali postos e tê-los como mais um elemento da convicção que ora expresso, com carga decisória:

“Estabelece o item III, do art. 4º do Convênio 66/88:

‘Art. 4º — A base de cálculo do imposto é:

.....
III — na saída de mercadoria prevista nos incisos V e VI do art. 2º, o valor da operação;
.....

Tratando-se de situação em que a operação que se pretende tributar é a compra e venda de cana, disso decorre que a base de cálculo do tributo nesse caso só

pode ser o valor da operação de aquisição da cana.

Assim é, pois a base de cálculo é uma perspectiva de dimensionamento do fato gerador da obrigação tributária, devendo captar alguma dimensão desse fato à qual se aplica a alíquota.

Qualquer previsão no sentido de determinar o recolhimento do imposto com base em valores prefixados e que não correspondem com exatidão ao valor da operação tributada, implica adotar uma presunção de que o valor tributável seja aquele indicado no ato administrativo que o fixa e não aquele que decorre do negócio jurídico celebrado.

Por diversas vezes, têm os Estados baixado Portarias fixando os valores a serem recolhidos pelos contribuintes, distanciando-se com isto do valor real da operação celebrada.

Tais Portarias, que fixam “pautas” para recolhimento do ICMS têm sido sistematicamente fulminadas pelo Supremo Tribunal Federal em razão da inconstitucionalidade de que padecem.

Realmente, uma vez que a obrigação tributária nasce da ocorrência do fato gerador, cabe à Administração Federal buscar a verdade material, atingida, no caso, pela verificação concreta do valor das operações realizadas, às quais deve aplicar-se a alíquota adequada.

Não é dado ao Fisco, por comodidade, abstrair o valor real da

operação e fixar um outro, por pauta, para exigir o ICMS com base neste.

A este respeito assim decidiu reiteradamente o Supremo Tribunal Federal:

‘ICM. Cálculo por pauta.

— Não é legítimo o cálculo do ICM à base de valores fixados em pautas, estabelecidas em Portarias, fora dos casos especiais do art. 148 do CTN.

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RE nº 77.544 e 78.912) (R.E. 79.954, RTJ-74/840)'

‘Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Cálculo do tributo com base em valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos. O arbitramento feito pela autoridade lançadora só poderá ser feito mediante “processo regular” (art. 148 do Código Tributário Nacional) e não por Portaria de efeito normativo, sem exame de cada caso em particular.

Recurso Extraordinário conhecido e provido. (R.E. nº 72.400, RTJ-59/917)'

‘ICM. Pauta fiscal.

— A base de cálculo do ICM é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria (art. 2º, I do Decreto-Lei 406, de 1968). Não é lícito ao legislador estadual inovar quanto a esse aspecto (art. 18, parágrafo 1º, da EC nº 1, de 1969).

A predeterminação de valor para as operações pode contrariar essa disposição, implicando, por outro lado, em majoração do imposto (art. 97, parágrafo 1º do CTN).

Aplicação do art. 148 do CTN.

A pauta fiscal só se legitima quando, em processo regular, não ficar demonstrado o valor real da operação de que decorreu a saída da mercadoria.

Recurso Extraordinário conhecido e provido. (R.E. nº 78.577, RTJ-72/907)'

Das referências feitas, verifica-se que o entendimento pacífico é no sentido de que o tributo deve ser cobrado com base no valor real da operação, sendo vedada a exigência do imposto com base em valores prefixados em Portarias normativas que já indiquem um valor a recolher, e tal determinação se apresenta como violadora do inciso III, do art. 4º, do Convênio ICM 66/88 e do art. 148 do CTN.

Não obstante tão inequívocas manifestações judiciais desse tipo, o Fisco Paulista ao disciplinar o recolhimento do ICMS da operação de compra e venda de cana baixou a Portaria CAT nº 25/89 pela qual se diz que:

‘Art. 1º — O imposto relativo às sucessivas saídas de cana utilizada na fabricação de açúcar e de álcool, destinados ao exterior em operações ampara-

das por não incidência, com lançamento diferido nos termos do artigo 200 do Regulamento do ICM, será determinado com base nos valores para esse fim provisionadas na estrutura de preços oficiais, fixada em ato do Instituto do Açúcar e do Alcool'.

Com a extinção do IAA os preços passaram a ser "provisionados" pela Secretaria Executiva do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento e o RICMS atual tratou da matéria no art. 313. Ocorre que as Tabelas anexas às Portarias daquele órgão não indicam o valor da operação de venda de cana, à qual deverá ser aplicada a alíquota mas, ao revés, contempla um valor de ICMS por saca de açúcar de 50 kg e por litro de álcool.

Os valores respectivos vêm sendo periodicamente alterados e, no período abrangido neste *writ* eram os indicados nas Portarias em anexo, onde constam como parcelas a recolher a título de ICMS "da matéria-prima", quantias por saca de açúcar e litro de álcool.

Como se vê, pretende a Fazenda arrecadar o ICMS da cana calculando-o, não com base no valor da operação de venda de cana pelo fornecedor, mas sim mediante a fixação de um montante por saca de açúcar e litro de álcool.

Vale dizer, presumindo que para todos os contribuintes do Estado, em todas as operações realizadas, e mesmo que a cana ti-

vesse sido adquirida há meses e por preços distintos, o ICMS respectivo seria sempre o mesmo, uniformemente devido.

Ao assim dispor, criou-se figura em tudo semelhante às pautas fiscais já derrubadas pelo Judiciário, com a agravante que, no caso concreto, nem mesmo se determina o cálculo do ICMS com base em elementos atinentes à aquisição de cana mas sim, determinando-se o pagamento por saca de açúcar e litro de álcool sem estabelecer-se perfeita correspondência entre a tonelagem de cana adquirida e o número de sacas de açúcar ou litros de álcool com ela fabricados.

Nem se pode validamente cogitar de "arbitramento", pois todos os documentos relativos às aquisições de cana (como exemplificativamente demonstram as anexas Notas Fiscais de compra de cana) estão devidamente registrados, neles constando o valor da respectiva operação, o que se encontra à disposição da fiscalização para o exame que julgar adequado.

Isto é, o valor da operação de aquisição de cana é conhecido, constando da documentação fiscal pertinente, regularmente registrada na contabilidade das usinas cooperadas.

Ademais, que "arbitramento" seria esse que se aplica a todos os contribuintes do setor no Estado, em todas as operações de aquisição de cana e ao ensejo de todas as exportações de açúcar ou álcool?

Obviamente não há arbitramento nenhum, e sim prefixação do valor a recolher, presumindo que o ICMS devido seria o indicado nas Portarias referidas. Nem se alegue que os valores prefixados corresponderiam à mera aplicação do art. 313 do RICMS, uma vez que se teria adotado o preço oficial da tonelada de cana fixado pelas Portarias da Secretaria Executiva do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

Tal argumento, além de discrepante da sistemática do ICMS afasta-se da própria norma contida no art. 313 do Regulamento, que dispõe:

‘Art. 313 — Na exportação de álcool, aguardente ou açúcar, amparada por não-incidência, o imposto diferido será efetivamente pago pelo estabelecimento industrializador, que observará o seguinte (Lei nº 6.374/89, art. 59 e Convênio ICM-7/85):

I — no tocante à saída de cana utilizada na fabricação de açúcar ou álcool:

a) determinará o valor da cana com base no preço por tonelada e índice de rendimento industrial, sem direito a crédito, salvo disposição expressa em contrário;

.....’

A leitura deste dispositivo mostra que o Regulamento estabele-

ce dois critérios que devem ser conjugados para que se chegue ao resultado final correspondente ao valor a ser pago. São estes critérios:

- a) preço por tonelada, e
- b) índice de rendimento industrial.

O primeiro destes elementos é fornecido pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, mediante publicação de Atos específicos.

Porém, o segundo elemento (rendimento industrial) é uma característica concreta, individual, específica de cada unidade produtora em função de suas peculiaridades ou da qualidade de cana recebida, etc.

Assim, a apuração real do rendimento industrial numa certa safra depende do exame individual de cada situação, sendo que a variação do rendimento industrial terá reflexos no montante do ICMS a recolher. É, portanto, inservível a utilização de um preço estimado de ICMS por saca de açúcar ou litro de álcool, tal qual o adotado, pois, a proporção entre tonelada de cana e saca de açúcar estabelecida pode sofrer variações de uma para outra unidade produtora ocasionando graves distorções no sistema e a exigência de ICMS superior ao cabível”.

Por tais fundamentos, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É como voto.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, não vou avançar no mérito, vou apenas levantar um raciocínio: é a primeira vez que ouvi falar que essas usinas paulistas estão exportando toda sua produção.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, para que a firma seja beneficiada, tem que fazer prova efetiva nos autos do mandado de segurança, mesmo complementar, de que ela exporta toda a sua produção. Tenho minhas dúvidas, porque, quando do diferimento, a firma pagava o ICMS corretamente, bem como todas as usinas de São Paulo. Agora, o Dr. Hamilton Dias de Souza, com muita habilidade, tem um novo argumento de exportar toda a produção.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Esse é um argumento de petição atravessada em que se pede a extinção do processo; não é nem desistência do recurso.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Exato, estou de acordo com V. Exa. Sem que a Fazenda do Estado de São Paulo se manifeste sobre essa desistência e arquivamento dos autos, não é possível. Temos que indeferir, realmente, esse pedido da Cooperativa, porque, na verdade eles querem que se ponha fim a um processo sem que se ouça a parte contrária; era necessário, então, que se trouxesse logo o “de acordo” da Fazenda do Estado de São Paulo.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Em face de recurso especial, havendo o extraordinário recebido em tramitação.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

VOTO (PRELIMINAR)

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, sinto dificuldade em acompanhar, de pronto, o voto do eminente Ministro José Delgado, porque temos dois processos distintos: um, adstrito ao Recurso Extraordinário, que não está em causa, e, outro, um Recurso Especial, objeto do exame que agora se faz.

Esse recurso, ao ser admitido, por óbvio, correspondeu aos requisitos de admissibilidade, o que, até aqui, não está renegado.

Tomando conhecimento de um direito superveniente atual e certo, reconhecendo a constitucionalidade do art. 3º, da referida Lei Complementar, desapareceu o interesse econômico. Esse interesse econômico fortificou o reconhecimento da legitimação.

Então, primeira conclusão: são dois recursos.

Parece-me, que — ainda em tese, apenas —, extinguindo-se o processo do Recurso Especial, não significa a extinção do processo do Recurso Extraordinário. Não estão condicionados a um processamento simultâneo. Podem ser interpostos simultaneamente, mas não há um processamento simultâneo.

Voltando ao direito superveniente, na linha da compreensão do art. 462, CPC, em sendo atual e certo, pode ser considerado. Em podendo ser considerado, se por um receio puramente de prudência não se quiser aceitar a extinção, parece-me que há uma solução — e esse é sempre o melhor anseio da homenagem que se quer prestar ao princípio da instrumentalidade, da economia do processo —: que se aceite a prejudicialidade da perda do objeto do Recurso Especial. Temos precedentes nesta Turma em que, aceitando-se que está prejudicado o objeto da temática recursal, simplesmente não se tomou conhecimento do recurso. Ainda que esta solução possa gerar algum compromisso, de certo modo, temeroso dentro de uma consideração sistêmica do processo, corresponderá ao princípio da economia processual.

Não vejo qualquer sentido pragmático em não se reconhecer aqui a perda de objeto e continuar-se discutindo o mérito.

Em substância, quero dizer que há uma via razoavelmente útil permitindo compreender que o recurso perdeu o objeto e, em perdendo o objeto, dele não se toma conhecimento.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Aparte): Mas, para chegarmos ao raciocínio de V. Exa., teríamos que...

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Presidente): V. Exa., então, recebe a preliminar?

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Uma preliminar em substituição ...

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Diria até uma solução consentânea com a preliminar, para acomodar a inquietação do eminente Relator quanto à extinção, embora ela não me preocupe, porque o processo especial é distinto do extraordinário; não se extinguiria a ação. Não vejo como extinguir a ação. A ação foi viabilizada e julgada no mérito. A ação, afinal, em relação ao direito subjetivo, caminhou. Agora, como vai se extinguir o que já se realizou? O que se pode, parece-me, é extinguir este processo.

Proponho, de forma consentânea com a solução preliminar, que, por falta de objeto, não se conheça do recurso, diante do direito superveniente.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Aparte): Senhor Presidente, gostaria de fazer uma pequena intervenção.

Essa falta de objeto levaria esta Turma a concluir que a cooperativa está abrigada ou ao albergue, como diz o Ministro Milton Pereira, do art. 3º da Lei Complementar.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Presidente): V. Exas. me permitem? O Eminente Advogado suscitou uma questão, da tribuna. Pergunto ao Eminente Advogado se persiste esta questão ou se desiste dela? Parece-me que ela levaria a uma circunstância, à consolidação da sentença que é contrária à recorrente. V. Exa. persiste ou desiste?

O SR. WALTER GAZZANO FILHO (Advogado): Senhor Presidente, o pon-

to colocado foi o de que, à época da impetração, eu tinha um ICM que era exigível pelo Fisco, porque não tinha direito ao crédito; esse direito sobreveio no ano passado, quando já estava julgada a ação de mandado de segurança.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Presidente): Mas V. Exa. tem contra si uma sentença que, nós, dela não conhecemos; ou reformamos ou confirmamos, e, em não conhecendo, ela simplesmente transitará em julgado.

O SR. WALTER GAZZANO FILHO (Advogado): E tendo em vista que esse trânsito em julgado prejudicará a situação da recorrente, isso leva-me à desistência dessa questão preliminar, principalmente pelos inúmeros precedentes de mérito que, sem dúvida, já existem nesta Turma.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Senhor Presidente, há mais outro aspecto, a matéria que ele levanta é de ordem constitucional, que não podemos, aqui, aplicar em sede de recurso especial. Ele tem um recurso extraordinário em tramitação em que pode ser alegada essa matéria superveniente, em sede constitucional.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Aparte): Senhor Presidente, o que está pretendendo a parte é que nós, após o voto do Ministro Milton Luiz Pereira que digamos que se perdeu o objeto e ao dizermos que perdeu o objeto, estaremos dizendo, implicitamente, que

o art. 3º da Lei Complementar nº 6.591, que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional, ampara a firma, se ela provar, em mandado de segurança, que é exportadora de toda a sua produção. Estamos afirmando isso?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Presidente): Mas nessas circunstâncias nós conhecemos a preliminar.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Aparte): Senhor Presidente, estou com o Ministro José Delgado, não podemos afirmar, aqui, julgar sem objeto ou darmos uma solução conciliadora...

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Presidente): Senhores Ministros, vou proclamar que a preliminar foi rejeitada.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, datíssima vênia, não estou conciliado, então fico vencido na preliminar.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Presidente): Então, vou proclamar vencido o Senhor Ministro Milton Luiz Pereira.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Senhor Presidente, até entendo que o Ministro Milton Luiz Pereira e V. Exa. me acompanhem no indeferimento e suscitem uma outra preliminar.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Na conclusão.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Ele me acompanha, mas suscita, de ofício, uma preliminar.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Presidente): O Ministro José de Jesus Filho acompanha o Ministro Milton Luiz Pereira ou rejeita essa segunda preliminar?

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Não ouvi a segunda, qual é a segunda preliminar?

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Não suscitei preliminar.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: É a questão da prejudicialidade. O que está havendo em relação à prejudicialidade é um equívoco; o advogado afirma que a empresa está beneficiada pela ação declaratória de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, que considerou constitucional o art. 3º da Lei Complementar nº 6.591, estranha ao caso. O que disse o Supremo Tribunal Federal? Que não eram inconstitucionais os direitos a creditamentos previstos na Lei Complementar nº 6.591. Mas o art. 3º preceitua: (lê)

“Não se exigirá a anulação do crédito relativo às entradas de mercadorias para utilização como matéria-prima, material secundário e material de embalagem”.

Não há correlação com a cana-de-açúcar. Temos decidido, aqui, reiteradamente que, em havendo diferimento, para efeito de pagamento do ICMS, na saída do produto industrializado, não há direito a creditamento. Entra a matéria-prima que é a cana-de-açúcar e o pagamento, em vez de ser na entrada da merca-

doria no estabelecimento do produtor, é feito na saída da matéria-prima industrializada. O pagamento fica diferido para essa oportunidade. Não há creditamento. A empresa não tem direito a creditamento. Não há prejudicialidade a considerar.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: É para conseguir uma isenção tributária, que ele quer não pagar na saída. Não paga na entrada, pelo diferimento; deveria pagar na saída. Agora ele alega: estou isento na saída. Assim estaremos concedendo uma isenção tributária que a lei nos impede.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, basta ler a ementa do Sr. Ministro José Delgado para que a matéria fique esclarecida: (lê)

“Tributário. ICMS. Entrada e saída de cana-de-açúcar. Exportação. Cooperativas. Base de cálculo para recolhimento do ICMS diferido fixada em portaria. RICMS do Estado de São Paulo.

1 — Não encontra amparo jurídico a pretensão do Fisco em exigir a cobrança do ICMS de cana-de-açúcar aplicada em produtos industrializados (álcool e açúcar) e exportados para o exterior por Cooperativas que, em razão da mercadoria lhe ter sido remetida por cooperados com diferimento do imposto, assumiram, como substituto tributário, a responsa-

bilidade pelo recolhimento do tributo, tendo como base de cálculo o valor fixado para cada saca de açúcar ou quantidade de álcool, mediante Portaria e para fins de exportação, por órgão federal.

2 — A base de cálculo para a cobrança do ICMS deve ser a prevista em lei, no caso, o valor da operação mercantil ocorrida, isto é, a celebrada entre fornecedores e cooperados e devidamente registrada nos livros contábeis da empresa, nos termos do que de-

termina o art. 2º, do Decreto-Lei nº 406/68, reiterado pelo item III, do art. 4º, do Convênio 66/88.

3 — A relação fisco-contribuinte deve se desenvolver sob a mais ampla proteção da segurança jurídica, o que só é alcançado com o absoluto respeito ao princípio da legalidade tributária.

4 — Recurso conhecido e provido.”

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 92.735 — RJ

(Registro nº 96.0022067-0)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrentes: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva e outro*

Recorrido: *Município de Petrópolis*

Advogados: *Drs. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva (em causa própria) e outros, e Sérgio Torres Meurer e outros*

EMENTA: Processual civil. Mandado de segurança. Taxa de iluminação pública. Decadência. Lei 1.533/51 (art. 18). Lei Municipal 3.970/78. Decreto 165/93.

1. Em matéria tributária há um permanente estado de ameaça gerada pela potencialidade objetiva da prática de ato administrativo fiscal dirigido ao contribuinte, surgindo o fato que enseja a incidência da lei ou de outra norma, questionadas quanto à validade jurídica. O lançamento ou inscrição do crédito tributário como dívida ativa, de regra, é que concretizam a ofensa ao direito líquido e certo.

2. No caso, é cabível dita impetração contra o ato vertido da malsinada previsão do lançamento e expedição de notas fiscais, contando-se o prazo decadencial da data em que foi exigido con-

cretamente do contribuinte o pagamento. Pois verificadas as datas de início e final do prazo, não ocorreu a decadência. Afastada, devem ser examinadas as questões erguidas na impetração da segurança.

3. Doutrina e jurisprudência.

4. Recursos providos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento a ambos os recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro José Delgado. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1997 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 10-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: O egrégio Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro constituiu aresto assim sumariado:

“Mandado de Segurança. Decadência. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se quando decorridos cento e vinte dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Inteligência do disposto no artigo 18, da Lei nº 1.533/51.

Processo julgado extinto.” (fl. 73).

Ambas as partes interpuseram Recurso Especial, apoiadas na alínea a, do permissivo constitucional.

O Recurso Especial interposto pelo Ministério Público (fls. 76/80) funda-se “em duas questões federais relevantes: primeira, a de que o prazo decadencial do direito à ação de mandado de segurança, a teor do art. 18 da Lei nº 1.533/51, flui a partir do dia em que o interessado tem ciência do ato lesivo a direito seu, líquido e certo; segunda, a de que não cabe ação mandamental contra lei em tese, destituída de eficácia concreta.”

Aduz:

“Prevalecesse a inteligência que o v. acórdão quis conferir ao art. 18 da Lei nº 1.533/51, a qual quer pessoa que, hoje, se quisesse opor à taxa de iluminação pública, em Petrópolis, ainda que passasse a morar lá só a partir

de agora, seria recusada a via mandamental, eis que, segundo o acórdão, o prazo decadencial já teria escoado. Para clarificar esta questão, realizou três considerações: primeira, a lei que a instituiu, de nº 3.970, vige há quase dezessete anos, pois adveio em 17 de dezembro de 1978; segunda, se se entender que a abusividade da cobrança surgiu com a Constituição de 1988, que não recepcionou as normas daquela lei, praticamente se passaram sete anos; terceira, se se entender que a aludida abusividade resulta das normas do Decreto nº 165, de 02 de dezembro de 1993, já transcorreu tempo superior a 120 dias. Quer dizer que, segundo tal entendimento, qualquer impetração, de agora em diante, seria inadmissível, dado o decurso do prazo.” (fl. 79).

omissis

“Objetivamente, com um único gesto, o v. acórdão contrariou o art. 18 da Lei nº 1.533/51 e lhe deu interpretação dissonante da que lhe tem sido conferida por outros Tribunais.

A contrariedade ao dispositivo resulta, assim, de o aresto não ter considerado que o prazo decadencial tem a duração de 120 dias, contados, porém, do ato lesivo ao direito líquido e certo. O festejado **Theotônio Negrão**, na 26ª edição, atualizada até 20 de fevereiro de 1995, Saraiva, do Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, pág. 1.142, nota 4 ao art. 18, destaca:

‘Art. 18: 4. O prazo somente começa a fluir quando o ato se torna apto a produzir efeito (RTFR 114/316, 126/421), ou seja, ‘a partir da data em que o ato se torne exequível, capaz de provocar lesão ao impetrante’ (STJ — 1ª Turma, REsp 19.655-GO, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 5.10.92, deram provimento, v.u., DJU 16.11.92, pág. 21.096, 2ª col., em.; STJ — 6ª Turma, Ag. 49.525-6-DF-AgRg, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 10.5.94, negaram provimento, v.u., DJU 13.6.94, pág. 15.128, 1ª col., em.).’

Ou seja, na verdade, para as impetrantes o prazo só começou a fluir a partir das contas de fls. 26 e 27, com os respectivos vencimentos em 24.3.94 e 18.4.94. A ação foi ajuizada em 19.4.94 (fls. 2). Portanto, absolutamente tempestiva. No que se refere a outras pessoas, indubitavelmente, cada uma ficará sujeita à própria peculiaridade.” (fls. 79/80).

Por outro lado, alega:

“Também, tal interpretação, conferida ao dispositivo pelo aresto recorrido, resta maculada por inescandível desconformidade com aquela que lhe têm dispensado outros Tribunais, notadamente esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como assinado acima, e o próprio Supremo. Este último, a teor, inclusive, do verbete da Súmula 266, tem deixado evidente o não cabimento de

mandado de segurança contra lei em tese. Como anotou o Professor **Celso Ribeiro Bastos**: ‘Na verdade tem sido esta a posição tanto na doutrina quanto na jurisprudência: impedir a utilização do mandado de segurança para o ataque da norma enquanto disposição ainda não produtora de efeitos jurídicos, vale dizer, enquanto restrita, a sua eficácia, a uma condição latente de virtualidade.’ (in Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988), 2º volume, arts. 5º a 17, Saraiva, 1989, págs. 342 a 343).” (fl. 80).

Conclui, por fim, requerendo:

“... seja o recurso conhecido e provido, para o fim de que, reformando o v. acórdão, julgue essa Colenda Corte Federal de Justiça que não se operou a decadência do direito das impetrantes à ação mandamental, ensejando, pois inviável suprimir um grau de jurisdição, que a Egrégia 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, em reexame obrigatório, decida se confirma ou não a sentença de primeira instância, quando resultará ou não prejudicado o recurso voluntário.” (fl. 80).

Simultaneamente interpôs Recurso Extraordinário, inadmitido na origem.

Já o Recurso Especial manifestado por Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva e outro (fls. 89/94) à ra-

zão, também, de violação ao artigo 18, da Lei de nº 1.533/51.

Aduz:

“Passou despercebido, ao Colendo Órgão, que a cobrança da taxa de iluminação pública, *repete-se*, é feita mensalmente, nas contas de consumo de energia elétrica.”

omissis

“É inegável que a cobrança da taxa de iluminação pública é um ato administrativo de natureza continuativa.

Logo não se exaure em um único momento, mas ao contrário, renova-se a cada mês.

Desta forma, o prazo para o contribuinte impetrar mandado de segurança contar-se-á de cada cobrança.

Isto é, mês a mês se renova o ato coator.” (fl. 91).

Contra-razões apresentadas às fls. 99/100, assim fundamentada, **verbis**:

“A r. decisão recorrida não merece qualquer reparo, conquanto proferida em rígida sintonia com a lei, com a doutrina e com a jurisprudência pertinentes à espécie, assim como com os elementos constantes dos autos.

Assim sendo, por uma questão de economia processual, o ora Recorrido, permite-se reportar-se aos termos das informações de fls., prestadas pela autoridade apontada como coatora, das Ra-

zões de Apelante, e, principalmente, do v. Acórdão recorrido, de fls., dos quais se socorre, por serem altamente judiciosos, tudo, para considerá-los como integrantes das presentes contra-razões.

À vista de todo o exposto e demonstrado, está certo o ora Recorrido de que esse Superior Tribunal, com o reconhecido senso de justiça e erudição de seus eminentes membros, não hesitará em, se conhecer do recurso ora contra-arrazoado, negar-lhe provimento, confirmando, assim, na íntegra, a decisão da 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro.” (fl. 100).

O ínclito Vice-Presidente, em exercício, do Tribunal de origem admitiu ambos os recursos nestes termos:

“No caso em espécie, entendo presentes os pressupostos viabilizadores da abertura da instância excepcional, bem como os requisitos de admissibilidade do recurso especial, quais sejam, o prequestionamento da matéria, a exposição da controvérsia em toda a sua plenitude e a existência do **fumus boni iuris**.

Ante o exposto, *admito* o recurso para que a questão seja submetida à elevada apreciação da Superior Corte de Justiça.” (fls. 111 e 112, respectivamente).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): No memorial dos autos ergue-se que, em Mandado de Segurança, a tratar da isenção referente à *taxa de iluminação pública*, no reexame necessário, extinguindo o processo, o vergastado v. Acórdão, sintetizando, estadeou:

“Mandado de Segurança. Decadência. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se quando decorridos cento e vinte dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Inteligência do disposto no artigo 18 da Lei nº 1.533/51”.

Acompanha-se, outrossim, que os Impetrantes e o Ministério Público Estadual, apontando *contrariedade ao artigo 18, Lei 1.533/51*, sob a invocação dos supedâneos ditados no art. 105, III, a e c, Constituição Federal, a tempo e modo, **per si**, lançaram processualmente Recursos Especiais, admitidos na instância ordinária.

Presentes os requisitos de admissibilidade, o conhecimento é consequência inasfastável.

Favorecido o exame, primeiramente, ganha importância destacar a legitimidade do Ministério Público para recorrer (Súmula 99/STJ).

Seqüencialmente, para a compreensão do litígio, comporta comemorar, de parte dos Impetrantes, o pedido da impetração: “... a concessão da segurança, no sentido de que lhes seja reconhecido o direito líqui-

do e certo de não estarem sujeitos ao pagamento da chamada *Taxa de Iluminação Pública*.” (fl. 3). Assim pediram, “... no sentido do reconhecimento da ilegitimidade do lançamento e conseqüente inexigibilidade da taxa em questão, face à flagrante violação da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional”. (fl. 23).

Destaca-se que a exigência mal-sinada, consubstanciando o ato concreto verberado, foi demonstrada pelas notas fiscais, respectivamente, emitidas e apresentadas nos meses de março e abril de 1994. (docs. fl. 26). Desde logo, observa-se que a distribuição da ação ocorreu na data de 19.4.1994 (fl. 2).

Nesse contexto, alumiadas as razões da impetração e a foco dos fundamentos do julgado, acertado que os recursos algemam-se à contrariedade ao art. 18, Lei 1.533/51, põe-se à verificação: o **dies a quo** para a contagem do prazo decadencial (120 dias).

Em examinando, para concluir, como concluiu, lineou o v. Acórdão:

“Alegam as Apeladas, na inicial do **mandamus**, que se encontram obrigadas ao pagamento de uma taxa de serviço urbano denominada taxa de iluminação pública, a qual tem por absolutamente descabida, por se originar de ato ilegal e abusivo da Municipalidade, a desafiar mandado de segurança. Aduzem que a taxa foi criada pela Lei Municipal nº 3.970, de 17 de dezembro de 1978, não tendo sido suas

normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, afrontando os requisitos da especificidade e da divisibilidade, colacionando lições de renomados doutrinadores, a respeito do tema, além de arestos de outras Cortes.

Ora, como se vê, a norma criadora do tributo alvejado vige desde os idos de 1978, datando de quase dezessete anos, portanto.

Por outro lado, se se entender que a abusividade da cobrança surgiu com a edição da Constituição Federal, em outubro de 1988, já quase sete anos são passados.

Mas, se, afinal, entendem as Impetrantes Apeladas que dita abusividade foi inserida pelas normas do Decreto Municipal n. 165, de 2 de dezembro de 1993, o que não resulta do texto do pedido mas da juntada de cópia da publicação oficial do édito, também aí forçoso será reconhecer a intempestividade da impetração: desde a data da publicação do decreto, aos 4 de dezembro de 1993, até a da distribuição da inicial, aos 19 de abril de 1994, mais de cento e vinte (120) dias se passaram.

Assim, operou-se a decadência do direito das Apeladas de requerer mandado de segurança.” (fls. 73 e 74)

Sem enleios, pois, o julgado situou como pontos convergentes da contagem do prazo os éditos municipais (Lei 3.970, de 7.12.78, e Decreto 165, de 2.12.93) e a data de vigência da Constituição Federal.

Com efeito, se aceitas essas vertentes, quando da impetração, o prazo decadencial, de há muito, estaria vencido. Porém, como foram trazidos atos decorrentes da legislação comemorada, com carga própria de eficácia e concretude, podendo malferir o direito vindicado, essa colocação deve ser examinada.

Nessa lida, repercutem fortemente as considerações postas pelo ilustre representante do Ministério Público, assim:

.....
“Prevalecesse a inteligência que o v. acórdão quis conferir ao art. 18 da Lei nº 1.533/51, a qualquer pessoa que, hoje, se quisesse opor à taxa de iluminação pública, em Petrópolis, ainda que passasse a morar lá só a partir de agora, seria recusada a via mandamental, eis que, segundo o acórdão, o prazo decadencial já teria escoado. Para clarificar esta questão, realizou três considerações: primeira, a lei que a instituiu, de nº 3.970, vige há quase dezessete anos, pois adveio em 17 de dezembro de 1978; segunda, se se entender que a abusividade da cobrança surgiu com a Constituição de 1988, que não recepcionou as normas daquela lei, praticamente se passaram sete anos; terceira, se se entender que a aludida abusividade resulta das normas do Decreto nº 165, de 02 de dezembro de 1993, já transcorreu tempo superior a 120 dias. Quer dizer que, segundo tal entendimento, qualquer impetração, de

agora em diante, seria inadmissível, dado o decurso do prazo.

Isto se afigura absolutamente injusto e injurídico, por duas razões básicas: malferir, ainda que por caminhos transversos, o direito de ação e o princípio da irrecusabilidade da jurisdição, vez que a nenhum cidadão seria permitido invocar, pela via mandamental, a tutela jurisdicional do Estado, a propósito da taxa de iluminação pública petropolitana, visto como o direito de todos (não só o das impetrantes) à ação de mandado de segurança estaria ceifado pela decadência; implicaria admissão do mandado de segurança como instrumento processual hábil para atacar, em tese, normas jurídicas destituídas de efeitos concretos, exatamente por dependerem da superveniência de um ato administrativo.

Objetivamente, com um único gesto, o v. acórdão contrariou o art. 18 da Lei nº 1.533/51 e lhe deu interpretação dissonante da que lhe tem sido conferida por outros Tribunais.

A contrariedade ao dispositivo resulta, assim, de o aresto não ter considerado que o prazo decadencial tem a duração de 120 dias, contados, porém, do ato lesivo ao direito líquido e certo. O festejado **Theotônio Negrão**, na 26ª edição, atualizada até 20 de fevereiro de 1995, Saraiva, do Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, pág. 1.142, nota 4 ao art. 18, destaca:

‘Art. 18: 4. O prazo somente começa a fluir quando o ato se torna apto a produzir efeito (RTFR 114/316, 126/421), ou seja, ‘a partir da data em que o ato se torne exequível, capaz de provocar lesão ao impetrante’ (STJ — 1ª Turma, REsp 19.655-GO, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 5.10.92, deram provimento, v.u., DJU 16.11.92, p. 21.096, 2ª col., em.; STJ — 6ª Turma, Ag. 49.525-6-DF-Agrg, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 10.5.94, negaram provimento, v.u., DJU 13.6.94, pág. 15.128, 1ª col., em.).’

Ou seja, na verdade, para as impetrantes o prazo só começou a fluir a partir das contas de fls. 26 e 27, com os respectivos vencimentos em 24.3.94 e 18.4.94. A ação foi ajuizada em 19.4.94 (fls. 2). Portanto, absolutamente tempestiva. No que se refere a outras pessoas, indubitavelmente, cada uma ficará sujeita à própria peculiaridade.

Também, tal interpretação, conferida ao dispositivo pelo aresto recorrido, resta maculada por inescondível desconformidade com aquela que lhe têm dispensado outros Tribunais, notadamente esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como assinalado acima, e o próprio Supremo. Este último, a teor, inclusive, do verbete da Súmula 266, tem deixado evidente o não cabimento de mandado de segurança contra lei em tese.

Como anotou o Professor **Celso Ribeiro Bastos**: ‘Na verdade tem sido esta a posição tanto na doutrina quanto na jurisprudência: impedir a utilização do mandado de segurança para o ataque da norma enquanto disposição ainda não produtora de efeitos jurídicos, vale dizer, enquanto restrita, a sua eficácia, a uma condição latente de virtualidade.’ (in Comentários à Constituição do Brasil — promulgada em 5 de outubro de 1988, 2º volume, arts. 5º a 17, Saraiva, 1989, págs. 342 a 343.)” — fls. 79 e 80.

Com perfeita correspondência à realidade dos autos, registraram os Impetrantes:

.....
“Passou despercebido, ao Colendo Órgão, que a cobrança da taxa de iluminação pública, repete-se, é feita mensalmente, nas contas de consumo de energia elétrica.” (fl. 91)

Alvorçado esse fato, afirmando que “mês a mês se renova o ato coator”, afervoraram precioso ensinamento de **Hugo de Brito Machado**, transcrevendo:

“A jurisprudência tem feito a ‘distinção entre ato administrativo único, mas com efeitos permanentes, e atos administrativos sucessivos e autônomos, *embora tendo como origem norma inicial idêntica*. Na primeira hipótese, o prazo do art. 18 da lei do manda-

do de segurança deve ser contado da data do ato impugnado, na segunda, porém, *cada ato pode ser atacado pelo writ e, assim, a cada qual corresponderá prazo próprio e independente*.

Em se tratando de relação tributária continuativa, não há dúvida de que se está diante da segunda hipótese, vale dizer, *cada ato pode ser atacado pelo writ, e a cada um deles, portanto, se inicia novo prazo para impetração.*” (in Mandado de Segurança em Matéria Tributária, Editora RT, 1994, págs. 59/60) — gfs. feitos — (fl. 92).

Por essa linha de pensar, sublinham-se certos comentários feitos pelo pranteado **Hely Lopes Meirelles**, textualmente:

“É de se lembrar que o prazo para impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base neles, concretiza a ofensa a direito líquido do impetrante, salvo se a lei ou decreto forem de efeitos concre-

tos, caso em que se expõem à invalidação por mandado de segurança desde o dia em que entram em vigência.

Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, *o prazo renova-se a cada ato...*” (in Mandado de Segurança, 15ª edição, atualizado por **Arnoldo Wald**, Malheiros Editores, 1994, pág. 38) destacou-se (fls. 92 e 93).

A jurisprudência desta Corte não discrepa; **inter alia**: REsp 76.330-ES e 90.966-BA.

Sob a réstia das razões compensadas, verificadas as datas das mencionadas notas fiscais e do ajuizamento da ação, evidenciado que o interregno temporal (art. 18, Lei 1.533/51) não estava vencido para a impetração da segurança, ficando afastada a decadência, voto provendo os recursos, abrindo o pórtico para que o egrégio Tribunal **a quo** examine as questões erguidas na apelação, julgando como de direito.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 96.610 — SP
(Registro nº 96.0033227-4)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Hedging-Griffo Corretora de Valores S.A.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Interessada: *Imprensa Oficial do Estado S.A. — IMESP*

Advogados: *Drs. João Carlos de Lima e outros, e Luis Cláudio Manfio e outros*

EMENTA: Administrativo. Registro de comércio. Demonstrações financeiras. Publicações legais. Lei nº 6.404/76 (arts. 98 e 289). Lei 9.457/97.

1. A publicidade legal de atos das sociedades no registro do comércio é concretizada com publicações no Diário Oficial da União ou do Estado “em que esteja situada a sede da companhia” e em outro jornal de grande circulação (art. 289, Leis 6.404/76 e 9.457/97). Singularizado, um ou outro jornal, a alternativa indica pontualmente que, presente o interesse da União e das Companhias sediadas no Distrito Federal, as publicações serão feitas no Diário Oficial da União ou do Distrito Federal. As publicações de outras companhias serão concretizadas no Diário Oficial do Estado onde esteja situada a respectiva sede. Seguem-se, em comum, as publicações em outro jornal de grande circulação.

2. Desfigurado o direito líquido e certo e indemonstrada contrariedade ou negativa de vigência ao padrão legal indicado, o recurso não entoa as alvissaras do sucesso.

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar 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 Senhores Ministros José Delgado, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Demócrito Reinaldo. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1997
(data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Ao julgar Apelação em Mandado de Segurança, o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo constituiu acórdão substanciado nestes termos, **in verbis**:

“Registro do comércio. Mandado de segurança contra a Junta Comercial. Presentes as condições da ação. Falta de interesse jurídico da IMESP cuja assistência litisconsorcial é indeferida. Necessidade de publicação das atas de assembleias no Diário Oficial do Estado onde a companhia tem sua sede (arts. 289, **caput**, e 98, **caput**, da lei das sociedades por ações). Recurso de ofício e apelação da Fazenda do Estado providos para denegar-se a segurança.” (fl. 153).

Malferindo o v. aresto a parte interessada apresentou Recurso Especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **b**, da Carta Magna, sob a alegação de que “labora o r. acórdão em erro, pois interpreta os artigos da Lei nº 6.404/76 — Lei das Sociedades Anônimas — de forma equivocada, dando vezo à interposição do presente Recurso Especial, vez que confirma ato de governo local, contestado em face de lei federal...”.

Argumenta:

“Não é aceitável a interpretação conjunta dos dois artigos, vez que, como podemos observar, o artigo 289 é genérico, abarcando todos os atos societários referidos pela Lei nº 6.404, ao passo que o artigo 98 é específico, se aplicando em relação aos atos constitutivos da companhia, e exclusivamente em relação a eles, sendo opcional o órgão onde se publicariam os demais atos. A intenção do legislador foi apenas de restrin-

gir qual o órgão onde se publicariam os atos de início da Companhia, não se pode fazer uma leitura restritiva dos artigos em questão, sob pena de se desprezar a intenção do legislador, de especificar quais devam ser os atos a se publicar no órgão oficial do local da sede da Sociedade.

Se constituísse intenção do legislador sagrar regra tão restritiva ao **caput** do artigo 289, obviamente teria lançado mão de redação que tornasse absolutamente clara e inequívoca esta intenção. Com efeito, o mero deslocamento de uma vírgula teria obtido este efeito restritivo, se houvesse sido escrito, em vez da forma acima transcrita, dessa forma:

‘art. 289 — As publicações ordenadas pela presente Lei serão feitas no órgão oficial da União, ou do Estado conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia,...

Se houvesse sido declinada desta forma a letra da lei, não restariam dúvidas de ser a interpretação pretendida pelo v. Acórdão recorrido aquela que se adapta perfeitamente ao espírito da lei. Entretanto, não foi essa a redação dada, mas sim aquela primeiramente transcrita, que, fielmente interpretada não deixa margem a outra interpretação que não a ora defendida.

Ainda, reforça este entendimento o conteúdo dos parágrafos

do artigo 289, que admitem a mudança de jornal onde se publicam os atos não constitutivos da Companhia, observe-se que o **caput** deste artigo prescreve que as publicações serão feitas em órgão oficial e em outro jornal de grande circulação, se o legislador entendesse não ser o órgão oficial de Estado ou da União um 'jornal', jamais enunciaria no texto da lei ser necessária a publicação em 'outro jornal'. Com efeito, o legislador considera o órgão oficial um jornal, apenas determinou que se publicasse em jornal oficial e em jornal comum de grande circulação. Interpretando-se desta forma vemos que, por meio dos parágrafos do artigo 289, o legislador permitiu a alteração do 'jornal' onde se publicam os atos da Companhia, isto é, tanto do jornal comum, quanto do outro jornal, ou seja, do Órgão (Jornal) Oficial."

omissis

"Assim, ficando demonstrado que não há como sustentar-se a publicação exclusiva de atos societários não-constitutivos em órgão não exclusivamente indicado para tal, queda-se ilegal a determinação da Junta Comercial do Estado de São Paulo, de excluir o arquivamento de atos publicados no Diário Oficial da União, pois é este órgão tão oficial quanto o Diário Oficial do Estado de São Paulo, e indiferente a letra da lei sobre qual deles prefere ao outro. Outra não é a opinião da douta Consultoria Jurídica

do Ministério da Justiça que se manifestou sobre este assunto em Parecer anexado às presentes Razões.

Ainda, remetendo àquele Parecer da CJ do Ministério da Justiça, vale lembrar que a determinação da JUCESP acaba sendo prejudicial aos interesses do Departamento de Imprensa Nacional e às Sociedades Anônimas do Estado de São Paulo. É prejudicial àquele porque lhe retira a possibilidade de publicar atos societários de empresas desta Unidade Federativa, deixando de auferir a receita correspondente. E é prejudicial às empresas porque, ilegalmente, as constrange a publicar seus atos societários em órgão que cobra, para tanto, preços muitas vezes tremendamente superiores aos cobrados pelo órgão da União, desta forma aumentando seus custos operacionais.

Portanto, requer a Recorrente que se dê provimento ao presente Recurso Ordinário, com reforma integral, quanto aos pontos argüidos, do r. Acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, permitindo-se que a Recorrente promova a publicação de suas demonstrações financeiras referentes à apuração de 31 de dezembro, no Diário Oficial da União." (fls. 169 a 174).

Ao contra-arrazoar a Fazenda do Estado, preliminarmente, alega:

"Funda-se o recurso na letra **b** do permissivo constitucional. Ocor-

re que não há qualquer incompatibilidade entre o ato do governo local e a lei federal. Com efeito, o V. Acórdão deixou claro que a publicação deve ser feita na forma exigida pelo impetrado, justamente em cumprimento à lei federal.

Além disso, como deixou claro o V. Acórdão recorrido, a competência para legislar e dispor sobre o registro do comércio é concorrente da União e do Estado. Assim, não há que se falar em incompatibilidade entre a lei local e a federal, já que a competência é concorrente.

Ademais, a fundamentação do recurso é deficiente, o que aconselha seu indeferimento.” (fl. 187).

Aduz, no mérito:

“O artigo 289 da Lei n. 6.404/76 respeita o princípio da publicidade dos atos das sociedades anônimas, bem como, o poder-dever de fiscalização dos acionistas e em se tratando de sociedade de corretagem da transparência de seus atos perante terceiros que não acionistas, o que é importante para o meio comercial.

Por outro lado, dada a possibilidade de interpretação do dispositivo legal, não há como se aceitar a interpretação dada pelo Apelante, o que gera um absurdo. Há a opção pela escolha na publicação em Diário Oficial do Estado ou Diário Oficial da União, porém pautada no critério do local da sede da companhia.

Nesse sentido também afirma a doutrina:

‘Os comentaristas da lei das sociedades por ações limitaram-se a repetir as palavras da norma legal, numa evidente demonstração da desnecessidade de sua análise, ante à clareza da redação. Assim o fizeram **Miranda Valverde** (Sociedades por Ações, 3ª ed., vol. III, pág. 196); **Cunha Peixoto** (Sociedades por Ações, Saraiva, 1973, 5ª vol., pág. 167); **Rui Carneiro Guimarães** (Sociedades por Ações, Forense, vol. III, pág. 366); **Waldeomar Ferreira** (Tratado de Sociedades Mercantis, 5ª ed., vol. 5ª, pág. 1.935).’

A recorrente, apesar do critério pelo art. 289 da Lei n. 6.404/76, fez publicações no Diário Oficial da União que foram devidamente arquivadas, porém, sabe que o fez em desatenção à lei, tanto que evoca a premissa de que se assim o fez, assim poderá continuar a fazê-lo, ato que não possui a acolhida da maioria da doutrina, nada melhor que lembrar as lições de **Rubens Riquião**:

‘Indica o texto legal o local da nomeação, qual seja, o do órgão oficial da União ou do Estado, conforme o lugar da sede da companhia, e em outro jornal de grande circulação editado na localidade em que está situada a sede da companhia.

Deixa, assim, o texto genérico, a indicação, em cada caso específico, do número de publicações, e da natureza destas'. (in op. cit., pág. 257).

A publicidade dos atos das sociedades anônimas é determinada pela lei, que inclusive pune quem tem informações preferenciais — *disclosure*, e para tanto a publicação no Diário Oficial do Estado é exigência legal que ultrapassa os limites da possibilidade de decisão dos particulares.

Em conclusão, não se coloca em xeque a eficácia ou validade das publicações e sim o critério usado para opção das publicações, que é opção legal. O que a lei traz em seu bojo é a opção que está diretamente vinculada ao critério legal — conforme o local sede da companhia — e não como querem fazer crer os Apelantes de acordo com o seu interesse que é meramente econômico.

Ante o exposto, requer o indeferimento do recurso e, no mérito, seu improvemento como medida de justiça." (fls. 188 a 189).

Por entender que estão presentes os pressupostos de admissibilidade o nobre 3º Vice-Presidente do colendo Tribunal de origem admitiu o recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Pelo fio das

notícias antecipadas no relatório, em Mandado de Segurança preventivo, ao derredor da aplicação do art. 289, Lei nº 6.404/76, insculpiu-se manifestação recursal verremando v. Acórdão, resumido na seguinte ementa:

“Registro do comércio. Mandado de segurança contra a Junta Comercial. Presentes as condições da ação. Falta de interesse jurídico da IMESP cuja assistência litisconsorcial é indeferida. Necessidade de publicação das atas de assembléias no Diário Oficial do Estado onde a companhia tem sua sede (arts. 289, **caput**, e 98, **caput**, da lei das sociedades por ações). Recurso de ofício e apelação da Fazenda do Estado providos para denegar-se a segurança.” (fl. 153).

Destacadamente, com supedâneo na alínea **b**, III, art. 105, Constituição Federal, a irresignação foi motivada pela interpretação dada pelo julgado aos artigos 98 e 289, da Lei nº 6.404/76, já que não se entremostra aberto confronto entre lei estadual e federal, em que pese melhor amoldar-se à alínea **a**, mesmo assim, dada a significância da questão posta à decisão, o recurso merece ser conhecido.

Aberta via processual para o exame, inicialmente, para derruir dúvidas, comporta observar que o ato motivador **mandamus** não se prende à constituição do registro de comércio, mas, isto sim, ao procedimento aprisionado, basicamente, com o fito de ser dilucidado o desti-

natário da publicação de demonstração financeira (art. 289, ref.). Nesse restrito sítio de apreciação, não se expõe a exame assunto decorrente de atividade federal delegada, ou não, das Juntas Comerciais. Desse modo, perde sentido averiguar-se da vinculação técnica das mesmas ao Ministério da Indústria e Comércio, como razão para definir a competência da Justiça Federal.

Por esse timbre, além das boas razões, a respeito, compendiadas no julgado (fls. 154 e 155), incontrovertido que a autoridade indigitada como coatora é da Administração Estadual, no caso, não há o vislumbre de questão para deslocar a competência em favor da Justiça Federal. Aliás, registra-se que as partes não exaltaram esse aspecto.

No caminhar do mérito, como fonte de convencimento, ajuda na elucidação comemorar as disposições colocadas a foco no citado art. 289:

“As publicações ordenadas pela presente lei serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia, e em outro jornal de grande circulação editado na localidade em que está situada a sede da companhia.”

Evidencia-se a obrigatoriedade da chamada *publicidade legal por duas vezes*:

a uma, no Diário Oficial, da União ou do Estado;

a duas, em outro jornal de grande circulação.

A questão, posta, de logo, ficando descotizada a necessidade de dúplices publicações nos Diários Oficiais da União e do Estado, reduz-se à definição de um ou de outro como destinatário.

Nesse contexto, para dilucidar, é significativo assoalhar que as lembradas disposições, com a conjunção “e”, não reforçaram a necessidade de publicações no Diário da União e no Diário do Estado. Mas, claramente, afastando o plural, singularizaram um *ou* outro, indicando a possibilidade de alternativa.

Designada a alternativa pela conjunção *ou*, a opção não ficou ao alvitre do interessado, definindo a lei condição objetiva para a escolha, assemelhadamente ao critério, **re sitae**: o Diário Oficial do Estado onde a pessoa jurídica tem a sede. É o texto legal: “... conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia” (art. 289 — destaquei).

Reconheça-se que a redação está divorciada de melhor técnica porque não obrigando a publicação num e outro, mas possibilitando-a num *ou* outro, adjetivando *conforme o lugar*, enseja perplexidades, de vez que somente restaria para o Diário Oficial atos específicos de natureza federal (União e pessoas jurídicas com sede no Distrito Federal) ou na hipótese de atos praticados diretamente ou por delegação.

Em que pese esse reconhecimento, considerada a exposição antecedente, todavia, cuidando-se de pu-

blições que interessam aos beneficiários imediatos e pragmaticamente, no caso, compreendo que, deve prevalecer a ordem legal da publicação no Diário Oficial do Estado “em que esteja situada a sede”. Mesmo porque, coerente e complementarmente à conclusão, a *outra* publicação exigida é feita em “jornal de grande circulação editado na localidade em que está situada a sede da companhia.” (grifei).

À mão de reforçar, sob a réstia de interpretação extensiva e sistêmica, vale fazer a transcrição do art. 98, Lei 6.404/76, a dizer:

“Arquivados os documentos relativos à constituição da companhia, os seus administradores providenciarão, nos trinta dias subseqüentes, a publicação deles, bem como o de certidão do arquivamento, em órgão oficial do local de sua sede.” (grifei).

Agrega-se que as alterações feitas pela Lei 9.457/97, quanto ao multicitado art. 289, reforçam as anteriores afirmações, uma vez que, incluiu o Diário Oficial do Distrito Federal. É a demonstração pontual, de que seja no Diário da União ou do Distrito Federal, somente vincula publicações do interesse da União e das companhias sediadas no Distrito Federal, com submissão à cláusula geral “conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia”.

Na confluência da exposição, desfigurado o acenado direito líquido e certo motivador da impetração, entendendo que o v. Acórdão não contrariou ou negou vigência aos padrões legais comentados, voto improvido o recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 109.819 — RS
(Registro nº 96.0062641-3)

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

Relator Designado: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrida: *Maria Lottermann*

Advogados: *Eliana Donatelli Del Mese e outros, e Nestor José Forster e outros*

EMENTA: Constitucional. Processual Civil. Recurso especial. Matéria de natureza constitucional. Não conhecimento.

Consolidou-se na jurisprudência da Corte o entendimento de que, no especial, não se aprecia questões de conotação eminentemente constitucional.

In casu, é impraticável a interpretação e conseqüente aplicação ao caso concreto, do preceito do art. 22 da Lei nº 8.935/94, sem cotejá-lo com preceitos da Carta Federal (art. 236 e § 1º), para que se possa concluir se o questionado dispositivo de lei (art. 22) se conteve nos limites consignados na Lei Maior, ou se, por outro lado, extrapolou as regras constitucionais, ao definir a responsabilidade dos notários pelos seus atos funcionais.

Em se cuidando, pois, de matéria constitucional, a sua apreciação está restrita ao âmbito do extraordinário.

Recurso não conhecido. Voto vencido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro José de Jesus Filho, não conhecer do 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 Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e José Delgado. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Milton Luiz Pereira. Custas, como de lei.

Brasília, 17 de junho de 1997 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator designado.

Publicado no DJ de 24-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Maria Lottermann propôs contra Francisco de Assis Marques e o Estado do Rio Grande do Sul, ação de reparação de danos por ter o primeiro réu culposamente reconhecido como sua assinatura falsificada. Daí advindo sérios prejuízos.

O nobre Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre excluiu do feito o Estado do Rio Grande do Sul considerando que os serviços notariais são exercidos em caráter privado. E que a organização dos cartórios extrajudiciais, sob o regime de custas privatizadas, foge aos padrões da Administração Pública e eventual responsabilidade pelos atos nele praticados é exclusiva de seus titulares, não se estendendo ao Estado (fls. 53v.)

Com essa exclusão não concordou a autora, interpondo agravo de instrumento que veio a ser provido pe-

la 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão consubstanciado nesta ementa:

“Ação indenizatória. As disposições da Constituição Federal, art. 236, não afastam a responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados por notários, no exercício específico de suas funções, desempenhadas em caráter privado, mas evidentemente públicas, até porque delegadas. Recurso provido.” (fls. 140)

Irresignado, manifestou o Estado do Rio Grande do Sul recurso especial, com âncora na letra **a** da previsão constitucional, sustentando que o Tabelião responde pessoalmente pelos seus atos, na forma do art. 22, da Lei 8.935/94.

Inadmitido o recurso, agravou o Estado. Dei provimento ao recurso para melhor exame do contraditório. Aqui, opinou a douta Subprocuradoria Geral da República pelo não conhecimento do recurso.

É este o relatório.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A Lei 8.935/94 que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registros, determina no art. 22 que os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia,

assegurados aos primeiros direitos de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos. Não conheço em tema de responsabilidade civil definição melhor em termos de responsabilidade pessoal. A lei quer que os responsáveis sejam responsabilizados e por isso mesmo não transferiu ao Estado a responsabilidade que é exclusivamente dos notários e oficiais de registro, por culpa **in vigilando** e **in eligendo**.

Por esta razão andou bem o nobre Juiz de 1º grau em excluir do feito o Estado que nada tem a ver, segundo a Lei 8.935/94, com os atos praticados pelos titulares de cartório e oficiais extrajudiciais ou de seus prepostos. A lei (art. 22) é de uma clareza solar e a outra conclusão não se pode chegar, **data venia** a não ser reconhecendo a sua contrariedade, o que faço, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento para restabelecer a sentença do Juízo de 1º grau.

É o meu voto.

VOTO DE VISTA

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhores Ministros:

Maria Lottermann promoveu contra Francisco de Assis Marques (Tabelião Público) e o Estado do Rio Grande do Sul ação de indenização por ter o primeiro, na condição de Tabelião Público, reconhecido como verdadeira e culposamente, firma ou assinatura falsificada, como verdadeira.

O juiz de primeiro grau excluiu o Estado do Rio Grande do Sul, “sob

fundamento de que os serviços notariais são exercidos em caráter privado” e, ainda, “sendo os Cartórios extrajudiciais organizados sob o regime de custas *privatizadas* refojem aos padrões da Administração Pública”.

Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

“Ação indenizatória. As disposições da Constituição Federal, art. 236, não afastam a responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados por notários, no exercício específico de suas funções, desempenhadas em caráter privado, mas, evidentemente públicas, até porque delegadas”.

Contra esta decisão, se insurge o Estado do Rio Grande do Sul, sob o pálio da letra **a**. Alega afronta, pelo **decisum**, ao art. 22 da Lei nº 8.935/94, eis que, “nos atos exclusivos dos notários, a sua responsabilidade é estritamente pessoal, isento o Estado de qualquer envolvimento”.

O nobre Relator (Min. José de Jesus) deu provimento ao recurso.

Com a devida vênia, não me parece que o recurso possa prosperar, desde que a matéria é essencialmente constitucional, por duas motivações:

a) o acórdão, ao decidir a pendenga, o fez interpretando o art. 236 da Constituição Federal, como se observa da própria leitura da ementa;

Na própria formulação do recurso, a recorrente não conseguiu afastar-se de argumentos de ordem constitucional, ao dizer:

“Logo, a lei federal que regulou a matéria prevista no § 1º do art. 236 da CF, definiu a responsabilidade exclusiva dos notários, isentando o Estado de qualquer responsabilidade, pelos seus atos. O Tabelião não é agente público para os itens do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Nos termos do art. 236 da Constituição Federal os serviços notariais são responsáveis pelos seus atos” (fls. 144 e 145).

Como se observa, parece-me impossível apreciar-se a controvérsia sem interpretar-se as normas dos arts. 37, § 6º e 236, § 1º, da Constituição Federal, atribuindo-se-lhes o sentido da compreensão. Não há, pois, como se aplicar o art. 22 da Lei nº 8.935/94, sem cotejá-lo com os preceitos constitucionais citados, para, daí, concluir-se se este dispositivo se conteve nos limites constitucionais ou extrapolou das regras constitucionais, ao definir a responsabilidade dos notários pelos seus atos funcionais. Necessário, ainda, a verificação se os atos notariais se constringem aos limites da regra contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como atividade *delegada* pelo poder público, ou deles estão afastados. As questões, ao meu sentir, são de natureza constitucional, impossíveis com o seu exame na órbita do especial.

Por último, malgrado ter, o extraordinário, sido indeferido, a apreciação do seu processamento está submetida ao STF, em grau de agravo de instrumento.

Com estas considerações e com a devida vênia do nobre Relator, em preliminar, não conheço do recurso.

É como voto.

QUESTÃO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Presidente): Submeto ao Sr. Ministro-Relator, José de Jesus Filho, esta preliminar.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Srs. Minis-

tros, peço vênia também ao Eminentíssimo Ministro-Relator, para acompanhar o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, estou com um caso idêntico, embora tenha uma expansão maior, que é o controle das Corregedorias sobre os notários, mas que aborda também esta questão.

Peço vênia ao eminente Ministro-Relator para acompanhar o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, seguindo a mesma posição de S. Exa. com relação à interpretação do art. 236 da Constituição Federal.

RECURSO ESPECIAL Nº 112.190 — RS

(Registro nº 96.0068948-2)

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Federação dos Contabilistas do Estado do Rio Grande do Sul e outros*

Recorrido: *Sindicato dos Contadores do Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Drs. Roberto Ozelame Ochoa e outros, e Athanásio G. Fleessas e outros*

Sustentação Oral: *Roberto Ozelame Ochoa, pela recorrente e o Dr. Luciano Brasileiro de Oliveira, pelo recorrido*

EMENTA: Processual — Recurso especial — Divergência — Acórdão do Supremo Tribunal Federal — Matéria constitucional — Sindicato de contabilistas — Sindicato de contadores — Dissociação (CLT, art. 571) — Ofensa inexistente.

I — O STJ não compõe dissídio pretoriano, em que o paradigma é acórdão do Supremo Tribunal Federal, tomado em recurso extraordinário.

II — Não ofende o art. 571 da CLT, acórdão, que declara lícita a dissociação de sindicato, louva-se no art. 1º, alíneas a e b, do DL 9.295/46, para afirmar que não existe a profissão de contabilista, mas convivem duas categorias legalmente diferenciadas, atuando na área contábil.

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, conhecer parcialmente do recurso e vencido o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, negar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado e José de Jesus Filho. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Brasília, 02 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 24-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Os recorrentes promoveram ação ordinária contra o Sindicato recorrido, visando a declaração de nulidade dos atos que o criaram.

O v. Acórdão repeliu a pretensão, ao fundamento de que:

1. não há como aplicar-se à espécie, o art. 41 dos estatutos sociais do Sindicato dos Contabilistas de Porto Alegre — eis que não se trata de dissolução desta entidade;

2. a jurisprudência do TJRS assentou-se no entendimento de que é possível o desmembramento ou criação de sindicato, sem quebra do princípio constitucional da unicidade sindical;

3. o art. 571 da CLT dá respaldo à dissociação de categorias afins, mas perfeitamente distintas;

4. não há como, na hipótese, exigir-se a deliberação prévia da assembléia do sindicato existente. Semelhante exigência reduziria à inutilidade o princípio constitucional da liberdade sindical, inscrito no art. 8º, II, da Constituição Federal;

5. nos termos do princípio da liberdade — respeitado aquele da unicidade — criado um novo sindicato, pelo desligamento dos membros que integram categoria autônoma, cessa a representatividade da entidade que antes congregava as duas categorias, agora separadas;

6. o argumento de que as categorias de técnico em contabilidade e de contadores se confundem é improcedente. Basta para extremá-las a observação de que ao contador se exige nível universitário, enquanto ao técnico basta o nível médio;

7. o Decreto-Lei 9.295/46 deixa clara a distinção entre as atividades reservadas ao contador e aquelas deferidas ao técnico em contabilidade;

8. não procede o argumento de que o Sindicato dos Contadores não tem personalidade jurídica, à falta de registro de seus estatutos, no Ministério do Trabalho. O argumento não procede, porque — a teor da Constituição — a personalidade civil dos sindicatos inicia-se com o registro civil.

Houve embargos declaratórios, em que os ora recorrentes queixam-se de:

a) o Acórdão formou-se a partir de documento inserido nos autos, extemporaneamente e apreciado, sem prévia vista aos embargantes;

b) tal documento, em que se louvou um dos votos formadores do Aresto, nenhuma pertinência mantém com a lide;

c) após suspenso em virtude de um dos julgadores haver pedido vista, o julgamento continuou, sem nova inclusão em pauta. Tal inclusão seria indispensável, à vista do que dispõe o art. 207, II do Regimento Interno do Tribunal.

Neste dispositivo, exige-se nova inserção em pauta, dos processos cujo julgamento foi suspenso por mais de quinze dias;

d) os embargantes não foram intimados da intervenção de terceiros;

e) o Acórdão apresenta várias contradições, cujo esclarecimento se faz necessário.

Em resposta a estes embargos, a Corte reconheceu que o doc. de fl. 534 foi inserido nos autos e apreciado por um dos desembargadores que contribuíram na formação do acórdão, sem que aos embargantes se houvesse dado ensejo de comentá-lo.

Tal anomalia, contudo, não pode ser corrigida através embargos declaratórios. Ela somente pode ser reparada, em recurso especial, ou ação rescisória.

No mais, os embargos foram rejeitados.

O Recurso Especial finca-se nas alíneas **a** e **c**. Nele encerram-se queixas de que:

a) o Acórdão é nulo, por violação do art. 398 do CPC, porque adotado com fundamento em documento sobre o qual os recorrentes não foram ouvidos;

b) houve ofensa à Súmula 117 do STJ, quando se deu continuidade à apelação, sem republicação da pauta;

c) foram contrariados os artigos 511, § 3º, 516, 517, 570 e 577 da CLT;

d) o dispositivo do Aresto recorrido está em contradição com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Este, o relatório.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Destaco uma questão preliminar: na resposta aos embargos declaratórios, o Tribunal **a quo** reconheceu haver ofendido o art. 398 do CPC. Entendeu, contudo, não ser possível corrigir a falha, em sede de embargos declaratórios.

Tenho para mim que os embargos declaratórios foram concebidos, justamente, para possibilitar auto-reparação dos defeitos ocorridos na formação do acórdão a que eles são dirigidos.

Não faz sentido — **data venia** — remeter-se ao STJ a correção de um erro, cuja existência é reconhecida pela corte que o cometeu.

O CPC há de ser interpretado com olhos no princípio da economia processual.

De qualquer sorte, a ofensa ao art. 398 do CPC é manifesta.

Dou provimento ao recurso, para declarar a nulidade do recurso.

CONTINUAÇÃO DO VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Superada a questão relativa à nu-

lidade, observo que o acórdão recorrido arrima-se em vários argumentos, a saber:

1. não seria exigível, na espécie, deliberação de assembléia geral, para autorizar a cisão do Sindicato ora recorrente. É que a cisão operada na velha entidade resultou de efeito reflexo da criação do novo sindicato;

2. nada impede que atividades conexas, mas diferenciadas, constituam representações autônomas, abandonando o sindicato comum. “O art. 571 da CLT dá respaldo à dissociação”;

3. a criação do novo sindicato é garantida pelo princípio constitucional da liberdade sindical (CF, art. 8º);

4. técnico em contabilidade e contador constituem categorias profissionais distintas, cujos interesses nem sempre coincidem. A distinção inicia-se pela exigência de nível universitário, para o exercício da atividade de contador e a suficiência do nível médio, para a de técnico em contabilidade;

5. não existe a profissão de contabilista. Legalmente, atuam na área contábil duas categorias distintas, diferenciadas no art. 1º, alíneas **a** e **b**, do DL 9.295/46: o técnico em contabilidade é profissional de nível médio (apto a realizar escritas contábeis, balanços e outras); já o contador tem atividades mais complexas, que ultrapassam o âmbito da técnica (auditorias, perícias judiciais, etc.);

6. não procede a alegada falta de personalidade jurídica, eis que, atualmente, o registro que dá personalidade jurídica aos sindicatos é aquele feito no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Não se exige mais o registro especial nas delegacias regionais do trabalho. Este registro está comprovado, pelo doc. de fl. 240;

7. no que respeita à alegada falta de personalidade sindical, exigir o registro especial no Ministério do Trabalho seria atentar contra o postulado constitucional da liberdade sindical.

O Recurso finca-se, também, na alegada divergência entre a decisão recorrida e Acórdão tomado pelo Supremo Tribunal Federal, no RMS 21.305/91 nestes termos:

“Criação por desmembramento — Categoria diferenciada. A organização sindical pressupõe a representação de categoria econômica ou profissional. Tratando-se de categoria diferenciada, definida à luz do disposto no § 3º do artigo 511 da Consolidação das Leis do Trabalho, descabe cogitar de desdobramento, por iniciativa dos interessados, consideradas as funções exercidas pelos sindicalizados. O disposto no parágrafo único do artigo 570 do referido Diploma aplica-se às hipóteses de existência de categorias similares ou conexas e não de categoria diferenciada, muito embora congregando trabalhadores que possuem funções diversas. A definição atribuída aos trabalhadores e em-

pregadores diz respeito à base territorial do sindicato — artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal e não à categoria em si, que resulta das peculiaridades da profissão ou da atividade econômica, na maioria das vezes regida por lei especial, como ocorre em relação aos aeronautas. Mostrase contrária ao princípio da unicidade sindical a criação de ente que implique desdobramento de categoria disciplinada em lei como única. Em vista da existência do Sindicato Nacional dos Aeronautas, a criação do Sindicato Nacional dos Pilotos da Aviação Civil não subsiste, em face da ilicitude do objeto. Segurança concedida para cassar-se o ato do registro no Ministério do Trabalho.”

A indicação deste precedente sugere nova questão preliminar.

Sabemos todos, que em recurso especial, o STJ limita-se a questões infraconstitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, de sua vez, resolve lides que se desenvolvem no plano do direito constitucional. Não lhe interessam temas de direito infraconstitucional.

Se assim ocorre, é certo afirmar: se o Supremo Tribunal Federal — em recurso extraordinário — conheceu determinado tema, é porque este está sediado no direito constitucional.

Como não é logicamente possível que uma determinada questão ocupe, a um mesmo tempo, o plano da infraconstitucionalidade e da cons-

titucionalidade, chega-se à conclusão de que a matéria resolvida através recurso extraordinário não pode ser conhecida em recurso especial.

Bem a propósito, o STJ decidiu, no EDREsp 109.042/SP:

“A jurisprudência consolidou-se no entendimento de que, mesmo quando se trata de compor dissídio pretoriano, o STJ não pode conhecer de recurso especial versando temas de direito constitucional (AGRG 22.182-5-SP)”.

Se assim ocorre, é inviável recurso especial, para compor dissídio pretoriano, quando o acordo paradigma provém do Supremo Tribunal Federal.

Não conheço do recurso, pela alínea c.

O Apelo, tampouco merece conhecimento, no que se refere à alegada ofensa ao art. 571 da CLT.

É que, para afirmar que “o art. 571 da CLT dá respaldo à dissociação”, o Acórdão recorrido louvou-se no art. 1º, alíneas a e b, do DL 9.295/46, para afirmar que não existe a profissão de contabilista, mas duas categorias legalmente diferenciadas, atuando na área contábil.

Ora, tal assertiva não agride o art. 571 da CLT. Este dispositivo legal, longe de proibir, disciplina a dissociação de profissões autônomas, concentradas em um sindicato.

Não conheço do recurso.

ESCLARECIMENTOS E VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, no pertencente à preliminar, tenho que o acórdão, objeto do despique recursal em exame, cuidou da extensão dos efeitos da prova juntada à fl. 540. Avançando esse juízo, parece-me que, desde logo, podemos apreciar o recurso sem a necessidade de restituição à Corte a quo.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): É esta a hipótese. O acórdão entendeu que não poderia consertar aquele engano em sede de embargos declaratórios.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: O engano adstringe-se quanto aos efeitos da juntada do documento, e desconhecimento da outra parte?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Sim. Explico com mais detalhe. Como o que se fez ver na sustentação oral, o que houve, em verdade, é que esse documento serviu como fundamento para o voto do Desembargador Vogal acompanhar o voto do Relator. Eles se queixam que, se a parte contrária tivesse tido acesso a esse documento, haveria de se impugnar de forma que o Desembargador Vogal não acompanharia o Relator. Então, há queixa até de que, em havendo esta omissão, os ora recorrentes perderam até a oportunidade de embargos infringentes.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Quanto aos Embargos Infringentes, não me impressiono,

porque é mera conjectura aduzir que o voto referido penderia para este ou para aquele lado.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O Desembargador que pediu vista disse: “não encampo a tese do Relator”.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Seria adiantar um juízo, porque o Juiz, em examinando o documento, em voto-vista demorado, poderia chegar a uma conclusão também diversa.

Nesse contexto, Senhor Presidente e Relator, fico pensando, se o voto parte da premissa de que houve erro, o mérito foi apreciado, ao dizer: “Reconheço que a juntada do documento deveria ter ensejado a intimação.” Enfim, ao reconhecer o erro, houve o julgamento. É difícil que se afirme um erro sem ter feito o avançamento de um juízo a respeito do que se errou ou se acertou. Se houve este erro, houve o julgamento; se houve o julgamento, penso que podemos avançar juízo de mérito.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Senhor Presidente, além desta fundamentação que V. Exa. está apresentando, este documento, **a priori**, não se me apresenta como de natureza fundamental para decidir a causa. O conteúdo do documento é o registro do sindicato no Ministério do Trabalho. Este sendo um documento público que foi levado ao conhecimento de terceiros, através de sua publicação na Imprensa Oficial. No sindicato existe

uma realidade fática, processual encontrada nos autos. O que estamos discutindo não é nenhum vício desse documento. Não foi alegada sua falsidade nem sua inoperância. Discutimos se o Sindicato dos Contadores pode se desmembrar dos sindicatos dos contabilistas. A decisão deste documento, mesmo não tendo sido levada ao conhecimento da parte contrária, era publicamente do conhecimento da parte contrária. V. Exas. lembrem-se que tivemos um precedente do Superior Tribunal de Justiça, do Ministro Assis Toledo. Encontra-se, aqui, no memorial e foi por nós aplicado em várias oportunidades, do seguinte teor:

“Prova. Documento Público. Juntada aos..... a invalidar o julgamento da apelação” (STJ, 5ª Turma, REsp 35.159; Relator Ministro Assis Toledo; DJU 20 de setembro de 1993).”

Trata-se de uma verdade sabida, pensando-se nos autos.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Comungaria de boa vontade com as assertivas de V. Exa., entretanto, ainda estou aprisionado a uma premissa anterior, porque a parte sustenta que houve violação do art. 398. O eminente Relator está entendendo que o Tribunal, em reconhecendo o erro, com o entendimento de que os Embargos de Declaração não comportariam esta solução, está propondo à Turma que se reconheça a necessidade do re-

torno aos autos, para que o Tribunal **a quo** proclame formalmente o julgamento. Porém, estou raciocinando que se o Tribunal reconheceu o erro avançou o julgamento pedido. Mas, antes, temos que resolver a proposição feita pelo eminente Relator. Desse modo, voto rejeitando a preliminar, entendendo que a Turma está habilitada para, desde logo, apreciar se houve, ou não, a suscitada violação ao art. 398, partindo da afirmação de que a declaração de erro constituiu julgamento a respeito do fato.

O DR. ROBERTO OZELAME OCHOA (Advogado): Senhor Presidente, o recorrente alegou a falsidade do documento em sede de embargos, e a Câmara não apreciou essa alegação por entender que não lhe competia. Não há incidente de falsidade porque a parte não fora intimada da juntada do documento, apenas do acórdão.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Senhores Ministros, a tese jurídica que está posta é somente esta: pode o Tribunal consertar um erro em sede de embargos declaratórios?

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Diz o advogado que houve o pedido de incidente.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Não; ele disse que suscitaria, se fosse o caso. Ele diz que a questão não é de **lana caprina** porque ele alegou a falsidade do documento. A questão que

está posta é esta: O Tribunal entendeu que ofendeu o art. 398. No entanto, ele não poderia, em sede de embargos declaratórios, consertar essa ofensa, e o meu voto é no sentido de que ele pode.

O DR. ROBERTO OZELAME OCHOA (Advogado): Reitero que não houve argüição de falsidade incidental; reitero que o contraditório não foi violado, porque o documento era conhecido; e reitero mais ainda que o acórdão do declaratório foi redigido em dez páginas, foi apreciada toda esta questão e o Relator, em parte de seu voto, disse que esse problema de valoração da prova não levaria à mudança substancial no julgamento.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Senhor Presidente, peço vênia a V. Exa., com as minhas homenagens mais alongadas, para acompanhar o raciocínio do eminente Ministro Milton Luiz Pereira. Penso que a tese de V. Exa., dentro de um contexto geral está correta, mas, no contexto específico em que está sendo analisada, filia-se no aspecto burocrático do processo.

No momento em que se conheceu deste documento, que é público, e houve o debate nos autos, não há incidente de falsidade sobre ele e desde que o Tribunal de Justiça tenha reconhecido o erro de não tê-lo apreciado, mas que de modo reflexo o apreciou de qualquer maneira, toda essa matéria está diluída.

Acompanho o voto do Ministro Milton Luiz Pereira, afastando a preliminar.

Milton Luiz Pereira e José Delgado, levaram-me a pedir vista para melhor exame.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. A preliminar suscitada por V. Exa. e rejeitada pelos eminentes Ministros

Examinei os autos, meditei sobre os argumentos respeitáveis de ambos os lados mas, peço **venia** a V. Exa. para acompanhar a divergência, afastando a preliminar, como fizeram os Ministros Milton Luiz Pereira e José Delgado.

RECURSO ESPECIAL Nº 114.549 — PR

(Registro nº 96.0074694-0)

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrentes: *Instituto Ambiental do Paraná — IAP e Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Município de Pato Branco*

Advogados: *Drs. Cecy Thereza Cercal K. de Goes e Nelson Antônio Sguarizi*

EMENTA: *Administrativo — Meio ambiente — Obra potencialmente agressiva — Licença do SISNAMA — Lei 6.938/81, art. 10.*

— Em havendo obra potencialmente ofensiva ao meio ambiente, reserva-se aos integrantes do SISNAMA a competência para avaliar o alegado potencial.

— Acórdão fincado na assertiva de que a obra impugnada está livre de autorização do SISNAMA, porque leva em conta os cuidados exigidos para a preservação do meio ambiente. Tal aresto efetuou juízo de valor, penetrando a competência do SISNAMA e maltratando o artigo 10, da Lei 6.938/81.

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, dar provimento a ambos os recursos. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Delgado, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília, 02 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 24-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Município de Pato Branco pediu Mandado de Segurança contra embargo lançado pelo chefe do Instituto Ambiental do Paraná, que impediu abertura de rua, na sede da comuna.

Em grau de apelação, o V. Acórdão recorrido confirmou a Segurança, ao fundamento de que é abusivo o embargo, embaraçando obra municipal, executada “dentro dos limites da competência do município, de acordo com a Constituição Federal (artigos 23, inciso VI e 30, inciso VIII) e com as leis locais.”

O Ministério Público Estadual opôs embargos declaratórios, reclamando pronunciamento quanto aos

dispositivos de vários artigos da Lei Federal 6.938/81 e 8.666/93.

Tais embargos foram rejeitados, ao fundamento de que os dispositivos legais foram exaustivamente examinados na Sentença confirmada pelo Acórdão.

O Ministério Público manifestou recurso especial, montado na alínea a. Afirma que a Decisão recorrida desprezou os artigos:

— 24, VI e VIII; 23, VI e VII; 30, VIII e 225, § 1º, III, IV da Constituição Federal;

— 2º; 3º e 9º, II, III e IV, da Lei 6.938/81;

— 1º e 2º da Lei 4.771/65;

— 12, VII da Lei 8.666/93.

O Instituto Ambiental do Paraná também manifestou recurso especial.

Este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O V. Acórdão recorrido fincou-se na tese de que a obra embargada observou os cuidados exigidos pelas regras de preservação ambiental, e foi executada nos termos do ordenamento jurídico municipal.

Ora, o artigo 10 da Lei 6.938/81 diz:

“A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais,

considerados efetiva e potencialmente poluidoras, bem como os capazes sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estatal competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente — SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA, com caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.”

A teor deste preceito legal, qualquer atividade capaz de gerar degradação ambiental depende de au-

torização do órgão estadual integrante do SISNAMA.

Se assim ocorre — em havendo obra a que se impute potencial ofensa ao meio ambiente — reserva-se aos integrantes do SISNAMA, a competência para avaliar o alegado potencial.

O V. Acórdão, ao dizer que a obra leva em conta os cuidados exigidos para a preservação do meio ambiente, efetuou juízo de valor, afastando a competência do SISNAMA. Em assim fazendo, a respeitável decisão maltratou o artigo 10 da Lei 6.938/81.

Dou provimento aos recursos, para denegar a Segurança.

RECURSO ESPECIAL Nº 121.053 — PB

(Registro nº 97.0013299-4)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Tribunal de Contas do Estado da Paraíba*

Recorrido: *Wilson Leite Braga*

Advogados: *José Francisco Valério Neto e outros, e Luiz Augusto da França Crispim e outro*

EMENTA: *Processual Civil. Recurso especial. Ausência de questionamento. Interpretação de direito local. Tribunal de Contas e legitimidade para recorrer na defesa de suas decisões. Impossibilidade.*

No âmbito do especial só se apreciam questões jurídicas que tenham sido discutidas e decididas nas instâncias ordinárias, sendo infenso ao reexame de matéria pertinente ao direito local (normas regimentais). Em havendo omissão no julgado, compete, à parte, manifestar, congruo tempore, embargos declaratórios. Persistindo o Tribunal na omissão (rejeitando os embargos), cabe ao

recorrente forcejar o *especial* tendo como fundamento, não a questão de mérito sobre a qual não se emitiu juízo de valor, mas a afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil.

O Tribunal de Contas do Estado, malgrado figurar no pólo passivo da ação mandamental, não tem personalidade jurídica, por ser mero órgão auxiliar do Poder Legislativo (e a sua personalidade é meramente judiciária), não podendo, por isso mesmo, utilizar-se do recurso especial.

Não é jurídico nem legal cometer-se aos Conselhos de Contas a legitimação para defender, em juízo (ativa ou passivamente), as suas *decisões*, mas as suas prerrogativas. Interpretação de tal sorte dilargante, imporia o dever de se conceder aos Juízes e Tribunais Judiciários, o poder de litigar, pela via recursal, porfiando a manutenção de seus julgados e, também, à autoridade coatora, na ação de segurança, o direito de recorrer, que é cometido à pessoa jurídica de direito público.

Órgãos da natureza dos Tribunais de Contas só podem residir em juízo (e conseqüentemente recorrer) nas *lides internas*, em confronto com outros órgãos ou com Poderes do Estado e, no momento em que, algum destes lhes retire prerrogativa ou lhes afronte direitos que lhes são próprios, porque indesejáveis de seus fins constitucionais.

Não tendo, o recurso especial, efeito *suspensivo*, poderia o Tribunal de Contas (e deveria), tão logo anulada a sua decisão sobre as contas do ex-governador, emitir novo parecer sobre a mesma matéria, escoimando-o dos defeitos identificados no acórdão do Tribunal de Justiça, independentemente da manifestação de qualquer recurso.

Havendo, *in casu*, o Tribunal de Justiça apreciado a lide com arrimo em legislação *local* (normas de Regimento), inexistente divergência, eis que esta só se configura quando decorrente do conflito de teses jurídicas, na interpretação da mesma legislação federal.

Recurso especial não conhecido. 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 una-

nimidade, não conhecer do 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 Milton

Luiz Pereira e Garcia Vieira. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília, 18 de setembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

Publicado no DJ de 27-10-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: A hipótese configura uma ação declaratória de nulidade de Parecer Prévio do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, em relação às contas de ex-governador daquele Estado, em determinado período, por ofensa a normas regimentais.

A ação foi julgada procedente, em ambas as instâncias.

Inconformado, o Tribunal de Contas, por intermédio de seu Consultor jurídico, manifestou recurso especial com base nas letras **a** e **c**, do admissivo constitucional. Alega ofensa aos arts. 248, 249 e 250 do Código de Processo Civil e divergência com julgados de outros Tribunais.

Admitido na origem e contra-razoado, vieram os autos a esta instância.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

Cuida-se de ação declaratória de nulidade de *decisão* administrativa (Parecer do Tribunal de Contas) promovido por ex-governador do Estado da Paraíba movida contra a Assembléia Legislativa e o Tribunal de Contas, em que o Estado interveio como litisconsorte.

O objetivo da ação é a declaração de nulidade de Parecer Prévio da Corte de Contas, contrariamente ao período de administração do autor, tendo como fundamento essencial a circunstância de ter o mesmo Tribunal examinado as contas de três ex-governadores, englobadamente, sem discriminação de períodos, embora tenha aprovado as de um (o Des. Rivando Bezerra) e rejeitado as dos demais (dois Governadores).

O pedido foi julgado procedente, em ambas as instâncias.

Houve embargos de declaração, todavia, rejeitados pelo Tribunal de Justiça, porquanto, se fundamentava na existência de *dúvida*: motivação já abolida do CPC, como autorizadora do pedido de esclarecimento.

Irresignado, o Tribunal de Contas do Estado, por seu Consultor Jurídico, manifestou recurso *especial*, estribado nas alíneas **a** e **c**, do admissivo constitucional. A alegação é de afronta, pelo *decisório*, aos arts. 248, 249 e 250 do Código de Processo Civil, porquanto, em rejeitando os embargos declaratórios, “abolido estará o duplo grau de jurisdição e o princípio do **tantum devolutum quantum appellatum**, desde que, serão objeto de apreciação e julgamento pelo Tribunal to-

das as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”, além do dissenso pretoriano.

O recurso, todavia, não pode ser conhecido, ante os óbices legais e regimentais. Em primeiro lugar, não me parece que o Tribunal de Contas, no caso **sub judice**, esteja legitimado a recorrer. É certo que, na ação, a Corte de Contas figura no pólo passivo, mas não dispõe de personalidade jurídica para manejar o recurso. O Tribunal de Contas é mero órgão auxiliar do Poder Legislativo, por força de preceito constitucional (art. 71 da C. Federal). Como órgão integrante da pessoa jurídica (o Estado), a Corte de Contas só tem a personalidade *judiciária*, e, por isso mesmo, “só pode agir em Juízo (por via da segurança e de outras ações) na defesa de interesses peculiares ao próprio órgão ou de suas prerrogativas políticas”. Só na contenda **interna corporis** é que, a Corte de Contas, por ser aquele que praticou o ato, pode figurar no pólo passivo de ações e, conseqüentemente, recorrer. Demandas **interna corporis** são as oriundas de divergências entre os Poderes do Estado. Assim, se o Executivo afronta uma prerrogativa do Tribunal de Contas — ou do próprio Tribunal de Justiça — como, **ad exemplum**, o não repasse de verbas no prazo consignado na C. Federal, em desafeição à autonomia financeira que lhe são peculiares, aí, é possível o manejo da ação adequada na preservação dos interesses que lhe são próprios. É a doutrina predomnan-

te. O nobre Ministro Athos Carneiro, em escólio magistral, escreveu:

“Igualmente têm sido admitidos a litigar, em certos casos, os próprios órgãos de pessoas jurídicas: a Câmara de Vereadores, **verbi gratia**, ou o Tribunal de Justiça (embora a personalidade jurídica pertença ao Município ou ao Estado), podem agir em juízo quando em defesa de interesses do próprio órgão” (Intervenção de Terceiros, nº 3.2).

E, **Hely Lopes Meirelles**, ao cuidar da chamada personalidade judiciária das Câmaras de Vereadores, que, indubitavelmente, neste aspecto se colocam em situação idêntica à dos Tribunais de Contas (estes como meros órgãos de um dos Poderes), adverte:

“A capacidade processual da Câmara para a defesa de suas prerrogativas funcionais é hoje pacificamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Certo é que a Câmara não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária. Pessoa jurídica é o Município. Mas, nem por isso se há de negar capacidade processual, ativa e passiva à Edilidade, para ingressar em juízo quando tenha prerrogativas ou direitos próprios a defender” (Direito Municipal Brasileiro, 5ª Edição).

A personalidade jurídica, enfatizam os juristas, “não se confunde

com a personalidade judiciária; esta é um **minus** em relação àquela. Toda pessoa jurídica tem, necessariamente, capacidade processual, mas, órgãos há que, embora sem personalidade jurídica, podem estar em Juízo, em seu próprio nome, porque são titulares de direitos subjetivos susceptíveis de pretensão judicial quando relegados ou contestados. Nessa situação se encontram *órgãos* dos Poderes, aos quais se atribuem funções específicas, prerrogativas funcionais e direitos próprios inerentes à instituição. Desde que esses órgãos têm direitos subjetivos, hão de ter meios judiciais e capacidade processual para defendê-los e torná-los efetivos” (RF, vol. 200, págs. 232/233).

Compreenda-se, todavia, que essa personalidade judiciária que autoriza os órgãos despersonalizados de agir em Juízo, inclusive através dos recursos previstos em lei, só tem lugar quando na defesa de suas prerrogativas, de direitos subjetivos e, por isso mesmo, lhes são próprios. Isso significa que esses órgãos, como os Tribunais de Contas, só podem residir em Juízo nas *lides internas*, em confronto com outros órgãos ou com os Poderes do Estado e, no momento em que, algum destes, lhes retira prerrogativas ou lhes afronta direitos que lhes são próprios, porque indesejáveis de seus fins constitucionais. Se o **estraneus** (cidadão ou pessoa jurídica de direito privado) promove ação contra o Tribunal de Contas, o Estado, inefragavelmente, há de figurar no pólo passivo dessa ação: a Corte de Con-

tas não tem personalidade jurídica para agir ativa ou passivamente (salvante as hipóteses já referidas), em casos como tais. É o que ocorre, na hipótese. O direito de recorrer é cometido ao Estado (Pessoa Jurídica), não ao Tribunal de Contas.

Não se pode interpretar a personalidade *judiciária* desses órgãos com tal elástico, pois, estar-se-ia equiparando personalidade judiciária à personalidade jurídica.

Demais disso, trata-se de ação em que se objetiva a declaração de nulidade de *parecer prévio* relativo às Contas de ex-governador. Esse Parecer tem, em tudo e por tudo, a feição de *decisão* administrativa. É o escólio de **Hely Lopes Meirelles**: “Portanto, o parecer do Tribunal ou órgão de contas vale como *decisão* enquanto a Câmara não o substituir por seu julgamento qualificado pelo **quorum** constitucional” (Direito Administrativo Brasileiro, pág. 603).

Não é, pois, de juridicidade razoável, cometer-se, aos Conselhos de Contas, a legitimação para defender, em Juízo (ativa ou passivamente), as suas *decisões* — não as suas prerrogativas. Com interpretação tão dilargante, ter-se-ia de conceder, aos Juizes e Tribunais Judiciários, o poder de litigar, na esfera jurisdicional, na porfia da manutenção de seus julgados (*decisões*), e, também, à autoridade coatora, nos mandados de segurança, de injunção e **Habeas data**, o direito de recorrer (que é inerente à pessoa jurídica de Direito Público respectiva).

O Tribunal de Contas, repita-se, só há de figurar, como parte, ativa ou passivamente (e nas demandas internas) na defesa de interesses juridicamente tutelados e peculiares ao próprio órgão ou na defesa de suas prerrogativas políticas. Em litígios como o dos autos, não lhe é dado recorrer, por ausência, inclusive, de *sucumbência*. É que, as repercussões patrimoniais pertinentes à sucumbência do órgão de Contas irão refletir-se, necessariamente, no *erário estadual*, de cujas dotações orçamentárias se repassam os recursos financeiros para possibilitar o seu funcionamento (do Tribunal de Contas).

Caberia, por último, à Corte de Contas, demandar em Juízo, se algum outro órgão do Estado ou um dos Poderes intentasse impedir o seu funcionamento, ou a realização de suas atividades ou lhe suprimir ou minimizar alguma de suas prerrogativas ou direitos subjetivos. Fora dessas hipóteses, meramente exemplificativas, o *recurso* é da alçada da pessoa jurídica (no caso, o Estado).

Por outro lado, na irrisignação se apontam, como malferidos, preceitos legais (arts. 248, 249 e 250 do CPC), cujas matérias que disciplinam não foram objeto de decisão no acórdão recorrido.

Com efeito, toda a fundamentação do aresto objurgado tem como suporte a legislação *local* e, até, normas regulamentais, além dos fatos da causa, para melhor esclarecimento, transcrevo, abaixo, trecho do essencial do *decisório*:

“Daí se conclui que na primeira hipótese, forçoso é reconhecer a nulidade do Parecer prévio do Tribunal de Contas, por não haver observado a divisão ou análise das contas dos três ex-governadores em períodos distintos. Se assim procedesse, como estava obrigado, a análise feita pelo referido órgão possibilitaria o conhecimento proferido e cristativo sobre a responsabilidade civil e administrativa de cada um. De contrário, tenho de reconhecer uma flagrante contradição por considerar legais todos os atos de um dos Governadores, e ilegais os atos dos outros dois que, na realidade, foram os mesmos. De igual forma, é ponto pacífico que o Poder Legislativo feriu afrontosamente o postulado constante da Resolução 326/72, em seu art. 278, e que constituía, na época, o seu Regimento Interno. Isso significa dizer que a Comissão de Finanças, Orçamento e Tomada de Contas deveria ter procedido a um levantamento completo sobre as contas de cada Governador, referente ao exercício financeiro de 1986. Daí a nulidade do Decreto Legislativo nº 02/87. Decidiu acertadamente o então Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, hoje Des. Plínio Leite Fontes, ao decretar a nulidade do parecer Prévio do Tribunal de Contas e do Decreto Legislativo nº 02/87, já mencionados. Está claro que a Assembléia Legislativa desobedeceu de modo frontal ao contido no art. 278 da Resolução nº 326/72

— Regimento Interno, sem que observasse o ali contido para emitir pronunciamento definitivo, ante o levantamento das contas do Governador, a que estava obrigada” (Folhas 512/514).

Como se observa, o acórdão mal-sinado decidiu a pendenga à luz do direito local (Regimento Interno) e, ainda, com base em elementos factuais, sem qualquer menção aos dispositivos de lei invocados (arts. 248, 249 e 250) e sem interpretar-lhes o sentido ou a compreensão (Súmulas 07/STJ 282/STF e 280/STF), ficando, por isso mesmo, indene de reexame na via do *especial*.

É certo que o recorrente manifestou embargos declaratórios, que foram rejeitados, desde que, tiveram como fundamento, a existência de *dúvida*, de há muito excluída dentre as motivações ensejadoras dos embargos de esclarecimento (Lei nº 8.950/94). Ainda assim, se pretendesse forçar o julgamento das questões jurídicas objeto do *especial*, teria, o recorrente, que fundar a irrisignação na ofensa ao art. 535 do C. de Processo Civil, como é pacífico nesta Corte.

Por último, o acórdão recorrido em nada desafeiçoou a ação da Corte de Contas, pelo fato de, uma vez anulando o Parecer Prévio, ter silenciado acerca de sua repetição (CPC, art. 249).

É que, confirmando a decisão monocrática e se omitindo quanto à possibilidade de o Tribunal recorrente manifestar-se, novamente, de forma a escoimar as irregularidades indicadas, (exame das Contas de três Governadores conjuntamente), nada

impede que a Corte de Contas manifeste-se em novo Parecer, sobre as Contas do ex-governador (Wilson Braga), já que a omissão (ou o silêncio) sobre essa possibilidade não faz coisa julgada. A questão está em aberto. Impedido estaria, (o Tribunal de Contas), se o Tribunal de Justiça, em seu *decisório*, tivesse vedado, expressamente, o reexame das Contas (do ex-governador), mediante a oferta de outro Parecer, com observância das normas regimentais (e legais).

Quanto ao dissenso pretoriano, não enxergo caracterizado. E, a rigor, nem poderá existir. É que, além dos acórdãos colacionados como paradigmas terem sido transcritos através de ementas, impossibilitando a verificação, por este Sodalício, se as conclusões se originaram das mesmas premissas fáticas e jurídicas (identidade ou semelhança de situações), descumpridas foram as normas regimentais (art. 255). Demais disso, como já se acentuou, acima, divergência não poderia existir, porquanto, uma vez tendo o *decisório* atacado apreciado a lide com arrimo em legislação local (e Regimento), jamais poderia configurar-se o conflito de teses jurídicas; isso porque, a divergência que justifica o conhecimento do *especial* é a decorrente da interpretação da mesma legislação *federal*. E, como é curial, o acórdão ferretado não decidiu o litígio interpretando lei federal. Inexiste, pois, dissenso pretoriano a considerar.

Com estas considerações, em preliminar, não conheço do recurso.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 134.694 — SP

(Registro nº 97.0038638-4)

Relator: *O Sr. Ministro José Delgado*

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Recorridos: *Representações A. J. de Jesus Rosas Ltda. e outros*

Advogados: *Drs. Luiz Machado Fracarolli e outros, e Silene Mazeti e outros*

EMENTA: *Tributário. Imposto de renda. Isenção. Microempresa. Corretagem e representação comercial. Art. 51 da Lei nº 7.713/88. Ato declaratório da Receita Federal CST nº 24/89.*

1 — O artigo 51 da Lei nº 7.713/88 não excluiu os representantes comerciais dos benefícios concedidos às microempresas.

2 — Afigura-se ilegal o ato declaratório da Receita Federal CST nº 24/89 ao assemelhar a atividade de representação comercial à de corretagem no fito de excluí-la da isenção do imposto de renda prevista na Lei nº 7.256/84, art. 11, I.

3 — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

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

Brasília, 19 de agosto 1997 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

Publicado no DJ de 22-09-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: A Fazenda Nacional interpõe o presente recurso especial (fls. 113/118), com fulcro no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão (fl. 109) proferido pela 3ª Turma do TRF da 3ª Região, assim ementado:

“Tributário. Microempresa. Representação comercial. Imposto de renda. Isenção. Leis nºs 7.256/84 e 7.713/88. Ato Declaratório Normativo nº 24/89.

I — O Ato Declaratório Normativo CST nº 24/89, ao restringir o campo de isenção traçado pelas Leis nºs 7.256/84 e 7.713/88, in-

fringiu o Princípio da Legalidade em matéria tributária.

II — As microempresas de representação comercial fazem jus ao benefício estabelecido pela Lei nº 7.256/84.

III — Apelação provida.”

Sustenta a recorrente contrariedade à lei federal, defendendo em síntese, a legalidade do Ato Declaratório nº 24/89.

A parte recorrida em contra-razões (fls. 123/127), pugna pela manutenção do aresto atacado.

Admitido o especial por despacho (fl. 130) do Exmo. Sr. Vice-Presidente do TRF da 3ª Região, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): O presente recurso especial não merece ser conhecido.

De fato, consolidou-se no âmbito jurisprudencial das Turmas especializadas desta Corte, o entendimento no mesmo sentido esposado pelo venerando acórdão recorrido, o de que a Lei nº 7.713/88, em seu artigo 51, não excluiu os representantes comerciais dos benefícios concedidos às microempresas, sendo ilegal o ato declaratório CST nº 24/89 ao assemelhar a empresa de representação comercial à de corretagem no fito de excluí-la da isenção do imposto de renda prevista no referido diploma legal.

Confiram-se os seguintes precedentes:

“Tributário. Imposto de renda. Isenção. Microempresa. Corretagem e representação comercial. Leis nºs 7.256/84 e 7.713/88. Ato Declaratório CST nº 24/89.

1 — Representação comercial não se assemelha às atividades de corretagem, não sendo de feliz inspiração a interpretação da autoridade fiscal, sob a réstia do art. 51, Lei 7.713/88, com elastério, sob o argumento de similitude, equiparar atividades de características profissionais diferentes. Ilegalidade na restrição das microempresas beneficiárias da isenção do Imposto de Renda. (Lei 7.256/84, art. 11, I).

2 — Precedentes jurisprudenciais.

3 — Recurso improvido.” (REsp nº 79.145-MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 27.05.96).

“Tributário. Imposto de renda. Isenção. Microempresa. Corretagem e representação comercial. Lei nº 7.256, de 27.11.84, art. 11, I, alterado pelo art. 51 da Lei nº 7.713, de 22.11.88.

1 — O art. 51 da Lei nº 7.713, de 22.11.88, que alterou o art. 11, I, da Lei nº 7.256, de 27.11.84, não incluiu a representação comercial entre as atividades passíveis da incidência do imposto de renda.

2 — É ilegal o Ato Declaratório CST nº 24, de 1989, na parte em que assemelha a empresa de re-

apresentação comercial à de corretagem para fins de excluí-la da isenção prevista nos citados textos legais.

3 — Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 82.932-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 15.04.96).

“*Tributário. Imposto de renda. Microempresas. Representação comercial. Corretagem. CTN, arts. 111 e 178. Leis nºs 7.256/84 e 7.713/88. Ato Declaratório nº 24/89.*

1 — Cuidando-se de interpretação da legislação tributária, sob a réstia da similitude de atividades, a analogia ou compreensão extensiva não se presta para fincar ato administrativo declaratório, com o visio de arquear isenção prevista em lei.

2 — Diante da lei, hierarquicamente inferiorizado o ato administrativo, deve prevalecer a isenção constituída em favor dos representantes comerciais.

3 — Recurso improvido.” (REsp nº 85.774-MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 29.04.96).

“*Tributário. Representante comercial. Imposto de renda. Isenção. Art. 51 da Lei nº 7.713/88. Ato Declaratório da Receita Federal CST nº 24/89.*

— A Lei nº 7.713/88 não excluiu a atividade de representação comercial da isenção do imposto de renda de que trata a Lei nº 7.256/84.

— Recurso provido.” (REsp nº 78.897-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 01.04.96).

Ademais, o entendimento pacífico desta Corte, acima demonstrado, restou sedimentado com a edição da Súmula nº 184 deste Tribunal, de seguinte teor:

“A microempresa de representação comercial é isenta do pagamento do imposto de renda”.

Por tais fundamentos, não conheço do especial.

É como voto.