

**REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

“PUBLICAÇÃO OFICIAL”

(Súmulas 151 a 166)

**REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

ano 8 número 86 outubro 1996

© SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Assessor de Ministro
Maria Leonor Menezes Ribeiro
Assessor Judiciário
Teresa Cristina C. O. Ribeiro
Oficiais de Gabinete
Maria Aparecida Cyrillo Rodrigues
Marilda Torquato Vieira
Nely van Boekel
Supervisor
Carlos Cardoso de Oliveira

Assistentes
Gerson Prado da Silva
Jéter Rodrigues
Maria Alves Satas
Maria do Socorro Medeiros Ramos
Sebastiana Alves de Oliveira
Sonia Maria Campos Leal
Auxiliar Especializado
Raimunda Pereira de Melo

Setor de Administração Federal Sul
Q. 06 — Lote 1 — Bl. D — 4º Andar — Sala 4.3
CEP 70095-900 — Brasília-DF
Telefone (061) 319-6054
Fax (061) 319-6373

Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda.

SDS Bl. O — Ed. Venâncio VI — Lj. 27
CEP 70393-900 — Brasília-DF
Telefone (061) 224-4607 — Fax (061) 225-8494
Telemarketing (061) 800-2020
Tiragem 5.000 exemplares

Revista do Superior Tribunal de Justiça. — n. 1— . —
Brasília : STJ, 1989— .

Mensal

ISSN 0103 — 4286

1. Direito — Periódico — Brasil. 2. Jurisprudência —
Periódico — Brasil. 3. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ).

CDU 340.142(81)(05)

REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA

Ministro EDUARDO ANDRADE RIBEIRO DE OLIVEIRA

Diretor

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Romildo BUENO DE SOUZA — 8-4-80 — Presidente (*)
Ministro AMÉRICO LUZ — 23-6-80 — Vice-Presidente (**)
Ministro JOSÉ Fernandes DANTAS — 29-10-76
Ministro WILLIAM Andrade PATTERSON — 3-8-79
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO — 23-6-80
Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI — 7-5-81
Ministro Paulo Roberto Saraiva da COSTA LEITE — 25-9-84
Ministro NILSON Vital NAVES — 11-4-85
Ministro EDUARDO Andrade RIBEIRO de Oliveira — 12-6-85 — Diretor da Revista
Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO — 9-1-86
Ministro EDSON Carvalho VIDIGAL — 9.12.87
Ministro Jacy GARCIA VIEIRA — 8-9-88 — Coordenador-Geral da JF (**)
Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO — 18-5-89
Ministro WALDEMAR ZVEITER — 18-5-89
Ministro Luiz Carlos FONTES DE ALENCAR — 18-5-89
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO Teixeira — 18-5-89
Ministro Raphael de BARROS MONTEIRO Filho — 18-5-89
Ministro HÉLIO de Mello MOSIMANN — 9-8-90
Ministro Francisco PEÇANHA MARTINS — 5-2-91
Ministro DEMÓCRITO Ramos REINALDO — 27-6-91
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS — 27-6-91
Ministro MILTON LUIZ PEREIRA — 23-4-92
Ministro Francisco CESAR ASFOR ROCHA — 22-5-92
Ministro ADHEMAR Ferreira MACIEL — 11-11-92
Ministro José ANSELMO de Figueiredo SANTIAGO — 12-2-93
Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR Júnior — 29-4-94
Ministro VICENTE LEAL de Araújo — 24-11-94
Ministro ARI PARGENDLER — 19-6-95
Ministro JOSÉ Augusto DELGADO — 14-12-95
Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA — 27-6-96
Ministro FERNANDO GONÇALVES — 27-6-96
Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO — 27-6-96

(*) Não integra as Turmas, preside a Sessão Plenária e a Corte Especial, onde tem, apenas, voto de qualidade (Art. 21, itens III e VI, do RI).

(**) Não integram as Turmas, integram o Plenário e a Corte Especial, com as funções de Relator e Revisor (Arts. 22, § 1º, e 23, do RI).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENÁRIO (*)

Presidente: Ministro BUENO DE SOUZA

CORTE ESPECIAL

(Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras de cada mês)

Presidente: Ministro BUENO DE SOUZA

Vice-Presidente: Ministro AMÉRICO LUZ
Ministro JOSÉ DANTAS
Ministro WILLIAM PATTERSON
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI
Ministro COSTA LEITE
Ministro NILSON NAVES

Diretor da Revista: Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO
Ministro EDSON VIDIGAL

Coordenador-Geral da JF: Ministro GARCIA VIEIRA
Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO
Ministro WALDEMAR ZVEITER
Ministro FONTES DE ALENCAR
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO
Ministro HÉLIO MOSIMANN
Ministro PEÇANHA MARTINS
Ministro DEMÓCRITO REINALDO
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
Ministro ANSELMO SANTIAGO

PRIMEIRA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras de cada mês)

Presidente: Ministro HÉLIO MOSIMANN

1ª TURMA (Sessões às 1ª e 3ª segundas-feiras e às quatro primeiras quintas-feiras de cada mês)

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS — Presidente
Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO
Ministro DEMÓCRITO REINALDO
Ministro MILTON LUIZ PEREIRA
Ministro JOSÉ DELGADO

(*) O Plenário, quando convocado, reunir-se-á no dia de sessão da Corte Especial (Resolução nº 19-STJ, art. 3º).

2ª TURMA (Sessões às 1ª e 3ª segundas-feiras e às quatro primeiras quintas-feiras de cada mês)

Ministro PEÇANHA MARTINS — Presidente
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro HÉLIO MOSIMANN
Ministro ADHEMAR MACIEL
Ministro ARI PARGENDLER

SEGUNDA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras de cada mês)

Presidente: Ministro EDUARDO RIBEIRO

3ª TURMA (Sessões às 2ª e 4ª segundas-feiras e às quatro primeiras terças-feiras de cada mês)

Ministro WALDEMAR ZVEITER — Presidente
Ministro COSTA LEITE
Ministro NILSON NAVES
Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

4ª TURMA (Sessões às 2ª e 4ª segundas-feiras e às quatro primeiras terças-feiras de cada mês)

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO — Presidente
Ministro FONTES DE ALENCAR
Ministro BARROS MONTEIRO
Ministro CESAR ASFOR ROCHA
Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR

TERCEIRA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras de cada mês)

Presidente: Ministro EDSON VIDIGAL

5ª TURMA (Sessões às 2ª e 4ª segundas-feiras e às quatro primeiras terças-feiras de cada mês)

Ministro EDSON VIDIGAL — Presidente
Ministro JOSÉ DANTAS
Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI
Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

6ª TURMA (Sessões às 2ª e 4ª segundas-feiras e às quatro primeiras terças-feiras de cada mês)

Ministro ANSELMO SANTIAGO — Presidente
Ministro WILLIAM PATTERSON
Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO
Ministro VICENTE LEAL
Ministro FERNANDO GONÇALVES

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL
(Sessão à 1ª sexta-feira de cada mês)

Ministro BUENO DE SOUZA — Presidente
Ministro AMÉRICO LUZ — Vice-Presidente

Membros Efetivos

Ministro GARCIA VIEIRA — Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO
Ministro WALDEMAR ZVEITER
Juiz MAURO LEITE SOARES — TRF 1ª Região
Juiz NEY MAGNO VALADARES — TRF 2ª Região
Juiz SEBASTIÃO DE O. LIMA — TRF 3ª Região
Juiz PEDRO M. PAIM FALCÃO — TRF 4ª Região
Juiz NEREU P. SANTOS FILHO — TRF 5ª Região

Membros Suplentes

Ministro FONTES DE ALENCAR
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO
Ministro BARROS MONTEIRO
Juiz NELSON GOMES DA SILVA — TRF 1ª Região
Juiza TÂNIA BASTOS HEINE — TRF 2ª Região
Juiz JORGE T. F. SCARTEZZINI — TRF 3ª Região
Juiza ELLEN G. NORTHFLEET — TRF 4ª Região
Juiz FRANCISCO FALCÃO — TRF 5ª Região

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro NILSON NAVES — Presidente
Ministro GARCIA VIEIRA — Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro PEÇANHA MARTINS
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS — Suplente

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI — Presidente
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro WILLIAM PATTERSON — Presidente
Ministro COSTA LEITE
Ministro EDSON VIDIGAL
Ministro FONTES DE ALENCAR — Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro JOSÉ DANTAS — Presidente
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro EDUARDO RIBEIRO — Diretor da Revista
Ministro BARROS MONTEIRO
Ministro DEMÓCRITO REINALDO
Ministro ANSELMO SANTIAGO

JURISPRUDÊNCIA

Súmula 151	17
Súmula 152	41
Súmula 153	59
Súmula 154	83
Súmula 155	113
Súmula 156	135
Súmula 157	163
Súmula 158	193
Súmula 159	213
Súmula 160	227
Súmula 161	267
Súmula 162	281
Súmula 163	301
Súmula 164	373
Súmula 165	413
Súmula 166	423
Índice Analítico	435
Índice Sistemático	443
Abreviaturas e Siglas	449
Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça	455

SÚMULA Nº 151

A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens.

Referência:

— CPP, art. 71.

— CP, art. 334, *caput*.

CC 9.075-0-PR (3ª S 20.10.94 — DJ 21.11.94)

CC 11.067-0-PR (2ª S 16.03.95 — DJ 15.05.95)

CC 11.236-2-PR (3ª S 06.04.95 — DJ 29.05.95)

CC 12.257-0-PR (3ª S 16.03.95 — DJ 08.05.95)

CC 13.278-9-PR (3ª S 18.05.95 — DJ 07.08.95)

CC 13.483-8-PR (3ª S 18.05.95 — DJ 05.06.95)

CC 13.522-2-PR (3ª S 18.05.95 — DJ 19.06.95)

CC 13.767-5-PR (3ª S 03.08.95 — DJ 25.09.95)

Terceira Seção, em 14.02.96.

DJ 26.02.96, p. 4.192



CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 9.075-0 — PR
(Registro nº 94.0016116-6)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Autora: *Justiça Pública*

Réu: *Marco Antônio Pereira da Silva*

Suscitante: *Juízo Federal de Foz do Iguaçu — SJ/PR*

Suscitado: *Juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo*

EMENTA: Penal. Processual. Contrabando/Descaminho. Competência.

1. O Juízo Federal competente para processar e julgar acusado de crime de contrabando ou descaminho é o do lugar onde foram apreendidos os objetos introduzidos ilegalmente no País.

2. Conflito conhecido; competência do suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do

conflito, e por maioria declarar competente o Suscitado, Juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo-SP, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Adhemar Maciel, José Dantas e Pedro Acioli. Vencidos os

Srs. Mins. Luiz Vicente Cernicchiaro, Anselmo Santiago e Assis Toledo. Ausente por motivo justificado, o Sr. Min. Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 20 de outubro de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente (em exercício). Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 21-11-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Mercadorias de procedência estrangeira, que ingressaram no País por Foz do Iguaçu, Paraná, sem documentação legal, foram apreendidas no interior de São Paulo, instaurando-se ali o Inquérito Policial por contrabando/descaminho.

O Juiz Federal de Foz do Iguaçu para onde os autos foram remetidos apontou competência do Juízo Federal de São Paulo, surgindo daí este Conflito.

O Ministério Público Federal, nesta instância, opina pela competência do Juízo suscitado.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, a competência no caso de contrabando ou descaminho define-se em razão do local onde as mercadorias introduzi-

das ilegalmente no País foram apreendidas. Nesse sentido, decisões assim:

STJ, 3ª Seção, CC nº 3.968-9 — MG, Rel. Min. José Dantas, DJ 21.06.93:

“Contrabando. Ação penal.

— Competência. Fixação da competência pela prevenção, desde a diversidade do local da apreensão do bem contrabandeado.”

STJ, 3ª Seção, CC nº 4.184-2 — SP, Rel. Min. José Dantas, DJ 28.06.93:

“Descaminho. Ação Penal.

— Competência. Fixação da competência pela prevenção, coincidente, ademais, com o local da apreensão do bem descaminhado.”

Por isso, conheço do conflito e declaro competente o Juízo suscitado.

É o voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, meu voto é idêntico ao proferido no Conflito de Competência nº 10.978-7/PR, julgado nesta assentada.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, nos termos do voto que tenho proferido (cópia ane-

xa) entendo que, no caso, a competência é fixada pelo local da infração que se consumou em Foz do Iguaçu.

“ANEXO

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
Nº 7.202-6 — SP

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Apesar da divergência existente na Seção, conforme demonstram as decisões antagônicas proferidas no CC 4.184-2, Rel. Min. José Dantas, e CC 4.152-2, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro (fls. 99 e 103), penso que a melhor orientação está com a segunda decisão.

Isso porque, tratando-se de crime instantâneo, cuja ação possui mo-

mento consumativo certo, a consumação ocorreu em Foz do Iguaçu, local do ingresso da mercadoria em território nacional.

Assim, à luz do que dispõe o art. 70 do CPP, o foro competente, no caso, é o da Justiça Federal em Foz do Iguaçu.

Há precedentes recentes nesse sentido: CC 4.214-7-PR, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 29.11.93; CC 4.190-8-SP, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJ 30/08/93; CC 4.320-6-PR, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJ 30/08/93, e CC 4.191-0-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ 30/08/93.

Ante o exposto, conheço do conflito, declarando competente o Juízo Federal de Foz do Iguaçu-PR, suscitado.

É o voto”.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 11.067-0 — PR

(Registro nº 94.0032182-1)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Autora: *Justiça Pública*

Réu: *Filogônio de Souza Neto*

Suscitante: *Juízo Federal da 1ª Vara de Foz do Iguaçu SJ/PR*

Suscitado: *Juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo*

EMENTA: *Processual Penal. Conflito de competência. Descaminho. Crime eventualmente permanente. Volta aos precedentes antigos do TFR (CC n. 5.016, DJU de 14/04/83, pág. 4.534 e CC n. 5.241, DJU de 03/06/83, pág. 7.906) e recentíssimos do STJ (CC n. 9.892-0, CC n. 4.184 e CC n. 7.949-7). Competência do Juízo da Prisão.*

I — Mercadoria estrangeira, provavelmente adquirida no Paraguai, foi apreendida em S. Paulo. O juiz federal de S. Paulo, por entender que o crime se consumou no momento em que a mercadoria entrou no território nacional (Paraná), remeteu os autos ao juiz federal de Foz do Iguaçu, que suscitou o conflito.

II — Aplicável é o art. 71 do CPP. In casu, o crime (descaminho) pode ser classificado de “eventualmente permanente”. Assim a competência se firma pela prevenção. Volta aos precedentes antigos do TFR (CC n. 5.016, DJU de 14/04/83, pág. 4.534 e CC n. 5.241, DJU de 03/06/83, pág. 7.906) e recentíssimos do STJ (CC n. 9.892-0, CC n. 4.184 e CC n. 7.949-7).

III — Conflito conhecido. Competência do juízo da prisão (3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de S. Paulo, o suscitado).

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e, por maioria, declarar competente o Suscitado, Juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Vicente Leal, José Dantas, Pedro Acioli, Jesus Costa Lima e Edson Vidigal. Vencidos os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Assis Toledo e Luiz Vicente Cernicchiaro.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de março de 1995 (data do julgamento).

Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

Publicado no DJ de 15-05-95.

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Trata-se de conflito negativo de competência, em que figura como suscitante o juízo federal da 1ª Vara em Foz do Iguaçu-PR e, como suscitado, o juízo federal da 3ª Vara Criminal-SP.

2. Versa a hipótese dos autos sobre inquérito policial para apurar infração ao art. 334, **caput**, do CP, em razão da entrada de mercadorias estrangeiras em território nacional sem a necessária tributação fiscal.

3. O juízo federal da 3ª Vara Criminal-SP deu-se por incompetente para processar e julgar o feito, tendo em vista que a consumação do crime ocorreu com a entrada da mercadoria descaminhada pela fronteira de Foz do Iguaçu-PR, e não com sua apreensão naquele Estado.

4. O juízo federal da 1ª Vara em Foz do Iguaçu-PR, por sua vez, acolhendo parecer do Ministério Público Federal, suscita o presente conflito.

to, ao entendimento de que o ilícito só se consumou com a apreensão da mercadoria no Estado de São Paulo, sendo este competente para resolução da lide, em face da prevenção, nos termos do art. 71 do CPP.

5. O Ministério Público Federal opinou pela competência do juízo federal da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Como se viu, o conflito se instaurou entre o juízo federal de Foz do Iguaçu, território nacional, onde teria a mercadoria alienígena dado entrada, e o juízo federal de S. Paulo, onde se fez sua apreensão.

Senhor Presidente, tenho para mim que a razão se acha com a douta Subprocuradoria Geral da República: a competência é do juízo suscitado (S. Paulo), que primeiro conheceu do fato.

O artigo do CPP aplicável é o 71:

“Tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.”

O crime de contrabando ou descaminho pode ser classificado de delito “eventualmente permanente”. Trata-se de crime instantâneo (entrada da mercadoria no País), que teve sua consumação prolongada.

Com tais breves considerações, conheço do conflito para declarar a competência do suscitado (3ª Vara Criminal da Justiça Federal da Seção Judiciária de S. Paulo).

É como voto.

VOTO — ANTECIPAÇÃO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Senhor Presidente, antecipo meu voto em face do pedido de vista formulado pelo Sr. Ministro Vicente Leal, acompanhando o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Senhor Presidente, meu voto é divergente.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: A questão emoldurada no presente conflito de competência tem sido objeto de longas discussões no âmbito desta Seção, cujos ilustres membros têm formado duas correntes que proclamam teses antagônicas.

A primeira corrente, capitaneada pelo nobre decano Ministro José Dantas, preconiza que na hipótese de ingresso de mercadorias estrangeiras no território nacional, sem o pagamento dos tributos devidos — crime de descaminho —, é competente o Juízo do lugar da apreensão dos bens. Seguem essa linha de visão os

Ministros Flaquer Scartezzini, Pedro Acioli, Jesus Costa Lima, Edson Vidigal e Adhemar Maciel.

A outra corrente, constituída dos ilustres Ministros Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro e Anselmo Santiago, proclama a tese de que, sendo o descaminho um crime instantâneo, que se consuma no momento em que o agente transpõe a zona fiscal de fronteira com a mercadoria, sem o pagamento dos tributos, é competente para o processo e julgamento o Juízo da Zona de Fronteira que, na hipótese, é o Juízo Federal de Foz do Iguaçu, Estado do Paraná.

Esta, a controvérsia.

Após longa reflexão sobre o **thema decidendum**, é de se reconhecer que a segunda corrente oferece, em primeira análise, um maior embasamento jurídico, seja porque o descaminho, a rigor, se encasa na moldura de crime instantâneo, seja porque a regra geral fixa a competência judiciária pelo lugar da infração (CPP, art. 70).

Todavia, o crime de descaminho tem nuances próprias. Embora na sua definição literal presente o tipo de *crime instantâneo*, a lesão ao bem jurídico tutelado permanece no tempo, repercutindo, de modo concreto, no lugar da apreensão dos bens irregularmente importados.

A regra do art. 70, do Código de Processo Penal, encerra um princípio que busca a atuação do Estado no espaço social em que houve a quebra do equilíbrio e da harmonia causada pelo crime. Por isso, a execução do mencionado preceito legal

deve situar-se numa visão teleológica, de modo a alcançar os verdadeiros objetivos colimados no quadro social.

Daí porque o princípio do **ubi facinus perpetravit, ibi pena redita** encontra-se positivado em nosso Direito por uma regra de orientação, comportando temperamentos. O art. 70, do CPP, prescreve: “A competência será, *de regra*, determinado pelo lugar em que se consumar a infração...”. A expressão *de regra* afasta o rigor do comando.

Há de se ajustar o preceito ao alcance dos seus fins, que se concentram no objetivo maior de restabelecer o equilíbrio social no lugar onde a lesão jurídica objetivamente projetou os seus maléficos efeitos.

A propósito, merece registro o pensamento de **Eduardo Espínola Filho**, em comentário ao art. 70, do Código de Processo Penal, **in verbis**:

“Há, demais, crimes que se caracterizam pelo prolongamento da atividade socialmente danosa, desenvolvida pelo agente, durante um certo período de tempo, e, então, bem se compreende, desde quando se integram os elementos constituídos do delito o abalo social se verifica, mais se agravando com a persistência da ofensa, que importa na persistência do resultado lesivo”.

E após fazer, também, referência ao crime continuado, acentua o nobre publicista pátrio:

“Embora, nas duas hipóteses, só se tenha como perfeitamente consumado o delito, quando cessa a permanência ou cessa a continuidade delituosa (e isso mesmo está no art. 111, inciso c, do Código Penal), dúvida não resta de que, se desenvolvida a atividade infringente da lei penal em mais de um lugar, de forma a ter-se operado, aqui e ali, o desequilíbrio social produzido por crimes, com todos os requisitos integrativos de uma infração penal perfeita, é muito lógico e muito justo se faculte a punição em qualquer desses lugares.”

Tal reflexão doutrinária encasa-se, com perfeição, ao crime de descaminho que, embora consumado no momento em que as mercadorias ingressem no território nacional e ultrapassem a linha alfandegária, os seus efeitos se protraem no tempo e alcançam sua maior repercussão no local da apreensão dos referidos bens.

Assim, é de se reconhecer a prevenção do Juízo do lugar da apreensão das mercadorias irregularmente importadas, numa visão teleológica do art. 71, do Código de Processo Penal.

Ressalte-se, por fim, que o reconhecimento do instituto da prevenção na hipótese adequa-se de modo excelente com o princípio da utilidade, um dos fundamentos basilares do processo judicial, que é instrumento que busca, em suma, a verdade real.

A propósito do princípio da utilidade, merece especial destaque excerto do voto do ilustre decano desta Casa, Ministro José Dantas, ao discorrer sobre o **thema decidendum**:

“O caso me parece exatamente desta utilidade: como é que a mercadoria descaminhada, apreendida em estado de comercialização, digamos no Norte do País, pode recomendar a definição da competência pelo local da consumação, no Sul do País, local inteiramente estranho a qualquer reflexo da consumação do crime? Quer exemplo de dificuldade maior do que essa para o trâmite da ação penal e a apuração da verdade real que a informa?” (CC nº 7.949-7/PR).

O raciocínio do ilustre Ministro José Dantas situa a questão num plano que resiste a qualquer argumentação em contrário. Daí a razão maior porque sempre se admitiu a competência do Juízo Federal do local da apreensão de mercadorias irregularmente importadas.

A lógica das coisas sempre supera todos os argumentos adversos, mesmo que ornados de componentes tecnicamente bem fundados.

Com esteio nessas considerações, peço vênias para acompanhar a corrente que prestigia a posição do Juízo suscitante e, de conseqüência, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo Federal de São Paulo, o suscitado.

É o voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 11.236-2 — PR
(Registro nº 94.0033152-5)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Autora: *Justiça Pública*

Ré: *Ducinéia Coelho de Araújo*

Suscitante: *Juízo Federal da 1ª Vara de Foz do Iguaçu — SJ/PR*

Suscitado: *Juízo Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo*

**EMENTA: *Processual Penal. Crime de contrabando ou descami-
nho. Competência. Prevenção.***

1. Para fins de competência deve ser considerada a natureza permanente do delito. Enquanto não cessada a permanência delitiva o delito se protraí no tempo.

2. Competência que se define pela prevenção.

3. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o suscitado. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Assis Toledo, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro e Adhemar Maciel. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Cid Flaquer Scartezzini e José Dantas.

Brasília, 06 de abril de 1995 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente. Ministro ANSELMO
SANTIAGO, Relator.

Publicado no DJ de 29-05-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: As autoridades policiais federais de Bauru-SP, encontraram e apreenderam em poder de Ducinéia Coelho de Araújo, mercadoria estrangeira, adquirida no Paraguai, introduzida no País, através da cidade de Foz de Iguaçu-PR, sem o pagamento dos tributos devidos.

Instaurou-se inquérito policial para apurar provável crime de contrabando ou descaminho, em cujos autos estabeleceu-se conflito negativo entre o Juízo Federal da 1ª Vara de Foz do Iguaçu e o Juízo Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo para processar e julgar os fatos noticiados.

Opina a douta Subprocuradoria Geral da República pela competência do Juízo Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Em casos

iguais ao dos autos, esta colenda Terceira Seção, pela maioria de seus integrantes, reiteradamente vem decidindo pela competência da Justiça Federal em São Paulo, em razão de lugar onde requereu a apreensão da mercadoria, do que nos dão conta diversos precedentes, dentre os quais os CC nº 9.916-1/PR, Rel. Min. José Dantas; CC nº 12.142-6/PR, Rel. Ministro Jesus Costa Lima, e CC nº 11.718-6/PR, Rel. Ministro Edson Vidigal.

Daí que, ressaltando o meu entendimento, conheço do conflito, declaro competente o Juízo Federal suscitado, o da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 12.257-0 — PR (Registro nº 94.0040649-5)

Relator: *O Sr. Ministro Vicente Leal*

Autora: *Justiça Pública*

Réu: *Ewaldo Antônio Santos Hoff*

Suscitante: *Juízo Federal da 1ª Vara em Foz do Iguaçu SJ/PR*

Suscitado: *Juízo Federal da 1ª Vara de Campinas SJ/SP*

EMENTA: *Processual Penal. Descaminho. Competência. Juízo do lugar da apreensão das mercadorias.*

— Embora seja o descaminho um crime instantâneo, que se consuma com o transcurso das mercadorias pela Zona alfandegária, os seus efeitos se protraem no tempo e repercutem objetivamente no lugar da apreensão, circunstância que torna competente, por prevenção, o Juízo Federal com jurisdição no local em que foi realizada a busca dos bens.

- Exegese dos arts. 70 e 71, do Código de Processo Penal.
- Conflito conhecido. Competência do Juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e, por maioria, declarar competente o Suscitado, Juízo Federal da 1ª Vara de Campinas SJ/SP, na conformidade dos votos e notas taquigráficas constantes dos autos. Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas, Jesus Costa Lima, Edson Vidigal e Adhemar Maciel. Vencidos os Srs. Mins. Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro e Anselmo Santiago.

Brasília, em 16 de março de 1995 (data do julgamento).

Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro VICENTE LEAL, Relator.

Publicado no DJ de 08-05-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: Em inquérito policial instaurado para apurar a prática do crime de descaminho — CP, art. 334, **caput** —, o ilustre Juiz Federal da 1ª Vara Criminal de Campinas da Seção Judiciária de São Paulo afirmou sua incompetência para processar e julgar o feito, ao fundamento de que o delito em tela se consumara na cidade de Foz do Iguaçu — Paraná, lugar de ingresso da mercadoria estrangeira no território nacional.

Adotando entendimento diverso, o nobre Juiz Federal da 1ª Vara sediada em Foz do Iguaçu suscitou o presente conflito negativo de competência, acentuando ser competente o Juízo do lugar da apreensão das mercadorias.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 66/67, opina pela competência do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Campinas da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): A questão emoldurada no presente conflito de competência tem sido objeto de longas discussões no âmbito desta Seção, cujos ilustres membros têm formado duas correntes que proclamam teses antagônicas.

A primeira corrente, capitaneada pelo nobre decano Ministro José Dantas, preconiza que na hipótese de ingresso de mercadorias estrangeiras no território nacional, sem o pagamento dos tributos devidos — crime de descaminho —, é competente o Juízo do lugar da apreensão dos bens. Seguem essa linha de visão os Ministros Flaquer Scartezzi, Pedro Acioli, Jesus Costa Lima, Edson Vidigal e Adhemar Maciel.

A outra corrente, constituída dos ilustres Ministros Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro e Anselmo Santiago, proclama a tese de que, sendo o descaminho um crime instantâneo, que se consuma no momento em que o agente transpõe a zona fiscal de fronteira com a mercadoria, sem o pagamento dos tributos, é competente para o processo e julgamento o Juízo da Zona de Fronteira que, na hipótese, é o Juízo Federal de Foz do Iguaçu, Estado do Paraná.

Esta, a controvérsia.

Após longa reflexão sobre o **thema decidendum**, é de se reconhecer que a segunda corrente oferece, em primeira análise, um maior embasamento jurídico, seja porque o descaminho, a rigor, se encasa na moldura de crime instantâneo, seja porque a regra geral fixa a competência judiciária pelo lugar da infração (CPP, art. 70).

Todavia, o crime de descaminho tem nuances próprias. Embora na sua definição literal apresente o tipo de *crime instantâneo*, a lesão ao bem jurídico tutelado permanece no tempo, repercutindo, de modo concreto, no lugar da apreensão dos bens irregularmente importados.

A regra do art. 70, do Código de Processo Penal, encerra um princípio que busca a atuação do Estado no espaço social em que houve a quebra do equilíbrio e da harmonia causada pelo crime. Por isso, a exegese do mencionado preceito legal deve situar-se numa visão teleológica, de modo a alcançar os verdadeiros objetivos colimados no quadro social.

Daí porque o princípio do **ubi facinus perpetravit, ibi pena red-dita** encontra-se positivado em nosso Direito por uma regra de orientação, comportando temperamentos. O art. 70, do CPP, prescreve: “A competência será, *de regra*, determinado pelo lugar em que se consumar a infração...”. A expressão *de regra* afasta o rigor do comando.

Há de se ajustar o preceito ao alcance dos seus fins, que se concentram no objetivo maior de restabelecer o equilíbrio social no lugar onde a lesão jurídica objetivamente projetou os seus maléficos efeitos.

A propósito, merece registro o pensamento de **Eduardo Espínola Filho**, em comentário ao art. 70, do Código de Processo Penal, **in verbis**:

“Há, demais, crimes que se caracterizam pelo prolongamento da atividade social danosa, desenvolvida pelo agente, durante um certo período de tempo, e, então, bem se compreende, desde quando se integram os elementos constituídos do delito o abalo social se verifica, mais se agravando com a persistência da ofensa, que importa na persistência do resultado lesivo.”

E após fazer, também, referência ao crime continuado, acentua o nobre publicista pátrio:

“Embora, nas duas hipóteses, só se tenha como perfeitamente consumado o delito, quando cessa a permanência ou cessa a continuidade delituosa (e isso mesmo está no art. 111, inciso c, do Cód-

go Penal), dúvida não resta de que, se desenvolvida a atividade infrigente da lei penal em mais de um lugar, de forma a ter-se operado, aqui e ali, o desequilíbrio social produzido por crimes, com todos os requisitos integrativos de uma infração penal perfeita, é muito lógico e muito justo se faculte a punição em qualquer desses lugares.”

Tal reflexão doutrinária encasa-se, com perfeição, ao crime de descaminho que, embora consumado no momento em que as mercadorias ingresam no território nacional e ultrapassam a linha alfandegária, os seus efeitos se protraem no tempo e alcançam sua maior repercussão no local da apreensão dos referidos bens.

Assim, é de se reconhecer a prevenção do Juízo do lugar da apreensão das mercadorias irregularmente importadas, numa visão teleológica do art. 71, do Código de Processo Penal.

Ressalte-se, por fim, que o reconhecimento do instituto da prevenção na hipótese adequa-se de modo excelente com o princípio da utilidade, um dos fundamentos basilares do processo judicial, que é instrumento que busca, em suma, a verdade real.

A propósito do princípio da utilidade, merece especial destaque excerto do voto do ilustre decano desta Casa, Ministro José Dantas, ao discorrer sobre o **thema decidendum**:

“O caso me parece exatamente desta utilidade: como é que a mer-

cadoria descaminhada, apreendida em estado de comercialização, digamos, no Norte do País, pode recomendar a definição da competência pelo local da consumação, no Sul do País, local inteiramente estranho a qualquer reflexo da consumação do crime? Quer exemplo de dificuldade maior do que essa para o trâmite da ação penal e a apuração da verdade real que a informa?” (CC nº 7.949-7/PR).

O raciocínio do ilustre Ministro José Dantas situa a questão num plano que resiste a qualquer argumentação em contrário. Daí a razão maior porque sempre se admitiu a competência do Juízo Federal do local da apreensão de mercadorias irregularmente importadas.

A lógica das coisas sempre supera todos os argumentos adversos, mesmo que ornados de componentes tecnicamente bem fundados.

Com esteio nessas considerações, peço vênia para acompanhar a corrente que prestigia a posição do Juízo suscitante e, de conseqüência, conhecimento do conflito para declarar a competência do Juízo Federal de São Paulo, o suscitado.

É o voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, fico vencido, nos termos do voto de cópia anexa, proferido no CC nº 7.202-6/SP.

“ANEXO

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
Nº 7.202-6 — SP

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Apesar da divergência existente na Seção, conforme demonstram as decisões antagônicas proferidas no CC 4.184-2, Rel. Min. José Dantas, e CC 4.152-2, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro (fls. 99 e 103), penso que a melhor orientação está com a segunda decisão.

Isso porque, tratando-se de crime instantâneo, cuja ação possui momento consumativo certo, a consumação ocorreu em Foz do Iguaçu, lo-

cal do ingresso da mercadoria em território nacional.

Assim, à luz do que dispõe o art. 70 do CPP, o foro competente, no caso, é o da Justiça Federal em Foz do Iguaçu.

Há precedentes recentes nesse sentido: CC 4.214-7-PR, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 29/11/93; CC 4.190-8-SP, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJ 30/08/93; CC 4.320-6-PR, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJ 30/08/93, e CC 4.191-0-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ 30/08/93.

Ante o exposto, conheço do conflito, declarando competente o Juízo Federal de Foz do Iguaçu-PR, suscitado.

É o voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 13.278-9 — PR
(Registro nº 95.0015988-0)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Autora: *Justiça Pública*

Réu: *Antônio Edson Alves Jaques*

Suscitante: *Juízo Federal da 2ª Vara de Foz do Iguaçu SJ/PR*

Suscitado: *Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão*

EMENTA: Processual Penal. Competência. Crime de contrabando ou descaminho.

Compete ao Juízo Federal do lugar onde foi apreendida a mercadoria processar e julgar crime de contrabando ou descaminho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Ministros Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, Vicente Leal e José Dantas. Ausente, nesta assentada, o Ministro Cid Flaquer Scarcezini.

Brasília, 18 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente em exercício. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

Publicado no DJ de 07-08-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Nos autos do inquérito policial instaurado contra Antônio Edson Alves Jaques, para apurar crime de contrabando ou descaminho, o MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara do Maranhão declinou de sua competência em favor do Juízo Federal de Foz do Iguaçu-PR, local da entrada da mercadoria no território nacional.

Este último suscitou conflito negativo de competência, acolhendo parecer do Ministério Público Federal, que entendeu ser competente o juízo do lugar onde foi apreendida a mercadoria.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer da lavra da Dra. Delza Curvello Rocha, opina pela competência da Justiça Federal do Maranhão.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Tratando-se de crime de contrabando ou descaminho, tenho manifestado entendimento de que o juiz competente é aquele do lugar onde se consumou o fato criminoso, conforme voto proferido no CC nº 7.202-6, em que fiquei vencido, **in verbis**:

“Apesar da divergência existente na Seção conforme demonstram as decisões antagônicas proferidas no CC 4.184-2, Rel. Min. José Dantas, e CC 4.152-2, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro (fls. 99 e 103), penso que a melhor orientação está com a segunda decisão.

Isso porque, tratando-se de crime instantâneo, cuja ação possui momento consumativo certo, a consumação ocorreu em Foz do Iguaçu, local do ingresso da mercadoria em território nacional.

Assim, à luz do que dispõe o art. 70 do CPP, o foro competente, no caso, é o da Justiça Federal em Foz do Iguaçu.

Há precedentes recentes nesse sentido: CC 4.214-7-PR, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 29/11/93; CC 4.190-8-SP, Rel. Min. Flaquer

Scartezzini, DJ 30/08/93; CC 4.320-6-PR, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJ 30/08/93, e CC 4.191-0-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ 30/08/93.”

Com ressalva desse entendimento pessoal, submeto-me à orientação da Seção que, consoante vários pre-

cedentes, entende ser competente o juízo do lugar onde foi apreendida a mercadoria.

Ante o exposto, conheço do conflito, declarando competente o Juízo Federal da 2ª Vara do Maranhão, suscitado.

É o voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 13.483-8 — PR
(Registro nº 95.0020526-2)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Autora: *Justiça Pública*

Réu: *Antonio José Silva Braga*

Suscitante: *Juízo Federal da 2ª Vara de Foz do Iguazu SJ/PR*

Suscitado: *Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão*

EMENTA: *Descaminho. Ação penal.*

— **Competência. Fixação da competência pela prevenção, coincidente, ademais, com o local da apreensão do bem descaminhado.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. Votaram com o Relator os

Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Ademar Maciel, Anselmo Santiago e Vicente Leal. Ausente, nesta assentada, o Sr. Min. Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 18 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente em exercício. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

Publicado no DJ de 05-06-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Apreendidas mercadorias estrangeiras procedentes do Paraguai, sem a documentação de importação, em matéria de competência para a ação penal conflitam negativamente entre si os juízos acima referenciados, sobre caber a ação ao juízo federal do local da apreensão do bem descaminhado, São Luiz/MA, ou da internação, Foz do Iguaçu-PR.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, concorde com o reiterado parecer do Ministério Público Federal (e. g. CC 3.968, in DJ de 21/06/93, CC 4.184, in DJ de 28/06/93 e CC 8.740, julgado em

16/06/94), não há duvidar-se da competência do Juízo Federal do local da apreensão dos bens descaminhados, marco esse que se reforça, ademais, pela coincidência da prevenção.

Mantenho-me nesse entendimento, tanto mais que já agora seus relatores ressalvam a divergência de precedentes postos em deslindar a matéria pelas linhas teóricas pertinentes ao momento consumativo daqueles delitos, em conta apenas o critério do local da introdução da mercadoria estrangeira no território nacional; critério esse que, com a devida vênua, não atende as assemelhações típicas previstas nos parágrafos do art. 334 do Cód. Penal.

Pelo exposto, conheço do conflito e declaro competente o suscitado — Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 13.522-2 — PR

(Registro nº 95.0020820-2)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Autora: *Justiça Pública*

Ré: *Sônia Maria Freire Viegas*

Suscitante: *Juízo Federal da 2ª Vara em Foz do Iguaçu SJ/PR*

Suscitado: *Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão*

EMENTA: Processual e Penal. Descaminho. Juízo competente.

Compete ao Juízo Federal com jurisdição no lugar onde foi efetuada a prisão em flagrante, ou apreendidas as mercadorias introduzidas no país, sem o pagamento dos tributos devidos, processar e julgar a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão. Votaram com o Relator os Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, Vicente Leal e José Dantas.

Brasília, 18 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI (Licenciado — art. 101, § 2º, R.I), Presidente. Ministro JESUS COSTA LIMA, Relator.

Publicado no DJ de 19-06-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Dissentem o MM. Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão e o MM. Juízo Federal da 2ª Vara em Foz de Iguaçu-SJ/PR sobre quem é competente para processar e julgar cidadão acusado de ter praticado o crime de descaminho.

Consta dos autos que a mercadoria estrangeira foi apreendida na cidade de Estreito-MA, dentro de um ônibus procedente de Foz do Iguaçu-PR.

Opina a Dra. Delza Curvello Rocha, ilustrada Subprocuradora-Geral da República, pela competência do Juízo Federal do Maranhão, susci-

tado, em face da prescrição (fls. 123/125).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Esta Terceira Seção ora tem decidido que o competente é o Juízo Federal do local onde as mercadorias ingressaram no país sem o pagamento dos tributos incidentes, ora que é o Juízo Federal do local onde ocorreu o flagrante ou onde foram apreendidas as mercadorias.

A duplicidade de julgamentos, em matéria dessa natureza, e por força de eventual maioria de uma e de outra corrente, impõe uma tomada de posição para evitar a instabilidade e a insegurança dos pronunciamentos judiciais.

Vou me posicionar na linha dos doutos votos que declaram competente o Juízo do flagrante ou da apreensão, respeitando ou doutos pronunciamentos em contrário.

Valho-me das judiciosas observações contidas no parecer do Dr. João Gualberto Garcez Ramos, Procurador da República com exercício no Estado do Paraná, emitido no inquérito nº 94.1010103-4, que correu pela Primeira Vara de Foz de Iguaçu:

“Suponha-se que a indiciada, que foi presa no interior de São Paulo, não quisesse dizer por onde entrou com sua mercadoria. As investigações deveriam continuar até se descobrir com precisão esse detalhe? Ou dever-se-ia considerar desde logo como desconhe-

cido o lugar da infração, o que faria competente o juiz do local de domicílio ou residência do réu (artigo 72, **caput**, do Código de Processo Penal)?

Dir-se-á, em contrário, que no caso há elementos de convicção no sentido de que a entrada foi por Foz do Iguaçu. Este órgão do Ministério Público Federal não os viu, até porque a vinda desde o município de Foz do Iguaçu não implica necessariamente na transposição da fronteira brasileira naquele ponto. Mas ainda que implique: os elementos de convicção, neste caso, sugerem que a profissão de fé do Órgão do Ministério Público Federal em São Paulo se apóia apenas nas declarações nesse sentido da indiciada.

Suponha-se, então, que a indiciada, que de início dissera por onde entrara, ou não dissera nada, impondo o processo em seu domicílio, resolva, depois, maliciosamente, contar outra história: que entrou com as mercadorias pelo Mato Grosso do Sul. Acreditar-se-á novamente nela, remetendo-se os autos para o Juiz Federal nesse Estado, anulando-se os atos processuais praticados em Foz do Iguaçu? Afinal, como não se trata de incompetência de juízo é inaplicável o artigo 267 do CPP. Para o autor do crime e para os personagens do processo que dele quiseram se livrar, será ótimo; será péssimo para a administração da justiça penal. Se a então acusada resolver mudar sua versão mais algumas vezes (e poderá fazê-lo, eis que não presta com-

promisso de dizer a verdade) e as autoridades continuarem a acreditar nela, é de imaginar o resultado catastrófico que isso trará à administração da justiça penal.

Quem vivenciou um pouco a prática do processo penal, sabe que as notícias correm e a adoção de uma tese como a do Órgão do Ministério Público Federal em São Paulo fará com que os criminosos aprendam um método infalível de desbaratar a justiça penal. As empresas de excursão instruirão seus passageiros a, caso presos, não revelarem, ao menos de início, onde compraram e por onde entraram com suas mercadorias, providenciando para que todas as notas fiscais sejam jogadas fora o quanto antes. Assim, se presos no interior de São Paulo, ou de Pernambuco, por exemplo, não revelarão, de início, o local por onde entraram com suas mercadorias, impondo que se inicie o processo por um juízo qualquer (de sua residência, do local de prisão, etc., conforme a preferência das autoridades). Quando o processo estiver bem adiantado, esses acusados pedirão para ser interrogados (artigo 196 do Código de Processo Penal) e revelarão que entraram por tal lugar, querendo impor o deslocamento da competência e a conseqüente inviabilização da aplicação da lei penal. Se quiserem, farão isso diversas vezes, até se livrarem. Quem possui alguma prática de processo criminal, sabe que essa previsão nada tem de irreal.

Nesse sentido é que se disse que a Jurisprudência dominante no

extinto Tribunal Federal de Recursos é intuitiva”.

A competência do Juiz Federal do local em que se efetuou a apreensão das mercadorias e prisão do autor do crime, além de ser conforme com as características do tipo objetivo do descaminho, que é instantâneo e plurissubsistente, viabiliza a distribuição da justiça penal. Afinal, nesse local será mais fácil de colher as provas do crime. Com a prisão e a apreensão, não ostentando o autor do crime prova de que recolheu seus tributos, estará perfeitamente indiciado que o agente estava introduzindo no país mercadorias estrangeiras naquele momento, mercadoria essa cujo pagamento dos tributos iludira ao passar pela “zona primária”. Ali moram as testemunhas da apreensão e prisão. Ali, enfim, mais próximo se está da aplicação da lei penal”. (fls. 117/119)

Não adentrarei em discussões doutrinárias, se o crime é ou não instantâneo de efeitos permanentes ou crime permanente. Importa considerar a que resultados práticos, a que ponto se torna eficaz a ação da Justiça.

A realidade mostra, neste país continental, que até o momento em que a Polícia efetua o flagrante ou apreende a mercadoria, esta estava andando pelas estradas, entrando pelas lojas, circulando pelas sacolas, pelas feiras, sem que nada acontecesse. Se a mercadoria está desacompanhada de nota indicativa da procedência e se ninguém, no ônibus, por exemplo, declara-se proprietário dela, não se lavra flagrante, não se tem autor e não se tem crime a apurar. Mas, se a resposta é afirmativa de que, **verbi gratia**, a compra realizou-se no Paraguai e entrou no Brasil por Foz do Iguaçu, sem nenhuma testemunha do fato e sem nenhuma prova material, apenas com o anúncio do acusado, se instaura a ação penal em Foz do Iguaçu onde dificilmente se terá como provar o fato. Perde-se tempo e dinheiro sem resultado nenhum. A Justiça mais uma vez ficou a ver navios em terra firme.

Feitas essas desalinhasdas considerações, renovando as minhas vênias aos eminentes Ministros que pensam diversamente, conheço do conflito e declaro competente o Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 13.767-5 — PR

(Registro nº 95.0024450-0)

Relator: *O Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Suscitante: *Juízo Federal da 2ª Vara de Foz do Iguaçu — SJ/PR*

Suscitado: *Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão*

Autora: *Justiça Pública*

Ré: *Joana Ribeiro*

EMENTA: CC — Constitucional — Penal — Processual Penal — Competência — Descaminho — O descaminho (CP, art. 334, caput) é crime instantâneo de efeito permanente. Não se confunde com o crime permanente. A consumação ocorre no local em que o tributo deveria ser pago. Pouco importa o local da apreensão da mercadoria. Orientação majoritária diversa da E. 3ª Seção, STJ, a que acompanho, visando a evitar oscilação da jurisprudência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini, Assis Toledo e Edson Vidigal. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Vicente Leal e William Patterson.

Brasília, 03 de agosto de 1995 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

Publicado no DJ de 25-09-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Trata-se de inquérito policial instaurado para apurar a prática pelos indiciados, de importação irregular de mercadorias estrangeiras — delito de descaminho.

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da seção judiciária do Estado do Maranhão acatou parecer do Ministério Público Federal naquele Estado, e, entendendo que a competência para o eventual processo é do MM. Juiz Federal de Foz do Iguaçu, onde ocorreu o fato, declinou da competência e determinou o envio dos autos à Vara Federal de Foz do Iguaçu-PR.

O MM. Juiz Federal de Foz do Iguaçu-PR suscitou o presente conflito, por entender ser competente o foro do lugar onde foi apreendida a mercadoria.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Dentre as várias classificações de delitos, há, é certo — o crime permanente, tomando-se como referência a conduta e o resultado. Costuma-se conceituá-lo como a infração penal cuja consumação se protraí no tempo enquanto a conduta permanecer atuante. O exemplo sempre lembrado é o do seqüestro. Enquanto mantido o constrangimento ao exercício do direito de liberdade, persiste o resultado. Cessado o constrangimento, a vítima recupera incontinenti a liberdade.

O artigo 334, Código Penal, encerra várias ações típicas. Cumpre, por isso, dar atenção àquela que está sendo imputada ao indiciado, ou ao réu.

A maioria das condutas, aliás, configura crime instantâneo.

Dou adesão, por isso, ao acórdão, de que foi Relator o Ministro William Patterson, no TFR, DJU 16.12.82, pág. 13.061, que registra a cautela de distinguir hipóteses:

“O descaminho sob a forma de ocultação, deve ser considerado delito permanente, tomando-se por momento consumativo o dia da apreensão das mercadorias.”

Cumpre, com efeito, fazer distinções.

No caso dos autos, o fato é o seguinte: os indiciados trouxeram do Paraguai mercadorias, além da quota permitida. O fato foi constatado

em Estreito — MA, tendo sido cruzada a fronteira de Foz do Iguaçu-PR.

O pormenor é relevante face à pluralidade de condutas típicas.

Assim, ter-se-ia caracterizado — descaminho — projetada a hipótese normativa — iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria.

Essa conduta, uma vez transposta a zona aduaneira, projeta o resultado, a consumação. É, pois, crime instantâneo.

Não se confundem o crime permanente e o exaurimento do crime instantâneo:

“Na figura do contrabando, a apreensão da mercadoria alienígena além da área aduaneira, sujeita à fiscalização, não caracteriza a modalidade tentada do delito. O momento consumativo do crime, é o da chegada da mercadoria no território nacional, não sendo necessário que seja transportada ao local a que era destinada” (TFR, Min. Flaquer Scartezini, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo, RT, 1990, 3ª ed., pág. 1.544).

Ademais, a competência, como regra geral, é determinada *ratione loci* (CPP, art. 70), o que atrai o Juízo de Foz do Iguaçu-PR.

Mantenho meu entendimento quanto ao juízo competente para processar e julgar as ações penais de descaminho, na modalidade do art. 334 do Código Penal, **caput. Data venia**, não se pode entender essa infração como crime permanente. Im-

põe-se distinguir essa categoria do crime instantâneo de efeito permanente.

A E. Seção, no entanto, embora por escassa maioria, pendeu para conclusão diversa.

Em visando a evitar a divergência jurisprudencial, embora ressalve a

opinião, reservando-me para, em se modificando a composição do Colégio Judiciário, retornar ao tema.

Conheço do conflito e declaro competente o Juízo da apreensão da mercadoria — Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão.

SÚMULA Nº 152

Na venda pelo segurador, de bens salvados de sinistros, incide o ICMS.

Referência:

— Dec.-lei n. 406, de 31.12.68, art. 6º, § 1º, I.

— Dec. nº 17.727, de 25/09/81, arts. 453 e 464.

EREsp 45.911-5-SP (1ª S 13.06.95 — DJ 11.09.95)

REsp 30.973-RJ (2ª T 04.09.95 — DJ 30.10.95)

REsp 43.689-3-RJ (1ª T 19.10.94 — DJ 07.11.94)

REsp 45.911-7-SP (1ª T 01.06.94 — DJ 27.06.94)

Primeira Seção, em 08.03.96.

DJ 14.03.96, p. 7.115
Rep. DJ 29.03.96, p. 9.543

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO
RECURSO ESPECIAL Nº 45.911-5 — SP

(Registro nº 94.0027792-0)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Embargantes: *Itaú Seguros S/A e outro*

Advogados: *Fernando Olavo Saddi Castro e outros*

Embargada: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Renata Machado de Assis Forelli Nicolau e outros*

Sustentação Oral: *Dr. Alcides Jorge Costa, pelo embargante*

EMENTA: *Embargos de divergência. Tributário. Seguradora. Salvados. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. Incidência do tributo.*

São tributáveis, pelo ICMS, os salvados resultantes de sinistros, posto que a operação de venda através das companhias seguradoras não é feita em caráter eventual e sim com habitualidade, passando o produto a circular tal qual ocorre na circulação de mercadorias, quando desenvolvida atividade comercial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal

de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros

Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília, 13 de junho de 1995 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

Publicado no DJ de 11-09-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Em autos de recurso especial interpostos por Itaú Seguros S/A e outro, tendo como recorrida a Fazenda do Estado de São Paulo, a Primeira Turma desta Corte decidiu a controvérsia por acórdão assim ementado:

“Tributário. ICMS. Seguradora. Salvados sub-rogatórios.

Correta a tributação, pelo ICMS, de salvados sub-rogatórios, uma vez que vendidos com habitualidade pelas seguradoras, além do que essas operações, ainda que não compoem a estrutura jurídica do contrato de seguro, constituem fato suscetível de imposição autônoma.

Recurso improvido.” (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

Irresignados, apresentaram Itaú Seguros S/A e outro os presentes

Embargos de Divergência, trazendo a confronto, para demonstrá-la, aresto oriundo da egrégia Segunda Turma — REsp nº 1.373-RJ, Rel. Min. Carlos M. Velloso, garantido pela seguinte ementa:

“Tributário. ICM. Seguradora. Salvados sub-rogatórios.

I — Impossibilidade de serem tributados, pelo ICM, salvados sub-rogatórios, que não constituem mercadoria objeto da operação tributável, tendo em vista que a seguradora não ostenta a qualidade de produtor, industrial ou comerciante de veículos usados ou de sucata (DL 73/66, art. 73). Aplicabilidade da Súmula 541-STF.

II — Recurso Especial conhecido e provido.”

Dando por configurada a divergência autorizadora dos embargos, o despacho de fls. 402 os recebeu, abrindo-se vista à embargada, na forma regimental, que ofereceu impugnação.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Discutindo-se a tese da incidência ou não do ICM por ocasião da venda de salvados, a divergência está suficientemente demonstrada, pelo que devem os embargos ser conhecidos.

Na parte principal, decidiu esta Seção, há poucos dias, questão idên-

tica, reportando-se inclusive ao acórdão aqui embargado, que prevaleceu, pelo voto da unanimidade dos julgadores (Embargos de Divergência no REsp nº 43.689-RJ, em 30.05.95, em que servi como relator).

Transcrevo do voto condutor o seguinte:

Não obstante os argumentos oferecidos pela embargante, estou com a tese abraçada pela Egrégia 1ª Turma, ao apoiar o voto do relator que, após se referir ao acórdão trazido a confronto, com as vozes discordantes então levantadas, assinalou textualmente (fls. 269):

“Bem mais recentemente, contudo, esta egrégia Turma, ao julgar caso absolutamente semelhante, em que pontificou o judicioso e percuciente voto condutor do insigne Ministro Cesar Asfor Rocha, acolheu, sem discrepância, tese defendida por sua Excelência, consubstanciada no resumo do acórdão que porta a seguinte ementa:

“Tributário. ICMS. Seguradora. Salvados sub-rogação.”

Correta a tributação, pelo ICMS, de salvados sub-rogação, uma vez que vendidos com habitualidade pelas seguradoras, além do que essas operações, ainda que não compoem a estrutura jurídica do contrato de seguro, constituem fato suscetível de imposição autônoma.

Recurso improvido” (REsp nº 45.911-7/SP, julgado em 01-06-94).

Depois de profícua reflexão, o digno Relator deste **decisum**, adotou como razão de decidir e foi seguido pelos seus pares, os fundamentos de votos discordantes, proferidos naquele primeiro julgado, assim embasados:

“Com relação às demais argumentações das recorrentes, trago à colação o voto-vista proferido pelo eminente Ministro Ilmar Galvão, no REsp nº 1.373-RJ (DJ 6.8.90), a saber:

“Com a devida vênica do eminente Relator, não conheço do recurso.

E o faço, por entender correta a fundamentação do v. acórdão recorrido, segundo a qual as sociedades seguradoras exercem atos de comércio, quando vendem bens salvados de sinistros, já que assim procedem, não de modo eventual, mas, ao revés, com habitualidade, pelo singelo motivo de não terem porque conservar ditos bens em seu patrimônio, privando-se da receita que podem eles produzir.

Com efeito, trata-se de bens que possuem inegável valor econômico residual, e que, ao serem postos em circulação, de maneira sistemática, assimilam-se a mercadoria, para efeito de caracterização da atividade comercial contemplada pelo tributo em tela.

Configura-se, pois, a hipótese prevista no art. 6º, § 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 406/76, que arrola entre os contribuintes do ICM, hoje ICMS, “as sociedades civis de fins econômicos..., que pratiquem, com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias”.

Data venia, não há comparar-se a situação de tais entidades, à de quem, em caráter esporádico, desfaz-se de unidade patrimonial móvel, não tendo qualquer aplicação ao caso dos autos, por isso, os precedentes jurisprudenciais invocados.

De afastar-se, também, conforme observou o órgão do Ministério Público, à fl. 590, a alegação segundo a qual houve, no caso, usurpação de competência tributária da União, já que a venda dos salvados não compõem a estrutura jurídica do contrato de seguro, constituindo, por isso, fato suscetível de imposição autônoma.

Por fim, não há falar-se em afronta ao princípio da legalidade tributária, já que a lei estadual, dispondo genericamente, de modo a abranger a aludida operação, dispensa a especificação do contribuinte ou da mercadoria, para legitimar a exigência do tributo.

Ante tais considerações, vejo-me na contingência de discordar do eminente relator, para não conhecer do recurso.”

No mesmo sentido o entendimento do eminente Ministro Vice Cernicchiaro:

“Senhor Presidente, a lei tributária arrola, em inúmeras cláusulas, o contribuinte do ICM. Não estabelece a empresa seguradora que vende a chamada sucata, resultante do pagamento do sinistro, que ficaria, então, com o restante. Entretanto, se o objetivo social da empresa seguradora não é exercer o comércio, a venda de sucata, porém, integra permanentemente a sua preocupação a fim de diminuir o prejuízo. Havendo, assim, esta potencialidade do exercício de intermediação para a colocação de material inservível, neste momento, ainda que a atividade não seja diária, todavia, ela protraí-se no tempo. Assim, a saída da mercadoria importa caracterização do fato gerador do imposto reclamado. Interpretação teleológica preferre à interpretação literal.”

Por ter concordado inteiramente com o entendimento então manifestado, mantenho o mesmo posicionamento neste caso, similar ao precedente.

Ao recorrente, pois, assiste razão, afigurando-se-me procedentes os argumentos por ele expendidos nos seguintes excertos das suas razões recursais:

“6.6. A caracterização da venda de “salvados” como ato

de comércio ensejador de circulação de mercadorias é tanto mais evidente quanto se sabe que ela visa a aumentar os lucros ou a diminuir as perdas das seguradoras com as operações que realiza. Portanto, trata-se de atividade que persegue o fim lucrativo peculiar ao exercício do comércio.”

“Nessa linha de raciocínio, qualquer ato praticado pelo empresário, no exercício de sua atividade, que vise a aumentar-lhe o superávit ou diminuir-lhe os custos, é considerado ato de comércio. E, se tem por objeto bem móvel ou semovente, esse ato tem o condão de transformá-lo em mercadoria, se a aquisição respectiva tiver aquela finalidade” (folha 240).

Atento, pois ao objeto da divergência e certo de que os argumentos focalizados se contrapõem aos da embargante, conheço dos embargos mas os rejeito.”

Também aqui, rejeito os embargos.
É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, acompanhei S. Exa., o eminente Ministro Hélio Mosimann, na Seção passada, e não vejo por que modificar o ponto de vista.

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, com base no precedente citado pelo Eminente Relator, que foi tomado por unanimidade por esta egrégia Seção, e com base, ainda, no voto que proferi no Recurso Especial nº 43.689-3/RJ, acompanho o voto do Eminente Ministro-Relator.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, apesar da brilhante e erudita sustentação que ouvimos, mantenho-me fiel ao precedente de cuja formação participei.

Acompanho o Eminente Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, desde o primeiro julgamento na Turma e no precedente em Embargos de Divergência, que julgamos nesta Seção, fiquei impressionado pela profundidade da sustentação da parte embargante; aliás, hoje reanimada brilhantemente pelo ilustre Advogado que esteve na tribuna, principalmente quando destacou que a habitualidade deve ser intencional. Entretanto, bem refletindo, lendo com vagar os tópicos trazidos à guisa de memorial,

guiado pelo parecer de ilustre professor da Universidade de São Paulo, a final, continuo comungando com a fundamentação dos nossos julgados, embora atormentado no meu juízo, para conciliar-me de vez, com a solução pretoriana diante de princípios colocados pela doutrina, no que se refere ao ato de comércio, à habitualidade e à intencionalidade, sendo esta a necessária sede para a habitualidade. Também me impaciento na definição sobre os salvados: constituem ou não mercadoria?

Todavia, no momento, não posso fugir das conclusões a que chegaram os votos antecedentes e, quando não, até por submissão à função unifor-

mizadora da Seção, certo que contribuí votando nos julgamentos precedentes versando a mesma questão.

Com essas considerações, acompanho o eminente Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, o acórdão embargado é de minha lavra. Não tenho razões para modificar o meu entendimento, inobstante a judiciousa sustentação aqui feita pelo eminente Advogado.

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.973 — RJ

(Registro nº 92.0033802-0)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Santa Cruz Seguros S/A*

Advogados: *Gustavo Miguez de Mello e outros*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogada: *Sonia Regina de Carvalho Mestre*

EMENTA: *Tributário. Seguradora. Salvados. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. Incidência do tributo.*

São tributáveis, pelo ICMS, os salvados resultantes de sinistros, posto que a operação de venda através das companhias seguradoras não é feita em caráter eventual e sim com habitualidade, passando o produto a circular tal qual ocorre na circulação de mercadorias, quando desenvolvida atividade comercial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Ari Pargendler e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 04 de setembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 30-10-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida-se de recurso especial interposto por Santa Cruz Seguros S/A, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas **a**, **b** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido em grau de embargos infringentes pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que considerou circulação mercantil a venda, pela seguradora, de modo habitual, dos salvados de sinistros, passível, assim, de incidência do ICMS.

Sustenta a recorrente, em síntese, negativa de vigência aos artigos 3º, 110 e 142 do Código Tributário Nacional; 1º, 2º e 3º do Decreto-Lei

nº 406/68, e 73 do Decreto-Lei nº 73/66. Alega dissídio jurisprudencial.

Com as contra-razões de fls. 327/329, vieram os autos a esta superior instância.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Nego provimento ao recurso, reportando-me à fundamentação do voto que proferi, como Relator, nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 43.689-1-RJ, **verbis**:

“São tributáveis, pelo ICMS os salvados resultantes de sinistros, posto que a operação de venda através das companhias seguradoras não é feita em caráter eventual e sim com habitualidade, passando o produto a circular tal qual ocorre na circulação de mercadorias, quando desenvolvida atividade comercial.”

Da egrégia Primeira Turma recolhido entendimento convergente, sintetizado em ementa da lavra do eminente Ministro Demócrito Reinaldo, posta nos seguintes termos:

“Tributário. ICMS. Companhia de seguros. Salvados sub-rogatórios. Incidência do tributo.”

Cabível a incidência do ICMS nas vendas de bens salvados de

sinistros, por isso que as companhias seguradoras quando realizam tal operação, não fazem de modo eventual, mas com habitualidade, pondo referidos bens em circulação, de forma sistemática, assemelhando-os à mercadoria, para os efeitos de caracterização

da atividade comercial sujeita a exação do tributo.” (REsp nº 43.689-RJ, DJ de 7.11.94).

Pelo exposto, fiel a essa linha de entendimento, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.689-3 — RJ

(Registro nº 94.0003075-4)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Sul América Terrestre Marítimos e Acidentes — Companhia de seguros*

Advogados: *João Guilherme Sauer e outros, e Eduardo Obino Cirne Lima e outros*

Sustentação Oral: *Dr. José Mário Bimbato, pelo recorrente*

EMENTA: *Tributário. ICMS. Companhia de seguros. Salvados subrogatórios. Incidência do tributo.*

Cabível a incidência do ICMS nas vendas de bens salvados de sinistros, por isso que as companhias seguradoras, quando realizam tal operação, não o fazem de modo eventual, mas com habitualidade, pondo referidos bens em circulação, de forma sistemática, assemelhando-os a mercadoria, para os efeitos de caracterização da atividade comercial sujeita à exação do tributo.

Recurso provido, sem discrepância.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unani-

midade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte in-

tegrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira. Custas, como de lei.

Brasília, 19 de outubro de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 07-11-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sul América Terrestre Marítimos e Acidentes, companhia de seguros, ingressou com ação ordinária de anulação de débito tributário contra o Estado do Rio de Janeiro, visando a desconstituição de crédito fiscal do lançamento do ICM sobre o produto de alienação de salvados de sinistro cobertos por contrato de seguro.

Julgado improcedente o pedido anulatório e procedente o pleito alternativo, para que fosse reduzida a base de cálculo do tributo (10% do valor da mercadoria), a decisão de primeira instância restou alterada, em grau de recurso apelatório, conforme decisão proferida pela egrégia Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, resumida no acórdão assim ementado:

“ICMS. Tributação sobre os salvados sub-rogatórios. Se as companhias seguradoras não ostentam a condição de produtores in-

dustriais ou comerciantes de veículos usados ou de sucata, não pode ser tributada pela Lei Estadual a operação de venda desses bens, que não objetiva a comercialização propriamente dita, mas reduzir os prejuízos, numa relação que vai completar, por assim dizer, o pagamento do bem sinistrado” (folha 230).

Irresignado, o Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso especial, sob o pálio da letra a do admissivo constitucional, alegando contrariedade ao artigo 110 do Código Tributário Nacional e artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 406/68 (folha 234/241).

Ofertadas contra-razões (folhas 243/251), o recurso foi admitido, no juízo de retratação (folha 101), subindo os autos a esta egrégia Corte, vindo-me distribuídos e conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Conforme se ouviu da leitura do relatório, a questão posta em discussão consiste em saber se podem, ou não, ser tributados, pelo ICMS, o produto da alienação dos denominados salvados sub-rogatórios cobertos por contrato de seguro.

Entendeu o v. acórdão do Tribunal a quo ser descabida a incidência do tributo, porquanto os “salvados” não podem se equiparar a mercadorias,

ou seja, coisas comerciais com intuito de lucro, pois nenhuma seguradora se estabelece para negócios com ferro velho, até porque não tem autorização legal para exercer esse tipo de comércio (folha 231).

De sua vez, sustenta o recorrente, fundamentalmente, que ao vender os “salvados”, o segurador põe em circulação bens adquiridos, no cumprimento de obrigação inerente à sua atividade, que, eventualmente, é comercial, praticando assim ato de comércio, de empresa, sujeito à incidência do ICMS.

Cumpra observar, inicialmente, que a matéria já foi debatida exaustivamente e decidida por esta egrégia Corte.

Com efeito, num primeiro momento, prevaleceu, malgrado se levantassem vozes discordantes, o entendimento manifestado, por maioria da egrégia Segunda Turma, segundo o qual afirmava-se ser impossível tributar, pelo ICM, salvados sub-rogatórios, que não constituem mercadoria objeto da operação tributável, tendo em vista que a seguradora não ostenta a qualidade de produtor, industrial ou comerciante de veículos usados ou de sucata (REsp nº 1.373-RJ, Relator eminente Ministro Carlos M. Velloso, então honrando este colendo Tribunal, como integrante da 2ª Turma, D.J. 06.08.90).

Bem mais recentemente, contudo, esta egrégia Turma, ao julgar caso absolutamente semelhante, em que pontificou o judicioso e percuciente voto condutor do insigne Ministro Cesar Asfor Rocha, acolheu, sem dis-

crepância, tese defendida por sua Excelência, consubstanciada no resumo do acórdão que porta a seguinte ementa:

“Tributário. ICMS. Seguradora. Salvados sub-rogatórios.

Correta a tributação, pelo ICMS, de salvados sub-rogatórios, uma vez que vendidos com habitualidade pelas seguradoras, além do que essas operações, ainda que não compoem a estrutura jurídica do contrato de seguro, constituem fato suscetível de imposição autônoma.

Recurso improvido” (REsp nº 45.911-7/SP, julgado em 01.06.94).

Depois de profícua reflexão, o digno Relator deste **decisum**, adotou como razão de decidir e foi seguido pelos seus pares, os fundamentos de votos discordantes, proferidos naquele primeiro julgado, assim embasados:

“Com relação às demais argumentações das recorrentes, trago à colação o voto-vista proferido pelo eminente Ministro Ilmar Galvão, no REsp nº 1.373-RJ (DJ 6.8.90), a saber:

“Com a devida vênua do eminente Relator, não conheço do recurso.

E o faço, por entender correta a fundamentação do v. acórdão recorrido, segundo a qual as sociedades seguradoras exercem atos de comércio, quando vendem bens salvados de sinis-

tros, já que assim procedem, não de modo eventual, mas, ao revés, com habitualidade, pelo singelo motivo de não terem por que conservar ditos bens em seu patrimônio, privando-se da receita que podem eles produzir.

Com efeito, trata-se de bens que possuem inegável valor econômico residual, e que, ao serem postos em circulação, de maneira sistemática, assimilam-se a mercadoria, para efeito de caracterização da atividade comercial contemplada pelo tributo em tela.

Configura-se, pois, a hipótese prevista no art. 6º, § 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 406/76, que arrola entre os contribuintes do ICM, hoje ICMS, “as sociedades civis de fins econômicos..., que pratiquem, com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias”.

Data venia, não há comparar-se a situação de tais entidades, à de quem, em caráter esporádico, desfaz-se de unidade patrimonial móvel, não tendo qualquer aplicação ao caso dos autos, por isso, os precedentes jurisprudenciais invocados.

De afastar-se, também, conforme observou o órgão do Ministério Público, à fl. 590, a alegação segundo a qual houve, no caso, usurpação de competência tributária da União, já que a venda dos salvados não compõem a estrutura jurídica

do contrato de seguro, constituindo, por isso, fato suscetível de imposição autônoma.

Por fim, não há falar-se em afronta ao princípio da legalidade tributária, já que a lei estadual, dispondo genericamente, de modo a abranger a aludida operação, dispensa a especificação do contribuinte ou da mercadoria, para legitimar a exigência do tributo.

Ante tais considerações, vejo-me na contingência de discordar do eminente relator, para não conhecer do recurso.”

No mesmo sentido o entendimento do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro:

“Senhor Presidente, a lei tributária arrola, em inúmeras cláusulas, o contribuinte do ICM. Não estabelece a empresa seguradora que vende a chamada sucata, resultante do pagamento do sinistro, que ficaria, então, com o restante. Entretanto, se o objetivo social da empresa seguradora não é exercer o comércio, a venda da sucata, porém, integra permanentemente a sua preocupação a fim de diminuir o prejuízo. Havendo, assim, esta potencialidade do exercício de intermediação para a colocação de material inservível, neste momento, ainda que a atividade não seja diária, todavia, ela protraí-se no tempo. Assim, a saída da mercadoria importa caracterização do

fato gerador do imposto reclamado. Interpretação teleológica prefere à interpretação literal”.

Por ter concordado inteiramente com o entendimento então manifestado, mantenho o mesmo posicionamento neste caso, similar ao precedente.

Ao recorrente, pois, assiste razão, afigurando-se-me procedentes os argumentos por ele expendidos nos seguintes excertos das suas razões recursais:

“6.6. A caracterização da venda de “salvados” como ato de comércio ensejador de circulação de mercadorias é tanto mais evidente quanto se sabe que ela visa a aumentar os lucros ou a diminuir as perdas das seguradoras com as

operações que realiza. *Portanto, trata-se de atividade que persegue o fim lucrativo peculiar ao exercício do comércio.*”

“Nessa linha de raciocínio, qualquer ato praticado pelo empresário, no exercício de sua atividade, que vise a aumentar-lhe o *superávit* ou diminuir-lhe os *custos*, é considerado ato de comércio. E, se tem por objeto bem *móvel* ou *semovente*, esse ato tem o condão de transformá-lo em mercadoria, *se a aquisição respectiva tiver aquela finalidade*” (folha 240).

Com essas considerações, conheço do recurso pela letra a do admissivo constitucional e dou-lhe provimento, na forma do pedido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 45.911-7 — SP

(Registro nº 94.0008377-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrentes: *Itaú Seguros S/A e outro*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Frederico Bendzius e outros, e Renata Machado de Assis Forelli Nicolau e outros*

EMENTA: *Tributário. ICMS. Seguradora. Salvados sub-rogatórios.*

Correta a tributação, pelo ICMS, de salvados sub-rogatórios, uma vez que vendidos com habitualidade pelas seguradoras, além do que essas operações, ainda que não compoem a estrutura jurídica do contrato de seguro, constituem fato suscetível de imposição autônoma.

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 das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 01 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 27-06-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Até o instante do julgamento da apelação, o r. aresto hostiliza do assim relatara o feito:

“Ação declaratória e medida cautelar motivadas pela Itaú Seguros S.A. e Itaú Winterthur Seguradora S/A contra a Fazenda do Estado, sob alegação de que seu objeto é relativo a operações de seguro do ramo de vida e ramos como elementares em conformidade com o artigo 73 do Decreto-Lei 73/66 não poderão explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria, pelo que somente podem explorar o ramo securitário e

por exigência da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, estão inscritas como contribuintes do ICMS e vêm recolhendo o tributo nas operações com salvados e sinistros em razão da exigência contida nos Decretos nºs 5.410/75 (artigos 434 e 442), 17.727/81 (artigos 453 e 464) e 33.118/91, este último derivado de explícita previsão contida no Convênio ICM nº 66/88, artigo 21, IV e na Lei nº 6.374/89, artigo 7º, parágrafo 1º, item 4.

Sustentaram ainda, as autoras ser ilegal e inconstitucional a exigência, por afrontar a Constituição Federal (artigo 155, inciso I, letra b), e o Código Tributário Nacional (artigos 3º, 4º, 6º, 109, 110 e 142) pelo que requereram medida cautelar para obstar a prática de quaisquer atos tendentes à exigência do ICMS, pelo Fisco Estadual, relativa às vendas de salvados e sinistros, eventualmente realizadas pelas autoras.

Invocaram também, o Decreto-Lei nº 406/68, que indicou como contribuintes do ICM, os que fazem da mercancia profissional habitual (artigo 6º), e como objeto de tributação (artigo 1º). E editado o Convênio ICMS nº 66/88, que regulou a matéria atinente ao ICMS, desconsiderando a recepção do aludido Decreto-Lei nº 406/68, o que torna o convênio mencionado, eivado de inconstitucionalidade no que se refere à regulamentação do ICM. Esclareceram que a venda de salvados de

sinistros, se insere no contrato de seguro, não revelando conteúdo comercial.” (fls. 211/212).

Após os declaratórios, as recorrentes lançaram o apelo nobre ora em exame com fincas nas letras **a**, **b** e **c** do permissivo constitucional, por alegada ofensa aos arts. 1º e 6º do Decreto-lei nº 406/68; 110 do Código Tributário Nacional; 73 do Decreto-lei nº 73/66; e por dissídio pretoriano.

Respondido tempestivamente, o recurso foi admitido e em aqui chegando em 13 de abril de 1994 dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria Geral da República, indicando-o para julgamento no dia 3 do mês seguinte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Do r. aresto guereado, extraio os seguintes excertos:

“Não assiste razão às apelações, merecendo subsistir a r. sentença prolatada.

As operações desenvolvidas pelas seguradoras são enquadradas na competência disciplinar da União, sem qualquer intervenção dos Estados-Membros.

Entretanto, respeitando-se a competência privativa da União, no tocante à comercialização de salvados adquiridos, para reven-

der com ou sem intuito de lucro, na operação secundária é devido ICMS.

Já existia no Estado de São Paulo, norma legal expressa, no sentido de enquadrar sua atividade, quando aliena os veículos sinistrados, com contribuintes do ICM em consonância com o disposto nos artigos 453 e 464, do Decreto nº 17.727/81, e anteriormente pelo Decreto nº 5.410/74.

Portanto, existia norma legal que se enquadra perfeitamente na atividade das apelantes, referente ao objeto desta ação, ou seja, venda de veículos sinistrados.” (fls. 212/213)

Sustentam as recorrentes que o Convênio 66/88 pretendia revogar o Decreto-lei nº 406/68, ao violar os seus arts. 1º e 6º, sendo certo que referido Decreto-lei foi recepcionado pela Constituição Federal vigente.

Inicialmente observo ser certo que o art. 34, § 8º, do ADCT, possibilitou aos Estados e Distrito Federal celebrarem convênio, fixando normas para regular provisoriamente a matéria necessária à instituição do ICMS, embora não menos verdadeiro seja que tal convênio deve restringir-se somente às lacunas existentes e às matérias legais não recepcionadas pela Constituição Federal.

Este entendimento é absolutamente assente nesta Corte conforme dão conta os julgados nos Recursos Especiais 14.410-0-RJ (relator eminente Ministro Garcia Vieira), 20.324-0-RJ (relator eminente Minis-

tro Demócrito Reinaldo), 14.777-0-SP (relator eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro), 7.582-0-RJ (relator eminente Ministro Américo Luz) e 23.628-2-SP (relator eminente Ministro José de Jesus) e 33.186-2-RJ (de minha relatoria), por exemplo.

Acontece, todavia, que, no caso em tablado, conforme assinalado pelo r. aresto objurgado, “já existia no Estado de São Paulo norma legal expressa, no sentido de enquadrar sua atividade (das recorrentes), quando aliena veículos sinistrados, como contribuintes do ICM em consonância com o disposto nos artigos 452 e 464, do Decreto nº 17.727/81, e anteriormente pelo Decreto nº 5.410/74.” (fls. 213).

Com relação às demais argumentações das recorrentes, trago à colação o voto-vista proferido pelo eminente Ministro Ilmar Galvão, no REsp nº 1.373-RJ (DJ 6.8.90), a saber:

“Com a devida vênia do eminente Relator, não conheço do recurso.

E o faço, por entender correta a fundamentação do v. acórdão recorrido, segundo a qual as sociedades seguradoras exercem atos de comércio, quando vendem bens salvados de sinistros, já que assim procedem, não de modo eventual, mas, ao revés, com habitualidade, pelo singelo motivo de não terem porque conservar ditos bens em seu patrimônio, privando-se da receita que podem eles produzir.

Com efeito, trata-se de bens que possuem inegável valor eco-

nômico residual, e que, ao serem postos em circulação, de maneira sistemática, assimilam-se a mercadoria, para efeito de caracterização da atividade comercial contemplada pelo tributo em tela.

Configura-se, pois, a hipótese prevista no art. 6º, § 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 406/76, que arrola entre os contribuintes do ICM, hoje ICMS, “as sociedades civis de fins econômicos..., que pratiquem, com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias”.

Data venia, não há comparar-se a situação de tais entidades, à de quem, em caráter esporádico, desfaz-se de unidade patrimonial móvel, não tendo qualquer aplicação ao caso dos autos, por isso, os precedentes jurisprudenciais invocados.

De afastar-se, também, conforme observou o órgão do Ministério Público, à fl. 590, a alegação segundo a qual houve, no caso, usurpação de competência tributária da União, já que a venda dos salvados não compõem a estrutura jurídica do contrato de seguro, constituindo, por isso, fato suscetível de imposição autônoma.

Por fim, não há falar-se em afronta ao princípio da legalidade tributária, já que a lei estadual, dispondo genericamente, de modo a abranger a aludida operação, dispensa a especificação do contribuinte ou da mercadoria, para legitimar a exigência do tributo.

Ante tais considerações, vejo-me na contingência de discordar do eminente relator, para não conhecer do recurso.”

No mesmo sentido o entendimento do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro:

“Senhor Presidente, a lei tributária arrola, em inúmeras cláusulas, o contribuinte do ICM. Não estabelece a empresa seguradora que vende a chamada sucata, resultante do pagamento do sinistro, que ficaria, então, com o restante. Entretanto, se o objetivo social da empresa seguradora não é exercer o comércio, a venda da sucata, porém, integra permanentemente a sua preocupação a fim de diminuir o prejuízo. Havendo, as-

sim, esta potencialidade do exercício de intermediação para a colocação de material inservível, neste momento, ainda que a atividade não seja diária, todavia, ela protraí-se no tempo. Assim, a saída da mercadoria importa caracterização do fato gerador do imposto reclamado. Interpretação teleológica prefere à interpretação literal.”

Observo que os pronunciamentos de Suas Excelências não prevaleceram, eis que vencidos ficaram por apertada maioria. Inobstante isso, **data venia**, impressionaram-me muito mais que os externados pelos eminentes Ministros vencedores, razão pela qual adoto-os como razão de decidir nesse ponto ora em análise, pelo que nego provimento ao recurso.

SÚMULA Nº 153

A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exeqüente dos encargos da sucumbência.

Referência:

— Lei nº 6.830, de 22.09.80, arts. 1º e 26.

— CPC, art. 20, § 4º.

REsp 7.361-SP (2ª T 13.03.91 — DJ 08.04.91)

REsp 7.816-0-SP (2ª T 07.06.93 — DJ 28.06.93)

REsp 8.589-SP (1ª T 28.08.91 — DJ 16.09.91)

REsp 17.102-0-SP (1ª T 08.04.92 — DJ 01.06.92)

REsp 19.085-0-SP (2ª T 22.04.92 — DJ 18.05.92)

REsp 31.961-8-RJ (1ª T 14.12.94 — DJ 20.02.95)

REsp 46.952-0-SP (1ª T 14.09.94 — DJ 17.10.94)

REsp 61.351-5-SP (2ª T 17.04.95 — DJ 15.05.95)

REsp 64.175-6-SP (2ª T 31.05.95 — DJ 19.06.95)

Primeira Seção, em 08.03.96.

DJ 14.03.96, p. 7.115

RECURSO ESPECIAL Nº 7.361 — SP
(Registro nº 91.0000653-0)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Mano — Alimentos e Bebidas Ltda.*

Advogados: *Drs. Adriana Moresco e outro, e Paulo Guilherme Poyares dos Reis e outros*

EMENTA: *Processual. Execução fiscal. Desistência, após o ajuizamento dos embargos. Honorários.*

Hipótese em que o fato tem as conseqüências de reconhecimento do pedido manifestado nos embargos, e, conseqüentemente, de sucumbência, acarretando o dever de reembolsar as custas e de pagar honorários advocatícios.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso,

na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

Publicado no DJ de 08-04-91.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso especial, fundado no art. 105, III, letras a e c, da Constituição, contra acórdão do Tribunal de Justiça local, que entendeu ser cabível a condenação da Fazenda em custas e honorários, embora haja manifestado desistência da execução que ajuizara contra Mano-Alimentos e Bebidas Ltda.

Alegou negativa de vigência ao art. 26, da Lei 6.830/80 e divergência com acórdão do STF, afirmando que, tendo requerido desistência da ação antes da prolação da sentença, incabível era a condenação em honorários advocatícios.

Admitido na origem, o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O art. 26 da Lei nº 6.830/80, em que se fundou o v. acórdão recorrido, dispõe textualmente que, “se, antes da decisão, de primeira instância, a inscrição de dívida ativa, for, a qualquer título, cancela-

da, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes”.

De redação que, do ponto de vista técnico-jurídico, deixa muito a desejar, já que em execução, a rigor, não cabe sentença, o dispositivo transcrito é, entretanto, de ser aplicado tão-somente nas hipóteses em que a execução não se desdobra em embargos, porquanto, do contrário, inevitáveis são os ônus processuais, a cargo da parte que desiste ou que reconhece o direito da outra.

Nesse sentido a jurisprudência desta Corte (cf. REsp 4.761-RS, julg. 10.10.90, Rel. Min. Ilmar Galvão) e, como demonstrou o recorrente, do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro (fl. 90).

Do mesmo modo, a doutrina, como se colhe desses ensinamentos de **Humberto Theodoro Jr.** (Lei de Execução Fiscal, Saraiva, 1986, pág. 91): “A meu sentir, pois, o que pode a Fazenda é desistir da execução sem ter de pagar as custas do processo executivo. Mas, se houver embargos, esta ação é do devedor e dela não poderá desistir a credora (ré no incidente). Assim, aquelas custas e aqueles gastos de honorários já efetuados pelo embargante terão de ser ressarcidos pela Fazenda sucumbente. É que o cancelamento da inscrição da Dívida Ativa ajuizada perante os embargos será forma de reconhecimento do pedido, acarretando a quem confessa sua procedência a situação de sucumbente, com todos os seus consectários”.

Assim, desistindo a Fazenda, quando já opostos os embargos do devedor, não há como eximir-se a exeqüente-embargada dos ônus da sucumbência, nos embargos que restaram prejudicados.

Decidindo de acordo com esse entendimento, desmerece reparo o v. acórdão recorrido.

Meu voto, pois, é no sentido de não conhecer do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 7.816-0 — SP

(Registro nº 91.0001623-3)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *De Nadai Restaurante Industrial Ltda.*

Advogados: *Drs. Maria Elisabeth Rolim e outros, e Roberto Bahia e outros*

Sustentação oral: *Dr. Eduardo Weaver de Vasconcellos Barros, Subprocurador-Geral da República*

EMENTA: *Processual Civil. Execução fiscal. Extinção do processo. Cancelamento do débito. Ônus da sucumbência.*

I — Segundo já decidiu esta Corte, ocorrendo desistência da execução, ou cancelamento do débito, o executado faz jus à restituição das custas que houver adiantado e ao pagamento dos honorários de advogado que foi obrigado a contratar para defender-se, incidindo tal verba a partir do ajuizamento da ação.

II — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso pela letra **c**, mas lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que fi-

cam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Hélio Mosimann e Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de junho de 1993 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO,
Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 28-06-93.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs, com fulcro no art. 105, III, letras a e c, do permissivo constitucional, recurso especial contra o v. acórdão proferido pela Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a condenação da recorrente em honorários, custas e despesas processuais, em face da extinção da execução fiscal pelo cancelamento do débito da empresa.

Alega a recorrente que o v. aresto atacado negou vigência ao art. 26, da Lei nº 6.830/80, bem como divergiu da jurisprudência do Colendo STF. Pede, a final, o provimento do apelo no sentido de julgar incabíveis os honorários advocatícios, ou, caso contrário, fixá-los a partir da decisão e não do ajuizamento da demanda.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde a ilustrada Subprocuradoria Geral da República manifestou-se às fls. 103/105.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O v. acórdão hostilizado decidiu a espécie nestes termos:

“Em face do cancelamento do débito por processo administrativo, houve por bem o MM. Juiz julgar extinto o processo, nos termos do art. 26, da Lei nº 6.830/80, sem ônus para as partes.

Em que pese a r. decisão recorrida, não há por que ser a exequente isentada da responsabilidade do ressarcimento a teor do art. 26, da Lei nº 6.830/80.

Ensina **Silva Pacheco** (in “Comentários à Nova Lei de Execução Fiscal”) que “no caso de extinção do processo, conforme o art. 26 da Lei nº 6.830/80, não deve haver ônus para as partes, o que está a indicar que deve a Fazenda, que obrigou o executado a ter despesas processuais ressarcir-las”. No mesmo sentido, **Humberto Theodoro Júnior** (in “A Nova Lei de Execução Fiscal”). “Assim, aquelas custas e aqueles gastos de honorários já efetuados pelo embargante terão de ser ressarcidos pela Fazenda sucumbente.”

Com esse mesmo entendimento, **Theotônio Negrão** anota, na sua conhecida obra sobre a legislação processual civil, que “A Fazenda Pública deve ser condenada ao pagamento de honorários do advogado do executado, se desistiu da execução após a representação de embargos” (RTFR. 115/53; RT. 579/71; 580/102, 583/128, 584/150, 585/90, 585/98, 591/97, 591/99; RJTJESP. 87/78, 90/139, 91/116, 92/90, 92/108, 92/311, 17ª ed., pág. 626).

A propósito, vale lembrar, também, voto do E. Des. Jorge Tanus nos E. L. nº 304.904, quando Juiz do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, segundo o qual: “se não houver o reembolso das custas adiantadas pelo embargante e da honorária legalmente admitida, que se presume tenha de prestar ao causídico por ele constituído para embargar a execução, o próprio art. 26, em causa, será letra morta na lei, na medida em que, extinta a execução, restarão ao embargante esses ônus a que não havia dado causa”. (fls. 79/81)

Isto posto, dá-se provimento ao recurso, para determinar que a Fazenda do Estado proceda ao reembolso das custas e despesas processuais tidas pela embargante e pague honorários de advogado na base de 10% sobre o valor do débito cobrado, corrigido desde o ajuizamento.” (fls. 79/81)

Tenho como incensurável a decisão supratranscrita, pois assente com a jurisprudência desta Corte, consoante se vê do julgamento do Recurso Especial nº 2.483-SP, Rel. Ministro Armando Rollemberg, publicado no DJ de 25.06.90 cuja ementa é do seguinte teor, **verbis**:

“Processo civil — Execução fiscal. Ocorrendo desistência da execução, ou cancelamento da inscrição, o executado faz jus à restituição das custas que houver adiantado e ao pagamento dos honorários de advogado que foi obrigado a contratar para defender-se. Recurso desprovido”.

Por entender da mesma forma é que conheço do recurso pela letra c, mas nego-lhe provimento.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 8.589 — SP
(Registro nº 91.0003392-8)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Hotéis Othon S/A*

Advogados: *Drs. Cláudia Maria Donato Gomes e outros, e Maria Lúcia Duarte de Castro e outros*

EMENTA: Processo Civil. Execução fiscal. Desistência da Ação. Verba honorária.

I — Proposta a execução fiscal e, no curso da mesma o exequente desistir ou cancelar a ação, o executado faz jus ao reembolso da

verba desembolsada para defender-se (custas e honorários). Precedentes.

II — Improvimento do recurso.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 16-09-91.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: A Fazenda Pública do Estado interpôs, reterpôs recurso especial à decisão do TJESP que entendeu inaplicável o art. 26 da Lei nº 6.830, em sede de embargos à execução.

A decisão guerreada dispôs que “como os embargos da devedora têm a natureza de ação incidental destrutiva do título executivo extrajudicial, a desistência da execução fiscal não exonera a exeqüente do pagamento dos honorários relativos aos embargos.”

Por seu turno a recorrente advoga o entendimento que a decisão afronta o art. 26 da Lei 6.830/80, que assim dispõe:

“Se antes da decisão de primeira instância, a inscrição de dívida ativa for, a qualquer título cancelada, a execução fiscal será extinta sem qualquer ônus para as partes.”

Nesta instância a douta SGR manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A douta SGR assim se posicionou sobre a matéria:

“A pretensão recursal é improcedente. A recorrente, porque desistiu da ação de execução fiscal, pretende que sejam indevidos as custas e honorários de advogado fixados na ação de embargos do devedor ajuizada antes de formulado o pedido de desistência da ação. Segundo resai de suas razões o art. 26, da Lei nº 6.830/80, agasalharia tal pretensão. O equívoco da recorrente, entretanto, é manifesto. O art. 26, da Lei nº

6.830/80, refere-se a inexistência de ônus para as partes no tocante à *execução*. É evidente que não dispõe sobre os ônus da sucumbência nos embargos do devedor, que é ação autônoma.

5. Essa matéria já é tranqüila nesse Tribunal, que tem se manifestado no mesmo sentido do acórdão recorrido. Veja-se:

“Processo Civil — Execução fiscal.

Ocorrendo desistência da execução, ou cancelamento da inscrição, o executado faz jus a restituição das custas que houver adiantado e ao pagamento dos honorários de advogado que foi obrigado a contratar para defender-se.

Recurso desprovido.” (Recurso Especial nº 2.483-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Armando Rollem-

berg, in DJU de 25/06/90, pág. 6.026).

“Processual. Execução fiscal. Débito cancelado no curso dos embargos. Honorários.

Hipótese em que o cancelamento tem o efeito de reconhecimento do pedido, e, conseqüentemente, sucumbência, acarretando o dever de reembolsar as custas e de pagar honorários advocatícios.

Recurso desprovido.” (Recurso Especial nº 7.763-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, in DJU de 22/04/91, pág. 4.778).

Assim sendo, o parecer é no sentido do *desprovimento* do recurso.” (fls. 196/197).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 17.102-0 — SP
(Registro nº 92.0000670-1)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Churrascaria H-2 Ltda.*

Advogados: *Drs. Maria Elizabeth Rolim e outros e Geraldo Lopes*

EMENTA: *Processual Civil. Honorários de advogado — Fazenda Pública.*

São devidos honorários advocatícios em todos os casos de cancelamento ou anistia posteriores aos embargos à execução.

Precedentes deste C. Tribunal.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

Brasília, 08 de abril de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 01-06-92.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo apoiado no art. 105, alíneas a e c da CF contra acórdão que confirmou sentença, condenando-a em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Alega negativa de vigência aos artigos 26 da Lei 6.830 e 20, § 4º do CPC, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que se a inscrição da dívida for cancelada antes da decisão de 1º Grau o processo será extinto sem quaisquer ônus para as partes.

Prossegue, aduzindo que ainda que se admita a condenação em honorários de advogado nas demandas em que a Fazenda Pública é parte, tendo em vista o vultuoso valor da causa e a simplicidade do trabalho exigível do advogado do exequente, a apreciação equitativa há de ser aplicada pelo juiz.

Invoca a seu favor decisões dos Egrégios STJ, STF e do extinto TFR (fls. 126/134).

Oferecidas contra-razões às fls. 136/138.

Inadmitido o recurso (fls. 140/142), subiram os autos a este E. Tribunal em razão do provimento de agravo de instrumento (apenso).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): A execução depois de embargada (fls. 02/18), foi cancelada e a exequente pediu a sua extinção, sem os ônus para as partes, invocando o disposto no artigo 26 da Lei 6.830/80 (fls. 85). A embargante concordou com a extinção mas pediu fosse fixada a verba honorária (fls. 86). Foi julgada extinta a execução e condenada a Fazenda em honorários de advogado de 10% (sentença de fls. 87v.). Desta decisão apelou a exequente (fls. 89/95) e o Egrégio

Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso (fls. 109/110). Contra este Acórdão foi interposto Recurso Extraordinário (fls. 112/122), convertido em Especial (fls. 126/134).

O artigo 26 da Lei 6.830/80 só se aplica se o cancelamento for antes de embargada a execução, mas, se ele ocorrer após a apresentação dos embargos, os honorários de advogado são devidos, porque o devedor foi obrigado a constituir advogado e teve despesas que devem ser reembolsadas. **Theotônio Negrão**, no seu Código de Processo Civil, 21ª edição atualizada até 06-01-91, ao comentar o citado dispositivo legal, cita vários precedentes neste sentido. Na nota 6 aponta os seguintes acórdãos que entenderam cabíveis os honorários de advogado em todos os casos de cancelamento ou anistia posteriores aos Embargos à Execução: RTFR 126/147, TFR-RF 286/263, RT 584/106, 630/104, RJTJESP 96/110, 100/110, 113/109 e RJTAMG 24/279.

Esta Egrégia Corte, no Recurso Especial nº 2.483-SP, DJ de 25-06-90, entendeu que:

“Ocorrendo desistência da execução ou cancelamento da inscrição, o executado faz jus à restituição

das custas que houver adiantado e ao pagamento dos honorários de advogado que foi obrigado a contratar para defender-se.”

No Recurso Especial nº 4.761-RJ, DJ de 29-10-90, entendeu ser correta a condenação da exequente em honorários de advogado, em extinção de execução já embargada. O mesmo ocorreu no Recurso Especial nº 5.961-SP, em caso de cancelamento no curso dos Embargos. No Recurso Especial nº 80.974-RJ, entendeu ser aplicável o artigo 20, § 4º do CPC, em caso de extinção do processo, sem julgamento do mérito e ser devida a verba honorária.

Pelo fato de ter o § 4º do artigo 20 do CPC, determinado que, quando for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados “consoante apreciação equitativa do Juiz, atendidas as normas das letras **a** a **c** do parágrafo anterior”, não impede o julgador de condenar a Fazenda em 10% de honorários de advogado. Podia, também, o MM. Juiz fixá-los em percentagem inferior ou superior consoante sua apreciação equitativa”. Não merece censura por tê-los fixado em 10%.

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 19.085-0 — SP

(Registro nº 92.0004153-1)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Maria Luíza Brabner Aversari e outros*

Recorrido: *Bar e Restaurante Mexilhão Ltda.*

Advogados: *Drs. Marcos Ferreira da Silva e outros*

EMENTA: Execução fiscal. Desistência após a interposição de embargos pelo devedor. Condenação da Fazenda Pública em honorários de advogado. Cabimento. Lei nº 6.830, de 22.09.80, art. 26.

I — O art. 26 da Lei nº 6.830, de 1980, não afasta a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios, no caso de desistir da execução após o ajuizamento dos embargos pelo devedor.

II — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Brasília, 22 de abril de 1992 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 18-05-92.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Decidiu o acórdão do Egrégio Tribunal **a quo**, por

maioria, ao rejeitar ao embargos infringentes, que é correta a condenação da Fazenda do Estado de São Paulo ao pagamento dos honorários advocatícios, imposta por sentença que julgou extinto o processo de execução fiscal movida contra Bar e Restaurante Mexilhão Ltda. em razão de desistência manifestada pela exeqüente.

Alega a recorrente em recurso especial, pela letra **a** do permissivo constitucional, negativa de vigência ao art. 26 da Lei nº 6.830/80.

Contra-arrazoado (fls. 162-165), o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 173), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): O acórdão recorrido, em grau de embargos infringentes, bem aplicou o art. 26 da Lei nº 6.830, de 22-09-80.

A propósito, argumentou o acórdão, em apelação (fls. 133-135):

“Sustenta, a apelante, que requereu a desistência da execução invocando as disposições contidas no artigo 26 da Lei nº 6.830/80, uma vez que, tratando de contribuinte que se dedica ao ramo de restaurante e lanchonete, a cobrança foi considerada indevida.

O inconformismo, entretanto, não procede.

Não se há negar que a cobrança da Fazenda, via a presente execução, exigiu da executada, na defesa de seu direito e de seu interesse, a realização de despesas, mormente com advogado para tanto nomeado. Ora, se assim ocorre e se com a desistência da execução não houve a expressa concordância da executada, injusto seria onerá-la com tal prejuízo.

De outra parte, não pode a exequente ser isentada dessa responsabilidade a teor do artigo 26 da Lei nº 6.830/80. É que, consoante ensina **José da Silva Pacheco** (in “Comentários à Nova Lei de Execução Fiscal”), citado pela embargante “no caso de extinção do processo, conforme o artigo 26 da Lei nº 6.830/80, não deve haver ônus para as partes, o que está a indicar que deve a Fazenda, que obrigou o executado a ter despesas processuais e honorários, ressarcí-las”.

A regra do artigo 26 não pode ser entendida, como beneficiando apenas a Fazenda Pública, porque isto representaria ofensa ao prin-

cípio constitucional da isonomia (art. 153, parágrafo 1º, da Constituição Federal), que assegura, em sede processual, igualdade de tratamento a ambas as partes (artigo 125, I, do Código de Processo Civil). Estaria, assim, a Fazenda se enriquecendo ilicitamente. O benefício é, portanto, bilateral, na medida em que a exclusão de ônus, determinada pelo artigo 26, significa que, pelo só cancelamento da dívida ativa, não será onerada qualquer das partes com novos encargos. Não assim aquelas já tidas pela parte que não concorreu, nem concordou expressamente, com a desistência da outra.

Bem a propósito, lembrar, aqui, voto do eminente Relator Jorge Tannus, nos Embargos Infringentes, nº 304.904, 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, segundo o qual “se não houver o reembolso das custas adiantadas pelo embargante e da honorária legalmente admitida, que se presume tenha de prestar ao causídico por ele constituído para embargar a execução, o próprio artigo 26, em causa, será letra morta na lei, na medida em que extinta a execução, restarão ao embargante esses ônus a que não havia dado causa”.

Por derradeiro, nem colhe em favor da exequente o fato de o débito ter sido declarado pelo próprio contribuinte, uma vez que, consoante bem argumentado pela embargante e frisado pelo douto voto vencido, seu erro não tem o efeito de gerar para a Fazenda

Estadual um direito que esta não tem, no caso concreto, de situação em que era notória a posição fazendária exigindo tributo a que não tinha direito”.

Confirmando essa decisão, aduziu o acórdão recorrido (fls. 154-155):

“Com o respeito sempre devido ao seu ilustre prolator, o art. 26 da Lei nº 6.830/80 não pode ser interpretado com a amplitude conferida pelo voto minoritário, sob pena de ser consagrada evidente injustiça.

O término da execução fiscal, antes da sentença, será feito sem ônus para as partes. Mas isto não significa que o exeqüente, reconhecendo que o tributo era inexigível, fique livre de ressarcir ao executado as despesas a que se viu obrigado pelo ajuizamento do pedido. Como bem ressaltou o V. Acórdão, o benefício deve ser entendido como bilateral, pelo que o contribuinte, indevidamente chamado a juízo, não merece suportar qualquer prejuízo. Se efetuou despesas, forçado que foi a contratar advogado, apresentando o profissional embargos em defesa da posição de seu cliente, irrecusável que tais gastos deverão ser repostos por quem lhes deu causa, ou seja, a Fazenda do Estado.

Como ensina **Humberto Theodoro Júnior**, “entender que possa a Fazenda desistir da execução embargada sem pagar as despesas processuais já efetuadas pelo devedor, seria o mesmo que permitir a

extinção do processo com a atribuição dos ônus à parte vencedora, que não concorreu para a extinção do processo e teve seu pedido implicitamente reconhecido como procedente pela conduta da Fazenda” (in *A Nova Lei de Execução Fiscal*, pág. 80).

Esta a posição dominante neste Egrégio Tribunal: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, 87/78, 90/193, 92/108, 111/398, 124/102, etc.

Destarte, merece prevalecer o entendimento sufragado pela d. maioria, observando-se que sequer será possível a pretendida redução da verba honorária, eis que esse ponto não fora objeto do apelo e nem considerado pelo voto vencido”.

Nesse sentido, sempre votei no extinto Tribunal Federal de Recursos. É o que se depreende da ementa, abaixo transcrita, que encima o acórdão, proferido pela Quarta Turma daquele Tribunal, ao julgar a AC 120.219-SP:

“Execução fiscal. Dívida já paga. Condenação em honorários e reembolso das custas. Cabimento. Lei nº 6.830, de 22-9-80, art. 26. Interpretação.

I — O art. 26 da Lei nº 6.830, de 1980, no caso de cancelamento da inscrição da dívida ativa, ordena a extinção da execução “sem qualquer ônus para as partes” (partes no plural) e não para a “parte (no singular) ou para a exeqüente”. Por isso, ressalvado o caso de anistia fiscal, deve o Fis-

co ressarcir o embargante dos honorários advocatícios e custas que, injustamente, teve de dispendar, para opor os embargos.

II — Apelação não conhecida. Sentença confirmada”.

Isto posto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.961-8 — RJ

(Registro nº 93.0002820-0)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Dinamo — Distribuidora Nacional de Materiais de Obras S/A*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Ednaldo Gamboa da Silva e outro, e Luiz Alberto Moreira Martins Jacob e outros*

EMENTA: Processual Civil. Execução Fiscal. Embargos do Devedor. Extinção do débito. Desistência. Custas e Honorários Advocatícios. Lei 6.830/80 (art. 26).

1. Os Embargos do Devedor, como ação incidental do executado (Liebmann), não se confundem com a ação de execução.

2. Extinta a dívida, a desistência da execução, após os Embargos do Devedor, operando efeitos processuais imediatos, obriga a parte desistente (equiparada ao vencido) a arcar com o reembolso das custas adiantadas pelo embargante (executado) e a pagar honorários advocatícios.

3. Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos,

que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de dezembro de 1994
(data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 20-02-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: O egrégio Tribunal a **quo** exarou acórdão consubstanciado na ementa, **in verbis**:

“Execução Fiscal. Extinção do débito. Inaplicação dos ônus da sucumbência.

Extinto o débito que originou a execução fiscal, com a concordância do devedor, antes da decisão de primeiro grau, descabe a incidência de ônus da sucumbência na sentença que determinou a extinção do processo sem julgamento do mérito. Aplicação do disposto no art. 26 da Lei nº 6.830, de 22.09.80” (fl. 122).

Os Embargos de Declaração interpostos foram rejeitados.

Invocando o artigo 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, foi proposto o presente Recurso Especial, alegando dissensão com julgados desta Corte.

Não foram apresentadas contra-razões.

Admitido o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): A relação jurídica material provocadora do recurso, na sua origem, foi bem explicada pelo v. acórdão, a dizer:

“... na execução fiscal contra ela promovida pelo ora apelado, opôs embargos à execução, os quais foram julgados procedentes (fls. 30/31), decisão essa, porém, anulada pelo ven. acórdão de fls. 58/60.

Baixados os autos, prosseguiu o feito, inclusive com realização de prova pericial, vindo o Estado a desistir da execução fiscal (fls. 9 dos autos principais).

Em consequência, o Dr. juiz considerando que o débito foi extinto com a concordância do devedor, deixando sem objeto os embargos, julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, sem ônus da sucumbência (fls. 86).

Irresignou-se o executado, objetivando a reforma da sentença “... com a consequente condenação da apelada ao pagamento dos honorários advocatícios devidos...” (fls. 92) — (fl. 123).

Negando provimento, cônsono e sumariado na ementa, o confrontado julgado assentou:

“Execução Fiscal. Extinção do débito. Inaplicação dos Ônus da Sucumbência.

Extinto o débito que originou a execução fiscal, com a concordância do devedor, antes da decisão de primeiro grau, descabe a incidência de ônus da sucumbência na sentença que determinou a extinção do processo sem julgamento do mérito. Aplicação do disposto no art. 26 da Lei nº 6.830, de 22.09.80” (fl. 122).

Presentes os seus requisitos, impõe-se o conhecimento do recurso (art. 105, III, c, CF).

Desembaraçada a via para o exame, perfila-se solução conhecida, compondo que, formalizados os Embargos do Devedor, com as despesas iniciais do processamento suportadas pelo embargante, se procedentes ou desistidos pelo exequente, compete-lhe a obrigação de ressarcir o que foi dispendido pela parte executada, forçada a embargar.

Comente-se, outrossim, que a liberalização dos ônus da sucumbência, pode ser considerada antes da decisão de primeira instância (art. 26, Lei 6.830/80). No caso, porém, foram processados e julgados os embargos, ocorrendo a cognição exauriente já no segundo grau de jurisdição.

Nesse contexto, ganham relevância estas preciosas anotações:

“... entender que possa a Fazenda desistir da execução embargada sem pagar as despesas processadas já efetuadas pelo devedor seria o mesmo que permitir a extinção do processo com atribuição

do ônus à parte vencedora, que não concorrem para a extinção do processo e teve seu pedido implicitamente reconhecido como procedente pela conduta da Fazenda.”

.....
“... o que, salvo melhor juízo, assegura o artigo 26 da Lei 6.830 é apenas permitir que a execução fiscal, sempre que houver cancelamento ulterior da inscrição da Dívida Ativa, seja extinta sem ônus para as partes. Isto quer dizer que, a execução que se iniciou sem depósito e sem pagamento prévio de custas, será encerrada também sem tais exigências a posteriorin. Mas, o direito do devedor embargante de se ressarcir das custas efetivamente despendidas e outras despesas já realizadas no curso do processo, inclusive honorários advocatícios, não foi negado pelo alegado dispositivo legal.” (Humberto Teodoro Júnior — in “A Nova Lei de Execução Fiscal — págs. 80/81) — (fl. 54).

Esse entendimento venho sustentando (p. ex.: Ag. Inst. 21.223-8-SP — in DJU de 09/10/92) desde o memorável Tribunal Federal de Recursos, harmonioso nesta com os desta Corte:

— “Execução Fiscal. Lei nº 6.830, de 22.9.80, art. 26. Interpretação.

I — Se, antes da sentença, a inscrição de dívida foi cancelada,

a execução fiscal será extinta. Opostos embargos, cabe à Fazenda, nesse caso, reembolsar as custas adiantadas pelo contribuinte e pagar os honorários do advogado deste. Precedentes do TFR.

II — “Apelação provida”. (Ap. Cível nº 94.705-SP — Rel. Min. Pádua Ribeiro — **in** Rev. TFR — 126/148 a 149). No mesmo sentido: Ap. Cível 100.814-RS — Rev. TFR 151/128 a 129.

— “Processual. Execução Fiscal. Débito Cancelado No Curso Dos Embargos. Honorários.

Hipótese em que o cancelamento tem o efeito de reconhecimento do pedido, e, conseqüentemente, de sucumbência, acarretando o dever de reembolsar as custas e de pagar honorários advocatícios.

Recurso desprovido”. (REsp 7.763-SP — Rel. Min. Ilmar Galvão — **in** DJU de 16.09.91).

— “Processual Civil. Execução Fiscal. Cancelamento da Dívida. — Custas e Honorários de Advogado.

A desistência da ação por parte do exequente depois de apre-

sentados os embargos impõe sua condenação no pagamento de honorários de advogado e reembolso das custas, pois forçou o executado a fazer tais despesas. Recurso não conhecido.” (REsp 4.958-SP — Rel. Min. Armando Rollemberg — **in** DJU de 12.11.90).

— “Processo Civil. Execução Fiscal. Desistência da Ação. Verba Honorária.

I — Proposta a execução fiscal e, no curso de mesma o exequente desistir ou cancelar a ação, o executado faz jus ao reembolso da verba desembolsada para defender-se (custas e honorários). Precedentes.

II — “Improvemento do recurso” (REsp 8.589-SP — Rel. Min. Pedro Aciole — **in** DJU de 16.09.91).

A bem se ver, harmoniosa a compreensão desta Corte, reafirmando a obrigação da parte exequente, aqui, recorrida, de ressarcir as despesas feitas pela executada, forçada a embargar, com os ônus da verba honorária, despciendas outras razões, voto provendo o recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 46.952-0 — SP

(Registro nº 94.0011083-9)

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

Recorrente: *Estado de São Paulo (Fazenda Estadual)*

Recorrida: *Drastosa S/A Indústrias Têxteis*

Advogados: *Drs. Vera Evandia Benincasa e outros, e Ives Gandra da Silva Martins e outros*

EMENTA: Processo Civil — Execução Fiscal — Desistência — Embargos do devedor — Custas e honorários advocatícios — Lei 6.830/80, art. 26.

Se, após a oposição de embargos do executado, a Fazenda Pública desiste da execução fiscal, a desistente arcará com os honorários de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 14 de setembro de 1994 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 17-10-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Estado de São Paulo, com amparo na alínea a da permissão constitucional.

O acórdão recorrido, em autos de execução fiscal, condenou o autor em

custas e honorários advocatícios, em face de pedido de desistência formulado após o ajuizamento de embargos do devedor e subsequente cancelamento da dívida.

O recorrente sustenta vulneração ao art. 26 da Lei 6.830/80.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): A questão a saber é se a Fazenda Pública equipara-se ao sucumbente, para efeito de arcar com as custas e honorários, no caso de desistência, em processo executivo fiscal, depois de apresentados embargos do devedor.

Esta Turma, na esteira da orientação sedimentada no extinto TFR decidiu a controvérsia no sentido afirmativo, é o que deflui do seguinte julgado, apontado na decisão recorrida:

“Processual Civil — Execução Fiscal — Embargos do Devedor — Desistência da Execução — Cus-

tas e Honorários Advocatícios — Art. 2º, §§ 1º e 4º, CPC — Lei 6.830/80 (art. 26).

1. Os Embargos do Devedor, como ação incidente do executado (**Liebmann**), não se confundem com a ação de execução.

2. A desistência da execução, após os Embargos do Devedor, operando efeitos processuais imediatos, obriga a parte desistente (equiparada ao vencido) a arcar com o reembolso das custas adiantadas pelo embargante (executado) e honorários advocatícios.

3. Precedentes iterativos.

4. Recurso improvido.” (REsp 17.000, Relator Ministro Milton Pereira, DJ 02.08.93).

Como bem acentuou o E. Relator, com apoio na lição de **Humberto Theodoro Júnior**:

“... entender que possa a Fazenda desistir da execução embargada sem pagar as despesas processadas já efetuadas pelo devedor seria o mesmo que permitir a ex-

tinção do processo com atribuição do ônus à parte vencedora, que não concorrem para a extinção do processo e teve seu pedido implicitamente reconhecido como procedente pela conduta da Fazenda.”

.....
“... o que, salvo melhor juízo, assegura o artigo 26 da Lei 6.830 é apenas permitir que a execução fiscal, sempre que houve cancelamento ulterior da inscrição da Dívida Ativa, seja extinta sem ônus para as partes. Isto quer dizer que, a execução que se iniciou sem depósito e sem pagamento prévio de custas, será encerrada também sem tais exigências a **posteriorin**. Mas, o direito do devedor embargante de se ressarcir das custas efetivamente despendidas e outras despesas já realizadas no curso do processo, inclusive honorários advocatícios, não foi negado pelo alegado dispositivo legal.”

Comungando com o entendimento esposado, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 61.351-5 — SP

(Registro nº 95.0008544-5)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Restco Comércio de Alimentos S/A*

Advogados: *Cláudia Cardoso e outros, e Rosa Maria Forlenza e outros*

EMENTA: Processual Civil — Execução Fiscal — Embargos do devedor — Desistência — Ônus da sucumbência. Súmula STJ-83 — Precedentes.

1. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.
2. Desistindo a Fazenda Pública da execução fiscal após o oferecimento de embargos, deve o embargante ser reembolsado das despesas que realizou para defender-se, inclusive honorários de advogado, sendo legítima a condenação neste sentido.
3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Hélio Mosimann.

Brasília, 17 de abril de 1995 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

Publicado no DJ de 15-05-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial, fundado no permissivo da letra a do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, interposto pela Fazenda Pública de São Paulo contra

acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado que, em embargos do executado lhe impôs o ressarcimento das despesas processuais efetuadas pelo embargante e o pagamento dos honorários advocatícios, por ter desistido da execução fiscal que propôs.

Alega o recorrente contrariedade ao art. 26 da Lei 6.830/80 que permite o cancelamento da inscrição da dívida e a conseqüente extinção da execução fiscal sem ônus para as partes, se requerida a desistência antes da sentença.

O recorrido ofereceu contra-razões, invocando vários precedentes jurisprudenciais em prol da manutenção do acórdão (fls. 157/164).

Remetido o recurso a este Tribunal, após sua admissão na origem (fls. 166/167), dispensei o pronunciamento da Subprocuradoria Geral da República, na forma regimental (art. 256).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Já se firmou o entendimento neste Tribunal de que a desistência da execução fiscal não exige a Fazenda Pública do reembolso das despesas processuais e da verba honorária, às quais foi condenada nos embargos oferecidos pelo

devedor (Precedentes: REsps 10.746-SP, 2.483-SP, 4.958-SP, 7.361-SP, 8.589-SP, 8.783-SP, 17.102-SP, 8.636-SP, 19.085-0-SP, 11.656-SP, 7.816-SP, 17.000-SP, 46.952-SP, dentre outros).

Pacífico o entendimento deste Tribunal sobre a matéria, com o qual coincide o aresto recorrido, não conhecido do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 64.175-6 — SP

(Registro nº 95.0019383-3)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Cláudia Cardoso e outros*

Recorrido: *Restco Comércio de Alimentos S/A*

Advogados: *Rosa Maria Forlenza e outros*

EMENTA: *Processual Civil — Execução Fiscal — Embargos do devedor — Desistência da execução — Custas e Honorários — Responsabilidade da parte desistente.*

Requerida a desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos do devedor, a parte que desistiu arcará com o reembolso das custas e o pagamento da verba advocatícia.

ACÓRDÃO

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

ram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 31 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 19-06-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão unânime da Décima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, que manteve sentença julgando extinta execução fiscal, impondo à recorrente o ressarcimento das custas e despesas processuais, bem como o pagamento de honorários advocatícios.

Alega-se, exclusivamente, negativa de vigência ao artigo 26, da Lei nº 6.830/80.

Com as contra-razões, de fls. 166/173, vieram os autos a esta superior instância.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): A questão já está pacificada nesta Corte, sendo entendimento dominante em ambas as Turmas que compõem a Seção de Direito Público que, após a oposição de embargos do executado, a desistente arcará com os honorários de sucumbência, conforme dão conta os seguintes julgados:

“Processual Civil. Execução fiscal. Embargos do devedor. Extinção do débito. Desistência. Custas e honorários advocatícios. Lei nº 6.830/80 (art. 26).

1 — Os embargos do devedor como ação incidental do executado (Liebmann), não se confundem com a ação de execução.

2 — Extinta a dívida, a desistência da execução, após os embargos do devedor, operando efeitos processuais imediatos, obriga a parte desistente (equiparada ao vencido) a arcar com o reembolso das custas adiantadas pelo embargante (executado) e a pagar honorários advocatícios.

3 — Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais.

4 — Recurso provido.” (REsp nº 31.961-RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, in DJ de 20.2.95).

“Processual Civil. Execução fiscal. Extinção do processo. Cancelamento do débito. Ônus da sucumbência.

I — Segundo já decidiu esta Corte, ocorrendo desistência da execução, ou cancelamento do débito, o executado faz jus à restituição das custas que houver adiantado e ao pagamento dos honorários de advogado que foi obrigado a contratar para defender-se, incidindo tal verba a partir do ajuizamento da ação.

II — Recurso desprovido.” (REsp n. 7.816-SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, in DJ de 28.6.93).

Não conheço, assim, do recurso.

É o voto.

SÚMULA Nº 154

Os optantes pelo FGTS, nos termos da Lei nº 5.958, de 1973, têm direito à taxa progressiva dos juros, na forma do art. 4º da Lei nº 5.107, de 1966.

Referência:

- Lei nº 5.107, de 13.09.66, art. 4º.
- Lei nº 5.705, de 21.09.71, arts. 1º e 2º.
- Lei nº 5.958, de 10.12.73, art. 1º.

AgRg no Ag	48.996-5-RJ	(2ª T 18.04.94 — DJ 09.05.94)
REsp	11.254-0-PE	(2ª T 09.06.93 — DJ 28.06.93)
REsp	11.445-0-MG	(1ª T 09.12.92 — DJ 15.03.93)
REsp	26.872-6-RJ	(2ª T 10.08.94 — DJ 05.09.94)
REsp	39.052-4-RJ	(1ª T 07.03.94 — DJ 11.04.94)
REsp	41.060-6-RJ	(1ª T 23.02.94 — DJ 21.03.94)
REsp	41.152-1-RJ	(2ª T 07.12.94 — DJ 06.03.95)
REsp	41.956-5-RJ	(2ª T 06.04.94 — DJ 15.08.94)
REsp	48.023-0-RJ	(1ª T 26.10.94 — DJ 21.11.94)

Primeira Seção, 22.03.96.

DJ 15.04.96, p. 11.631

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 48.996-5 — RJ
(Registro nº 94.0005151-4)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Agravante: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Advogados: *Raimundo Gomes Veras Filho e outros*

Agravados: *Laerte Vianna e outros*

Advogada: *Tania Maria da Silva Camillo*

EMENTA: *Agravo regimental. Recurso desprovido. Matéria já pacificada no Tribunal. F.G.T.S. Juros progressivos. Capitalização. Opção retroativa.*

Estando o tema objeto da decisão impugnada — Fundo de Garantia, juros progressivos — em consonância com o entendimento do Tribunal, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo

Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Brasília, 18 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

Publicado no DJ de 09-05-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Insurge-se a Caixa Econômica Federal — CEF — contra despacho pelo qual manteve a negativa de subida a Recurso Especial, eis que não infirmados os fundamentos da decisão proferida pela Presidência do TFR/2ª Região, bem como por estar o acórdão recorrido em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte sobre o tema — FGTS/opção retroativa.

Neste regimental, aduz em resumo, estar configurada a negativa de vigência à Lei nº 5.705/71, bem como ao § 3º, do artigo 2º, da LICC, além de ter o **decisum** do Tribunal a quo conferido efeito repristinatório ao art. 4º, da Lei nº 5.107/66, em ofensa aos dispositivos legais em vigor.

Bate-se, por fim, pela subida do Recurso Especial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presiden-

te, mantenho o despacho agravado por seus próprios fundamentos.

Com efeito, o decisório proferido pela Presidência da Corte Regional não foi devidamente infirmado pelas razões da agravante — CEF —, como estabelecido no artigo 523, inciso II, do CPC.

A par disso, o acórdão objeto do apelo especial foi prolatado em consonância da jurisprudência desta Corte sobre o tema, valendo, assim transcrever-se decisão de minha lavra, quando do julgamento do REsp nº 16.077/RJ, que assim restou ementado, **verbis**:

“FGTS. Lei nº 5.958/73. Juros progressivos. Capitalização. Opção retroativa.

— Tendo a Lei nº 5.958/73 oferecido oportunidade de opção pelo regime do FGTS, com efeito retroativo a 01.01.67, sem qualquer ressalva, aplica-se o regime da Lei nº 5.107/66, no tocante à capitalização dos juros.

— Precedentes.

— Recurso desprovido.”

Nego provimento ao agravo regimental.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.254-0 — PE

(Registro nº 91.0010157-5)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Advogados: *Drs. Virgínia Barbosa Leal e outros*

Recorridos: *Antônio Carlos Melo Bitencourt e outros*

Advogados: *Drs. Francisco Deiro Couto Borges e outros*

EMENTA: FGTS. Juros progressivos. Opção retroativa. Leis nºs 5.107/66, 5.705/71 e 5.958/73.

I — Tendo a Lei nº 5.958, de 1973, facultado, sem qualquer ressalva, opção pelo FGTS com efeito retroativo a 01.01.67, contam-se os juros na forma da Lei nº 5.107/66. Precedentes.

II — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Brasília, 09 de junho de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 28-06-93.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Antônio Carlos Melo Bitencourt e outros ajuizaram

ação ordinária contra a Caixa Econômica Federal, objetivando o pagamento de 6% da taxa de juros creditada anualmente em suas contas de FGTS, nos termos da Lei nº 5.705/71.

A sentença julgou procedente a ação (fls. 133-136), sendo confirmada pelo v. acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fl. 182):

“FGTS. Juros. Capitalização. Lei nº 5.958/73. Opção retroativa.

1 — Não tem sentido negar a aplicação da capitalização dos juros nas contas de FGTS, de acordo com o sistema introduzido pela Lei nº 5.107/66, aos empregados optantes com efeito retroativo nos termos da permissibilidade contida pela Lei nº 5.958/73.

2 — A inexistência de qualquer ressalva na Lei nº 5.958/73 deve conduzir o intérprete a não entendê-la de modo restritivo aos empregados que optaram retroativamente pelo FGTS, desde que se encontrassem em seus empregos

antes da vigência da Lei nº 5.705/71.

3 — No caso, os juros de mora devem ser calculados de forma progressiva, aumentando-se o percentual de acordo com o tempo de serviço, conforme a Lei nº 5.107/66.

4 — Apelação improvida.”

Inconformada a Caixa Econômica Federal interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, letra **a** da Constituição Federal, alegando negativa de vigência à Lei nº 5.705/71 e ao art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Inadmitido o recurso (fls. 193-194), subiram os autos em razão do provimento do agravo pelo ilustre Ministro Ilmar Galvão.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Não há divisar ofensa aos dispositivos legais colacionados pela recorrente, porquanto o acórdão do Egrégio Tribunal **a quo** está em harmonia com os precedentes das duas Turmas, especializadas em Direito Público, sobre a matéria controvertida:

“*Ementa: FGTS. Juros progressivos. Opção retroativa. Leis nºs 5.107/66, 5.705/71 e 5.958/73.*”

I — Tendo a Lei nº 5.958, de 1973, facultado, sem qualquer ressalva, opção pelo FGTS com efei-

to retroativo a 01.01.67, contam-se os juros na forma da Lei nº 5.107/66. Precedentes.

II — Agravo regimental desprovido. (Ag.Rg.Ag.Inst. nº 12.859-DF (91.0011593-2) — Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro — Julgado em 07.12.92 — Publicado D.J. 01.02.93)”.
“*FGTS. Lei nº 5.958/73. Juros progressivos. Capitalização. Opção retroativa.*”

“*FGTS. Lei nº 5.958/73. Juros progressivos. Capitalização. Opção retroativa.*”

Aos empregados que, valendo-se da Lei nº 5.958/73, fizeram opção retroativa pelo regime do FGTS, aplica-se sem restrição o regime de capitalização dos juros previsto na Lei nº 5.107/66”. (REsp 12.333-CE (91.0013333-7) — Relator Ministro Gomes de Barros — Julgado em 26.02.92 — Publicado D.J. 23.03.92).

“*Juros progressivos — FGTS.*”

A Lei 5.958/73 faculta aos empregados ainda não optantes pelo regime instituído pela Lei 5.107/66, a opção com efeitos retroativos à 01.01.67, desde que houvesse concordância do empregador, sem fazer qualquer restrição ao regime de capitalização de juros progressivos.

Recurso improvido”. (REsp 19.910-0-PE (92.0005864-7) — Relator Ministro Garcia Vieira — Julgado em 08.04.92 — Publicado D.J. 01.06.92).

“*FGTS. Juros progressivos.*”

Aplica-se o regime de capitalização dos juros previstos na Lei

nº 5.107/66 aos empregados que fizeram opção retroativa pelo regime do FGTS de acordo com a Lei nº 5.958/73.

Precedentes.

Recurso desprovido”. (REsp 21.816-4-MG (92.0010358-8) — Relator Ministro José de Jesus Filho — Julgado em 07.10.92 — Publicado D.J. 03.11.92).

A propósito da controvérsia, no voto que proferi nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 27.557-1-SP, disse, endossando os fundamentos do acórdão recorrido:

“É verdade que os Autores optaram pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço posteriormente à Lei 5.705/71, autorizados pelo artigo 1º da Lei 5.958/73, mas não é menos verdade que este último dispositivo legal permite a opção *com efeitos retroativos* a 1º de janeiro de 1967 ou à data da admissão do empregado, se posterior àquela.

Não procede pois a argumentação da CEF segundo a qual a Lei nº 5.958 somente teria autorizado a transferência do valor depositado em nome da empresa, para o nome dos empregados optantes. É que a referida norma legal não veicula qualquer restrição quanto à retroatividade da opção, não cabendo, daí, ao intérprete fazê-lo.

Na verdade, o que ocorre é que tendo optado retroativamente pelo regime do fundo, os recorridos passaram a gozar da mesma situação com que se encontram os trabalhadores que optaram pelo mesmo regime antes da edição da Lei de 1971. Senão vejamos. A Lei 5.705/71, ao prever a taxa fixa de juros, ressaltou a aplicação da taxa progressiva aos empregados que já possuíssem contas vinculadas até aquela data. E a Lei 5.958/73, ao assegurar o direito de opção com efeitos retroativos às datas supramencionadas, nada mais fez senão estender aos trabalhadores que assim desejassem o sistema de juros progressivos. Em outras palavras os efeitos a que se refere o art. 1º da Lei retrocitada hão de ser todos aqueles que incidiam sobre os empregados que tivessem optado antes daquela data.

Não há razão para restringir como quer a Apelante, a retroatividade dos efeitos previstos na Lei, apenas, no que pertine à transferência dos depósitos, da empresa para o empregado. Ao referir-se à retroação dos efeitos, a lei não ressaltou nenhum, fazendo crer, portanto, que quis que fossem todos os possíveis. Senão, tê-lo-ia excepcionado expressamente”.

Isto posto, em conclusão, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.445-0 — MG

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorridos: *Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil — ANABB e outros*

Advogados: *Drs. Paulo Roberto Baeta Neves e outros, e Francisco Deiro Couto Borges*

Sustentação oral: *Dr. Francisco Deiro Couto Borges, pelos recorridos*

EMENTA: *FGTS. Opção retroativa nos termos do art. 1º da Lei nº 5.958/73. Incidência dos juros progressivos previstos pelo art. 4º da Lei nº 5.107/66, vigente ao tempo do fictício termo inicial da opção. Precedentes.*

I — A Lei nº 5.958/73 assegurou aos empregados, que não tivessem optado pelo regime instituído pela Lei nº 5.107/66, a opção, sem restrições, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967 ou à data da admissão no emprego se posterior àquela, desde que houvesse a concordância do empregador.

II — A retroprojeção operada fez com que os servidores tivessem o termo inicial da opção em data anterior à vigência da Lei nº 5.705/71, o que lhes concede o direito à capitalização dos juros na forma preconizada pela Lei nº 5.107/66, regente ao tempo do fictício termo inicial da opção, como se naquela data tivesse efetivamente ocorrido.

III — 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 das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Cesar Rocha. Ausente justificadamente, o Sr. Ministro Milton Pereira.

Brasília, 09 de dezembro de 1992
(data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro CESAR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 15-03-93.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA: Versam os autos sobre ação or-

dinária ajuizada pela Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil — ANABB, em liderança a 30 associados, contra a Caixa Econômica Federal objetivando a aplicação da taxa progressiva de juros, prevista na Lei nº 5.107/66, e correção nos valores depositados nas contas individualizadas do FGTS dos seus associados indicados na inicial, optantes com efeito retroativo ao ensejo da Lei nº 5.958/73.

O pedido foi julgado procedente em ambas as instâncias ordinárias. Inconformada, a ré interpôs o recurso especial ora em exame, alegando base nas alíneas a e c do permissivo constitucional, que inadmitido na origem, mereceu seguimento por força de decisão do Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão em sede de agravo de instrumento.

Os autos foram redistribuídos, por sucessão, ao Eminentíssimo Ministro Pádua Ribeiro, que afirmou impedimento (fl. 228). Adveio nova redistribuição, donde coube-me o relato.

Colho do v. acórdão recorrido a seguinte ementa:

“Contribuição social. FGTS. Opção posterior. Lei 5.958 de 10.12.73. Taxa de juros.

1. Os empregados que optaram pelo regime do FGTS, valendo-se da Lei 5.958/73, com efeito retroativo a 1971, têm direito a capitalização dos juros dos depósitos à taxa progressiva, de acordo com a redação primitiva do art. 4º, da Lei 5.107/66.

2. Apelação denegada.” (fl. 195).

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fl. 204).

Sustenta a recorrente negativa de vigência ao artigo 4º, parágrafo único, do Decreto nº 73.243/74 c/c o artigo 2º, do Decreto nº 69.265/71, na medida em que a Lei nº 5.958/73, ao reabrir a possibilidade de opção pelo regime do FGTS não poderia ter reprecinado os efeitos do artigo 4º da Lei nº 5.107/66 (estabelecedor da taxa progressiva de juros), alterado pela Lei nº 5.705/71. Traz à colação julgado do Colendo TRF da 2ª Região, que teria sido publicado no DJ de 30.8.90.

Em oportunas contra-razões, os recorridos postulam a manutenção do decisório objurgado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ROCHA (Relator): A questão é conhecida nesta Corte.

Afasto, preliminarmente, o conhecimento do recurso pela alínea c do permissivo. É que o dissídio não foi comprovado nos moldes regimentais. É imprescindível a demonstração analítica da divergência e a juntada de cópia autenticada do acórdão paradigma ou citação do repositório oficial ou autorizado de jurisprudência onde contida a *íntegra* do acórdão.

Conheço, entretanto, do recurso pela alínea a porque bem lançada a suposta ofensa aos dispositivos legais.

Postula a recorrente Caixa Econômica Federal a não incidência da ta-

xa progressiva de juros nos valores depositados nas contas individualizadas do FGTS de servidores optantes com efeito retroativo.

Não lhe assiste razão.

A taxa progressiva de juros foi instituída pela Lei nº 5.107/66, que, no seu artigo 4º, em sua primitiva redação dispunha:

“Art. 4º — A capitalização dos juros dos depósitos mencionados no artigo 2º far-se-á na seguinte progressão:

I — 3% (três por cento) durante os dois primeiros anos de permanência na mesma empresa;

II — 4% (quatro por cento) do terceiro ao quinto ano de permanência na mesma empresa;

III — 5% (cinco por cento) do sexto ao décimo ano de permanência na mesma empresa;

IV — 6% (seis por cento) do décimo primeiro ano de permanência na mesma empresa, em diante.”

Essa disciplina foi alterada pela Lei nº 5.705/71, que, dando nova redação ao transcrito art. 4º, fixou a taxa de juros em 3% ao ano, ressaltando, contudo, o direito daqueles que tivessem optado em data anterior à sua publicação. O artigo 2º da referida lei assim estabelece:

“Art. 2º — Para as contas vinculadas dos empregados optantes existentes à data da publicação desta lei, a capitalização dos juros

dos depósitos de que trata o art. 2º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, continuará a ser feita na seguinte progressão: (e segue reproduzindo os incisos do alterado art. 4º da Lei nº 5.107/66).”

Todavia, a Lei nº 5.958/73, facultou, *sem ressalvas*, aos servidores que não tivessem optado quando do advento da Lei nº 5.107/66 pelo regime nela instituído, a opção com efeitos retroativos, nestes termos:

“Art. 1º. Aos atuais empregados, que não tenham optado pelo regime instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, é assegurado o direito de fazê-lo com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967 ou à data da admissão no emprego se posterior àquela, desde que haja concordância por parte do empregador.”

Deflui que, como bem acentuado nas contra-razões, de acordo com as regras de direito intertemporal, “a lei retroativa cria a ficção jurídica da retroprojeção dos efeitos da lei no tempo”, vale dizer, como se naquela data tivesse efetivamente sido praticado o ato.

Destarte, sendo incontroverso que os servidores possuem o termo inicial da retroação em data anterior à edição da Lei nº 5.705/71, e que antes desta Lei tinham os servidores o direito à capitalização progressiva dos juros, não há porque, na ausência de disposição restritiva na Lei, não reconhecer aos optantes retroa-

tivos os mesmos direitos assegurados aos optantes à época.

Nem se diga, como faz a recorrente, que estaria havendo repristinação da norma do primitivo artigo 4º da Lei nº 5.107/66. Trata-se, simplesmente, de conferir à opção retroativa, prevista em lei, pelo Fundo, os efeitos do gozo dos direitos assegurados aos optantes da época.

Nesse sentido, aliás, a jurisprudência assente. É o que se colhe dos seguintes julgados:

“FGTS — Opção retroativa — Juros — Ementa — Lei nº 5.958/73.

A Lei nº 5.958/73 fez retroagirem os efeitos da opção pelo fundo de garantia, à época em que vigia a Lei nº 5.107/66.

Se assim ocorreu, a contagem dos juros resultantes de tal opção regula-se pela lei a cuja regência foi remetido o direito gerado pela opção (Lei 5.107/66).” (AGA 14.062-PE; relator Eminentíssimo Ministro Gomes de Barros, DJ de 18.5.92).

“Juros progressivos — FGTS.

A Lei nº 5.958/73 faculta, aos empregados ainda não optantes pelo regime instituído pela Lei 5.107/66, a opção com efeitos retroativos a 01.1.67, desde que houvesse concordância do empregador, sem fazer qualquer restrição ao regime de capitalização de juros progressivos.

Recurso improvido.” (REsp 19.910-PE; relator Eminentíssimo Ministro Garcia Vieira, DJ de 01.6.92).

“FGTS. Lei nº 5.958/73. Juros progressivos. Capitalização. Opção retroativa.

— Tendo a Lei nº 5.958/73 oferecido oportunidade de opção pelo regime do FGTS, com efeito retroativo a 1º.01.67, sem qualquer ressalva, aplica-se o regime da Lei nº 5.107/66, no tocante à capitalização dos juros.

— Precedentes.

— Recurso desprovido.” (REsp nº 16.077-0, RJ, relator Eminentíssimo Ministro Hélio Mosimann, DJ de 23.11.92).

Por estas razões, nego provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator e farei juntada de cópia de voto que tenho no mesmo sentido.

“ANEXO

RECURSO ESPECIAL
Nº 24.317-1 — RJ

(Registro nº 92.0016817-5)

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): A Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, artigo 4º, instituiu o sistema de juros progressivos para os depósitos do FGTS, de 3 a 6%, dependendo do tempo de permanên-

cia do empregado na empresa. A Lei nº 5.705, de 21 de setembro de 1971, artigo 1º, alterou a disposição legal anterior (artigo 4º), determinando que a capitalização dos juros dos depósitos mencionados far-se-á à taxa de 3% ao ano, mas, em seu artigo 2º, manteve o sistema de juros progressivos para as contas vinculadas dos empregados optantes existentes à data de sua publicação. Acontece que a Lei nº 5.958, de 10 de dezembro de 1973, artigo 1º, facultou aos empregados ainda não optantes pelo regime instituído pela Lei nº 5.107/66 (FGTS), a opção com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967, desde que houvesse concordância do empregador, sem fazer qualquer restrição ao regime de capitalização dos juros. Ora, a opção do autor foi retroativa a 1º de janeiro de 1967 (doc. de fls. 08) e nesta data vigorava a Lei nº 5.107/66 que instituiu o regime de capitalização de juros progressivos, e esta norma legal que regula a aplicação dos referidos juros. No

TFR a questão era tranqüila, bastando citar os seguintes precedentes, nas Apelações Cíveis nºs 91.883-DF, DJ de 08/11/84, 93.254-SP, DJ de 06/12/84 e 98.314-SP, DJ de 25/09/86.

Consta da ementa desta última o seguinte:

“A Lei nº 5.958/73 facultou a opção pelo FGTS aos empregados que ainda não a tivessem manifestado, retroagindo os seus efeitos a 1º/01/67, sem qualquer restrição ao regime de capitalização dos juros, aplica-se, portanto, ao caso vertente, o sistema da Lei nº 5.107/66, sem as restrições da Lei nº 5.705/71.”

O venerando aresto hostilizado não violou nenhuma norma legal e muito menos a Lei nº 5.705/71 e o artigo 2º, parágrafo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil e merece ser mantido.

Nego provimento ao recurso.”

RECURSO ESPECIAL Nº 26.872-6 — RJ

(Registro nº 92.0022339-7)

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

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorridos: *Alcides Narciso de Jesus e outros*

Advogados: *Drs. Francisco José Barbosa Nobre e outros, e Fernando Humberto H. Fernandes e outros*

EMENTA: FGTS. Juros progressivos.

I — Aplica-se o regime de capitalização dos juros previstos na Lei nº 5.107/66 aos empregados que fizeram opção retroativa pelo regime do FGTS, de acordo com a Lei nº 5.958/73. Precedentes.

II — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, 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 Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

Publicado no DJ de 05-09-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal, com fundamento no art. 105, III, alíneas a e c, do permissivo constitucional, contra acór-

dão do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:

“Administrativo — Opção retroativa pelo FGTS — Taxa de juros.

I — Os empregados que exerceram o direito de optar pelo regime do FGTS, com data retroativa, na forma da Lei nº 5.958/73, têm direito à taxa de juros prevista na Lei nº 5.107/66.

II — Apesar da Lei nº 5.705/71 ter alterado esse critério, não se trata de repristinação, e sim de se considerar todos os efeitos como se a opção tivesse sido feita à data em que vigorava a Lei nº 5.107/66.

III — Recurso improvido.” (fls. 471)

Sustenta a recorrente, em síntese, que o v. aresto hostilizado negou vigência ao art. 2º, da Lei nº 5.705/71 e ao art. 2º, § 1º, da L.I.C.C., bem como divergiu da jurisprudência do extinto T.F.R.

Inadmitido o recurso, subiram os autos a esta egrégia Corte em virtude do provimento de agravo de instrumento, então interposto.

Dispensei a manifestação do douto Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Sr. Presidente, discute-se aqui se os optantes pelo FGTS com efeito retroativo, na forma da Lei nº 5.958/73, têm direito à capitalização progressiva dos juros, como estabelecido na Lei nº 5.107/66, ou à taxa única de 3% a.a., prevista na Lei nº 5.705/71.

Como visto, a matéria já é por demais conhecida nesta egrégia Corte, estando pacificada, consoante se lê dos seguintes precedentes:

“FGTS. Lei nº 5.958/73. Juros progressivos. Capitalização. Opção retroativa.

Aos empregados que, valendo-se da Lei nº 5.958/73, fizeram opção retroativa pelo regime do FGTS, aplica-se sem restrição o regime de capitalização dos juros previsto na Lei nº 5.107/66.” (REsp 12.333/CE, Rel. Min. Gomes de Barros, DJ de 23.03.92)

“Financeiro. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Opção retroativa. Lei nº 5.958, de 10 de dezembro de 1973, artigo 1º. Juros progressivos. Capitalização.

O entendimento prevalecente nesta Corte é o de que a Lei nº 5.958/73, em seu artigo 1º, expressamente conferiu efeitos retroativos à opção pelo FGTS daqueles empregados até então não submetidos ao regime da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.

Com a retroação (**ex lege**) dos efeitos da opção até a data em

que o empregado foi admitido (ou 1º de janeiro de 1967 — Lei nº 5.958/73, artigo 1º), aplicam-se ao optante as normas do FGTS vigentes à época em que chegou a retroação aludida, inclusive as que determinam a progressividade dos juros incidentes sobre os depósitos vinculados à conta do trabalhador.

Recurso improvido, por unanimidade.” (REsp 13.939-0/MG, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 28.09.92).

“Juros progressivos — FGTS.

A Lei nº 5.958/73 faculta aos empregados ainda não optantes pelo regime instituído pela Lei 5.107/66, a opção com efeitos retroativos a 01.01.67, desde que houvesse concordância do empregador, sem fazer qualquer restrição ao regime de capitalização de juros progressivos.

Recurso improvido.” (REsp 19.910-0/PE, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 01.06.92)

“Recurso especial. FGTS. Opção retroativa. Capitalização dos juros. Legislação pertinente. Repristinação. Inocorrência. Precedentes.

1. Os optantes pelo FGTS, nos termos da Lei nº 5.958/73, têm direito à progressividade dos juros estabelecida no art. 4º da Lei 5.107/66.

2. Caso contrário, seria inócuo o incentivo à opção retroativa pelo regime do Fundo de Garantia.

3. Não há que se falar em reaprestinação com referência às Leis 5.107/66, 5.705/71 e 5.958/73.

4. Recurso improvido.” (REsp nº 16.064-0/DF, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 01.02.93)

Aliás, neste sentido já me manifestei ao apreciar o Recurso Especial nº 21.816-4/MG (Reg. 92.0010358-8), decisão unânime, cujo aresto restou assim ementado:

“FGTS. Juros progressivos.

— Aplica-se o regime de capitalização dos juros previsto na Lei nº 5.107/66 aos empregados que fizeram opção retroativa pelo regime do FGTS, de acordo com a Lei nº 5.958/73.

— Precedentes.

— Recurso desprovido.”

Com estas considerações, não conheço do recurso.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.052-4 — RJ

(Registro nº 93.0026480-0)

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

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorrido: *Fernando José Paiva Martins*

Advogados: *Drs. Paulo Roberto Costa Bhering e outros, e Regina Rodrigues de Castro*

EMENTA: FGTS — Opção retroativa — Juros — Lei 5.958/73.

I — A Lei 5.958/73 fez retroagirem os efeitos da opção pelo Fundo de garantia, à época em que vigia a Lei 5.107/66.

Se assim ocorreu, a contagem dos juros resultantes de tal opção regula-se pela lei a cuja regência foi remetido o direito gerado pela opção (Lei 5.107/66).

ACÓRDÃO

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

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo. Ausentes, jus-

tificadamente, os Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 7 de março de 1994 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 11-04-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região rejeitou embargos infringentes, ao fundamento de que (fls. 124):

“A opção pelo FGTS, com efeito retroativo, na forma da Lei nº 5.958/73, assegura ao optante o direito à taxa progressiva de juros prevista na Lei 5.107/66 (Súmula nº 4, TRF/2ª Região)”.

A Caixa Econômica Federal interpôs recurso especial, fincado nas alíneas a e c. Alega que se negou vigência ao art. 2º da Lei 5.705/71 e ao art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Para comprovar dissídio pretoriano, traz à colação, ementa de Acórdão proveniente do Saudoso Tribunal Federal de Recursos.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O Recurso não merece prosperar.

É de elementar conhecimento a circunstância de que a mera transcrição de ementa não satisfaz a exigência de comprovação do dissídio jurisprudencial. Tanto mais, quando o TFR emitiu vários acórdãos afirmando a tese sustentada na Decisão ora recorrida (Ac. 158.200; 109.833; 91.883; 130.894; 150.185).

Por outro lado, Acórdão proveniente do TFR não se presta a confronto com Decisão oriunda de Tribunal Regional Federal (REsp 20.435-9/PE).

No que respeita ao suposto desrespeito às leis federais, o Apelo merece conhecimento.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça cristalizou sua jurisprudência, no sentido de que

“A Lei nº 5.958/73 fez retroagirem os efeitos da opção pelo fundo de garantia, à época em que vigia a Lei nº 5.107/66.

Se assim ocorreu, a contagem dos juros resultantes de tal opção regula-se pela lei a cuja regência foi remetido o direito gerado pela opção (Lei nº 5.107/66).” (Agravo Reg. no AI 14.062/PE)

Nego provimento ao Recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.060-6 — RJ
(Registro nº 93.0032751-8)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorridos: *Danilo Carneiro Bruzzi e outros*

Advogados: *Paulo Roberto Costa Bhering e outros, e Nestor Porto de Oliveira Neto e outros*

EMENTA: Financeiro e Trabalhista. FGTS. Opção retroativa. Lei nº 5.958/73. Juros progressivos. Capitalização.

O artigo 1º da Lei nº 5.958/73 expressamente conferiu efeito retroativo à opção pelo FGTS por aqueles empregados que, até então, não se subordinavam ao regime da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.

Com a retroação (ex lege) dos efeitos da opção até a data de admissão do obreiro, aplicaram-se ao optante as normas do FGTS vigentes à época em que operou-se a referida retroação, inclusive aquelas determinantes da progressividade dos juros incidentes sobre os depósitos à conta do trabalhador.

Recurso improvido, sem dissonância.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vicira. Custas, como de lei.

Brasília, 23 fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 21-03-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Trata-se de recurso especial interposto pela CEF, com arrimo nas alíneas a e c, do art. 105, da Constituição Federal, contra decisão do Tribunal a quo, proferida

no sentido de que a opção retroativa pelo FGTS, efetivada na forma da Lei nº 5.958/73, confere ao optante direito à taxa progressiva de juros prevista na Lei nº 5.107/66.

Alega-se, na irresignação, ofensa ao artigo 2º da Lei nº 5.705/71 e ao artigo 2º, § 3º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), conforme petição de folhas 127/131.

Admitido o apelo na origem, subiram os autos a esta instância superior, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

Por tratar-se de hipótese idêntica à dos autos, peço vênias para reportar-me às razões de decidir expendidas em voto de minha lavra, lançando no REsp nº 11.443-0/DF:

“A matéria, como se pode observar, é por demais conhecida, nesta egrégia Turma, e controvérsias iguais já têm sido dirimidas, vezes seguidas, sempre em favor dos optantes e na mesma linha de entendimento da decisão guerreada. É que, o empregado ao fazer a opção pelo FGTS, na forma preconizada na lei (5.958/73), o fez de forma ampla e abrangente, com direito aos juros computados, com observância de que estava preconizado na legislação vigente. Valendo-se, pois, da disposição auto-

rizativa da lei, o optante faz jus à capitalização dos juros dos depósitos à taxa progressiva, de acordo com o que dispunha, em redação original, o art. 4º da Lei nº 5.107/66, isso porque, estabelece o art. 1º da Lei nº 5.958, de 1973:

“Aos atuais empregados, que não tenham optado pelo regime instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, é assegurado o direito de fazê-lo com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967 ou à data da admissão no emprego se posterior àquela, desde que haja concordância do empregador”.

Resta, pois, concluir com os argumentos dos recorridos: “Se o dispositivo supra assegurou aos autores o direito de optar com efeitos retrooperantes a alcançar a data de 1º de janeiro de 1967 e, se, àquela data, em face da legislação então vigente, a taxa de juros era progressiva, conclui-se, à toda evidência, que os efeitos dessa progressividade constituem direito dos optantes”. (fl. 208). Vale ressaltar, ainda, que a opção retroativa autorizada pela Lei de nº 5.958/73, não foi condicionada a qualquer restrição em relação aos juros progressivos ou outros quaisquer direitos já incorporados ao patrimônio do empregado, na data da manifestação opcional. Essa já era a jurisprudência predominante no TFR, ao proclamar:

“A opção feita pelos autores retroage a 1º de janeiro de 1967. Suas contas individualizadas

devem ser creditadas em seus nomes, no período que se estende de janeiro de 1967 a setembro de 1981. E sobre elas recaem os juros na progressão estabelecida no art. 2º da Lei nº 5.705, de 1971 (idêntica à da Lei nº 5.107, de 1966, art. 4º), por força do parágrafo único do Decreto nº 73.423, de 1974. Não se trata de repristinação da norma do primitivo art. 4º da Lei nº 5.107, de 1966, mas de dar à retroação a opção pelo Fundo, os efeitos do gozo dos direitos assegurados aos empregados optantes até setembro de 1971” (fl. 119 e 120).

Em verdade, não é demais repetir: se a opção pelo regime do FGTS se aperfeiçoou, quando vigente a Lei nº 5.958/73, que garantia, ao trabalhador (optante), o efeito retroativo a janeiro de 1967, época em que vigia a Lei nº 5.107/66, os benefícios desta última lei integram o patrimônio do optante traduzidos estes no sistema progressivo dos juros.”

Sendo este pois o entendimento majoritário desta egrégia Turma, conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.152-1 — RJ

(Registro nº 93.0033050-0)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorridos: *Anildo Teixeira Montes e outros*

Advogados: *Drs. Luiz Antônio Azamor Rodrigues e outros, e Fernando Tristão Fernandes e outros*

EMENTA: *Administrativo. FGTS. Juros. Regime de capitalização. Opção retroativa. Leis nºs 5.107/66 e 5.958/73.*

Ao decidir pela aplicação do regime de capitalização de juros progressivos, previsto na Lei 5.107/66, aos depósitos relativos ao FGTS dos empregados que optaram retroativamente em conformidade com a Lei 5.958/73, o acórdão recorrido ajusta-se à orientação desta Corte, não malferindo os dispositivos legais citados pela recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

Brasília, 07 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

Publicado no DJ de 06-03-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Na espécie, a sentença deu pela procedência da ação para reconhecer aos autores, que manifestaram opção pelo regime do FGTS com efeito retroativo nos termos da Lei 5.958/73, o direito à taxa progressiva de juros prevista no art. 4º da Lei nº 5.107/66. Confirmado o **decisum** pelo Regional da 2ª Região, cujo acórdão se fundamentou no enunciado da Súmula nº 04 do referido Tribunal Federal, recorre especialmente a Caixa Econômica Federal, letras a e c

do permissivo constitucional, apontando contrariedade aos artigos 2º da Lei 5.705/71 e 2º, § 3º, da LICC, e divergência com julgados do extinto Tribunal Federal de Recursos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O acórdão recorrido, para manter a sentença de procedência da ação, invocou o enunciado da Súmula nº 04 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim redigido, **verbis**:

“A opção pelo FGTS, com efeito retroativo, na forma da Lei nº 5.958/73, assegura ao optante o direito à taxa progressiva de juros prevista na Lei nº 5.107/66. — fls. 184.”

Como se vê, o julgado está em sintonia com pacífico entendimento da Corte posto no reconhecimento do regime de capitalização de juros progressivos, previsto na Lei 5.107/66, aos depósitos relativos ao FGTS dos empregados que optaram retroativamente em conformidade com a Lei 5.958/73. Neste sentido, dentre outros, os REsps nºs 12.333-CE, DJ de 23.02.92; 19.910-0-PE, DJ de 01.06.92 e 21.816-4-MG, DJ de 03.11.92.

Do exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.956-5 — RJ

(Registro nº 93.0035363-2)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Advogados: *Paulo Roberto Costa Bhering e outros*

Recorrido: *Mário da Costa Coelho*

Advogada: *Regina Rodrigues de Castro*

EMENTA: *Recurso especial — FGTS — Opção retroativa — Juros progressivos — Precedentes.*

A opção retroativa, nos termos da Lei 5.958/73, confere o direito à progressividade dos juros estabelecida no art. 4º da Lei 5.107/66.

Entendimento contrário tornaria inócuo o incentivo à opção retroativa.

Violação a dispositivo constitucional não pode ser apreciada em sede de recurso especial.

Imprescindível o prequestionamento do artigo de lei federal, cuja violação é alegada, para ensejar o apelo especial.

Recurso conhecido pelo permissivo da letra c, ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso mas lhe negar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

Brasília, 06 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

Publicado no DJ de 15-08-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial da Caixa Econômica Federal contra acórdão do TRF da 2ª Região assim ementado:

“Opção pelo FGTS. Efeito retroativo. Taxa progressiva de juros.

— Súmula nº 04-TRF/2ª Região: “A opção pelo FGTS, com efeito retroativo, na forma da Lei 5.958/73, assegura ao optante o direito à taxa progressiva de juros prevista na Lei 5.107/66”.

— Apelação conhecida, mas improvida, nos termos do voto condutor.” (fl. 97).

Amparando-se nos permissivos constitucionais **a** e **c**, a recorrente alega negativa de vigência ao art. 2º da Lei 5.705/71 e ao art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (DL 4.657/42); ofensa ao art. 5º, XXXVI, da CF e divergência com acórdão do extinto TFR, cuja ementa transcreve. Afirma que o art. 4º da Lei do FGTS (5.107/66) estabelecia a taxa progressiva de juros; porém, a Lei 5.705/71 modificou esta sistemática, estabelecendo taxa de juros uniforme de 3%, derogando aquele dispositivo. A Lei 5.958/73, que estimulou novas opções facultando sua retroatividade a 1º de janeiro/67, não ripristinou o mencionado artigo da Lei 5.107/66, daí a infringência ao art. 2º, § 1º, do DL 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil).

O recorrido, Mário da Costa Coelho, ofereceu contra-razões às fls. 108/109.

O recurso foi inadmitido na origem por não ter sido apontada, expressamente, a violação ao art. 2º da Lei 5.705/71, que não foi devidamente prequestionado, como não o foi, também, o art. 2º, § 1º, da Lei Introdutória ao Código Civil. Quan-

to ao dissídio jurisprudencial, sua indicação por mera transcrição de ementa não atende às exigências legais e regimentais (fl. 111).

Interposto agravo de instrumento, a Exma. Dra. Juíza Julieta Lídia M. C. Lunz, então Presidente do Tribunal Regional, houve por bem reconsiderar aquele despacho, determinando o processamento do especial (fls. 115/116).

Subindo o processo a esta Corte, dispensei o pronunciamento da Subprocuradoria Geral da República, na forma regimental (art. 256).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O voto condutor do acórdão regional diz, apenas, o seguinte:

“1. Conheço da apelação — fls. 78/81 —, porque estão presentes os requisitos de sua admissibilidade.

2. A jurisprudência sobre a matéria em apreço está consolidada, no âmbito deste Egrégio Tribunal — Súmula 04 —, com a seguinte redação:

“A opção pelo FGTS, com efeito retroativo, na forma da Lei 5.958/73, assegura ao optante o direito à taxa progressiva de juros prevista na Lei nº 5.107/66”.

3. *Conclusão:*

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.” (fl. 94)

Por aí se vê que o acórdão recorrido não se referiu expressamente ao art. 2º da Lei 5.705/71, nem ao art. 2º, § 3º, do Decreto-lei 4.657/42, cujas vigências teriam sido negadas, não tendo a recorrente cuidado de prequestioná-los convenientemente.

Com referência à ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não cabe ser examinada em sede de recurso especial.

Não conheço do recurso por esses fundamentos.

Quanto ao dissídio pretoriano, embora indicado por simples transcrição de ementa, o enunciado reproduzido às fls. 103/104, assevera, textualmente: “A opção pelo regime FGTS, facultada pelo art. 1º da Lei nº 5.958/73, não permite a obtenção de taxa progressiva de juros sobre os depósitos nesta conta”, o que evidenciava a divergência de entendimento capaz de justificar o recurso especial, motivo pelo qual o conheço.

No mérito, contudo, tenho ponto de vista firmado sobre a matéria, manifestado no voto que proferi no REsp 16.064-0-DF, que reproduzo e adoto como razão de decidir para negar provimento ao recurso.

REsp nº 16.064-0-DF:

Discute-se, nestes autos, se os optantes pelo FGTS com efeito retroativo, na forma da Lei 5.958/73, têm direito à capitalização

progressiva dos juros, como estabelecido na Lei 5.107/66, ou à taxa única (3% a.a.), prevista na Lei 5.705/71.

A matéria já se cristalizara em vários julgados do extinto TFR em prol da primeira hipótese, pelo simples fato de que a Lei 5.958/73, ao possibilitar a retroatividade da opção, o fez sem qualquer restrição à progressividade contida no diploma criador do Fundo de Garantia (5.107/66). Esta orientação seguida pelo acórdão recorrido foi também adotada em alguns julgamentos deste STJ, haja vista o REsp 19.910-0-PE. A recorrente, entretanto, insiste na tese de que a Lei 5.958/73 não repristinou o art. 4º da Lei 5.107/66, alterado pela Lei 5.705/71, cabendo, por isso, ligeira digressão em torno do assunto.

Como sabido, dá-se a repristinação quando uma lei é revogada total (*ab-rogação*) ou parcialmente (*derrogação*) por outra e esta é revogada por uma terceira. Indispensável ao ressurgimento dos preceitos primeiramente abolidos, segundo a doutrina, é que a última lei o faça de modo expreso; do contrário, permanecerão sem efeito.

A propósito, leciona o nunca esquecido **Carlos Maximiliano**:

“Na dúvida, não se admite a ressurreição da lei abolida pela ultimamente revogada. Exige-se o propósito restaurador, a

declaração expressa, a *legge re-pristinatoria*, dos italianos.

“Parece que esta é a melhor doutrina, aplicável, todavia, com uma ressalva; se a lei eliminada de modo expresse, ou tácito, não *ab-rogava*, apenas *derrogava*, outra, com introduzir uma exceção ao seu preceito amplo; há de ser consequência da última norma revocatória fazer prevalecer, na íntegra, a primitivamente abolida em parte. Assim acontece, por se dever sempre, na dúvida, optar pela regra geral. Ressurge esta logo que se extingue a exceção.” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 8ª Ed., Freitas Bastos, pág. 378).

É essencial à ocorrência da re-pristinção que as leis em exame apresentem a característica de serem *revocatórias*, sucessivamente, uma da outra. No caso em espécie, a Lei 5.958/73 não revogou a anterior, de nº 5.705/71, porque com esta não se antagoniza. Apenas incentivou a opção retroativa aos refratários ao regime do FGTS, acenando com vantagens da Lei 5.107/66 dentre as quais, obviamente, a progressividade dos juros. Veja-se que a opção além do prazo estabelecido no § 1º do art. 1º deste diploma já fora prevista no § 3º do mesmo artigo. Aqueles que elegeram o sistema do Fundo de Garantia em data posterior à da publicação da Lei 5.705/71, 22 de setembro de 1971, e foram

atingidos pela unicidade da taxa de juros (3%), permaneceram nesta situação a despeito da Lei 5.958/73 que apenas restabeleceu o critério da progressividade para quem o fizesse em caráter retroativo. E tanto era vontade do legislador estender a vantagem do diploma primitivo, sem restrições, aos que optassem retroativamente, que permitiu aos já optantes retroagirem, também, sua escolha pelo regime do FGTS, estabelecendo, no § 1º ao art. 1º da Lei 5.958/73:

“O disposto neste artigo se aplica também aos empregados que tenham optado em data posterior à do início da vigência da Lei 5.107, retroagindo os efeitos da nova opção a essa data ou à da admissão”.

Sendo assim, mesmo os que tivessem optado depois de 22.09.71 (data da vigência da Lei 5.705) poderiam obter o favor da progressividade por força da retroatividade da escolha. Veja-se, ainda, que esta própria Lei (5.705/71) resguardou expressamente o direito à taxa progressiva aos que haviam optado antes da sua publicação.

Por tudo isso, na esteira do raciocínio desenvolvido pelos E. Ministros William Patterson — Ac. 97/970; Elmar Campos — RO 3.807 e Garcia Vieira — REsp 19.910, para citar apenas alguns, inclino-me por admitir não ser o caso propriamente de re-pristinção do art. 4º da Lei 5.107/66, mas

sim de retroação dos efeitos da opção exercida em data posterior, facultada por lei especial, asseguratória dos mesmos direitos conferidos àqueles que elegeram o regime do FGTS dentro no prazo original. Se assim não fosse, a re-

troatividade da opção seria inócua porque seus efeitos se produziriam na mesma data em que manifestada, o que não é verdade.

Por esses motivos, conheço do recurso pela letra **c** mas lhe nego provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 48.023-0 — RJ
(Registro nº 94.0013849-0)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorrida: *Ercília Pereira de Oliveira*

Advogados: *Drs. Luiz Antônio Azamor Rodrigues e outros, e Eisenhower Dias Mariano e outros*

EMENTA: *FGTS — Opção retroativa — Juros — Capitalização — Leis nºs 5.107/66, 5.705/71 e 5.958/73.*

1. A oportunidade de opção, sem qualquer ressalva, oferecida pela Lei nº 5.958/73, com efeito retroativo, autoriza o exercício do direito pelos optantes, à taxa progressiva contemplada na Lei nº 5.107/66.

2. Multiplicidade de precedentes.

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 Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de outubro de 1994
(data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 21-11-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: O egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento ao Agravo de Instrumento, em acórdão abreviado na ementa, a saber:

“I — Agravo Regimental — Decisão que negou seguimento a recurso — Opção pelo F.G.T.S., com efeito retroativo — Lei nº 5.958/73 — Direito à taxa progressiva de juros previsto na Lei nº 5.107/66 — Matéria pacificada através da Súmula nº 04 desta e. Corte — Aplicação do art. 90, § 2º, da Lei Complementar nº 35/70, não revogado pela Constituição Federal de 1988.” (fl. 63)

Atacando o v. aresto foi interposto o presente Recurso Especial, com base no disposto no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, sob o fundamento de que foram contrariados os artigos 549, parágrafo único, 551, 552, 554, 555, 556 e 563 a 565, do Código de Processo Civil, 2º, da Lei 5.705/71 e 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código

Civil, assim como divergiu de julgados do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Transcorreu **in albis** o prazo para interposição de contra-razões.

O MM. Juiz Presidente do e. Tribunal **a quo** observou ao admitir a via Especial:

“Em verdade, pretende a Caixa Econômica Federal ver reexaminada tese já sumulada sob nº 4 por este E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região **in verbis**:

‘A opção pelo FGTS, com efeito retroativo, na forma da Lei 5.958/73, assegura ao optante o direito à Taxa Progressiva de juros prevista na Lei 5.107/66’ (fl. 75).

Demonstrada a divergência jurisprudencial em recurso regularmente processado” (fl. 75).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Como motivação do embate recursal (art. 105, III, **a**, **c**, C.F.), foi apontado o v. acórdão, assim ementado:

“I — Agravo regimental — Decisão que negou seguimento a recurso — Opção pelo F.G.T.S., com efeito retroativo — Lei nº 5.958/73 — Direito à taxa progressiva de juros prevista na Lei nº 5.107/66

— Matéria pacificada através da Súmula nº 04 desta Corte — Aplicação do art. 90, § 2º, da Lei Complementar nº 35/70, não revogado pela Constituição Federal de 1988.

II — Agravo improvido.”

Depreende-se do debate travado pelas partes que, à guisa de inconformismo com a solução dada pelo Tribunal **a quo**, no recurso, a parte pretende ver reanimada questão jurídica suplantada por harmoniosa jurisprudência nas instâncias ordinárias e nesta Corte.

Com efeito iterativamente, tem sido apreciada, assentando-se que a relação empregatícia anterior à Lei nº 5.705/71, com posterior opção pelo regime do FGTS, resume-se no reconhecimento ou não do direito à aplicação de taxa progressiva de juros, cônsono o disposto no art. 4º, da mencionada lei.

Para a composição, por assomar arrumação legal importante, doravante comemoramos que o art. 4º, da Lei 5.107/66, instituiu a taxa progressiva de juros, previsão modificada pela Lei 5.705/71, que, em fixando nova taxação (3% a.a.), contudo, ressaltou o direito dos anteriores optantes à sua publicação (art. 2º). Aconteceu que a Lei 5.958/73, sem ressalvas, aos que não tivessem optado quando do advento da Lei nº 5.107/66, favoreceu os efeitos retroativos; assim:

“Art. 1º. Aos atuais empregados, que não tenham optado pelo regime instituído pela Lei nº

5.107, de 13 de setembro de 1966, é assegurado o direito de fazê-lo *com efeitos retroativos* a 1º de janeiro de 1967 ou à data da admissão no emprego se posterior àquela, desde que haja concordância por parte do empregador.” (grifei).

Descogita-se de reprimenda do contido no art. 4º da Lei nº 5.107/66, uma vez que se cuida de conferir retroatividade, entendimento ao qual aderi, conforme bem exposto pelo eminente Ministro Demócrito Reinaldo (REsp 13.939-0/MG), a dizer:

“Não se trata, **in casu**, de reprimenda, mas de retroatividade. É evidente que, com o alcance dos efeitos da opção até a data em que o empregado foi admitido no emprego ou 1º de janeiro de 1967 (conforme dispõe o citado artigo 1º), aplicam-se ao regime do FGTS desse obreiro as normas vigentes à época em que chegou a retroação, entre as quais a que determina a progressividade dos juros incidentes sobre os depósitos vinculados à conta do trabalhador.”

Por essa espia tranqüilizou-se a jurisprudência desta e da Colenda 2ª Turma, servindo de mostra as ementas dos acórdãos adiante colacionados:

“FGTS — Lei nº 5.958/73. Juros progressivos. Capitalização. Opção retroativa.

Aos empregados que, valendo-se da Lei nº 5.958/73, fizeram opção retroativa pelo regime do FGTS, aplica-se sem restrição o

regime de capitalização dos juros previsto na Lei nº 5.107/66” (REsp 12.333-CE — Rel. Min. Gomes de Barros — 1ª Turma — in DJU de 23.03.92)

“Financeiro — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Opção retroativa. Lei nº 5.958, de 10 de dezembro de 1973, artigo 1º. Juros progressivos. Capitalização.

O entendimento prevalecente nesta Corte é o de que a Lei nº 5.958/73, em seu artigo 1º, expressamente conferiu efeitos retroativos à opção pelo FGTS daqueles empregados até então não submetidos ao regime da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.

Com a retroação (**ex lege**) dos efeitos da opção até a data em que empregado foi admitido (ou 1º de janeiro de 1967 — Lei nº 5.958/73, artigo 1º), aplicam-se ao optante as normas do FGTS vigentes à época em que chegou a retroação aludida, inclusive as que determinam a progressividade dos juros incidentes sobre os depósitos vinculados à conta do trabalhador.

Recurso improvido, por unanimidade.” (REsp 13.939-0-MG — Rel. Min. Demócrito Reinaldo — 1ª Turma — in DJU de 28.09.92).

“FGTS — Parte legítima — Agente operador — Juros progressivos.

A Caixa Econômica Federal, por ser agente operador do FGTS é co-responsável pelo fiel cumpri-

mento e observância dos critérios contidos na Lei nº 8.036/90, continua parte legítima nas lides referentes ao FGTS.

A Lei nº 5.958/73 facultou aos empregados a opção, com a concordância do empregador, ao regime de capitalização de juros progressivos.

Recurso improvido.” (REsp 28.385-5-SP — Rel. Min. Garcia Vieira — 1ª Turma — in DJU de 08.03.93)

“FGTS — Opção retroativa nos termos do art. 1º da Lei nº 5.958/73. Incidência dos juros progressivos previstos pelo art. 4º da Lei nº 5.107/66, vigente ao tempo de fictício termo inicial da opção. Precedentes.

I — A Lei nº 5.958/73 assegurou aos empregados, que não tivessem optado pelo regime instituído pela Lei nº 5.107/66, a opção, sem restrições, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967 ou à data da admissão no emprego se posterior àquela, desde que houvesse a concordância do empregador.

II — A retroprojeção operada fez com que os servidores tivessem o termo inicial da opção em data anterior à vigência da Lei nº 5.705/71, o que lhes concede o direito à capitalização dos juros na forma preconizada pela Lei nº 5.107/66, regente ao tempo do fictício termo inicial da opção, como se naquela data tivesse efetivamente ocorrido.

III — Recurso improvido.” (REsp 11.445-0-MG — Rel. Min. Cesar Rocha — 1ª Turma — in DJU de 15.03.93)

“FGTS — Opção retroativa — Juros — Capitalização — Leis nºs 5.107/66, 5.705/71 e 5.958/73.

1 — A oportunidade de opção, sem qualquer ressalva, oferecida pela Lei nº 5.958/73, com efeito retroativo, autoriza o exercício do direito, pelos optantes, à taxa progressiva contemplada na Lei nº 5.107/66.

2 — Recurso improvido.” (REsp 20.988-6-CE — Rel. Min. Milton Pereira — 1ª Turma — in DJU de 14.06.93)

“FGTS — Lei nº 5.958/73. Juros progressivos. Capitalização. Opção retroativa.

— Tendo a Lei nº 5.958/73 oferecido oportunidade de opção pelo regime do FGTS, com efeito retroativo a 1º.01.67, sem qualquer ressalva, aplica-se o regime da

Lei nº 5.107/66, no tocante à capitalização dos juros.

— Precedentes.

— Recurso desprovido.” (REsp nº 16.077-0-RJ, Rel. Min. Hélio Mosimann — 1ª Turma — in DJU de 23.11.92).

Andante, incontrastavelmente, divisa-se litígio vencido por granítica jurisprudência, não merecendo ser reavivado o pretendido exame. Demais, no caso, nem se alvorece que, em assim compreendendo, aqui, se estaria suprimindo uma instância. Efetivamente não, uma vez que o Tribunal a quo, em invocando direito sumular, sem enleios, avançou juízo de mérito e, aberto o pórtico do conhecimento, vicejam as orientações contidas na Súmula 456-STF — e no art. 257, RISTJ, permitindo a aplicação do direito à espécie.

Confluente à exposição, voto improvido o recurso.

É o voto.

SÚMULA Nº 155

O ICMS incide na importação de aeronave, por pessoa física, para uso próprio.

Referência:

— CF/88, art. 155, § 2º, IX, a.

— Dec-lei n. 406, de 31.12.68, art. 6º.

— Conv. ICM n. 66, de 14.12.88, arts. 2º, I; 21, parágrafo único, I e 27, I, d.

REsp 21.559-0-SP (2ª T 09.02.94 — DJ 14.03.94)

REsp 30.573-SP (2ª T 06.11.95 — DJ 11.12.95)

REsp 30.655-7-SP (1ª T 19.09.94 — DJ 10.10.94)

REsp 37.648-3-SP (1ª T 22.09.93 — DJ 11.10.93)

REsp 53.569-7-SP (1ª T 09.11.94 — DJ 05.12.94)

Primeira Seção, em 22.03.96.

DJ 15.04.96, p. 11.631

RECURSO ESPECIAL Nº 21.559-0 — SP
(Registro nº 92.0009822-3)

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

Recorrente: *Edmundo Aguiar Borges Ribeiro*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. José Augusto Sundfeld Silva e outros, e Márcia Camas-
mie Peters e outro*

EMENTA: *ICMS. Importação de mercadoria. Aeronave. Uso próprio.*

I — Consoante já decidiu esta Corte, ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior, e o local da operação é o domicílio do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu uso próprio. (REsp nº 37.648-3/SP, Primeira Turma, unânime, in DJ de 11.10.93).

II — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que fi-

cam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de fevereiro de 1994
(data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

Publicado no DJ de 14-03-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de recurso especial interposto por Edmundo Aguiar Borges Ribeiro, com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **b**, do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pela Décima Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, nos autos do mandado de segurança impetrado objetivando eximir-se do pagamento do ICMS, relativo à importação de aeronave para uso próprio, denegou o **mandamus**.

Sustenta, em síntese, que o v. aresto hostilizado violou o Decreto-lei nº 406/68, julgou válida a Lei nº 6.374/89, que dispensa a “habitualidade” para a incidência do ICMS. Pondera que o art. 6º e §§ do prefalado decreto-lei ao definir o contribuinte do ICM, não incluiu o particular que importa.

Às fls. 127/143, recurso extraordinário.

Admitidos ambos os recursos, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde a ilustrada Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do apelo ou, se conhecido, pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A douta Sub-

procuradoria Geral da República ao emitir seu parecer, deu o correto deslinde à controvérsia, ao assim dispor:

“Em que pese as bem lançadas razões recursais, **data venia**, o apelo não merece prosperar pelas razões seguintes:

É bem verdade que antes do advento da Emenda Constitucional 23/83, o ICM não incidia sobre a entrada de bens de capital importados do exterior por determinação jurisprudencial expressa na Súmula 570 do STF.

Entretanto, com a edição do art. nº 23, II § 11 da Constituição Federal foi afastada a distinção feita pela jurisprudência entre bens de capital e outros bens importados ao exterior pois o próprio texto constitucional equiparou todos esses bens no conceito de mercadoria.

A Constituição de 1988, manteve a equiparação entre bens importados do exterior ao determinar a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadorias importadas do exterior *ainda quando se trata de bem destinado ao consumo ou ao ativo fixo do estabelecimento*.

Além disso, da dicção expressa do disposto no art. 34 do ADCT fica evidente que foi a própria constituição que *determinou* aos Estados, e não simplesmente lhe facultou, celebrarem os convênios, se não editada Lei Complementar em sessenta dias.

Trata-se, portanto, de *delegação plena* conferida aos Estados com atribuição de competência para serem fixadas normas para regular provisoriamente a matéria, tendo em vista que o Sistema Tributário Nacional entraria em vigor a partir de 01.03.89.

Nesse sentido são as decisões, **in verbis**:

“Tributário. ICMS sobre exportação de produtos industrializados semi-elaborados.

Legitimidade da exigência fiscal, fundada em lei estadual, editada com base nos Convênios ICMS 66/88 e seguintes, que supriram provisoriamente, a ausência da lei complementar prevista no art. 34, § 8º do ADCT/88.

Recurso não conhecido.” (REsp 9.587 — DJ 10.06.91 — pág. 7.843 — Min. Rel. Ilmar Galvão)

“Tributário. ICMS. Antecipação do fato gerador. Artigo 34, § 8º, do ADCT e Convênio ICM 66/88.

Consoante o art. 34, § 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, enquanto não promulgada lei complementar específica, compete às próprias Unidades da Federação fixar provisoriamente as Normas Reguladoras do ICMS, através de Convênio.

Como os Estados celebram convênio nesse sentido (Convênio

ICM 66/88), autorizando-os a antecipar a exigência do ICMS, foram baixadas Leis Estaduais colocando-o em vigor nos respectivos territórios.” (EDAMS 220.392 — DJ 25.06.91 — Juiz Rel. Clélio Erthal)

O Estado de São Paulo ao legislar sobre o ICM, através da Lei nº 6.374/89, o fez amparado por disposições constitucionais, ratificadas pelo Convênio ICM 66/88, a qual estabeleceu de forma taxativa o seguinte:

“Art. 2º — Ocorre fato gerador do imposto:

.....

V — No recebimento, pelo importador de mercadoria importada do exterior.”

Destarte, é indubitável a existência do débito do imposto por parte do Importador, conforme com muita propriedade assevera a Fazenda Estadual às fls. 89/90, **in litteris**:

“Assim sendo, desde a vigência da Lei nº 6.374/89 o imposto é exigível pela ocorrência do fato gerador e este se dá no momento em que o importador recebe a mercadoria, após devidamente nacionalizada e encerrado o despacho aduaneiro, adquirindo a sua disponibilidade física e jurídica.

Por essa razão, a afirmação de que não ocorrendo a entrada de

mercadoria no estabelecimento inexistente o fato gerador é, sem dúvida, um grande equívoco, pois baseia-se na Lei 440/74 e no Decreto-lei nº 406/68 não mais em vigor nessa parte específica e com fundamento de validade na Constituição anterior.

Por outro lado, a lei paulista do ICMS prevê como contribuinte “qualquer pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado, que promova importação de mercadoria”, explicitando que na entrada de mercadoria importada do exterior não é requisito a habitualidade da operação, numa interpretação perfeitamente adequada à *mens* do texto constitucional pertinente.

Quanto ao *local da operação*, para efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento, a lei paulista segue a mesma orientação do Convênio ICM 66/88, conforme se vê no art. 23, I, **d**, quando elege “o do estabelecimento destinatário ou, na falta deste, do *domicílio do adquirente*, quando importada do exterior, *ainda que se trate de bem destinado a consumo* ou ativo fixo do estabelecimento.”

Assim, demonstrado está que a Lei nº 6.374/89 não desborda dos parâmetros estabelecidos pelas normas superiores do Convênio ICM 66/88, que tem força de lei complementar, nos termos do art. 34, § 8º do ADCT, e ambos

dentro dos limites da determinação básica constitucional inserida no art. 155, I, **b** e inciso IX, **a** da Carta de 1988. Realmente, ao tratar do local da importação no inciso IX, **a**, do § 2º do art. 155 da CF, evidenciou-se que, ao mencionar-se ali “estabelecimento destinatário”, a preocupação foi de caráter territorial, no sentido de estabelecer competência tributária ativa para a instituição do imposto, naquela hipótese, e não o de criar restrição conceitual baseada na discutida expressão *estabelecimento*. (grifos no original) (fls. 89/90)

Conseqüentemente, inexistindo a alegada violação legal frente à razoabilidade da *v. decisão*, incabível o apelo pela alínea **a**. Outrossim, estando a orientação jurisprudencial dessa Egrégia Corte em consonância com a *v. decisão* recorrida, inviável e inexistente a divergência apontada.

Assim sendo, o parecer é pelo não conhecimento do apelo; se conhecido, pelo improvimento.” (fls. 222/225)

Tenho como escorreito o pronunciamento supratranscrito pois afina-se à jurisprudência desta Corte que, recentemente, ao apreciar o Recurso Especial nº 37.648-3/SP, Relator o eminente Ministro Garcia Vieira, decidiu matéria semelhante, isto é, importação de aeronave para uso próprio, consoante se vê de sua ementa **verbis**:

“ICMS — Mercadoria importada — Uso próprio — Aeronave.

Ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior.

O local da operação é o domicílio do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu uso próprio.

Recurso improvido.”

Naquela oportunidade concluiu o preclaro relator:

“Verifica-se que, também pela Lei de São Paulo, citada, ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior, e o local da operação é o domicílio do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu consumo próprio.

Conclui-se que o Convênio e a Lei Estadual citados obrigam o recorrente a recolher o ICMS, por ter importado uma aeronave para seu uso e por tê-la recebido em seu domicílio.

O Convênio e a Lei Estadual citados, não contrariam o artigo 6º do Decreto-lei 406/68 que definia como contribuinte do ICM o comerciante industrial ou produtor que importasse mercadoria do exterior

ou as sociedades civis de fins econômicos, inclusive cooperativas que praticavam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias. Ora, a Constituição Federal de 88 não recepcionou totalmente o citado Decreto-lei 406/68 e revogou, parcialmente, o disposto no artigo 6º citado, ao estabelecer, em seu artigo 155, § 2º, IX, letra a que o ICM incidirá,

“sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.”

Determinou o Legislador Constitucional a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior para consumo, sem exigir que esta entrada seja em estabelecimento comercial, industrial ou produtor.

Não merece qualquer censura o venerando aresto hostilizado.”

Por compartilhar da mesma linha de entendimento é que não conheço do recurso no âmbito desta Corte.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.573 — SP

(Registro nº 92.0032751-6)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Magali Jurema Abdo e outros*

Recorrido: *Maurício de Paula Jacinto*

Advogados: *José Augusto Sundfeld Silva e outros*

Sustentação oral: *Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin — pelo recorrido*

EMENTA: *Tributário. ICMS. Importação de aeronave. Uso próprio. Incidência do tributo.*

A operação de compra e importação de aeronave, adquirida no exterior por pessoa física, está sujeita ao ICMS, ainda que destinada a uso próprio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Sr. Ministros Peçanha Martins, Ari Pargendler e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 06 de novembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 11-12-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Mandado de segurança foi denegado em primeiro grau, cassando-se a liminar de início concedida.

Cuida-se, agora, de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado que, provendo recurso manifestado, considerou indevida a exigência do pagamento do ICMS na importação de aeronave, para uso próprio.

Embargos de declaração foram rejeitados.

Sustenta a recorrente, em síntese, que o v. **decisum** regional afron-

tou disposições das Constituições Federais, a atual e a anterior; do Convênio ICM 66/88; dos artigos 46, I e III, e 51, I e IV, do Código Tributário Nacional; e ainda do Decreto-Lei nº 406/68 (art. 6º e parágrafos).

Simultaneamente, foi interposto recurso extraordinário, sendo ambos admitidos pelo Tribunal **a quo**.

Com as contra-razões de fls. 349/389, vieram os autos a esta superior instância.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): É este o segundo recurso incluído na pauta da sessão de hoje, em que se discute sobre a incidência do imposto (ICMS) na importação de aeronave, para uso próprio de particular. Difere este do processo anterior (REsp nº 28.942-SP) porque aqui, denegada a segurança, o Egrégio Tribunal de Justiça, pela sua Sexta Turma, veio a concedê-la. O presente recurso, portanto, é da Fazenda do Estado, inconformada com a decisão.

Muito embora a interposição do recurso especial não possa servir como exemplo de boa técnica, não se pode imprimir excessivo rigor na admissibilidade. É que a tese está bem exposta e é sobejamente conhecida, enquadrando-se nos preceitos legais mencionados na peça recursal e referidos no relatório, o que, por sinal, vem corroborado nas contra-razões (fls. 351).

O exame direto da matéria constitucional escapa ao julgamento através do recurso especial. Cabe examiná-la no recurso extraordinário, da competência do Colendo Supremo Tribunal Federal, igualmente admitido.

Legislação local também não pode ser enfrentada na sede deste recurso. Da mesma forma, os Convênios, que não são considerados leis federais.

Resta apenas, neste caso, o fundamento da alínea **a**, fundamento único, posto que, apesar das decisões que trouxe à colação, o recurso somente alegou contrariedade a dispositivos de lei.

Quanto à parte principal, destaco do voto que proferi nesta mesma sessão (REsp nº 28.942-SP), o seguinte:

“O tema de que se cuida já foi enfrentado pelas Turmas que integram a Seção de Direito Público, convergindo ambas para o entendimento de que incide o ICMS na importação de aeronave, por pessoa física, para uso próprio.

Consultem-se, a respeito, os seguintes precedentes:

“ICMS. Importação de mercadoria. Aeronave. Uso próprio.

I — Consoante já decidiu esta Corte, ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior, e o local da operação é o domicílio do adquirente,

ainda que se trate de bem destinado a seu uso próprio (REsp nº 37.648-3-SP, Primeira Turma, unânime, in DJ de 11.10.93).

II — Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 30.576-SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 21.03.94).

“*Tributário. Aquisição de aeronave no exterior. Destinação a uso próprio. Incidência do ICMS.*”

A aquisição, no exterior, de aeronave por pessoa física, mesmo que para uso próprio, está sujeita a incidência do ICM, cujo fato gerador considerar-se-á ocorrido quando do recebimento da mercadoria pelo importador.

Sujeito passivo da obrigação é a pessoa física que realizou a operação de importação (adquirente), havendo-se como local de sua ocorrência o do domicílio do importador. Precedentes.

Recurso improvido, à unanimidade.” (REsp nº 59.711-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 19.06.95).

Outras decisões acham-se publicadas no Ementário do STJ, nº 10, pág. 308 (Relator Min. Demócrito Reinaldo) e na Revista do STJ, Vol. 53, pág. 332 (Relator Min. Garcia Vieira)”.

Cumprе esclarecer, finalmente, que não se trata aqui da importação de aeronave em operações de arrendamento mercantil (*leasing*), quando então não incidiria o tributo (Ementário nº 10/320 — Min. Milton Luiz Pereira; REsp nº 58.376-SP, DJ de 8.05.95 — Min. Gomes de Barros).

Em face do exposto, na linha dos precedentes colacionados, pacificada que está a matéria nas duas Turmas da Seção de Direito Público, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É como voto.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: A boa exposição realizada pelo ilustre advogado dos recorridos, levou-me a pedir vista dos autos após o voto do Relator, eminente Min. Hélio Mosimann, que reformava o acórdão, dando provimento ao recurso.

Constato, porém, nos autos, que o voto do eminente Relator traduz a jurisprudência pacífica das 1ª e 2ª Turmas sobre a matéria — importação de aeronaves por pessoa física mediante contrato de compra e venda. A exceção, no gênero, diz respeito a importação mediante contrato de *leasing*, como bem assinalou o Relator, cujo voto, por isso mesmo, acompanho.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.655-7 — SP

(Registro nº 92.0032933-0)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Paulo Roberto Franco Junqueira*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. José Augusto Sundfeld Silva e outros, e Margarida Maria Pereira Soares e outros*

EMENTA: Tributário — ICMS — Importação de aeronave para uso próprio — Decreto-Lei 406/68 — Lei Estadual 6.374/89 — Convênio 66/88.

1. Incide o ICMS na importação, por pessoa física, de aeronave para uso próprio. O local da operação é o domicílio do adquirente.

2. Precedentes jurisprudenciais.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de setembro de 1994
(data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 10-10-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Pretende o Recorrente, por meio do presente Recurso Especial (art. 105, III, a e c, da CF), reformar o v. aresto do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou legítima a cobrança de ICMS sobre importação de aeronave, para uso particular.

Sustenta o Recorrente que o v. acórdão “definiu como contribuinte o simples particular”, dispensando o “requisito da habitualidade na prática de operações relativas à circulação de mercadorias”, contrariando com isso o artigo 6º, do Decreto-Lei nº 406/68 e divergindo da jurisprudência desta Corte e do colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Foi também interposto, com base no artigo 102, inciso III, alíneas a e c, da Carta Magna, admitido no Tribunal de origem.

Para a Recorrida faltou ao recurso o requisito do prequestionamento, incidindo com isso o teor da Súmula 282, do Pretório Excelso.

No mérito ressaltou:

“... desde a vigência da Lei Estadual nº 6.374/89, o imposto é exigível pela ocorrência do fato gerador e este se dará no momento em que o *importador* (pessoa física ou jurídica) *recebe* a mercadoria (a qualquer título), após devidamente nacionalizada e encerrado o despacho aduaneiro, adquirindo a sua disponibilidade física e jurídica.

Alinhando todos esses dispositivos legais resta demonstrado que a Lei Estadual nº 6.374/89 em nada extravasa o conteúdo das normas superiores, estando em concordância absoluta, transcrevendo na íntegra os dispositivos do Convênio 66/88, que tem força de lei complementar, nos termos determinados pelo artigo 34, pa-

rágrafo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e ambos dentro dos limites da determinação básica constitucional prevista no artigo 155, I, b, IX” (fl. 272).

Considerando tratar-se de tema relevante sobre o qual ainda não há manifestação dos Tribunais Superiores, o e. Tribunal **a quo** admitiu a via especial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Em Mandado de Segurança, no horizonte recursal (art. 105, III, a, c, C.F.), simultaneamente com o Recurso Extraordinário, a insurgência hostilizou v. acórdão que admitiu a compatibilidade da Lei Estadual nº 6.374/89 com o Convênio 66/88, destacando:

“Com este proceder, o v. acórdão incorretamente negou vigência a dispositivo da lei federal, aliás, Lei Complementar, ou seja o Decreto-Lei nº 406/68, plenamente válido e eficaz.

O Decreto-lei 406/68 estabelece, em seu artigo 6º e parágrafos ...”.

.....

“A lei estadual, já referida, inusitadamente, contrariando a Lei Complementar vigente e a própria Constituição, insere o simples particular, como contribuinte do

ICMS, quando importe bem do exterior, para uso próprio, ainda que não tenha estabelecimento e, mais ainda, dispensando, para o caso, o requisito da habitualidade ...". (fls. 214 e 215).

De imediato, por manifesta desobediência ao disposto no parágrafo único, do art. 26, Lei 8.038/90, o recurso não merece conhecimento com base na alínea c. Presentes os seus requisitos, conheço por alinhamento ao permissivo contido na letra a, III, art. 105, Constituição Federal.

A questão jurídica posta à consideração é conhecida e mereceu harmonizada solução nas duas Turmas, a respeito, com percuência, como relator, discorrendo o eminente Ministro Garcia Vieira:

omissis

“Como no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição Federal vigente não foi editada a Lei Complementar necessária à Instituição do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, os Estados e o Distrito Federal firmaram o Convênio nº 66/88, ficando as normas para regular referido imposto e o Estado de São Paulo editou a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, dispondo sobre a mesma matéria. Referido convênio, com força de lei complementar, estabeleceu, em seu artigo 2º, que ocorre o fato gerador do ICMS,

“na entrada no estabelecimento destinatário ou no rece-

bimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior”.

Como se vê, ocorre o fato gerador do imposto no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem.

No artigo 21 define o contribuinte como:

“qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritas como fato gerador do imposto”.

O importador é contribuinte do ICMS (art. 21, parágrafo único) e o local da operação para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, determina o artigo 27, item I, letra d que é:

“o do estabelecimento destinatário ou, na falta deste, o do domicílio do adquirente, quando importado do exterior, ainda que se trate de bens destinados a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento.”

Depreende-se que o importador de uma aeronave, pessoa física, ao recebê-la no Brasil, no seu domicílio, para uso próprio, está sujeito ao Imposto de Circulação de Mercadorias.

A Lei Paulista 6.374/89, em seu artigo 2º, item V, deixa claro que ocorre o fato gerador do ICMS,

“no recebimento, pelo importador, de mercadoria ou bem importados do exterior.”

Para referida norma legal, artigo 23, item I, letra **d**, o local da operação para efeitos de cobrança do imposto, tratando-se de mercadorias, é,

“o do estabelecimento destinatário ou, na falta deste, do domicílio do adquirente, quando importada do exterior, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento.”

Verifica-se que, também pela Lei de São Paulo, citada, ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior, e o local da operação é o domicílio do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu consumo próprio.

Conclui-se que o Convênio e a Lei Estadual citados obrigam o recorrente a recolher o ICMS, por ter importado uma aeronave para seu uso e por tê-la recebido em seu domicílio.

O Convênio e a Lei Estadual citados, não contrariam o artigo 6º do Decreto-lei 406/68 que definia como contribuinte do ICM o comerciante industrial ou produtor que importasse mercadoria do exterior ou as sociedades civis de fins econômicos, inclusive cooperativas que praticavam, com ha-

bitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias. Ora, a Constituição Federal de 88 não recepcionou totalmente o citado Decreto-lei 406/68 e revogou, parcialmente, o disposto no artigo 6º citado, ao estabelecer, em seu artigo 155, § 2º, IX, letra **a** que o ICM incidirá,

“sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.”

Determinou o Legislador Constitucional a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior para consumo, sem exigir que esta entrada seja em estabelecimento comercial, industrial ou produtor.

Não merece qualquer censura o venerando aresto hostilizado.” (REsp nº 37.648-3-SP — in DJU de 11.10.93).

Eis a ementa do julgado:

“ICMS — Mercadoria Importada — Uso próprio — Aeronave.

Ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior.

O local da operação é o domicílio do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu uso próprio.

Recurso improvido.”

No mesmo sentido:

“ICMS. Importação de Mercadoria. Aeronave. Uso próprio.

I — Consoante já decidiu esta Corte, ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior, e o local da operação é o domicílio

do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu uso próprio. (REsp nº 37.648-3/SP — Primeira Turma, unânime, in DJ de 11.10.93).

II — Recurso não conhecido”. (REsp 21.559-0-SP — Rel. Min. José de Jesus Filho — in DJU de 14.03.94).

Confluyente à fundamentação dos precedentes, à qual já aderi no julgamento pioneiro, dispensáveis outras razões, voto improvido o recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.648-3 — SP

(Registro nº 93.0022092-6)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Marcelo Bastos Ferraz*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. José Augusto Sundfeld Silva e outros, e Daniel Carajescov e outros*

EMENTA: *ICMS. Mercadoria importada — Uso próprio — Aeronave.*

Ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior.

O local da operação é o domicílio do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu uso próprio.

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 das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros, Milton Pereira e Cesar Rocha.

Brasília, 22 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 11-10-93.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Marcelo Bastos Ferraz, contra ato do Diretor Executivo da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando livrar-se do pagamento do ICMS, relativo à importação de aeronave para uso próprio.

Sustentou que, com relação à importação de mercadorias e bens, o sistema anterior resultante da Emenda nº 23/83 está mantido na Constituição de 1988, razão pela qual, o particular continua excluído do imposto estadual, pois não realiza operações relativas à circulação de mercadorias, nem presta serviços.

Entende que a pretendida tributação não pode atingir a importação

de bem estrangeiro realizado por simples particular porque não se configura, em tal hipótese, entrada de mercadoria no estabelecimento do importador.

Em primeira instância a Segurança foi denegada (fls. 46/50), restando confirmada em grau de recurso pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 111/113).

Inconformado, o impetrante interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas **a**, **b** e **c** do permissivo constitucional, alegando que o v. aresto hostilizado violou o Decreto-lei nº 406/68, julgou válida a Lei nº 6.374/89, contestada face à Lei Federal e deu à Lei Federal interpretação divergente da que lhe atribuiu outro Tribunal. Sustenta que o art. 6º e §§ do Decreto-lei nº 406/68 ao definir o contribuinte do ICM, não incluiu o particular que importa, acrescentando que a equiparação a contribuinte somente pode ocorrer com aqueles agentes que praticam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias.

Entende que a Lei nº 6.374/89 e o Convênio ICM 66/88 extrapolaram dos limites constitucionais e da lei federal, aduzindo, a final, que a autorização constitucional conferida aos Estados e Distrito Federal não se estende à revogação das normas gerais atinentes ao ICM (Decreto-lei nº 406/68).

Aponta como divergente acórdão desta C. Corte e requer o provimento do especial (fls. 156/167).

Indeferido o processamento do recurso (fls. 228), subiram os autos a

este C. Tribunal, face ao provimento de agravo de instrumento regularmente interposto.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Aponta o recorrente, como violado o artigo 6º do Decreto-lei nº 406/68, versando matéria devidamente prequestionada.

Conheço do recurso com base na letra **a**.

O recurso é admissível, mas a meu ver, não merece provimento.

Como no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição Federal vigente não foi editada a Lei Complementar necessária à Instituição do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, os Estados e o Distrito Federal firmaram o Convênio nº 66/88, fixando as normas para regular referido imposto e o Estado de São Paulo editou a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, dispondo sobre a mesma matéria. Referido convênio, com força de lei complementar, estabeleceu, em seu artigo 2º, que ocorre o fato gerador do ICMS,

“na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior”.

Como se vê, ocorre o fato gerador do imposto no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem.

No artigo 21 define o contribuinte como:

“qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritas como fato gerador do imposto”.

O importador é contribuinte do ICMS (art. 21, parágrafo único) e o local da operação para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, determina o artigo 27, item I, letra **d** que é:

“o do estabelecimento destinatário ou, na falta deste, o do domicílio do adquirente, quando importado do exterior, ainda que se trate de bens destinados a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento.”

Depreende-se que o importador de uma aeronave, pessoa física, ao recebê-la no Brasil, no seu domicílio, para uso próprio, está sujeito ao Imposto de Circulação de Mercadorias.

A Lei Paulista 6.374/89, em seu artigo 2º, item V, deixa claro que ocorre o fato gerador do ICMS,

“no recebimento, pelo importador, de mercadoria ou bem importados do exterior.”

Para referida norma legal, artigo 23, item I, letra **d**, o local da operação para efeitos de cobrança do imposto, tratando-se de mercadorias, é,

“o do estabelecimento destinatário ou, na falta deste, do domicílio do adquirente, quando importada do exterior, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento.”

Verifica-se que, também pela Lei de São Paulo, citada, ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior, e o local da operação é o domicílio do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu consumo próprio.

Conclui-se que o Convênio e a Lei Estadual citados obrigam o recorrente a recolher o ICMS, por ter importado uma aeronave para seu uso e por tê-la recebido em seu domicílio.

O Convênio e a Lei Estadual citados, não contrariam o artigo 6º do Decreto-lei 406/68 que definia como contribuinte do ICM o comerciante industrial ou produtor que importasse mercadoria do exterior ou as sociedades civis de fins econômicos, inclusive cooperativas que praticavam,

com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias. Ora, a Constituição Federal de 88 não recepcionou totalmente o citado Decreto-lei 406/68 e revogou, parcialmente, o disposto no artigo 6º citado, ao estabelecer, em seu artigo 155, § 2º, IX, letra a que o ICM incidirá,

“sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.”

Determinou o Legislador Constitucional a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior para consumo, sem exigir que esta entrada seja em estabelecimento comercial, industrial ou produtor.

Não merece qualquer censura o venerando aresto hostilizado.

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 53.569-7 — SP

(Registro nº 94.0027198-0)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Wilson Schmidt*

Advogados: *Maria Angélica Del Nery e outros, e Antônio Silvío Magalhães*

EMENTA: *Tributário. Aquisição de aeronave no exterior. Destinação a uso próprio. Incidência do ICMS.*

A aquisição, no exterior, de aeronave por pessoa física, mesmo que para uso próprio, está sujeita à incidência do ICM, cujo fato gerador considerar-se-á ocorrido quando do recebimento da mercadoria pelo importador.

Sujeito passivo da obrigação é a pessoa física que realizou a operação de importação (adquirente), havendo-se como local de sua ocorrência o do domicílio do importador.

Recurso provido, à unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira. Custas, como de lei.

Brasília, 09 de novembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 05-12-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, com base nas

alíneas a e c da franquia constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido de que, sobre a importação de aeronave, por pessoa física, para uso próprio, não incide o imposto sobre circulação de mercadorias — ICMS.

Alega o recorrente que, ao assim decidir, o aresto objurgado teria violado os termos dos artigos 2º, 21 e 27, I d do Convênio 66/88, os quais definem o fato gerador do ICMS, em caso de mercadoria importada, e o local onde se considera ocorrida a operação tributável. Apontou, ainda, divergência jurisprudencial, trazendo a confronto decisão proferida por esta egrégia Turma no REsp nº 37.648, relatado pelo emin. Ministro Garcia Vieira.

Devidamente contra-arrazoado, subiram os autos a esta superior instância, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Como sabido,

o Convênio 66/88, celebrado entre os Estados e o Distrito Federal, decorreu de expressa autorização contida no artigo 34, § 8º do ADCT da Carta Federal, e deveu-se à necessidade de suprir a inexistência de Lei Complementar instituidora do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Tal convênio, **ipso jure**, possui força de lei complementar e, em seu artigo 2º estabelece que o fato gerador do ICMS considera-se ocorrido “na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior”.

Como se vê, cumpre, de início, definir o conceito do vocábulo “mercadoria”, para concluir se a adquirida aeronave para uso próprio enquadra-se, ou não, em seus limites.

Como bem acentuou o Estado recorrente, “a própria Constituição Federal, na alínea a, do inciso IX, do parágrafo 2º, do mesmo art. 155, nos impõe a busca de um significado técnico para o termo “mercadoria”, muito mais amplo que aquele constante dos dicionários comuns.”

Dispõe referida norma que sobre a entrada de mercadoria importada do exterior incidirá ICMS, “ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento”. A partir da leitura desta norma constitucional, já não se pode aceitar como definição de mercadoria o conceito trazido pelo Novo Dicionário Aurélio, pelo qual mercadoria seria “aquilo que se comprou e

se expôs à venda”. Ou seja, “bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento” *difere-se de* “comprou e se expôs à venda” e, no entanto, pela Constituição Federal, é *mercadoria*. Em conseqüência, o significado comum do termo “mercadoria” não comporta uso técnico-jurídico.” (folhas 208/209).

Em resumo, e com base em lição de **Waldemar Ferreira**, trazida à colação pelo recorrido (folha 232), a expressão *mercadoria* abrange tudo quanto constitua o objeto do comércio do estabelecimento vendedor. **In casu**, não há como excluir dessa categoria a aeronave adquirida pelo vencido.

No que tange ao sujeito passivo da obrigação tributária, o artigo 21 do Convênio 66/88 define-o como “qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritos como fato gerador do imposto”.

Por seu turno, o parágrafo único, inciso I do citado artigo 21, estabelece que pessoas físicas realizadoras de operação de importação são contribuintes do ICMS, circunstância em que se adapta plenamente o recorrido.

O local da operação, para efeito de definição da competência para cobrar, é o do domicílio do adquirente, a teor do estatuído no artigo 27, item I, letra d do Convênio 66/88.

Tais preceitos foram literalmente recepcionados pelo ordenamento jurídico paulista, como o demonstram

os artigos 2º, item V e 23, item I, letra d da Lei Estadual nº 6.374/89.

Impõe-se concluir, destarte, que a operação de importação de aeronave por pessoa física, mesmo que para uso próprio, está sujeita à incidência do ICMS, cujo fato gerador considerar-se-á ocorrido quando do recebimento da mercadoria pelo importador. O local da operação será havido como o domicílio do adquirente, em nada importando o fato de o bem destinar-se a uso próprio.

Tal entendimento vem ao encontro da jurisprudência que começa a cris-

talizar-se nesta egrégia Corte, e de que são exemplos os precedentes contidos nos REsps nºs 37.648-3/SP (rel. emin. Ministro Garcia Vieira, DJ 11.10.93); 21.559/SP (rel. Ministro José de Jesus Filho, DJ 14.3.94, pág. 4.494) e 30.655/SP (rel. em. Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 10.10.94, pág. 27.109).

Agasalhando o posicionamento predominante nesta colenda Corte, conheço do recurso para lhe dar provimento.

É como voto.

SÚMULA Nº 156

A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS.

Referência:

— LC n. 56, de 15.12.87, lista anexa, item 77.

— Dec.-lei n. 406, de 31.12.68, art. 8º, § 1º.

REsp 1.235-SP (2ª T 21.08.91 — DJ 16.09.91)

REsp 5.808-0-SP (1ª T 02.12.92 — DJ 17.12.92)

REsp 18.992-0-SP (2ª T 31.08.94 — DJ 10.10.94)

REsp 33.414-0-SP (2ª T 30.11.94 — DJ 19.12.94)

REsp 37.548-7-SC (1ª T 15.09.93 — DJ 11.10.93)

REsp 37.967-9-SP (1ª T 29.03.95 — DJ 08.05.95)

REsp 44.892-1-SP (2ª T 03.05.95 — DJ 22.05.95)

REsp 61.914-9-RS (1ª T 17.04.95 — DJ 22.05.95)

Primeira Seção, em 22.03.96.

DJ 15.04.96, p. 11.631

RECURSO ESPECIAL Nº 1.235 — SP
(Registro nº 89.0011292-9)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Palmares Impressora Litográfica Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Silvana Malandrino Mollo e outro, e Maria Lucia Pereira Moioli*

EMENTA: *Tributário. Serviço gráfico por encomenda e personalizado. Incidência, apenas, de ISS.*

— A feitura de rótulos, fitas, etiquetas adesivas e de identificação de produtos e mercadorias sob encomenda e personalizadas, é atividade de empresa gráfica sujeita ao ISS, o que não se desfigura por utilizá-los o cliente e encomendante na embalagem de produtos por ele fabricados e vendidos a terceiros.

— Precedentes do STF e do STJ.

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por una-

nimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

Publicado no DJ de 16-09-91.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso extraordinário interposto por Palmares Impressora Litográfica Ltda. contra acórdãos da Décima Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, julgando apelação em execução fiscal, reformou a sentença de primeiro grau, para condenar a executada a pagar ICM, em virtude de as atividades consistirem na fabricação de rótulos e etiquetas para encomendantes que não são os consumidores finais.

No recurso extraordinário interposto com base nas letras **a** e **d** do art. 119 da Constituição Federal anterior, alega-se violação aos arts. 24, II, 153, parágrafos 2º e 3º do mesmo texto constitucional, e ao art. 8º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei 406/68, alterado pelo Decreto-Lei 834/69, e ainda à Súmula nº 239 do Pretório Excelso.

O apelo extremo subiu ao Colendo Supremo Tribunal Federal por força do provimento de agravo, tendo sido convertido, na parte infraconstitucional, em recurso especial (fls. 282).

Sustenta a recorrente que as suas atividades não estão sujeitas ao

ICM, mas, sim, ao ISS, eis que se enquadra, *como gráfica*, na listagem do D.L. 834/69, onde, no item 53, está dito que incide o imposto municipal nas atividades de composição gráfica, clichéria, zincografia, litografia e fotolitografia. No seu entender, a lei não distingue, daí não ser lícita, mas ao contrário ilegal, a Portaria CAT 54/81 que faz distinção entre impressos destinados a consumidores finais e não finais.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 288/290, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor presidente, dispõe o art. 8º, do Decreto-lei nº 406/68:

“Art. 8º — O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º — Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.”

De sua vez, na lista de serviços referidos no citado artigo consta, no

item 53, “composição gráfica, clichê, zincografia, litografia e fotolitografia”.

Ora, a atividade da recorrente conforme da perícia se verifica (fls. 42) é a litografia; não edita obras, não as vende, não produz material e muito menos comercializa artigos, executando somente impressos sob encomenda para consumidores finais, posto que o serviço só para estes tem utilidade.

Tenho, assim, que no caso sob apreciação houve, realmente, negativa de vigência ao citado artigo 8º.

Aliás, em hipótese semelhante, como se vê da ementa da decisão trazida a confronto pela empresa-recorrente, decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 94.939-9:

“A incidência do ISS exclui a do ICM, ainda que haja a necessária incorporação de matérias à prestação do serviço.

Aplicação do art. 8º e § 1º do Decreto-lei nº 834/69, que de modo expresso afasta a bitributação.

Impressos gráficos que sejam colocados em circulação, para encomendantes usuários finais ou para compradores incertos em pública oferta, quando circulam não acarretam a incidência do ICM, só a do ISS.”

No julgamento do qual resultou a elaboração da ementa, disse o rela-

tor, Ministro Clóvis Ramalhete em seu voto:

“... Entendo que, ou bem o industrial de obra gráfica que venda ao público em geral, ou bem o que confeccione sob encomenda, em ambos os casos configura-se a hipótese de incidência do ISS, e este exclui a do ICM.” (RT 564/245).

Nesse sentido é a orientação que se firmou nesta egrégia Turma, conforme mostra o REsp nº 8.052-PR, aplicável ao caso, julgado na sessão de 12.06.91, Relator Min. Américo Luz, que restou assim ementado:

“*Tributário. Imposto sobre serviços de impressão gráfica. Decreto-Lei nº 406/68.*

A afirmativa de que a impressão gráfica é uma fase da composição, resulta serem distintas e inconfundíveis as situações.

O item 53 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 não tributa nem designa a *impressão* gráfica. A lista é taxativa e não admite interpretação extensiva.

Recurso provido.” (in DJ de 1º.07.91).

Tenho, assim, como demonstradas a negativa de vigência e a divergência de interpretação e, por isso, conhecimento do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 5.808-0 — SP

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

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Recorridos: *Magno Print Autoadesivos Ltda. e Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Leni Maria Juocys Lofrano e outros, José Luiz de Almeida Chaves Junior, e Paula Nelly Dionigi e outros*

EMENTA: *Tributário — ISS — ICM — Etiquetas adesivas feitas sob encomenda — Adjunção a produtos destinados à venda — DL 406/68 — C. Civil, art. 615, § 1º.*

A composição de etiquetas adesivas, feitas sob encomenda de determinado cliente que as ajuntará a produtos finais como elemento de identificação, garantia, orientação ou embelezamento, é atividade descrita na lista anexa ao DL nº 406/68, como hipótese de incidência de ISS — não de ICM.

A circunstância de tais etiquetas serem ajuntadas a produtos vendidos pelo encomendante, é irrelevante, pois a etiqueta terá perdido identidade, pelo fenômeno da adjunção (C. Civil, art. 615, § 1º).

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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 ao recurso. Votaram como o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Pereira, Cesar Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 02 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Município de São Paulo e o Estado de São Paulo, litigam em torno de consignação judicial, efetuada por contribuinte: ambos manifestam a pretensão de receber o depósito por este; o Município *litigante* (ora recorrente) entende que o depósito em consignação correspondeu ao pagamento de ISS; já o Estado, sustenta que a quantia traduz ICM.

O Acórdão recorrido (proferido em sede de apelação e confirmado em grau de embargos) descreve assim a controvérsia (fls. 283):

Publicado no DJ de 17-12-92.

“A Autora, fabricante de etiquetas autocolantes, vinha recolhendo normalmente o ICM até maio de 1984. Fazia-o por considerar que a sua atividade não configurava simples prestação de serviços, sim confecção de material que iria compor outros produtos destinados à comercialização em sentido amplo; isso embora por encomenda dos seus clientes.

Em abril de 1984, viu-se autuada pela fiscalização municipal, que pretendeu impor-lhe o recolhimento de ISS a contar de abril de 1980, com os acessórios de praxe.

Por vedar o direito positivo, a bitributação, acabou diante de um impasse, pois o imposto incidente é disputado pelas duas Fazendas.

Daí esta ação, por meio da qual pretende consignar o tributo, com o depósito pela alíquota do ICM, mais elevada.

O Estado insistiu na sua tese por serem os auto-adesivos incorporados ao produto final, acompanhando-o na sua circulação. A Municipalidade, após preliminar de iliquidez do débito, salientou que os autocolantes eram feitos para atendimento de determinado cliente, perdendo seu valor comercial se por este não utilizados, configurando, pois, impressos personalizados.

A respeitável sentença de fls. 152/156, de relatório a este incorporado, julgou procedente a ação e declarou cabível o ISS, donde condenar a Fazenda do Estado

nos ônus, do processo, inclusive honorários de 10% sobre o valor da causa *pro rata* entre os vencedores.”

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao Recurso do Estado, declarando que a atividade da contribuinte traduz hipótese de incidência de ICM, não de ISS.

O Município interpôs recurso especial, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. Afirma que o Acórdão negou vigência ao art. 8º do DL nº 406/68 e divergiu de acórdãos do Supremo Tribunal Federal (fls. 417).

Esta, em suma, a controvérsia.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O Acórdão recorrido foi conduzido pelo argumento de que:

“A orientação pretoriana já se cristalizou no sentido de não incidir ICM sobre os serviços de composição gráfica, se o material produzido for personalizado e destinar-se ao uso direto do próprio encomendante, que assim aparece como consumidor final. E o suporte desse entendimento está em que embora ocorra o fornecimento de mercadoria (papel, tinta, etc.), há predominância do serviço executado (RTJ 100/347).

Essa, porém, não é a situação vertente, apesar dos judiciosos ar-

gumentos da Municipalidade e da posição sustentada pelo Dr. Juiz sentenciante. De fato, a prova indica que a autora tem por atividade fabricar etiquetas autocolantes, cuja finalidade é acompanhar os produtos finais comercializados pelos clientes encomendantes. Por consequência, aos mesmos se incorporam, para efeito de circulação e, pois fato gerador do ICM” (fls. 284/285).

O E. Desembargador Nigro Conceição manifestou-se contra este raciocínio, dizendo:

“Efetivamente, **data maxima venia**, o que importa é examinar a questão em relação, especificamente, às etiquetas, sem qualquer outra consideração quanto à destinação que lhes possa dar o encomendante.

E, colocada a questão nestes termos, verifica-se que as etiquetas somente se prestam ao uso do encomendante e, nesse sentido, representam serviços de confecção gráfica, tal como os demais, sendo imprestáveis, em caso de recusa para terceiros.

Pouco importa que se destinem a embalagens de produtos de fabricação do encomendante e destinados à revenda, pois o ICM não pode incidir.

Como já proclamou o Excelso Pretório “a feitura de rótulos, fitas, etiquetas adesivas e de identificação de produtos e mercado-

rias, sob encomenda e personalizada, é atividade de empresa gráfica sujeita ao ISS, o que não se desfigura por utilizá-los o cliente e encomendante na embalagem de produtos por ele fabricados e vendidos a terceiro” (RE nº 111.566, Rel. Min. Rafael Mayer, in DJU de 12.XII.1986, pág. 24.667, julg. em 25.XI.1986, pela 1ª Turma do excelso Pretório, por v.u.).

Irrelevante, assim, a destinação que lhes dê o encomendante, nem cabe distinguir se são ou não principal em relação ao que nela se contém, pois, o que cabe considerar é que, uma vez confeccionadas, somente servem para o encomendante, sendo imprestáveis para outras pessoas” (fls. 308/309).

O douto voto minoritário está correto.

O item 53 da lista de serviços, anexa do DL 406 (hoje deslocado, com a mesma redação, para o nº 77) tipifica como fato gerador do ISS,

“77 — Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia e fotolitografia.”

Não há dúvida quanto à natureza do trabalho executado pelo Contribuinte. Ele constitui serviço de composição gráfica.

Tampouco, ele discute a circunstância de que as etiquetas resultantes daquele trabalho constituem material personalizado, cujo destino é o uso direto pelo encomendante — exclusivamente por ele.

O uso se traduz na incorporação das etiquetas aos produtos comercializados pelos encomendantes.

Tais etiquetas, uma vez incorporadas aos produtos finais, perdem identidade. Transformam-se em parcelas destes, funcionando como elemento de identificação, garantia, orientação ou embelezamento.

Assim, quando um costureiro vende um vestido que elaborou e no qual fez aderir etiqueta com sua marca, ele não está alienando dois objetos: o vestido e a etiqueta.

Ele estará vendendo um vestido com sua marca. Ou, como se diz no jargão hodierno, “uma confecção de sua *grife*”.

A etiqueta já não mais existe. Ela se transformou em uma parte da vestimenta, dela inseparável.

Com efeito, a retirada da etiqueta identificadora de costureiro ilustre descaracteriza o vestido, reduzindo-lhe consideravelmente o valor. A redução, nesta hipótese, é normalmente, muitas vezes superior ao valor individual da etiqueta retirada.

O que ocorre, em verdade, é um fenômeno de adjunção pelo qual o

conjunto formado pelo ajuntamento do vestido com a etiqueta, resulta em entidade diferente das partes aderidas (C. Civil, art. 615, § 1º).

De tudo isto, resulta a conclusão de que o adquirente das etiquetas é o consumidor final.

Vale para esta lide, o registro lançado pelo Supremo Tribunal Federal, conduzido pelo E. Ministro Rafael Mayer, no RE nº 106.069 (RT 115/1.419):

“A feitura de rótulos, fitas, etiquetas adesivas e de identificação de produtos e mercadorias, sob encomenda e personalizadamente, é atividade de empresa gráfica sujeita ao ISS, o que não se desfigura por utilizá-los o cliente e encomendante na embalagem de produtos por ele fabricados e vendidos a terceiros. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Incide o art. 8º do DI 406/68, cuja vigência foi negada pelo V. Acórdão recorrido.

Dou provimento ao recurso especial, para restaurar a R. Sentença de primeiro grau.

RECURSO ESPECIAL Nº 18.992-0 — SP

(Registro nº 92.0004054-3)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Indústria Gráfica Domus Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Murilo Grillo Sarti e outro, e Beatriz Correa Netto Cavalcanti e outros*

EMENTA: *Tributário — ICM — Serviços de composição gráfica — Fotolitografia — Embalagens — Não incidência — D.L. nº 406/68, art. 8º, § 1º — Precedentes STJ.*

— A legislação não faz distinção entre os serviços de composição gráfica, em geral, dos serviços personalizados feitos por encomenda.

— Os serviços de composição gráfica realizados sob encomenda, na elaboração de embalagens, estão sujeitos ao ISS e não ao ICM.

— Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann. Ausentes justificadamente, os Srs. Ministros Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 31 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

Publicado no DJ de 10-10-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Indústria Gráfica Domus

Ltda. manifestou recurso especial com apoio no art. 105, III, a e c da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, dando provimento ao recurso **ex officio** e à apelação da Fazenda estadual, entendeu ser legítima a incidência do ICMS sobre os serviços de composição gráfica e fotolitografia realizados na elaboração de embalagens que irão compor a mercadoria comercializada pelos encomendantes.

A recorrente sustenta violação ao Decreto-lei nº 406/68, com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº 834/69, além de divergência com julgados do STF.

Simultaneamente foi interposto recurso extraordinário para o STF. Somente o apelo especial foi admitido no Tribunal de origem.

Contra o despacho denegatório de seguimento do apelo extremo foi interposto o cabível agravo de instrumento para o Pretório Excelso.

Dispensei a manifestação da Subprocuradoria Geral da República, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Trata-se de determinar-se qual o tributo — ICM ou ISS — incidente sobre os serviços de composição gráfica e fotolitografia realizados na elaboração de embalagens que irão compor a mercadoria comercializada pelas empresas encomendantes.

A questão já é pacífica nesta Corte, como também no Pretório Excelso.

As Primeira e Segunda Turmas deste STJ já se manifestaram, na linha dos precedentes que ora alinho:

“Tributário. Serviços de composição gráfica. Incidência.

A prestação de serviços de impressão gráfica, personalizados e sob encomenda, está sujeita ao ISS, a teor do disposto no § 1º do art. 8º do Decreto-lei nº 406/68.” (REsp nº 46.338-6-RS, D.J. 20.06.94, Rel. Min. Cesar Rocha).

“ICMS — Atividades de composição gráfica — Embalagem — Não incidência.

Os serviços de composição gráfica que estão incluídos na lista só estão sujeitos ao ISS e não ao ICM, mesmo quando sua prestação envolva também o fornecimento de mercadorias.

Não fez o legislador qualquer distinção entre serviços personalizados, feitos por encomenda, de serviços genéricos de composição gráfica destinadas ao público em geral.

Recurso provido.” (REsp 46.145-6-SP, D.J. 23.05.94, Rel. Min. Garcia Vieira).

“Tributário. Imposto sobre serviços de impressão gráfica. Decreto-lei nº 406/68.

A afirmativa de que a impressão gráfica é uma fase da composição, resulta serem distintas e inconfundíveis as situações.

O item 53 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 não tributa nem designa a impressão gráfica. A lista é taxativa e não admite interpretação extensiva.

Recurso provido.” (REsp nº 8.052-PR, D.J. 01.07.91, Rel. Min. Américo Luz).

Do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.414-0 — SP
(Registro nº 93.0008013-0)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Indústrias Gráficas Massaioli Ltda.*

Advogados: *Drs. Agenor Nogueira de Farias e outros*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Carla Pedroza de Andrade de Abreu Sampaio e outros*

EMENTA: *Tributário. Serviços de composição gráfica feitos por encomenda. ISS. Decreto-lei nº 406/68, art. 8º, § 1º. Interpretação.*

I — Os impressos encomendados e personalizados, adquiridos para consumo do próprio encomendante, como rótulos, embalagens, etiquetas, muito embora integrados ao preço do produto, estão sujeitos à incidência do ISS e não do ICM. Precedentes.

II — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Brasília, 30 de novembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 19-12-94.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto por Indústrias Gráficas Massaioli Ltda., com fundamento no art. 105, III, letras a e c, da Constituição Federal, contra o v. acórdão da Décima Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reconheceu a incidência de ICMS na confecção de impressos gráficos por não se destinarem a consumidor final.

Alega a recorrente negativa de vigência ao art. 8º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68 e dissídio jurisprudencial.

Contra-arrazoado (fls. 160-162), o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 164), subiu a esta Corte, onde me veio distribuído.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): O acórdão recorrido está assim fundamentado (fls. 132-133):

“A produção da apelada vem descrita no laudo pericial da seguinte forma:

“As notas fiscais emitidas de referência acima referem-se à composição gráfica de folhetos, catálogos, etiquetas, cartuchos para sabão e caixas de papelão, cartela para fita adesiva, blocos de papel de carta e promissórias” (fls. 37).

A fls. 44, 45 e 52 estão amontoadas de embalagens por ela confeccionadas.

Ora, as embalagens e etiquetas, ainda que impressas com o nome do produto, integraram a mercadoria vendida: entram na circulação.

Por isso mesmo, a crise tem feito com que os produtores utilizem invólucros mais baratos. Com isto, barateia-se o preço da mercadoria.

Portanto, invólucro e etiquetas integram o produto, entram na circulação. Sua impressão não se destina a consumidor final.

Conseqüente, não há, em tal hipótese, que falar em destino do impresso a consumidor final.

Menos ainda se destinam a consumidor final cartuchos para

sabão, caixas de papelão (não disse o perito que sejam impressas) e cartelas para fita adesiva.

Assim, não há como considerar a hipótese como de incidência de ISS, por configurar prestação de serviços.

Veja-se, no mesmo sentido deste voto, V. Acórdão publicado na RJTJESP, 122/365.”

Ao assim decidir, o acórdão recorrido dissentiu do julgado proferido pela 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação Cível nº 85.168-3-Belo Horizonte, de que foi Relator o ilustre Dr. Hugo Bengtsson, segundo se depreende deste trecho do douto voto em que se apoiou (fls. 155):

“Ora, a jurisprudência do Colendo STF é toda ela no sentido que incide o ISS — e, destarte, não incide o ICM — naquele caso em que a gráfica produz mediante encomenda. Estaria a empresa gráfica, então, prestando um serviço, e não comercializando um produto por ela adredemente industrializado.

“... O ISS incide, e exclui o ICM, naquela hipótese em que o comprador do serviço gráfico é individualizado, à vista do modo como se produziu o serviço para seu uso singular, por encomenda dele próprio nas mais das vezes. Não sendo, porém, este o caso, quando a empresa gráfica produz algo industrialmente e o coloca à venda, sendo esse objeto de arte

gráfica suscetível de ser comprado por qualquer cliente habitual ou fortuito, incide o ICM” (voto do Em. Min. Francisco Rezek, in RTJ, 119/327).

Aliás, entre os impressos encomendados e personalizados, adquiridos para consumo do próprio encomendante, estando nestes casos os rótulos, embalagens, etiquetas, muito embora tenham-se integrado ao produto a ser vendido, como roupa, há a incidência do ISS e não do ICM (Cf., RTJ 119/744).

Assim, “a composição gráfica só admite a tributação do ISS, não do ICM. Este entendimento já exarado em inúmeros acórdãos dessa Corte: RE n. 101.924-0-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, publ. no DJ de 4-5-84, pág. 6.685; RE n. 100.479-7-SP, Rel. Min. Moreira Alves, publ. no DJ de 14-10-83, pág. 15.832; RE n. 100.030-9-SP, Rel. Min. Moreira Alves, publ. no DJ de 3-6-83, pág. 7.886; RE n. 100.965-9-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, publ. no DJ de 3-2-84, pág. 651; RE n. 100.959-4-SP, Rel. Min. Décio Miranda, publ. no DJ de 10.2.84, pág. 1.019; RE n. 101.009-6-SP, Rel. Min. Oscar Corrêa, publ. no DJ de 3-2-84, pág. 651...” (voto do Em. Min. Néri da Silveira, in RTJ, 119/271).

Daí se vê que não há fato gerador de ICM, mas do ISS, na atividade mercantil da indústria gráfica, uma vez que esta confecciona impressos por encomenda de

freguês e individualizados para uso deste (STF, RE n. 94.052-RJ, RTJ, 102/817).

É de se ponderar que o usuário anônimo, adquirente de determinada mercadoria posta à venda pelo encomendante da etiqueta, não comprou a etiqueta, nem esta se integrou àquela, uma vez que se prestou, apenas, à sua identificação.

Razão assiste à apelante quando afirma que as etiquetas personalizadas são de uso exclusivo do encomendante. Não são ofertadas em mercado, nem se confundem suas atividades — mera prestadora de serviços gráficos — com as do encomendante, com outros objetivos empresariais.”

Conheço, pois, do recurso.

E, no mérito, dou-lhe provimento, porquanto os precedentes desta Corte em Direito Tributário das duas Turmas especializadas são no mesmo sentido do aresto recorrido:

“Tributário. Imposto sobre serviços de impressão gráfica. Decreto-lei nº 406/68.

A afirmativa de que a impressão gráfica é uma fase da composição, resulta serem distintas e inconfundíveis as situações.

O item 53 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 não tributa nem designa a impressão gráfica. A lista é taxativa e não admite interpretação extensiva.

Recurso provido.” (REsp nº 8.052-PR; Rel. Min. Américo Luz; Publ. DJ em 01.07.91);

“*Tributário — ICM — Serviços de composição gráfica — Fotolito-grafia — Embalagens — Não incidência — D.L. nº 406/68, art. 8º, § 1º — Precedentes STJ.*

— A legislação não faz distinção entre os serviços de composição gráfica, em geral, dos serviços personalizados feitos por encomenda.

— Os serviços de composição gráfica realizados sob encomenda, na elaboração de embalagens, estão sujeitos ao ISS e não ao ICM.

— Recurso provido.” (REsp nº 18.992-0-SP (92.0004054-3); Rel. Min. Peçanha Martins; Julg. em 31.08.94 e Publ. DJ em 10.10.94);

“*ICMS — Atividades de composição gráfica — Embalagem — Não incidência.*

Os serviços de composição gráfica que estão incluídos na lista só estão sujeitos ao ISS e não ao ICM, mesmo quando sua presta-

ção envolva também o fornecimento de mercadorias.

Não fez o legislador qualquer distinção entre serviços personalizados, feitos por encomenda, de serviços genéricos de composição gráfica destinados ao público em geral.

Recurso provido.” (REsp nº 46.145-6-SP (94.0008808-6); Rel. Min. Garcia Vieira; Julg. em 27.04.94 e Publ. DJ em 23.05.94) e

“*Tributário. Serviços de composição gráfica. Incidência.*

A prestação de serviços de impressão gráfica, personalizados e sob encomenda, está sujeita ao ISS, a teor do disposto no § 1º do art. 8º do Decreto-lei nº 406/68.

Recurso improvido.” (REsp nº 46.338-6-RS; Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; Julg. em 25.05.94 e Publ. DJ em 20.06.94).

Em conclusão, pois, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de Primeiro Grau (fls. 105).

RECURSO ESPECIAL Nº 37.548-7 — SC

(Registro nº 93.0021833-6)

Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Recorrida: Riberplex Serviços Gráficos Ltda.

Advogados: *Drs. Luísa Hickel Gamba e outros, e Marcos de Souza Filho e outro*

EMENTA: ICMS — Atividades de composição gráfica — Embalagem — Não incidência.

Os serviços de composição gráfica que estão incluídos na lista só estão sujeitos ao ISS e não ao ICM, mesmo quando sua prestação envolva também o fornecimento de mercadorias.

Não fez o legislador qualquer distinção entre serviços personalizados, feitos por encomenda, de serviços genéricos de composição gráfica destinados ao público em geral.

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 das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros, Milton Pereira e Cesar Rocha.

Brasília, 15 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 11-10-93.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Riberplex Serviços Gráficos Ltda. contra o inspetor Regional de Tributos Estaduais,

objetivando eximir-se do pagamento de ICM sobre serviços de composição gráfica.

Em primeira instância a segurança foi denegada (fls. 82/87) restando reformada a sentença pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança (preventivo) — Justo receio de imposição tributária indevida resultante dos termos das informações — Atividades gráficas — Embalagens — Incidência do ISS e não do ICMS — Inocorrência de circulação de mercadoria — Dec.-lei n.º 406, de 31/12/1968 e Dec.-lei n.º 834, de 8/9/1969 — Apelo provido.

O mandado de segurança preventivo não se compadece com o simples risco de lesão a direito líquido e certo advindo do julgamento apenas subjetivo da impetrante. Entretanto, se nas infor-

mações prestadas, a autoridade coatora considera a impetrante passível da exação em face à natureza da atividade por esta exercida, justo emerge o receio de ameaça a direito líquido e certo a ensejar a impetração.

Os serviços de composição gráfica encomendados por usuários finais se sujeitam ao pagamento do ISS e não do ICMS. As embalagens, com impressos personalizados e úteis apenas aos encomendantes para acondicionar seus produtos, ainda que acompanhando a mercadoria na revenda, não gera circulação de mercadoria, submetendo-se tão-só à incidência do ISS.” (fls. 88.)

Inconformada, a Fazenda do Estado interpôs o presente recurso especial, com apoio nas alíneas a e c do permissivo constitucional.

Sustenta que o v. acórdão recorrido negou vigência aos artigos 8º, § 2º do Decreto-lei nº 406/68 e 1º da Lei nº 1.533/52, bem como divergiu de jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Alega que o § 1º do artigo 8º do Decreto-lei nº 406/68 apenas excluiu da incidência do imposto estadual os serviços de litografia, composição gráfica, etc., não pretendendo, de forma alguma, excluir da incidência do imposto as operações de circulação de mercadorias praticadas pela prestadora do serviço.

Prossegue aduzindo a inexistência de direito líquido e certo, apontando, ainda, acórdãos divergentes.

Aduz, a final, que as embalagens de mercadorias produzidas pela recorrida estão sujeitas ao ICMS, visto que circulam com a mercadoria que embalam, integrando o preço delas e a base de cálculo do imposto (fls. 96/104).

Contra-razões às fls. 105/111.

Indeferido o processamento do recurso (fls. 117/118) foi provido o agravo de instrumento interposto e determinada sua reautuação como recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Diz o artigo 8º do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968 que:

“O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º — Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 2º — Os serviços não especificados na lista e cuja prestação envolva o fornecimento de mercadorias ficam sujeitos ao imposto de circulação de mercadorias.

Assim, o ISS tem como fato gerador “a prestação, por empresa

ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.”

Nos termos claros do § 1º do citado dispositivo legal os serviços de composição gráfica, que estão incluídos na lista, só estão sujeitos ao ISS e não ao ICM, mesmo quando sua prestação envolva também fornecimento de mercadorias. Só os serviços não especificados na lista, com fornecimento de mercadorias, estão sujeitos também ao ICM (§ 2º).

Não fez o legislador qualquer distinção entre serviços personalizados, feitos por encomenda, por determinado cliente, de serviços genéricos de composição gráfica de produtos destinados ao público em geral. Em ambas as hipóteses, o fato gerador é o mesmo, ou seja a prestação de serviços constantes da lista. Não podemos distinguir onde a lei não distingue, mesmo porque interpreta-se, literalmente, a legislação tributária (CTN, art. 111). O destinatário é irrelevante na caracterização do fato gerador. Os serviços são sempre os mesmos, para consumidores personalizados ou genéricos. Entendo que a única distinção feita pela lei (art. 8º do Decreto-lei 406/68) é se os serviços constam ou não da lista e só nesta última hipótese estão sujeitos ao ICM, quando envolve fornecimento de mercadorias. O próprio Supremo Tribunal já entendeu assim no RE 94.939-RJ. A Súmula nº 143 do TFR, ao reconhecer a isenção do ICM, em caso de serviços de composição e impressão gráficas, persona-

lizados, não excluiu a hipótese de serviços genéricos. Já entendeu este Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 5.010-SP, DJ de 04.02.91 que:

“Não descaracteriza a prestação de serviços previsto no item 53, da lista a que se refere o art. 8º, do Decreto-lei 406/68, o fato de serem prestados na elaboração de capas de discos fonográficos, encartes, envelopes internos das capas, minicassete, etc, com a utilização de papel, tinta, cola, chapas, etc”.

Com inteira razão o venerando aresto hostilizado ao acentuar que:

“A teor do que dispõe o art. 8º, parágrafo 1º do Decreto-lei nº 406, de 31/12/1968, o imposto de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa, e segundo o parágrafo 1º — ditos serviços ficam sujeitos apenas ao aludido imposto, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

É quais são esses serviços?

De conformidade com o Dec.-lei nº 834, de 8/9/1969, art. 3º, VII, nº 53, seria “composição gráfica, clichéria, zincografia, litografia e fotolitografia”.

Portanto, a teor da legislação e consoante emerge da jurisprudên-

cia — “a incidência do ISS exclui a do ICM, ainda que haja a necessária incorporação de materiais à prestação de serviço de impressos gráficos que sejam colocados em circulação, para encomendantes usuários finais, afastando-se, assim, a bitributação (RT 564/245). Destarte e conforme o Supremo Tribunal Federal, “os serviços de composição gráfica, compreendendo a impressão de notas fiscais, fichas, talões, cartões, etc, feitos sob encomenda, não estão sujeitos ao ICM, mas apenas ao ISS” (RE 91.562, 92.161 e 92.927, in ob. cit., pág. 249).

Individualizados ditos serviços para uso exclusivo do encomendante, não se sujeitam eles senão ao ISS.

O mesmo entendimento é adotado em relação às embalagens encomendadas por consumidores e com o fim de acondicionar seus produtos, pois que equiparados a impresso personalizado.

Nesse sentido colhe-se a seguinte orientação jurisprudencial:

“ICM — Atividades gráficas — Embalagem — Não incidência — Equiparação a impresso personalizado — Inexistência de circulação economicamente ponderável — Hipótese de prestação de serviços de composição gráfica sujeita ao ISS.

“Embalagens não se prestam a comercialização, sendo úteis apenas aos encomendantes pa-

ra acondicionar mercadorias de sua fabricação, equiparando-se, portanto, a impressos personalizados, que, apesar de acompanharem mercadoria em revenda, não geram qualquer circulação ponderável depois de aplicadas, sujeitas, portanto, ao ISS, e não a ICM” (15ª CC do TJ/SP, unânime, J. 11/3/87, in RT 622/92).”

Com propriedade e de forma irretorquível ressalto o julgado:

“Com efeito, o encomendante é atraído pela execução do serviço gráfico e se transforma em consumidor final das caixas impressas tanto que a imperfeição na execução do trabalho gráfico conduz à imprestabilidade do material, isto é, da caixa, da matéria-prima em que o trabalho é aplicado” (RJTJSP 97/337).

O aresto ainda reporta-se a outras decisões do mesmo teor e insertas, in “RJTJSP” 100/133 e 99/393.

Portanto, é inquestionável que a atividade desenvolvida pela impetrante, no âmbito naturalmente de seu objeto social e consubstanciado nos impressos gráficos e aplicação destes em embalagens carregados à inicial, são suscetíveis tão-só de incidência do ISS, com arredando-se o ICMS”. (fls. 92/93)

Da mesma sorte, não merece acolhida a alegada violação ao artigo 1º da Lei 1.533/51, acertadamente afas-

tada pelo respeitável voto condutor do acórdão, nos seguintes termos:

“A impetrante, na exordial, consignou que entre os serviços que lhe estão afetos e isentos do ICMS se inserem a feitura e impressão de notas fiscais, fichas, talões, cartões, talões de pedidos, livros, embalagens, rótulos e etiquetas (fls. 3). Nas razões do recurso ressalta que a par das notificações ocorridas com empresa similar, evidencia-se “também das informações da autoridade coatora... visivelmente, a intenção de passar a exigir o ICMS nas embalagens fornecidas pela ora apelante, portanto, nas operações ou nos serviços de impressão de documentos, com fornecimento de material ou mercadorias. Aí está o pressuposto do interesse processual”.

Efetivamente, acode razão à impetrante.

Com as informações e as razões de recurso, positivou-se, pelo menos com indícios razoáveis, uma ameaça ainda que velada, ou a intenção do fisco de passar a exigir da impetrante o tributo aqui dito indevido, ou o ICMS. Com efeito: “Não é suficiente o temor ou receio de que a autoridade exorbite de seus poderes. Para que esse receio se torne justo é mister que a autoridade tenha manifestado, objetivamente, por meio de atos preparatórios ou de indícios razoáveis, a tendência de praticar atos, ou omitir-se a fazê-los, de tal forma que, a consumir-se esse propósito, a lesão de direitos se torne efetiva” (“Revista de Direito Administrativo”, vol. 61/220-223, Comentário de **Caio Tácito**, in EDACiv. 3.361, Des. Amaral e Silva). (fls. 91/92)

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.967-9 — SP
(Registro nº 93.0023517-6)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Gegraf Indústria Gráfica Geral S.A.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Paulo Rabelo Correa e Egídio Carlos da Silva e outros*

EMENTA: Tributário. ICM e ISS. Incidência e Decreto-Lei nº 406/68. Decreto-Lei nº 834/69.

1. O serviço de composição gráfica sujeita-se à incidência do ISS, não distinguindo a lei entre os serviços personalizados encomendados e os serviços genéricos destinados ao público.

2. Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de março de 1995 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 08-05-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: O Recurso Especial, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Magna, ataca o v. aresto do e. Tribunal **a quo** que julgou legítima a cobrança do ICM sobre prestação de serviços gráficos.

Segundo a Recorrente o v. **decisum** objurgado contrariou o artigo 8º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68, assim como dissentiu da jurisprudência deste Tribunal.

Foram rejeitados os Embargos de Declaração propostos.

Também foi interposto Recurso Extraordinário, não admitido na origem, decisão atacada via Agravo de Instrumento.

O Recurso Especial também não logrou ser admitido, subindo os autos a esta Corte, por força do provimento dado ao Agravo de Instrumento interposto.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Descortina-se relação jurídica litigiosa decorrente da exigência do ICM sobre atividade de prestação de serviços gráficos, a respeito, em ressunta, ditando o vergastado v. acórdão, **verbis**:

“... Da acuidada análise dos laudos se percebe farta e robustamente que os serviços realizados (confecção de caixas e embalagens, notas fiscais, cartões, recibos, etc.) foram encomendados por terceiros, tendo forma padronizada, o que elide qualquer circula-

ção de mercadorias, tornando-se indevido o imposto cobrado.”

Surgiu o despique processual afirmando que houve contrariedade à lei federal (Dec.-Lei 406/68, art. 8º, § 1º, Dec.-Lei 834/69), e também, a ocorrência de dissídio jurisprudencial.

Presentes os seus requisitos, tal como posto na decisão que proveu o Agravo de Instrumento, impõe-se o conhecimento do recurso (art. 105, III, a, c, C.F.).

Com a alforria do exame, de imediato, realça-se questão jurídica iterativamente julgada pelas Turmas especializadas em Direito Público, não mais oferecendo enchança à elaboração de fundamentação inédita. **Inter alia**, confira-se, o voto condutor proferido pelo saudoso Ministro Armando Rollemberg, averbando:

“Dispõe o art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68:

‘Art. 8º — O imposto de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º — Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.’

De sua vez, na lista de serviços referidos no citado artigo consta,

no item 53, ‘composição gráfica, clichéria, zincografia, litografia e fotolitografia’.

Ora, não descaracteriza a prestação de serviços aí previstos o fato de serem os mesmos prestados na elaboração de capas de discos fonográficos, encartes, envelopes internos das capas, minicassetes, etc., com a utilização de papel, tinta, cola, chapas, etc.

Tenho, assim, que no caso sob apreciação houve, realmente negativa de vigência ao citado art. 8º.

Aliás, em hipótese semelhante, como se vê da ementa da decisão trazida a confronto pela recorrente, decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 106.068-7:

‘ISS — Serviço gráfico por encomenda e personalizado — Utilização em produtos vendidos a terceiros — A feitura de rótulos, fitas, etiquetas adesivas e de identificação de produtos e mercadorias sob encomenda e personalizadas é atividade de empresa gráfica sujeita ao ISS o que não se desfigura por utilizá-los o cliente e encomendante na embalagem de produtos por ele fabricados e vendidos a terceiros — Recurso Extraordinário conhecido e provido — Votação unânime.’

No julgamento do qual resultou a elaboração da ementa, disse o

relator, Ministro Rafael Mayer em seu voto:

‘O que está em causa não é uma controvérsia sobre a prova, mas sobre a qualificação ou interpretação de fato certo. **Data venia**, por errônea interpretação ou valoração do fato é que o v. acórdão incorreu em errada afirmação sobre a incidência do ICM, e não do ISS, ao caso **sub judice**, conduzindo ao entendimento contraditório aos dos paradigmas, que são representativos da pacífica jurisprudência da Corte.

Como está incontroverso nos autos, admitido em todos os Juízos, a atividade da recte. se cumpre na feitura de rótulos, fitas, etiquetas adesivas e de identificação de produtos e mercadorias, para embalagens, etc. Não há também a menor dúvida que tais serviços são prestados por encomenda do cliente, e o que a empresa oferece nos seus trabalhos é rigorosamente personalizado em atenção ao exclusivo interesse do encomendante. A diferença que o v. acórdão tem por específica capaz de desfigurar a prestação de serviço gráfico, por encomenda e personalizado, está em que eles são utilizados pelos encomendantes nos produtos por eles fabricados e vendidos a terceiros. Assim, os artigos não seriam consumidos pelos encomendantes, mas por

estes utilizados em produtos para revenda. Diz o acórdão que essa ‘finalidade é tão importante quanto a marca nele impressa, o que não se dá em relação a outros impressos, cuja composição é principal em relação ao papel que a recebe’ (fls.).

Entretanto, **data venia**, a diferenciação proposta é espediosa e não diz com a realidade econômica subjacente à configuração tributária.

Na verdade, a atividade da empresa é típica prestação de serviços a determinados clientes, por encomenda e para a confecção de artigos que somente eles utilizam’.

Tenho, assim, como demonstradas a negativa de vigência e a divergência de interpretação e, por isso conheço do recurso e lhe dou provimento” (REsp 5.010-SP — in DJU de 4.2.91).

Essa compreensão continua harmoniosa; confira-se:

— “ICM — Serviço de Composição Gráfica.

O serviço de composição é sujeito ao ISS, mesmo que sua prestação envolva também fornecimento de mercadorias.

A lei fez distinção entre serviços personalizados, feitos por encomenda, de serviços genéricos de produtos destinados ao público.

Recurso provido" (REsp nº 15.154-SP — Rel. Min. Garcia Vieira — in DJU de 9.3.92). Na enseada do exposto, reiterando a motivação, voto provendo o recurso. É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 44.892-1 — SP
(Registro nº 94.0006359-8)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Município de São Paulo e Gegraf — Indústria Gráfica Geral S/A*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Maria Hermínia P.P. e Silva Moccia e outros, Paulo Rabelo Corrêa e outro, e Patrícia de Oliveira Garcia e outros*

EMENTA: Tributário. ICM. Serviços de composição gráfica. Embalagens.

— Na linha de iterativa jurisprudência da Corte, os serviços de composição gráfica realizados sob encomenda, na elaboração de embalagens, estão sujeitos ao ISS e não ao ICM.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento. Participaram do julgamento os Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 03 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente. Ministro AMÉRICO
LUZ, Relator.

Publicado no DJ de 22-05-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Acórdão da Décima Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prolatado em sede de embargos infringentes, apreciando questão relacionada com a incidência de tributação sobre serviços de composição gráfica realizados na

confeção de embalagens, que passaram a integrar produtos colocados em circulação comercial, entendeu incidir, na hipótese, o ICM, pelo que julgou improcedente a ação consignatória proposta.

Daí a interposição de dois recursos especiais, ambos por violação ao art. 8º, § 1º, do DL 406/68 e por divergência jurisprudencial, o primeiro da empresa-autora, e o segundo da Municipalidade.

Parecer, às fls. 7.298/7.307, pela confirmação do julgado recorrido.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A questão probatória, analisada detalhadamente nas instâncias ordinárias, não constitui óbice à admissibilidade do presente recurso, eis que se controverte aqui sobre qual tributo incide sobre as atividades da autora, se o ICM ou o ISS.

O tema agitado nos autos encontra-se pacificado na Corte no sentido da pretensão das recorrentes, conforme demonstram os seguintes precedentes, **verbis**:

“Tributário. ICM. Serviços de composição gráfica. Fotolitografia. Embalagens. Não incidência. DL. nº 406/68, art. 8º, § 1º. Precedentes/STJ.

— A legislação não faz distinção entre os serviços de composição gráfica em geral, dos serviços personalizados feitos por encomenda.

— Os serviços de composição gráfica realizados sob encomenda, na elaboração de embalagens, estão sujeitos ao ISS e não ao ICM.

— Recurso provido.” (REsp nº 18.992-0-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 10.10.94).

.....
“Tributário. Atividades de composição gráfica. Embalagens de produtos a serem comercializados. Incidência do ISS.

— Os serviços de composição gráfica para embalagens de mercadorias a serem comercializadas, geram ISS, não ICM (DL 406/68, art. 8º/Tabela anexa, item 77).” (REsp nº 33.466-8-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.08.94).

.....
“ICMS. Atividades de composição gráfica. Embalagem. Não incidência.

— Os serviços de composição gráfica que estão incluídos na lista só estão sujeitos ao ISS e não ao ICM, mesmo quando sua prestação envolva também o fornecimento de mercadorias.

— Não fez o legislador qualquer distinção entre serviços personalizados, feitos por encomenda, de serviços genéricos de composição gráfica destinados ao público em geral.

— Recurso improvido.” (REsp nº 37.548-7-SC, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 11.10.93).

Isto posto, conheço dos recursos e lhes dou provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 61.914-9 — RS
(Registro nº 95.0010929-8)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Sasun Indústria de Produtos Termo Transferíveis Ltda.*

Recorrido: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Drs. Marcos Jorge Caldas Pereira e outros, e Alexandre Mariotti e outros*

Sustentação oral: *Dr. Marcos Jorge Caldas Pereira, pela recorrente*

EMENTA: *Tributário. Serviços de Composição Gráfica. Incidência.*

A prestação de serviços de impressão gráfica, personalizados e sob encomenda, está sujeita ao ISS, a teor do disposto no § 1º do art. 8º do Decreto-lei nº 406/68.

Recurso 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 das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao 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, 17 de abril de 1995 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 22-05-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Os autos foram recebidos conclusos no meu gabinete no dia 23.3.95, indiquei o recurso para julgamento no dia 31 do mesmo mês.

O r. aresto hostilizado, julgando improcedentes embargos do devedor, afastou a incidência do ISS sobre produtos oriundos de trabalhos de *impressão* gráfica, pois, além de não previstos na lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, configurada estaria a comercialização de mercadorias, já que a produção gráfica da autora integraria o produto comercializado e não seria de uso e consumo exclusivo do encomendante, ensejando a incidência do ICMS.

Rejeitados os embargos de declaração opostos, a *contribuinte* agitou

o recurso especial de que se cuida, com fincas nas letras **a**, **b** e **c** do permissivo constitucional, por alegada ofensa ao art. 8º do Decreto-lei nº 406/68, bem como por sugerida divergência interpretativa e, ainda, por ter julgado válido Decreto estadual contestado em face da referida lei federal.

Afirma ser empresa que produz “impressos gráficos, destacando-se as estampas e etiquetas adesivas que são somente confeccionadas por encomenda dos clientes e personalizadas, portanto, insuscetíveis de serem utilizadas por terceiros” (fls. 235/236), e que este fato, além de não ter sido contestado pelo recorrido, teria sido apurado na perícia produzida. E, sendo assim, prestaria serviço descrito no item 77 da lista promulgada pela Lei Complementar nº 56/87 anexa ao Decreto-lei n. 406/68, estando, por isso, sujeito apenas ISS. Isto porque a reiterada jurisprudência do c. STF e desta Corte inadmitiria qualquer distinção entre “impressão” gráfica e “composição” gráfica.

Contra-arrazoado, o recurso foi admitido e remetido à esta eg. Corte, e em aqui chegando dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): As instâncias ordinárias fixaram o entendimento de

que a atividade desempenhada pela recorrida não estaria abrangida no descrito no atual item 77 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, porquanto a “impressão” não se confundiria com a “composição” gráfica.

Não vislumbro tal distinção.

Há de se observar que a recorrida exerce *operação mista*, que não importa em *atividade mista*.

Na *operação mista* verifica-se a co-presença da prestação de serviço e da circulação de mercadoria numa mesma operação econômica, tal como se dá no fornecimento de refeições em bares, restaurantes e estabelecimentos similares, quando ocorre a concomitância de uma circulação de mercadoria e de uma prestação de serviço.

Já a *atividade mista*, possui dois ou mais fatos impositivos autônomos, por isso mesmo que existem tantas obrigações tributárias quantas sejam as operações autônomas efetivadas pela empresa.

Todavia, a teor do disposto no art. 8º e seus parágrafos do Decreto-lei nº 406/68, nas *operações mistas* devido é o ISS, desde que o serviço prestado esteja incluído na lista que lhe é anexa (§ 1º); e o ICMS, se o serviço prestado nela não estiver especificado (§ 2º).

Com efeito, em face de a recorrida praticar *operação mista*, e porque está incluída no item 77 da atualizada lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, o serviço que presta está realmente sujeito à incidência do ISS.

A propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

“ICM — Serviço de composição gráfica.

O serviço de composição gráfica é sujeito ao ISS, mesmo que sua prestação envolva também fornecimento de mercadorias.

A lei não fez distinção entre serviços personalizados, feitos por encomenda, de serviços genéricos de produtos destinados ao público.

Recurso improvido.” (REsp 15.154-SP, in DJ de 9.3.92, relator o eminente Ministro Garcia Vieira).

“Tributário. Serviço gráfico por encomenda e personalizado. Incidência, apenas, de ISS.

— A feitura de rótulos, fitas, etiquetas adesivas e de identificação de produtos e mercadorias sob

encomenda e personalizadamente, é atividade de empresa gráfica sujeita ao ISS, o que não se desfigura por utilizá-los o cliente e encomendante na embalagem de produtos por ele fabricados e vendidos a terceiros.

— Precedentes do STF e do STJ.

— Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 1.235-SP, in DJ de 16.9.91, relator o eminente Ministro Hélio Mosimann).

Neste sentido o REsp n. 46.338-RS, por mim relatado, DJ de 20.6.94.

Observe-se, por fim, que as estampas adesivas produzidas pelas recorrentes integram o custo do produto final e, desta forma, sofrerão a incidência do ICMS quando da venda do produto acabado.

Por tais razões, dou provimento ao recurso.

SÚMULA Nº 157

É legítima a cobrança de taxa, pelo Município, na renovação de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial.

Referência:

- CF/88, art. 145, § 2º.
- CTN, arts. 77, 78 e 114.

- REsp 2.714-0-SP (2ª T 23.08.93 — DJ 27.09.93)
- REsp 39.308-6-SP (1ª T 16.03.94 — DJ 06.06.94)
- REsp 41.182-3-SP (1ª T 20.02.95 — DJ 20.03.95)
- REsp 50.679-4-ES (2ª T 07.12.94 — DJ 19.12.94)
- REsp 50.961-0-SP (2ª T 31.08.94 — DJ 31.10.94)
- REsp 52.317-6-SP (2ª T 05.09.94 — DJ 26.09.94)
- REsp 56.136-1-RJ (1ª T 21.11.94 — DJ 12.12.94)
- REsp 56.270-8-RJ (2ª T 23.11.94 — DJ 12.12.94)
- REsp 66.795-0-RJ (1ª T 07.08.95 — DJ 04.09.95)

Primeira Seção, em 22.03.96.

DJ 15.04.96, p. 11.631

RECURSO ESPECIAL Nº 2.714-0 — SP
(Registro nº 90.0003306-3)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Eletropaulo — Eletricidade de São Paulo S/A*

Recorrida: *Municipalidade de São Paulo*

Advogados: *Laura Cristina Nicolosi e outros, e Carlos Robichez Penna e outros*

EMENTA: *Tributário. Taxa de Licença de Localização.*

— Base de cálculo. Critério do número de empregados. Não refletindo correspondência com a hipótese de incidência, ilegítima é sua cobrança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o relator os Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Brasília, 23 de agosto de 1993
(data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

Publicado no DJ de 27-09-93.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Admitido pela letra c do per-

missivo constitucional, o presente recurso especial impugna acórdão proferido em sede de embargos infringentes que, mantendo sentença de primeiro grau, deu pela improcedência dos embargos opostos à execução fiscal intentada para a cobrança da taxa de licença de localização, ao entendimento de que “a tomada do número de empregados lotados em certo prédio é elemento quantitativo capaz de medir em parte, por respeitável aproximação, a energia humana e técnica dispendida pelo Município”, não sendo ilegal, nem inconstitucional o critério adotado.

O dissídio interpretativo, na hipótese, é com o RE nº 88.327, assim ementado, *verbis* (fls. 252):

“Taxa de renovação anual de Licença para Localização. Instituído pelo Município de Araçatuba e incidente à base de percentuais do salário mínimo, sobre a área construída dos estabelecimentos de comércio ou de prestação de serviços, ou sobre o número de empregados dos estabelecimentos industriais (CTM — Lei 1.520, de 23.12.70, arts. 278 e 282). Inconstitucionalidade de taxa, por não corresponder a efeito do exercício do poder de polícia ou a serviço prestado ao contribuinte. Precedentes, entre outros: RE 70.357, RTJ — 60/180 — Mun. de Cariacica; RE 89.528 — Pleno de 05.4.79, DJ 01.06.79, Mun. de Botucatu; RE 950; Pleno de 22.06.79; Mun. de Manaus (RTJ — 91/967, publicado no Ementário de Jurisprudência da

Associação dos Advogados de São Paulo)”.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A questão agitada nestes autos foi apreciada pela Corte no REsp nº 2.220-SP, relator o saudoso Ministro Geraldo Sobral, conforme demonstra o parecer do Ministério Público Federal, que assim opina sobre o tema (fls. 437/439):

“Em seu douto e erudito voto assim se pronunciou o ilustre Relator, o saudoso Ministro Geraldo Sobral:

“Entretanto, no que pertine à discrepância entre a base impositível e o fato gerador do tributo, estou em que assiste razão aos recorrentes. Para tanto, *bevitatis causae*, adoto, como razão de decidir, os judiciosos fundamentos constantes do parecer ofertado pelo nobre Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Bensaúde Branquinho Maracajá, nos seguintes termos:

“Saliente-se que, no caso, a lei municipal determina que o cálculo da taxa seja feito “em função da natureza da atividade, do número de empregados ou de outros fatores pertinentes, de conformidade com as Tabelas anexas...” (art. 6º da Lei nº

9.670/83). O exame de tal Tabela (fl. 404) revela que a disciplina do tributo levou em conta o objeto da exação, qualidades externas e estranhas ao exercício do poder de polícia — natureza da atividade do contribuinte e o número de empregados — sem qualquer pertinência ou inerência com o fato gerador que, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.670/83, é “a atividade municipal de fiscalização.”

A natureza da atividade do particular, o número de seus empregados ou o de pessoas que freqüentam o local em que a atividade se desenvolve, bem como o número de dependências fiscalizadas, são dados e elementos do objeto fiscalizado, sem idoneidade para exprimir o valor econômico da atividade fiscalizadora. A previsão de tal base de cálculo independente, desvinculada do fato gerador e estabelecendo correlação com a capacidade econômica do contribuinte, desnaturou a taxa e a transformou em imposto, diverso dos enumerados no art. 24 da Constituição. Caracteriza, sem dúvida, a ofensa ao art. 18, inciso I, da Carta Constitucional, e ao art. 77 e seu parágrafo do Código Tributário Nacional, já que ao instituí-lo o Município atuou sem competência constitucional.” (fls. 691/692).

Em realidade, o critério do número de empregado, **in casu**, não pode ser utilizado como base impositiva da taxa cobrada porque não reflete correspondência com a hipótese de incidência eleita. Ora, é ver, consoante a doutrina unânime, ser mister que a base impositiva, que é o aspecto material da hipótese de incidência, portanto mensurável, espelhe, na determinação do **quantum debeat**, o comando da hipótese ou arquetipo. Preleciona, a respeito, com singular clareza, o ínclito tributarista **Hector Villegas**, citado pelo não menos insigne mestre, **Geraldo Ataliba**, assim:

“A taxa também tem limites que são naturais à sua própria conformação objetiva e que estão referidos ao seu montante. Estes limites devem partir da noção básica, segundo a qual a mesma é um tributo vinculado, sendo sua hipótese de incidência uma determinada atividade estatal suscetível de ser individualizada, relativamente a determinada pessoa. Daí por que a fixação do montante não poder levar em conta circunstâncias inerentes à pessoa ou aos bens do obrigado (que são hipótese de incidência de imposto), mas só circunstâncias atinentes à atividade vinculan-

te em si mesma, por ser ela, e não outra coisa, a hipótese de incidência da obrigação correspondente às taxas.”

.....

“Resulta, portanto, indiscutível que a base imponible das taxas deve estar relacionada com sua hipótese de incidência (a atividade vinculante), assim como nos impostos tal base de medição se conecta com situação relativa ao sujeito passivo, a seus bens ou atividade, que são consideradas hipóteses de incidência pela lei.

“Em consequência, tais critérios de graduação levarão em conta uma série de aspectos relativos à atividade que o estado desenvolve e ao serviço que resulta prestado como consequência de tal atividade” (Verdades e ficções em torno do tributo denominado taxa, **in** RDP, vol. 17, pág. 337).” (**Geraldo Ataliba, in Aspectos da Hipótese de Incidência Tributária**).

De tal sentir não desbordam os mestres **Rubens Gomes de Souza e Amílcar Falcão** que entendem não poder o legislador escolher base imponible inadequada, pena de desnaturar o tributo transformando-o de taxa em imposto, ou vice-versa.

Por outro lado, a jurisprudência do Pretório Excelso, em casos que tais, é uníssona, consoante dimana, dentre outros, dos seguintes arestos:

“O RE nº 60.957 (Pleno) — Relator o Exmo. Sr. Ministro Djaci Falcão (RTJ 59/799) declarando a inconstitucionalidade da Taxa de licença de localização de Vitória (ES), por ofensa aos arts. 77 e 78 do CTN e art. 19, § 2º da CF, de 1967 — (por se apresentar com as características de imposto).”

“O RE nº 70.357 (Pleno) — Relator o Exmo. Sr. Ministro Thompsom Flores (RTJ 60/180), declarando a inconstitucionalidade da Taxa de licença de localização de Cariacica (ES) — base de cálculo em função do capital”.

“O RE nº 76.519 (Primeira Turma) — Relator o Exmo. Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — (RTJ nº 72/447) — declarando a ilegitimidade da Taxa de licença de Tupi Paulista (SP), por base de cálculo em função do capital.”

“O RE nº 78.796 (1ª Turma) — Relator o Exmo. Rodrigues Alckmin (RTJ 75/827) inconstitucionalidade da Taxa de localização e funcionamento de São Paulo — com fato gerador idêntico ao do Imposto Sobre Serviços.”

Não é, pois, o nome que o legislador atribui a um tributo que lhe confere existência mas, ao contrário, é da existência da hipótese de incidência e sua correspondente base impositiva que é dado distinguir-se o que é imposto do que é taxa ou contribuição de melhoria, dimanando de tal existência a obrigação do sujeito passivo a entregar

certa soma em dinheiro ao Estado, sempre e quando, no mundo fenomênico, ocorra o fato concreto subsumindo-se, desatando à norma.” (REsp nº 2.220-SP, Rel. Sr. Min. Geraldo Sobral, Rev. Sup. Trib. de Just. nº 20, págs. 232/234).”

Isto posto, comprovada a divergência, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.308-6 — SP

(Registro nº 93.0027223-3)

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

Recorrente: *Município de São Bernardo do Campo*

Recorrida: *Empreendimentos Turísticos DD Ltda.*

Advogados: *Drs. José Romeu Teixeira Ceroni e outros, e Matilde Maria de Souza Barbosa de Aguiar e outros*

EMENTA: *Tributário — Taxa de Renovação de Licença de Localização — Ilegalidade.*

— É defeso ao Município — por ausência de contraprestação de serviços ou exercício de poder de polícia — cobrar taxa de renovação de licença de localização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Milton

Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 16 de março de 1994 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 06-06-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Pretende-se rediscutir no âmbito de recurso especial (artigo 105, III, a e c, da CF) matéria relativa à cobrança pela municipalidade da renovação anual de Taxas de Localização e Funcionamento e de Publicidade. A decisão do Presidente do TAC/SP, admitiu o recurso pela alínea c, sob a fundamentação seguinte:

“Tbdavia no concernente ao RE 102.524-7, ficou demonstrado o dissenso interpretativo.

De fato, no paradigma arrolado restou decidido não se confundir a base de cálculo utilizada para o lançamento da Taxa de Licença para Localização e Funcionamento, com a do Imposto Predial e Territorial Urbano, ao levar em consideração, para tanto, o metro quadrado da área ocupada pelo estabelecimento. Já o v. aresto atacado defendeu tese contrária. Dessa maneira, cumpridas as exigências regimentais, aconselhável a manifestação da Colenda Corte Superior acerca do tema.

Isto posto, defiro o recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional” (fls. 263).

É o relatório.

VOTO

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

acórdão do TAC/SP, enfocou a matéria sob deslinde nos seguintes termos:

“... As taxas de localização e funcionamento, não bastasse indevidamente englobadas em um só lançamento, com impossibilidade de se destacar uma, inválida, da outra, válida, desde que reconhecidamente inadmissível a renovação anual da primeira, tem como base de cálculo a área do estabelecimento tributado, o que, por considerar elemento do IPTU, incide em expressa vedação legal. Tudo, pois, a justificar o reconhecimento da ilegalidade de seu lançamento.

Nesse exato sentido, na linha de jurisprudência uniforme deste Tribunal, assinalando adoção de critério completamente afastado do caráter contraprestacional inerente a essa modalidade de tributo, já decidiu esta Câmara, por acórdão relatado por este subscritor (JTACSP (R.T.) 93/121).

E, de resto, esse é o entendimento reiteradamente sufragado no Excelso Pretório, sobretudo em consideração à configurada identidade de base de cálculo entre essa taxa e o IPTU (metro quadrado da área ocupada ou construída do imóvel) (ERE nº 115.683-0-SP, Rel. Min. Célio Borja, Pleno, 10.11.89; R. Extraordinário nº 114.917-5-SP, Rel. Min. Célio Borja, 2ª Turma, 27.03.90; R. Extraordinário nº 131.450-8-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, 1ª Turma, 25.5.91; RTJ 116/647”, fls. 215/216”.

Tenho por incensurável o acórdão impugnado, que adotou orientação dominante nesta Corte, e no STF, **verbis**:

“Taxa de Licença, Localização e Funcionamento. Renovação. Cobrança. Ilegitimidade. Precedentes.

1. É ilegítima a cobrança, pelo município, da renovação da taxa para licença de localização e funcionamento em face da inexistência de contraprestação de serviços e realização efetiva do poder de polícia.

2. Orientação traçada pelos Tribunais Superiores do País.

3. Recurso conhecido e provido” (REsp 17.100; DJ — 15-03-93; Rel. Min. Peçanha Martins).

“Tributário. Taxa de Licença de Localização.

— Base de cálculo. Critério do número de empregados. Não refletindo correspondência com a hipótese de incidência, ilegítima é sua cobrança” (REsp 2.714; DJ 27-09-93; Rel. Min. Américo Luz)

“Licença de localização. Exigência de taxa de licença de localização, anualmente. Sua ilegitimidade. Tranqüilizou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido. Precedentes. Além de ilegítima a exigência da taxa de localização, anualmente, há, no caso, fundamento autônomo e suficiente do acórdão não impugnado. Incidência da Súmula 283. Recurso Extraordinário não conhecido” (RE 116.628; DJ de 28-02-92; Rel. Min. Néri da Silveira).

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.182-3 — SP

(Registro nº 93.0033080-2)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Município de São Paulo*

Recorrida: *Metta Cozinhas Ltda.*

Advogados: *Lúcia Pereira de Azevedo e outros, e Carlos Domingues*

EMENTA: *Processual Civil. Ação cautelar. Interdição de prédio. Decretação. Extinção do processo. Falta de interesse do autor. Descabida intervenção do Judiciário. Taxa de Localização e Funcionamento. Cobrança pelo município. Ilegitimidade. Precedentes.*

I — Fechado estabelecimento, pelo Município, inclusive com auxílio policial, em havendo desobediência, poderá tornar a fechar,

sendo de relevar que a Administração já interveio e cumpriu sua missão, não havendo por que exigir-se, in casu, a intervenção do Judiciário. Correta a decisão, nesse sentido, que extingue o processo, a ação cautelar proposta, por falta de interesse do Município.

II — Consolidada a jurisprudência do STJ e do Pretório Excelso, no sentido de que, sem a devida materialização do poder de polícia e a contraprestação de serviços, é ilegítima a cobrança de taxas, pelo Município, como as de localização, instalação e funcionamento. Precedentes.

III — Recurso desprovido, sem discrepância.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira. Custas, como de lei.

Brasília, 20 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 20-03-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O Município de São Paulo ajuizou medida cautelar, com

caráter satisfatório, visando à interdição definitiva do prédio onde a empresa Metta Cozinhas Ltda. vinha exercendo as suas atividades, sem a necessária licença de localização e funcionamento.

Acolhida a ação e decretada a interdição do prédio, em grau de apelação, a Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença de primeiro grau, julgando extinto o processo, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, por falta de interesse do Município (fls. 152/155).

Irresignado, o sucumbente interpôs recurso especial, com arrimo na letra a do admissivo constitucional, sob a alegação de que a decisão recorrida teria violado os artigos 267, VI, e 888, ambos do Código de Processo Civil (fls. 174/179).

Admitido o recurso na origem, sem contra-razões, subiram os autos e nesta instância se manifestou a douta Subprocuradoria Geral da República pelo improvimento do apelo (fls. 193/195).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): O v. acórdão hostilizado extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por falta de interesse do Município na propositura da ação, “na exata medida em que fechou o estabelecimento, inclusive com auxílio policial”. Daí porque concluiu que, se houve desobediência, tem poder para tornar a fechar, sendo de relevar que a Administração já interveio e cumpriu sua missão, não havendo por que exigir-se, no caso, a intervenção do Judiciário. E arremata, justificando, **in verbis**:

“Por derradeiro, a intervenção do Judiciário só se faria necessária, se a parte criasse, à Municipalidade, óbice intransponível ao exercício dos meios regulares inerentes ao Poder de Polícia de modo a criar litígio, cuja solução não prescindisse da mesma intervenção. Não é a hipótese dos autos” (folha 155).

Ao meu sentir, não há divisar no contexto da decisão objurgada malferimento aos mencionados artigos 267, VI, e 888 da Lei Processual Civil.

Demais disso, conforme bem assinalou a douta Subprocuradoria Ge-

ral da República, “consoante reiterada jurisprudência desse Eg. Superior Tribunal de Justiça, é ilegítima a cobrança pelo Município de taxa para licença de localização e funcionamento, face à inexistência de contraprestação de serviços e realização efetiva do poder de polícia” (fls. 294/295).

De fato, entre os inúmeros julgados desta egrégia Corte nesse sentido, bastante citar o julgamento no REsp 54.851-9/RJ, da minha relatoria, cujo acórdão porta a seguinte ementa:

“Tributário. Taxas de Fiscalização, de Localização, Instalação e Funcionamento. Ilegitimidade. Precedentes do STF e do STJ.

Consolidada a jurisprudência do STJ e do Pretório Excelso, no sentido de que, sem a devida materialização do poder de polícia e a contraprestação de serviços, é ilegítima a cobrança de taxas, pelo Município, como as de localização, instalação e funcionamento.

Recurso provido, sem discrepância” (julgamento em 16.11.94).

Com essas considerações, conhecimento do recurso pela letra a do admissivo constitucional, mas lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 50.679-4 — ES

(Registro nº 94.0019760-8)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Município de Vitória*

Advogados: *Drs. Rosa Cristina Meyer e outros*

Recorridos: *Buaiz Informática Ltda. e outros*

Advogados: *Drs. José William de Freitas Coutinho e outros*

EMENTA: *Tributário. Taxa de Renovação de Licença para Localização e Funcionamento. Ilegitimidade.*

I — Ao decidir, com apoio em precedentes do Supremo, pela ilegitimidade da Taxa de Renovação de Licença para Localização e Funcionamento, o acórdão recorrido não negou vigência ao art. 8º da Lei 1.533/51, nem dissentiu do aresto colacionado. Precedentes do S.T.J. sobre a matéria.

II — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins e Américo Luz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

Brasília, 07 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 19-12-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto pelo Município de Vitória com fundamento no art. 105, inciso III, letra **a**, da Constituição Federal contra acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado (fls. 402):

“Mandado de segurança — Taxa de Localização e Funcionamento de estabelecimento mercantil — Remessa ex officio e apelo voluntário.

Ilegalidade e inconstitucionalidade dos artigos 133 e 138 da Lei Municipal nº 3.112/83. Jurisprudência do Supremo Tribunal Fede-

ral no sentido da ilegitimidade da cobrança. Direito líquido e certo dos impetrantes caracterizado. Remessa conhecida, negando-se provimento e prejudicado o apelo voluntário, à unanimidade.”

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados em acórdão assim ementado (fls. 416):

“Embargos de declaração — Apelação cível — Pretensão de re-discutir a matéria decidida à unanimidade via embargos — Inexistência dos requisitos do art. 535 do CPC.

O acórdão reflete o constante nos votos vencedores e não no parecer do Ministério Público, que, aliás, coincide com a solução dada ao problema. Declarar não é reformar, adicionar ou estabelecer nova disposição, e sim esclarecer as dúvidas ou requisitos que ensejem os embargos, ausentes no caso. Recurso conhecido, negando-se provimento, à unanimidade.”

Sustenta o recorrente negativa de vigência ao art. 8º da Lei nº 1.533/51, pois, segundo seu entendimento, “os impetrantes, para terem garantido seu direito líquido e certo, teriam que *provar* que o Município de Vitória não estava exercendo seu poder de polícia; que não havia contra-prestação para cobrança da Taxa de Localização. Assim não o fizeram os Impetrantes.”

Contra-arrazoado (fls. 435-437), o recurso, cujo processamento foi ad-

mitido (fls. 439-440), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): A controvérsia foi solvida pelo acórdão recorrido, sob o seu prisma eminentemente de direito, com apoio em precedentes do Supremo. É o que se depreende deste trecho do julgado (fls. 404-405):

“Deve ser destacado que esta Egrégia Câmara já decidiu a respeito do assunto, conforme Mandado de Segurança nº 2.638/84 e 14.691, cujo acórdão foi o seguinte:

“Acorda a 1ª Câmara Cível, de acordo com... dar provimento ao apelo para decretar a nulidade dos documentos emitidos pela PMV, no tocante à renovação da taxa de localização pela flagrante ilegalidade, como também inconstitucionalidade dos artigos 133 a 138 da Lei Municipal nº 3.112/83, que instituiu tal tributo e que atritou com os artigos 77 e 78 do Código Tributário Nacional e arts. 18, I e § 2º da Constituição Federal.”

A Prefeitura Municipal de Vitória, interpondo Recurso Extraordinário nº 11.580-ES, relator o Mi-

nistro Djaci Falcão, assim manifestou-se na ementa:

“Taxa de renovação anual de licença para o funcionamento e localização. Inexistência de caráter contraprestacional específico do tributo exigido. Não há utilização potencial de serviço público. Ilegitimidade da cobrança. Precedente do STF.”

O Ministro Néri da Silveira, no RE 98.967 (RTJ 111/1.202-1.204) reafirmou o entendimento, examinando hipótese igual à presente nestes autos, e citando como precedente o RE 104.610, julgado em 22/03/85, Relator o Ministro Rafael Mayer. O Ministro Néri da Silveira, no RE 98.967 (RTJ 111/1.202/1.204) acentuou a ilegitimidade da cobrança da referida taxa. No mesmo sentido a decisão no RE 104.882-SP, relator o Ministro Rafael Mayer e o Ministro Octávio Gallotti (RTJ 114/1.194-1.201).

Finalmente, o direito líquido e certo dos requerentes encontra-se no fato de não serem obrigados a efetuar o pagamento da taxa de localização, quando da renovação dos alvarás anuais, razão pela qual os argumentos dispendidos pelo Município carecem de sustentáculo legal.”

No contexto assinalado, não há revisar a alegada ofensa ao dispositivo da lei federal colacionado, nem o pretendido dissenso de julgados.

Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no mesmo sentido do aresto recorrido, segundo se verifica das ementas abaixo transcritas:

“*Taxa de Renovação de Licença de Localização exigida pela municipalidade de São Bernardo do Campo com base da Lei Municipal nº 1.802/69 e suas alterações. É injustificável a cobrança por inexistir efetivo exercício concreto de poder de polícia. Recurso especial não conhecido (REsp nº 30.131-SP, rel. o eminente Ministro José de Jesus Filho, DJ 13.12.93).*”

“*Tributário. Taxa de Renovação de Licença de Localização e Funcionamento. Ilegitimidade.*”

— Sem a previsão legal da periodicidade e inexistindo a efetiva contraprestação de serviços públicos ou o exercício, em concreto, do poder de polícia, é ilegítima a cobrança anual da taxa de licença de localização e funcionamento.

— Precedentes.

— Recurso provido (REsp nº 43.517-0-SP — Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 16.05.94).

Tributário — Taxa de Renovação de Licença — Ilicitude.

Não é lícita a cobrança da taxa de renovação de licenciamento para localização, lançada pelo Município de São Bernardo do Campo (REsp nº 17.127-SP, Rel. o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 08.11.93).

Tributário — Recurso especial — Taxa de Licença para Localização, Funcionamento e Publicidade — Anualidade — Ausência de previsão legal — Precedentes — STJ.

É ilegítima a cobrança, pelo Município, da taxa para licença de localização, funcionamento e publicidade se ausentes a contraprestação de serviços e a materialização do poder de polícia, capazes de justificar a exação.

Ausente a previsão legal da periodicidade, é incabível a exigência anual das referidas taxas.

Recurso não conhecido (REsp nº 39.488-SP, Rel. o eminente Ministro Peçanha Martins, DJ 07.02.94).

“Tributário. Taxa de Renovação de Licença para Estabelecimento. Ilegitimidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Consoante jurisprudência pacífica desta Corte, é ilegítima a cobrança da taxa de localização, por ocasião de renovação das licenças de estabelecimento, por inexistência do poder de polícia e falta de contraprestação de serviços. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso provido, sem discrepância (REsp nº 30.606-RJ, Rel. o eminente Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 06.12.93).

“Tributário. Taxa de Renovação de Licença para Localização, Instalação e Funcionamento. Ilegalidade da exigência.

É ilegítima a exigência, pelo Município, anualmente, da taxa de localização e funcionamento, ainda que a título de fiscalização (REsp nº 17.810-SP, Rel. o eminente Ministro Hélio Mosimann, DJ 21.02.94).

“Taxa de Licença de Localização e Funcionamento — Renovação — Cobrança.

Ilegitimidade da exigência, pelo Município, da renovação da taxa para licença de localização e funcionamento diante da ausência de contraprestação de serviços e de materialização do poder de polícia.

Ilegal, outrossim, a sua cobrança, tomando-se por base o mínimo de empregados da empresa.

Recurso conhecido e provido (REsp nº 14.017-SP, Rel. o eminente Ministro Garcia Vieira, DJ 16.12.91).”

Isto posto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 50.961-0 — SP

(Registro nº 94.0020718-2)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorrido: *Município de São Paulo*

Advogados: *José Paulo Neves e outros, e Nadira Farah Gerab e outros*

EMENTA: *Tributário e Processual Civil — Recurso especial — Taxa de Licença para Localização, Funcionamento e Publicidade — Anualidade — Ausência de previsão legal — Divergência jurisprudencial — Precedentes STJ.*

— É ilegítima a cobrança, pelo Município, da taxa para licença de localização, funcionamento e publicidade se ausentes a contraprestação de serviços e a materialização do poder de polícia, capazes de justificar a exação.

— Ausente a previsão legal da periodicidade, é incabível a exigência anual das referidas taxas.

— Divergência jurisprudencial comprovada.

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 31 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente. Ministro PEÇANHA
MARTINS, Relator.

Publicado no DJ de 31-10-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial interposto via agravo de instrumento pela Caixa Econômica Federal — CEF, com apoio no art. 105, III, a e c da Constituição Federal contra acórdão do TRF da 3ª Região que negou provimento à apelação da

ora recorrente, por entender ser legítima a instituição e cobrança, pelo município, de taxa de licença para localização e funcionamento.

Sustenta negativa de vigência aos arts. 77 e 78 do CTN, alegando também divergência jurisprudencial com julgado deste STJ.

O Município de São Paulo ofereceu contra-razões às fls. 125/138.

Inadmitido o especial no Tribunal de origem, interpôs a recorrente agravo de instrumento a que neguei seguimento.

Interposto agravo regimental contra tal decisão, procedi ao reexame dos autos, constatando que o acórdão recorrido, no relatório, fez expressa referência a um dos dispositivos apontados como violados. Reconsidere a decisão agravada, determinando a subida do recurso especial interposto.

Não houve manifestação da Subprocuradoria Geral da República, por mim dispensada nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): A ilicitude da exigência periódica da taxa de licença para localização e funcionamento pelos municípios é objeto de jurisprudência tranqüila deste STJ, como vemos nas ementas seguintes:

“Tributário — Taxa de Funcionamento e Localização.

I — Impossível à Municipalidade exigir, anualmente, a taxa de localização e funcionamento a título de fiscalização. Precedentes do STF.

II — Provimento do recurso.” (REsp 11.532-SP, 1ª Turma, D.J. 17.02.92, pág. 1.358).

“Tributário. Taxa de Renovação de Licença para Estabelecimento. Ilegitimidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Consoante jurisprudência pacífica desta Corte, é ilegítima a cobrança da taxa de localização, por ocasião de renovação das licenças de estabelecimento, por inexistência do poder de polícia e falta de contraprestação de serviços. Precedente do STF e do STJ.

Recurso provido, sem discrepância.” (REsp 30.606-5-RJ, 1ª Turma, D.J. 06.12.93, pág. 26.647).

“Tributário — Taxa de Renovação de Licença de Localização — Ilegalidade.

— É defeso ao Município — por ausência de contraprestação de serviços ou exercício de poder de polícia — cobrar a taxa de renovação de licença de localização.” (REsp 26.716-3-SP, 1ª Turma, D.J. 21.02.94, pág. 2.125).

Também o STF já se manifestou assim:

“Taxa — Renovação de alvará — A exigência da Municipalidade de pagamento a título de renovação de alvará contraria o dispo-

to no inciso I do art. 18 da Constituição Federal de 1969. O poder de polícia é exercido quando da concessão da licença, exsurgindo a renovação, com automaticidade e periodicidade, como incompatível com o fato gerador pertinente à espécie de tributo que é a taxa. Precedentes do STF." (RE 120.210-6-RJ, STF, 2ª T., D.J. 31.05.91, pág. 7.239).

A questão dos autos não é diferente daquelas já apreciadas neste Tribunal.

A divergência jurisprudencial alegada veio comprovada nos termos do art. 255 e parágrafos do RISTJ.

Assim, conheço do recurso e lhedo provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 52.317-6 — SP

(Registro nº 94.0024131-3)

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

Recorrente: *Município de São Bernardo do Campo*

Recorrida: *Motel Bon Voyage Ltda.*

Advogados: *Drs. Dermeval Lopes Silva e outros, e Álvaro de Azevedo Marques Júnior e outros*

EMENTA: Taxa de Renovação de Licença para publicidade, localização e funcionamento exigida pela Prefeitura de São Bernardo do Campo com base na Lei Municipal nº 1.802/69 e suas alterações. A jurisprudência do STJ considera injustificável a cobrança da taxa de renovação por inexistir efetivo exercício concreto de poder de polícia. Dissídio pretoriano com julgado do Supremo Tribunal Federal reproduzido na RTJ vol. 141/pág. 953.

Recurso especial não conhecido por se elevar a questão a nível constitucional.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda 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 Hélio

Mosimann, Peçanha Martins e Antônio de Pádua Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de setembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

Publicado no DJ de 26-09-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de recurso especial manifestado pelo Município de São Bernardo do Campo estribado nas letras **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que inadmitiu a cobrança da taxa de renovação de licença para localização e funcionamento e para publicidade. Sustenta a Fazenda Municipal que tal **decisum** negou vigência aos artigos 77 e 78 do CTN, e dissentiu do RE nº 113.441 in DJ de 15.02.92. Foi o recurso inadmitido. Todavia, provi o agravo para melhor exame do contraditório.

É este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Provi o agravo para melhor exame da questão,

em face do recurso extraordinário trazido à testilha de nº 113.441 — publicado no DJ de 15.02.92 de autoria do em. Ministro Ilmar Galvão que já honrou a nossa Corte, quando dela participava. Examinando o julgado que veio reproduzido na RTJ nº 141/953, verifiquei que a cobrança da taxa exigida tem por fundamento o artigo 18, parágrafo 2º da Constituição pretérita. Sobre esse aspecto decidiu o Excelso Pretório, que a taxa de renovação de licença para localização e funcionamento e para publicidade exigida pela Municipalidade de São Bernardo do Campo era legítima, porque o Município exercia o poder de polícia por intermédio de seus órgãos fiscalizadores. A orientação em tela diverge frontalmente da jurisprudência iterativa desta Corte, em casos oriundos do Município de São Bernardo do Campo, a exemplo dos julgados que se seguem: REsp 39.488, Rel. Min. Peçanha Martins; REsp 43.517, Rel. Min. Cesar Rocha; REsp 39.308, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; REsp 42.519, Rel. Min. Demócrito Reinaldo e REsp 4.756, Rel. Min. Garcia Vieira, entre inúmeros outros. Aliás, já tive oportunidade de me manifestar sobre a questão no REsp 30.131, publicado no DJ de 13.12.93, pág. 27.436, assim ementado:

“Taxa de Renovação de Licença de Localização exigida pela municipalidade de São Bernardo do Campo com base na Lei Municipal nº 1.802/69 e suas alterações. É injustificável a cobrança por inexistir efetivo exercício concreto de

poder de polícia. Recurso especial não conhecido.”

Sucedem que o aresto do Supremo Tribunal Federal resolveu a questão a nível constitucional, não cabendo

a esta Corte a sua apreciação, mesmo em dissídio pretoriano, pois refoge ao seu âmbito.

Pelo exposto, não conheço preliminarmente do recurso.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 56.136-1 — RJ

(Registro nº 94.0032563-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Franco Bhering Barbosa e Novaes Consultores S/C Ltda.*

Recorrido: *Município do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Lídia Maria Schimmels dos Santos e outros, e Fernando dos Santos Dionísio*

EMENTA: *Tributário. Taxa de Renovação de Licença de Localização. Escritório de advocacia. Ilegitimidade.*

— **Inexistindo a efetiva contraprestação de serviços públicos ou o exercício, em concreto, do poder de polícia, é ilegítima a cobrança anual da taxa de renovação de licença de localização.**

— **Precedentes.**

— **Recurso 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 das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Milton

Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 21 de novembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 12-12-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: A sociedade recorrente, Franco e Barbosa Consultores Ltda., impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Chefe da Inspetoria Regional de Licenciamento e Fiscalização, com o intuito de se eximir da cobrança, no exercício de 1990, da Taxa de Renovação de Licença para Estabelecimento, devida anualmente ao Município do Rio de Janeiro. Argumentou a impetrante que o valor que estaria sendo cobrado, dez vezes superior ao devido no ano anterior, seria arbitrário, não guardando proporcionalidade com o poder de polícia exercido. Alegou, ainda, que por exercer atividades de advocacia, inexistiria por parte da Municipalidade qualquer prestação de serviço ou fiscalização que justificasse tal cobrança.

Sem sucesso em ambas as instâncias ordinárias, a autora interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do artigo 105 da Constituição, sustentando, além do dissenso interpretativo com julgados deste Tribunal e do STF, contrariedade aos artigos 77 e 78 do Código Tributário Nacional.

A egrégia Corte a **quo** rejeitou a pretensão da recorrente, considerando que, **verbis**:

“Os argumentos do apelante podem ser resumidos em tese única: a de que os escritórios de advocacia só se sujeitam ao pagamento de única taxa em face da municipalidade, relativamente à

contraprestação ao deferimento do pedido de licença para estabelecer-se com o escritório específico, a partir de então devendo obediência apenas ao órgão de classe, na forma da Lei 4.215/73.

Ledo engano!

A O.A.B. não é um poder paralelo à administração pública e não exerce polícia senão sobre o comportamento ético-profissional do advogado.

Ao Município cabe a polícia de segurança e higiene, além da fiscalização quanto à ordenação urbanística e de saneamento.

São poderes de naturezas diversas.

Como o órgão classista poderia intervir, e.g., na abertura de uma porta ou de uma janela diversas das constantes no projeto arquitetônico do escritório do advogado?

Crê-se que o apelante só terá como responder que o fechamento só pode ser determinado pela municipalidade.

Inconfundíveis o poder de polícia fiscalizador e o poder de polícia concedente, com fatos geradores e contraprestações diversas pelos serviços públicos prestados.

E efetivamente prestados.

Com efeito, a prestação do serviço de fiscalização não importa na presença física constante do agente fiscal na dependência fiscalizada.

Se não se faz presente fisicamente a fiscalização, só se pode

presumir que o comportamento do autor ante as posturas não merece qualquer reparo.

Este órgão julgador, em decisão recente, no julgamento do Apelo nº 10.714/92, relator o e. juiz Amorim da Cruz, unanimemente, assim dispôs, **verbis**:

“Mandado de segurança.

Via legítima na busca do anseio autoral, ante iterativa jurisprudência. Sua distinção do alvará de localização com cobrança única. Poder de polícia para cobrança única, quando a municipalidade tem órgão com atribuição de fiscalização à observância das posturas municipais.

Serviço público prestado à sociedade, retribuído com a cobrança da taxa. Matéria sumulada neste Tribunal pela maioria dos membros do Órgão Especial a que voluntariamente se adere (Súmula 22). Provedimento do apelo.”

E a citada uniformização de jurisprudência nº 22, desta Corte, afasta a tese da ocorrência do **bis in idem**.

A Lei Municipal nº 1.994, de 11 de junho de 1993, invocada pelo apelante às vésperas deste julgamento, não se aplica aos fatos geradores ocorridos antes de sua vigência, hipótese **sub examine**.” (fls. 263/264).

Afirma a recorrente que, nos termos da legislação tributária, as ta-

xas devem corresponder sempre à prestação de um serviço relacionado ao *efetivo* exercício do poder de polícia da Administração e não ao mero poder de polícia abstrato. E, no caso, não haveria qualquer contraprestação do Estado que fundamente a cobrança de taxa para a renovação do alvará de localização.

Contra-arrazoado, o recurso foi admitido na origem, ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): A questão é conhecida de ambas as Turmas integrantes da egrégia Primeira Seção desta Corte, estando pacificado o entendimento defendido pela recorrente.

É que se colhe dos seguintes julgados:

“Escritório de advocacia — Taxa de licença de localização — Funcionamento e instalação.

A atividade do advogado somente se subordina às normas éticas e estatutárias instituídas pela Lei nº 4.215/63.

O advogado é indispensável à administração da Justiça e a sua atividade profissional não pode sujeitar-se ao Poder de Polícia dos Municípios.

Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 7.831-SP, rel. o eminente

te Ministro Peçanha Martins, DJ 03.06.91).

“Taxa de Licença e Localização — Escritório de advocacia.

Ilegitimidade da exigência, pelo Município, de Taxa de Localização e funcionamento de escritório de advocacia, em face dos artigos 77 e 78 do Código Tributário Nacional.

Recurso conhecido e provido.” (REsp 15.642-SP, rel. o eminente Ministro Garcia Vieira, DJ 04.05.92).

“Tributário — Taxa de Renovação de Licença — Ilicitude.

Não é lícita a cobrança da taxa de renovação de licenciamento para localização, lançada pelo Município de São Bernardo do Campo.” (REsp nº 17.127-SP, rel. o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 08.11.93).

“Tributário — Recurso especial — Taxa de Licença para Localização, Funcionamento e Publicidade — Anualidade — Ausência de previsão legal — Precedentes — STJ.

É ilegítima a cobrança, pelo Município, da taxa para licença de localização, funcionamento e publicidade se ausentes a contraprestação de serviços e a materialização do poder de polícia, capazes de justificar a exação.

Ausente a previsão legal da periodicidade, é incabível a exigência anual das referidas taxas.

Recurso não conhecido.” (REsp nº 39.488-SP, rel. o eminente Ministro Peçanha Martins, DJ 07.02.94).

“Tributário. Taxa de Renovação de Licença para Estabelecimento. Ilegitimidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Consoante jurisprudência pacífica desta Corte, é ilegítima a cobrança da taxa de localização, por ocasião de renovação das licenças de estabelecimento, por inexistência do poder de polícia e falta de contraprestação de serviços. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso provido, sem discrepância.” (REsp 30.606-RJ, rel. o eminente Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 06.12.93).

“Tributário. Taxa de Renovação de Licença para Localização, Instalação e Funcionamento. Ilegalidade da exigência.

É ilegítima a exigência, pelo Município, anualmente, da taxa de localização e funcionamento, ainda que a título de fiscalização.” (REsp nº 17.810-SP, rel. o eminente Ministro Hélio Mosimann, DJ 21.02.94).

“Taxa de Renovação de Licença de Localização exigida pela municipalidade de São Bernardo do Campo com base na Lei Municipal n. 1.802/69 e suas alterações. É injustificável a cobrança por inexistir efetivo exercício concre-

to de poder de polícia. Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 30.131-SP, rel. o eminente Ministro José de Jesus Filho, DJ 13.12.93).

“*Taxa de Licença de Localização e Funcionamento — Renovação — Cobrança.*”

Ilegitimidade da exigência, pelo Município, da renovação da taxa para licença de localização e funcionamento diante da ausência de contraprestação de serviços e

de materialização do poder de polícia.

Ilegal, outrossim, a sua cobrança, tomando-se por base o mínimo de empregados da empresa.

Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 14.017-SP, rel. o eminente Ministro Garcia Vieira, DJ 16.12.91).

Por tais razões, dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 56.270-8 — RJ

(Registro nº 94.0033027-8)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Rozen Imóveis Ltda.*

Advogada: *Elza Maimone*

Recorrido: *Município do Rio de Janeiro*

Advogados: *Carmem Silvia Lima de Arruda e outros*

EMENTA: *Tributário. Taxa de Renovação de Licença Exigência do município. Ilegalidade.*

É ilegítima a cobrança da taxa de renovação de licenciamento para localização, lançada pelo Município.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos

termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins e Américo Luz. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 23 de novembro de 1994 (data do julgamento).

Publicado no DJ de 12-12-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto por Rozen Imóveis Ltda., fundado no artigo 105, inciso III, alíneas **a**, **b** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado, guarnecido pela seguinte ementa:

“Tributário.

Taxa de renovação anual de alvará para localização e funcionamento.

Mandado de segurança denegado — Apelação.

É devida a taxa como retribuição do exercício do poder de polícia pelo Município.

Desprovimento de recurso.”

Alega a recorrente, em síntese, que a decisão recorrida, ao julgar devida a taxa para renovação do alvará, o fez de forma contrária ao disposto nos artigos 77 e 78 do Código Tributário Nacional, eis que as atividades exercidas pelo ora recorrente não justificam o exercício do poder de polícia. Alega dissídio jurisprudencial.

Com as contra-razões de fls. 173/186, vieram os autos a esta superior instância.

É o relatório.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): O tema não é novo e já mereceu pronunciamento desta Corte, notadamente por sua Primeira Turma, conforme dão conta os seguintes precedentes:

“Tributário. Taxa de Renovação de Licença para Estabelecimento. Ilegitimidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Consoante jurisprudência pacífica desta Corte, ilegítima a cobrança da taxa de localização, por ocasião de renovação das licenças de estabelecimento, por inexistência do poder de polícia e falta de contraprestação de serviços.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso provido, sem discrepância (REsp nº 30.606-RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJ de 06.12.93).”

“Tributário. Taxa de Renovação de Licença. Ilicitude.

Não é lícita a cobrança da taxa de renovação de licenciamento para localização, lançada pelo Município do Rio de Janeiro. (REsp nº 41.232-RJ, in DJ de 16.05.94).”

Na linha dos precedentes colacionados, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 66.795-0 — RJ

(Registro nº 95.0025961-3)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Advocacia Celso Botelho de Moraes S/C*

Recorrido: *Município do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Celso Botelho de Moraes e outros, e Fernando dos Santos Dionísio e outros*

EMENTA: *Taxa de renovação — Licença de funcionamento — Poder de polícia — Fato gerador.*

A autorização para funcionar, no território do município, é a licença de localização e funcionamento. O exercício do poder de polícia não se efetivou nos anos subseqüentes ao de instalação.

Recurso provido para declarar ilegal a cobrança da taxa de fiscalização e localização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Brasília, 07 de agosto de 1995 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 04-09-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Advocacia Celso Botelho de Moraes S/C (fls. 243/262) interpõe recurso especial, com base na Constituição Federal, artigo 105, inciso III, alíneas **a**, **b** e **c**, aduzindo haver demandado a devolução dos valores indevidamente pagos a título de taxas de licença e de renovação de licença instituída pela Lei Municipal nº 1.371/88. A sentença julgou o pedido improcedente (fls. 148/151) e foi mantida pelo venerando acórdão recorrido (fls. 218/221) que conflita-se com os artigos 77 e 78 do Código Tributário Nacional e nega vigência à Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. Indicou de divergentes as decisões nos REsp nº 7.831-SP e RE nºs 100.019-9, 89.451, 90.989 e 87.186. Salienta os REsp nºs 15.153-0-SP, 3.838-SP, 15.642-SP.

Pede provimento e a condenação da recorrida nas custas e honorários.

Junta cópias dos acórdãos às fls. 263/277.

Sem contra-razões (fls. 281).

O recorrido vem, às fls. 287/290, pedir reconsideração do despacho de fls. 279, na petição, na qual pede “a republicação do despacho objeto da publicação datada de 01/02/94”.

Insiste o Município às fls. 292/295 para que se reabra vista para contra-arrazoar. Foi indeferido.

Despacho de fls. 297/298 admitiu o recurso.

Às fls. 302v^o, certificou-se a extração de agravo de instrumento do despacho que indeferiu o pedido de republicação de despacho para contra-razões.

Cuida-se, portanto, de ação ordinária de repetição de indébito cobrada pela taxa de alvará de localização e funcionamento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Apon-ta o recorrente como violados os artigos 77, parágrafo único e 78 do Código Tributário Nacional, versando sobre questão devidamente preques-tionada e comprovou a divergência nos moldes exigidos pelo artigo 26, parágrafo único da Lei nº 8.038/90 e artigo 255 de nosso Regimento.

Conheço do recurso pelas letras **a**, **b** e **c**.

O recurso é admissível e merece provimento.

O Município do Rio de Janeiro, através da Lei Municipal nº 1.371/88, exige, inclusive do recorrente, a taxa de renovação e licença de funciona-mento de estabelecimento.

A edição dos Decretos nºs 7.458/88 e 8.435/89 define o poder de polícia da municipalidade.

A base de cálculo da referida taxa foi estabelecida pela Lei nº 691/84, como sendo a superfície utilizada para o exercício da atividade e a distância que separa o estabelecimento da sede do órgão fiscalizador.

Apreciando o Recurso Especial nº 3.838-SP, DJ de 11/03/91, entendi que:

“A taxa de licença de localiza-ção e funcionamento de atividades comerciais, industriais e profissionais, instituída pela Prefeitura Municipal de Sorocaba-SP (Lei Municipal nº 1.444/66, com a re-dação da Lei nº 2.248/83), tem como base de cálculo o metro qua-drado (m²) de área ocupada (docs. de fls. 08/10). Este fato é confir-mado pela própria autoridade coa-tora, em suas informações (fls. 36/40), ao esclarecer que:

“... a base de cálculo da taxa de localização e funcionamento diz respeito à área de funciona-mento da atividade, de estaciona-mento e de vinculação.” (fls. 39)

Embora a base de cálculo do Imposto sobre Propriedade Pre-

dial e Territorial Urbana seja o valor venal do imóvel (artigo 33 do CTN), o metro quadrado de área é sempre levado em conta para sua fixação. É claro que a área do imóvel influi sempre e decisivamente no valor do imóvel urbano. Ora, “A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto...” (artigo 77, parágrafo único do CTN). O artigo 18, parágrafo 2º da Constituição Federal anterior era mais incisivo e determina que: “Para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos”.

A atual Constituição Federal, em seu artigo 145, parágrafo 2º deixa claro que: “As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”. O Eminentíssimo Ministro Décio Miranda, no seu voto proferido no RE nº 90.315-PE, RTJ nº 92/874, acentuou que nossa Corte Maior, em vários acórdãos, tem fulminado referida taxa, “... sob o fundamento de que seu fato gerador coincide com o do imposto predial urbano, porquanto levam em conta os Municípios, nas leis respectivas, a área construída e o respectivo valor, fatores que também servem ao imposto predial” (fls. 877).

Nos ERE nº 115.683-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Célio Borja, DJ do dia 23/02/90, o Pretório Excelso firmou entendimento no sentido de “Impossibilidade de utilização da base de cálculo idêntica (o metro quadrado da área ocupada ou construída do imóvel),

como ocorre no caso, para a cobrança de tributos distintos. Vedação do artigo 18, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1967/69.”

A Municipalidade sustenta que a taxa instituída pela Lei nº 691/84 do Código Tributário do Município apresenta requisitos necessários à validade da taxa de fiscalização para funcionamento.

A Constituição Federal vigente, no seu artigo 18, inciso I, confere aos Estados o poder de instituir “taxas, arrecadadas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”. Têm elas como fato gerador “o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (CTN, artigo 77). O artigo 78 do Código Tributário Nacional define o que seja poder de polícia.

No caso **sub judice**, só houve a contraprestação do serviço pelo Município e a materialização do poder de polícia (artigos 97 e 98 do CTN), quando o autor obteve autorização para funcionar no território do Município, conseguiu a licença de localização e funcionamento e não nos anos que se seguiram. Deixou de existir o exercício do poder de polícia e a utilização do serviço público. Na hipótese, não se pode afirmar que a referida taxa tem, como fato gerador, “o exercício regular do po-

der de polícia, ou a utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (CTN, artigo 77, **caput**).

Nestes autos não se comprovou o exercício desse poder de polícia, nos anos subsequentes à instalação da recorrida. Décio Miranda, no RE nº 90.315-PE, afirmou que o Colendo Supremo Tribunal Federal, em reiterados acórdãos, entendeu não existir o “exercício do poder de polícia que poderia justificar a cobrança das taxas, especialmente, a de licença para localização. Em tese, seria possível vislumbrar esse exercício do poder de polícia na concessão inicial da licença, quando o município tem de aferir as condições do estabelecimento, e ver se trata de empreendimento consentâneo com as posturas locais. Já o mesmo não ocorreria na taxa de renovação de licença para lo-

calização, onde nada haveria que verificar, porque o estabelecimento é o mesmo que inicialmente já fora licenciado.

Competia à recorrida fazer a prova de ter, efetivamente, prestada às recorrentes, os serviços públicos específicos nos anos posteriores à instalação destas e ela não fez esta comprovação. Já estando a autora devidamente instalada, presume-se não ter havido, depois de sua instalação e pagamento da referida taxa, nenhuma prestação de serviços por parte da Municipalidade, nos anos posteriores.

Dou provimento ao recurso para julgar procedente o pedido, reformar o venerando aresto recorrido e declarar ilegal a cobrança da taxa de fiscalização e localização, instituída pela Municipalidade e condeno a ré nos encargos da sucumbência e honorários de 5% (cinco por cento) sobre o valor corrigido dado à causa.

SÚMULA Nº 158

Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção, que não mais tenha competência para a matéria neles versada.

Referência:

— CPC, art. 546, I.

AgRg no EREsp 42.280-RJ (CE 26.10.95 — DJ 27.11.95)

EREsp 35.314-3-SP (CE 10.08.95 — DJ 11.09.95)

EREsp 43.239-6-SP (CE 08.06.95 — DJ 27.05.96)

EREsp 50.442-SP (CE 10.08.95 — DJ 04.09.95)

Corte Especial, em 15.05.96.

DJ 27.05.96, p. 18.029

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
EM RECURSO ESPECIAL Nº 42.280 — RJ

(Registro nº 95.0046273-7)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Agravantes: *Mário de Souza Tobosa e outros*

Agravado: *O r. despacho de fls. 1.080*

Parte: *União*

Advogados: *Drs. Adilson de Vasconcellos Leal e outros*

EMENTA: Embargos de divergência.

Não se presta, para justificar o dissídio, de molde a ensejar esse recurso, a indicação de paradigma oriundo de Seção que já perdeu a competência para a matéria.

Inexistência, de qualquer sorte, da alegada divergência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provi-

mento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros José de Jesus Filho, Assis Toledo, Garcia Vieira, Cláudio Santos, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, José Dantas, William Patterson, Cos-

ta Leite e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Cid Flaquer Scartezzini, Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Waldemar Zveiter e Fontes de Alencar.

Brasília, 26 de outubro de 1995 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 27-11-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Havendo Mário de Souza Tolosa e outros apresentado embargos de divergência, visando a reformar acórdão proferido em recurso especial, no processo em que litigam com a União, proferi a seguinte decisão:

“Trata-se de embargos de divergência, visando a reformar decisão da Quinta Turma deste Tribunal, pertinente ao direito de perceber diárias de asilado. Apontou-se dissídio com julgado da Segunda Turma.

O órgão que prolatou o julgamento embargado integra a Terceira Seção deste Tribunal que, a partir da Emenda nº 2, é o compe-

tente para a matéria de que se cogita, já que lhe cabe apreciar as questões pertinentes a servidores públicos civis e militares. O paradigma é de Seção que não tem mais competência para essa matéria. Firmou-se o entendimento da Corte Especial no sentido de que não se presta a embasar embargos de divergência acórdão de Turma que não mais detém competência para decidir a respeito do que neles se cogita.

De qualquer sorte, entretanto, não se configura o dissídio. O julgado que se intenta modificar cingiu-se a considerar que ficara resguardado o direito adquirido, nos termos da Súmula 162 do TFR, não demonstrado houvesse diminuição dos proventos. Já o paradigma decidiu a respeito de quando devida a questionada diária.

Não admito os embargos”.

Interpuseram os embargantes agravo regimental. Sustentam que a circunstância de o julgado paradigma haver sido proferido por Turma integrante de seção que não tem mais competência para a matéria seria irrelevante, uma vez que a lei não faz tal distinção. Salientam que o Supremo Tribunal Federal decidiu que se presta para fundamentar recurso, com base no dissídio, aresto de Tribunal já extinto, como é o caso do Tribunal Federal de Recursos. Afirmam, ainda, que a questão nodal, no acórdão impugnado e naquele trazido a confronto, é a mesma. Diz com a manutenção do direito a

perceber diárias de asilado, em lugar do auxílio invalidez, em virtude do decréscimo da remuneração que ocorreria com a substituição. Em ambos, o tema é relativo a direito adquirido.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Os embargos de divergência têm como razão de se evitar que persista, dentro do Tribunal, dissídio a respeito da interpretação do direito federal. Esse motivo não existe quando o paradigma é de Turma que não tem mais competência para a matéria. Há de prevalecer o entendimento da Seção para isso competente. Não se justificaria que a Corte Especial houvesse de interferir, por meio desse recurso,

eventualmente impondo exegese diversa daquela consagrada na Seção.

De qualquer sorte, entretanto, não se configura realmente o dissídio.

O acórdão embargado, completado pelo julgamento de pedido de declaração, firmou-se em que fora resguardado o objetivo da Súmula 162 do Tribunal Federal de Recursos, consistente em assegurar o direito adquirido. E o embargante deixara de comprovar que tivesse sofrido diminuição de seus proventos. O julgado da colenda Segunda Turma não discutiu esse tema. Cuidou do pertinente a quando seria devida aquela diária e assinalou que a ela fazia jus o militar que, na vigência da Lei 4.863/65, sofresse doença incurável. De nenhum modo tratou da matéria pertinente à substituição daquele benefício pelo auxílio-acidente.

Nego provimento.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

Nº 35.314-3 — SP

(Registro nº 94.0004015-6)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Embargante: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. João Abel Júnior e outros*

Embargado: *José Geraldo da Silva*

Advogado: *Dr. Jayme Arbex*

EMENTA: Processual Civil. Embargos de divergência. Paradigmas. Acórdãos de Turmas que perderam a competência sobre a matéria.

I — Não servem para demonstrar o dissídio, ensejador da interposição dos embargos de divergência, acórdãos de Turmas que perderam a competência para a matéria objeto do aresto embargado. Precedentes.

II — Embargos de divergência não conhecidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, preliminarmente, por unanimidade, não conhecer dos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, José de Jesus Filho, Assis Toledo, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Luiz Vicente Cernicchiaro, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Hélio Mosimann, José Dantas, Antônio Torreão Braz e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros William Patterson, Peçanha Martins e Demócrito Reinaldo.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 10 de agosto de 1995 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 11-09-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Ao admitir estes embargos, proferi o seguinte despacho (fls. 93):

“Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, ao acórdão de fls. 82, que decidiu na consonância da seguinte ementa:

*“Processual Civil. Acidente do trabalho. Liquidação de cálculo. Ministério Público. Legitimidade para recorrer **in concreto**. Recurso especial improvido.*

I — O recorrente especial (INSS) pondera que houve acordo entre o acidentado, através de seu advogado, e a Autarquia Previdenciária, no tocante aos cálculos. Assim, ao Ministério Público falece legitimidade recursal (agravo de instrumento).

II — O Ministério Público tem legitimidade recursal nos termos do **caput**, e § 2º, do art. 499 do CPC. No caso em foco, ele recorre como **custos legis**. *Seu recurso não se faz **in abstracto**, mas **in concreto**. Mes-*

mo com a anuência do acidentado, o Curador de Acidentes do Trabalho teve por lesivo ao acidentado o índice aplicado nos cálculos.

III — Recurso especial improvido.”

Alega a embargante dissídio com o decidido nos REsps nºs 2.613-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, e 4.343-SP, Rel. Min. Américo Luz. Nesses arestos concluiu-se pela falta de interesse de recorrer do Ministério Público.

Isto posto, admito os embargos. Dê-se vista ao embargado (RISTJ, art. 267).

Intimem-se.”

Não impugnados os embargos (fls. 94), os autos vieram-me conclusos. É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Sr. Presidente, esta Corte decidiu questão de ordem, suscitada pelo ilustre Ministro Waldemar Zveiter, quando do julgamento dos EREsp nº 43.139, no sentido de que, neste tipo de embargos, não servem à demonstração de divergência acórdãos provenientes de Turmas que perderam a competência para julgar a matéria questionada. Essa orientação foi reiterada por ocasião do julgamento do EREsp nº 50.442-7-SP, Relator o eminente Ministro José Dantas.

Isto posto, preliminarmente, não conheço dos embargos.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, pela ordem. Tenho uma preliminar de conhecimento, porque penso que o caso é de reiteração de um julgamento que acabamos de fazer, sob minha relatoria.

Não conheço dos embargos e peço para votar antecipadamente ao pedido de vista. Não conheço dos embargos, porque o acórdão que está em causa foi proferido pela Sexta Turma, quando a Turma do acórdão paradigma não mais detinha competência para julgar a matéria de acidente do trabalho.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Aparte): Então, Sr. Ministro, peço destaque, pois também gostaria de votar. Essa questão não veio a lume.

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Acabamos de votar que aquela questão de ordem se aplica mesmo que a Corte já tenha jurisprudência em contrário, como foi o caso que citei (voto anexo).

“ANEXO

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL Nº 50.422-7 — SP

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, preliminarmente, lembro orientação re-

cente desta Corte Especial, via de Questão de Ordem proferida nos EREsp 43.139, Rel. o Sr. Min. Waldemar Zveiter, no sentido de que, neste tipo de embargos, não servem à demonstração de divergência decisões provenientes de Turmas que perderam a competência para a matéria de que se trate.

É bem o caso dos autos, no qual dita demonstração se embasa na divergência apurada entre antigos acórdãos da Primeira Turma e um mais recente da Sexta Turma.

Desse modo, embora pese considerar que o v. acórdão embargado, a esta altura da desejada uniformização da jurisprudência, deveras, hostiliza a orientação agora assentada por esta Corte Especial sobre a controvérsia (v. acórdãos nos EREsp 50.722, Rel. Min. Garcia Vieira, e 53.423, Min. Hélio Mosimann), não vejo como subtrair o caso ao regime daquela Questão de Ordem, por sua consabida natureza normativa.

Portanto, não conheço dos embargos.”

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
Nº 43.239-6 — SP

(Registro nº 94.0018704-1)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Embargante: *Texto S/A Informática e Automação de Escritório*

Embargado: *Adam Blau*

Advogados: *Isabel Cristina da Silva e outros, e Sílvia Ferraz do Amaral de Oliveira e outro*

EMENTA: *Embargos de divergência — Recurso especial — Acórdão paradigma — Demonstração de dissídio.*

I — Não servem à demonstração de dissídio, nos Embargos de Divergência, Acórdãos de Turmas que, por força regimental, tenham perdido a competência para a matéria de que se trata.

II — Embargos não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformida-

de dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer dos embargos de divergência, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator.

Os Senhores Ministros Fontes de Alencar, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, José Dantas, Antônio Torreão Braz, Bueno de Souza, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Assis Toledo, Edson Vidigal e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cid Flaquer Scartezzini, José de Jesus Filho e Luiz Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 08 de junho de 1995 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

Publicado no DJ de 20-05-96.
Republicado no DJ de 27-05-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Embargos de Divergência opostos por Texto S/A — Informática e Automação de Escritórios ao Acórdão prolatado pela Sexta Turma, no REsp nº 43.239-1-SP, cuja ementa dispôs (fls. 131):

“Civil — Locação — Denúncia vazia — Revisional — A revisão visa a impedir que a desatualização do valor do aluguel favoreça injustamente o inquilino. Evidencia-se hábil, ainda que o senhorio possa valer-se da denúncia vazia. Coro-

lário do princípio que veda o enriquecimento sem justa causa.”

Alega a embargante que o Aresto diverge da orientação adotada em precedentes da Terceira Turma e Segunda Seção, versando a mesma matéria, onde sustentada tese no sentido de que as locações não residenciais, sujeitas à disciplina da Lei nº 6.649/79 e à denúncia vazia, não ensejam ação revisional de aluguéis. (fls. 141/168)

Às fls. 173, exarei despacho admitindo os Embargos e em impugnação, pede o embargado sejam eles rejeitados (fls. 175/180).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Tenho que o dissenso restou comprovado através dos julgados das Egrégias Terceira Turma e Segunda Seção, trazidos à colação (art. 266, § 1º, do RISTJ).

Trata-se de Ação Revisional de Aluguel em locação não residencial e não sujeita ao Decreto nº 24.150/34.

O Acórdão embargado concluiu pelo cabimento da Revisional, em casos tais, por entender aplicáveis analogicamente os parágrafos 4º e 5º, do art. 49, da Lei nº 6.649, de 1979, às locações não residenciais, para retomada do imóvel.

Estas as razões do voto condutor da lavra do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro:

“Cinge-se a controvérsia quanto à possibilidade de aplicação analógica dos parágrafos 4º e 5º do art. 49 da Lei 6.649/79 aos contratos de locação não residenciais.

O acórdão recorrido entendeu pela não aplicabilidade dos dispositivos legais referidos, à luz da idéia de que “a denúncia vazia é o instituto hábil e capaz de impor equilíbrio às partes contratantes em se tratando de contrato de locação comercial”. E acrescenta:

“Tal é o entendimento que deve prevalecer. Afinal, a própria norma autorizadora da invasão, pelo Judiciário, nos ajustes celebrados pelas partes para rever o aluguel fixado encontra-se no Capítulo II, relativo às locações residenciais, de sorte que o interesse do locador em rever o aluguel, na locação não residencial e não sujeita à Lei de Luvás, não estava, à época, protegido.” (fls. 88).

Data venia, ouso divergir do aresto hostilizado. A interpretação do julgado peca por cumprir-se a interpretação literal. O direito é mais amplo. À lei, deve-se conferir preferência ao princípio jurídico. Cumpre superar os limites da exegese, originais da Escola Francesa.

O direito não se desvincula da justiça. O justo precisa ser ponderado. Caso contrário, ter-se-á raciocínio meramente formal, reduzindo-o a mero jogo de lógica menor.

A revisão visa a impedir que a desatualização do valor do aluguel favoreça injustamente o inquilino. Resulta do princípio que veda o enriquecimento sem justa causa.

O Direito, ademais, não é apenas norma. Pondera também o fato. Antes considerado axiologicamente.

Dou provimento ao recurso, a fim de reformar o v. Aresto, determinando a seqüência do processo no processo no 1º grau da jurisdição.”

Contra esta decisão traz a embargante Arestos onde adotada tese em sentido contrário à sustentada no julgado embargado.

A matéria já foi objeto de debate na Egrégia Segunda Seção, consolidando-se o entendimento, segundo o qual as locações não residenciais, sujeitas à disciplina da Lei nº 6.649/79 e à denúncia vazia, não ensejam ação revisional de aluguéis.

No precedente da Colenda Terceira Turma, de minha relatoria — (REsp nº 16.474-0-SP — DJ de 4.5.92), trazido à colação, assim, proferi:

“... cuida-se de exegese deduzida de premissa onde se coloca que, não se chegando a um acordo quanto ao valor do novo aluguel, tem o locador instrumento eficaz para fazer valer seu inconformismo. Vale ressaltar, utiliza a *denúncia vazia* e com este meio judicial pode cumprir seu **desideratum**.

Quando do julgamento do REsp nº 9.494-0-SP (DJ de 21.8.91), pa-

ra o qual fui designado para lavrar o Acórdão, sustentei que inexistia norma a respeito de revisão judicial de alugueres em se tratando de locação não residencial não subordinada à Lei de Luvas (Decreto nº 24.150/34). Não havendo prorrogação forçada, não se justifica a intervenção judicial para fixar um aluguel em desacordo com os reajustes no contrato. A melhor doutrina vê no mecanismo da denúncia vazia o instituto hábil e capaz de impor equilíbrio às partes contratantes, quando expirado o prazo da avença. Inteligência do art. 49 da Lei nº 6.649/79. E é isso que ensinam **Paulo Restiffe Neto** — Locação, Questões Processuais — e **Rogério Lauria Tucci e Álvaro Villaça Azevedo** — Tratado de Locação Predial Urbana.

Nesse mesmo sentido, confira-se REsp nº 11.519-0-SP, de minha relatoria (DJ de 7.10.91).”

A Egrégia Quarta Turma, em caso símile, quando do julgamento do REsp nº 27.913-0-RJ, relatado pelo eminente Ministro Athos Carneiro, consignou:

“Trata-se de revisional de locação de imóvel para finalidade não-residencial, excluída do âmbito do antigo Decreto nº 24.150/34.

Entendeu o v. acórdão que a ausência de previsão legal para o reajuste de valores locativos de imóveis não-residenciais, não significa a impossibilidade jurídica do pedido. A corrosão da contrapresta-

ção pelo uso da coisa locada, a manutenção do equilíbrio entre as partes contratantes e a aplicação da lei por analogia, justificariam a possibilidade da renovatória.

No apelo especial, sustenta o recorrente que a ação revisional fundada no art. 49 e §§ da Lei nº 6.649/79 só é cabível nas locações residenciais. E realmente as Turmas da Egrégia Segunda Seção desta Corte adotam entendimento no sentido da inviabilidade da demanda revisional para reajustamento de alugueres de imóveis não-residenciais. Em casos semelhantes, v.g., assim se pronunciou esta Quarta Turma no REsp nº 8.014-0-SP, relatado pelo eminente Ministro Barros Monteiro, que em seu voto ressaltou:

“Não há dúvida, portanto, quanto à base empírica sobre a qual se assentaram as instâncias ordinárias. Cuida-se, na espécie, de locação não residencial, excluída da proteção do Decreto nº 24.150/34.

Firmado tal pressuposto, afirma-se inequívoco que ao Tribunal a quo não era dado aplicar à hipótese **sub judice** o disposto no art. 49, §§ 4º e 5º, da citada Lei nº 6.649/79, ainda que por analogia. Isto porque tais incisos dizem respeito exclusivamente às locações residenciais.

Ainda há poucos dias, esta Egrégia Quarta Turma, quando da apreciação do REsp nº

7.706-0-SP, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, teve ocasião de assentar que: “sendo a locação de imóvel não residencial, consoante decidiram as instâncias ordinárias, inaplicável era a norma do art. 49 da Lei nº 6.649/79, destinada tão-somente às locações de imóveis residenciais...”.

Como ainda referido no mencionado precedente, em se tratando de imóvel não residencial, não abrangido pelas disposições da Lei de Luvas, o caminho para a revisão do aluguer é o acordo amigável e, uma vez não concretizado o acordo, a solução passa a ser a retomada do imóvel via denúncia vazia.

De outro lado, inviável equiparar-se a situação encontrada na presente locação com aquela entrevista na locação regida pela Lei nº 6.239, de 19.9.75, que regula ações de despejo de hospitais, unidades sanitárias oficiais, estabelecimentos de saúde e de ensino. O aludido diploma legal é reconhecidamente lei de exceção, que privilegia o inquilino, a ponto de restringir demasiado a faculdade do locador de retomar o imóvel. Aí haveria motivo justificado para admitir-se a revisão judicial dos alugueres; não no caso em tela, em que, como anotou o ora recorrente, a liberdade contratual se acha amplamente preservada.

Tenho, por conseguinte, que o Acórdão recorrido malferiu o

estatuído no art. 49, §§ 4º e 5º, da Lei nº 6.649, de 1979”.” (DJ de 23.11.93)

Reconheço relevantes os fundamentos expendidos no Acórdão embargado, assim como em tantos outros que pude apurar, da relatoria de eminentes colegas que aderiram à tese que ali se sustenta, e que integram a colenda Terceira Seção, à qual em reforma regimental se atribuiu competência para processar e julgar os feitos relativos à locação predial urbana, até então submetidos à colenda Segunda Seção.

Contudo, consoante tenho por demonstrado neste voto a eles não posso aderir por duas razões. A uma porque, dispondo o locador da denúncia vazia, torna livre a negociação entre as partes sobre a conveniência do novo aluguel. A outra porque em boa regra de hermenêutica só se justifica a aplicação analógica à falta de disposição legal a regular a matéria.

Na espécie não vejo presente qualquer lacuna na lei senão que tratamento diferenciado, no dizer do Ministro Eduardo Ribeiro, fundado em boas razões. Não havendo prorrogação forçada não se justifica a intervenção judicial para fixar um aluguel em desacordo com o que foi ajustado pelas partes e, de certo modo, tacitamente reajustado, na medida em que não se pede a retomada do imóvel (REsp nº 7.351/SP — fls. 164).

Com base nesses lineamentos, e com a devida vênia dos que pensam, em contrário, acolho os Embargos e

lhe dou provimento para que, reformada a decisão embargada, restabelecer a r. sentença de primeiro grau que extinguiu o processo, sem exame do mérito (art. 267, VI, do CPC).

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Aparte): Eminentíssimo Ministro Waldemar Zveiter, V. Exa. permite-me um aparte? Gostaria de dar um esclarecimento à Corte.

Trata-se de locação comercial não regida pelo Decreto nº 24.150, porque se for regida pela Lei de Luvas ou pela atual Lei de Locações, a revisional do aluguel pode ser proposta. A Lei de Luvas permitia que, após três anos, modificadas as condições do contrato, se propusesse a ação revisional. A Lei nº 6.649 permitiu a revisional para as locações residenciais. Então, o que ficou de fora? As locações comerciais que constituem uma parcela significativa no mercado, que não estejam ao abrigo da Lei de Luvas ou da Lei nº 6.649.

Essa parcela não poderia exercer ação revisional, mas poderia exercer o mais, isto é, a denúncia vazia. Os proprietários — e este tem sido o grande argumento de Tribunais estaduais — que por uma questão, quem sabe, de esquecimento do Legislador, ficaram de fora da possibilidade da revisional — se querem aumentar o aluguel, despejam o inquilino e alugam o imóvel para um novo inquilino, fixando o aluguel que bem entendem.

Parece, pois, evidente que melhor atenderia aos fins sociais da lei permitir-se ao proprietário do imóvel o

exercício de um direito menor, que é o de acionar o próprio inquilino para obter, sob o crivo do Poder Judiciário, reajuste de aluguel, sem necessidade do despejo.

Este é o esclarecimento que queria dar, acrescentando que a Jurisprudência desta Corte, através das duas Turmas que hoje compõem a Terceira Seção, evoluiu nesse sentido.

Assim, a jurisprudência mais antiga está superada, razão pela qual não vejo como adotá-la.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Sr. Ministro Assis Toledo, agradeço porque V. Exa. me concede a oportunidade de, talvez, aclarar melhor o meu pensamento. Obviamente que não faço nenhuma consideração crítica ao esclarecimento que V. Exa. prestou, mas não passou despercebida a nós, integrantes da 2ª Seção, esta questão abordada por V. Exa. Tenho ainda que essa jurisprudência não é tão antiga assim, a ponto de podermos desprezar os fundamentos que nos levaram, inclusive com a prazerosa companhia de todos os integrantes da Egrégia 2ª Seção, a adotar o sentido da livre negociação entre as partes em face do direito de contratar.

Sabemos que todas essas questões que envolveram as locações prediais, e que estão muito longe de serem solucionadas como fato social, como crise social de habitação, notadamente no nosso país, emergiram no sen-

tido de proteger-se, evidentemente, a parte mais fraca, os locatários, ou inquilinos. Do que pude depreender dos vários acórdãos que coligi da Egrégia 3ª Seção, é que ao revés de se proteger o inquilino, neste caso, o que se está, efetivamente, propiciando é o exercício de um direito, por aplicação analógica, que o Legislador não quis dar ao proprietário, ao locador. As partes contratantes estabelecem o valor locatício; vencido o contrato, ou o inquilino ajusta-se com o proprietário e este com aquele, ou o proprietário há de valer-se do despejo para procurar um novo locatário. E, dentro dessa crise de imóveis em que vivemos, o que é melhor para o proprietário, ou para o inquilino? Não sei e penso que não devo levar em linha de consideração tal fato, quando o Legislador quis — e é o que tem-se pretendido na evolução do tema, desde a antiga legislação que passou a reger as locações residenciais, no período da Segunda Guerra, a Lei nº 1.300, foi restabelecer gradativamente a liberdade de contratar. De um lado examinado para que possa entusiasmar os proprietários à construção e à oferta de novas residências, tanto para venda quanto para locações. A liberdade de contratar estimula a construção de imóveis. Dificilmente hoje se investe no ramo quanto se investia antes da Primeira Guerra, quando interveio o Estado, para se obter rendimentos com os alugueres dos imóveis. De outro, se o Legislador ao editar a norma que rege as chamadas locações não residenciais restabeleceu a liberdade de contratar, não a vejo prejudicar nem

o proprietário nem o inquilino. O sentido protetivo e intervencionista do Estado ainda está prevalente na Lei para Locação residencial, porque nela prevista a Ação, a revisional.

De igual no que diz com a Legislação protetiva do fundo de comércio. Em ambos manteve o Legislador a possibilidade da Ação Revisional, objetivando o fim social a que se destinam: preservar a moradia e o estabelecimento comercial nos imóveis locados.

Neste caso, contudo, cuida-se de locações não residenciais e sem fundo de comércio.

Casos nos quais caminhou a Lei para restabelecer o princípio da liberdade de contratar. Permitindo-a, nem o economicamente mais fraco, nem o mais forte têm prejuízos, exercitam-na e a conduzem de acordo com as cláusulas que estabeleceram no contrato. Por isso que inexistente lacuna ou omissão na Lei, não há, **data venia**, como invocar-se a analogia, para aplicá-la.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Aparte): V. Exa. me permita? Aquela pequena parcela de proprietários que não está amparada na Lei de Luvás, ou pela Lei do Inquilinato pode propor ação de despejo por denúncia vazia. Se ele opta por propor uma ação revisional e abre mão de um direito maior, está exercendo sua liberdade. O inquilino que, por sua vez, pode devolver o imóvel por estar vencido o contrato e não se submeter a uma ação revisional, também exerce sua liberdade. O proprietário optou, podendo despejar, pela ação re-

visional. O inquilino, podendo abandonar o imóvel, optou por discutir em juízo o valor justo do aluguel. Estão todos exercendo o direito de liberdade. E o Poder Judiciário decide, afinal.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Ambos, exercendo sua liberdade, poderiam convenicionar o aluguel que melhor lhes aprouvesse. Porque o Estado deve intervir para dizer qual o aluguel que deve ser fixado, quando sabidamente a Lei assim não dispôs?

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Porque as partes recorreram ao Judiciário e pediram que o Estado assim o fizesse.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Agradeço a oportunidade que o Eminentíssimo Ministro Assis Toledo me permitiu para poder aclarar melhor o meu ponto de vista. Entendo que a posição adotada pela 2ª Seção não era distanciada dos relevantes argumentos trazidos por S. Exa., mas que considerados pela Terceira Seção, não foram, sob tal ótica, acolhidos.

RETIFICAÇÃO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, trata-se de uma questão preliminar intransponível.

Não conheço dos embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, fico com as rei-

teradas orientações da Quinta e da Sexta Turmas, no sentido de que, segundo o feliz resumo do argumento há pouco usado pelo Ministro Assis Toledo: “quem pode o mais, pode o menos”.

Até me atemoriza o fato de que a essa altura da nova lei inquilinária, pela qual os próprios imóveis residenciais estão sujeitos à denúncia vazia, venha se aplicar essa “terrível” doutrina da compulsoriedade da ação.

Desta forma, com a devida vênia, acompanho o Sr. Ministro Peçanha Martins.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Sr. Presidente, essa matéria é hoje da competência exclusiva da Terceira Seção.

A reforma do regimento interno trouxe, como conseqüência, essa anomalia e agora estamos diante de duas correntes jurisprudenciais: uma da Segunda Seção, que perdeu a competência para julgar a matéria objeto dos embargos e outra, em sentido oposto, da Terceira Seção. Como esta vem decidindo no mesmo sentido do acórdão embargado, e para que se afaste essa dubiedade na interpretação da lei federal em foco, **data venia** do Ministro-Relator, rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, por lou-

váveis que sejam as razões nas quais se inspira a tese que fomenta a abertura da justiça para ações revisionais, não contempladas na lei, penso, contudo, que não se harmonizam, como muito bem lembrado pelo eminente Ministro-Relator, com os princípios que devem prevalecer no âmbito do direito privado. Se, como Juízes, optarmos pelo caminho proposto (de verificarmos o que deve ser mais conveniente para a sociedade), não daremos contribuição útil à ordem jurídica. Quando o legislador desagrada a maioria da opinião pública, esta dispõe de meios de corrigir o legislador (como a pressão sobre o Congresso); mas não tem como pressionar o Judiciário. Então, ao Judiciário, a meu ver, não cabe adivinhar o que seria mais conveniente. Cabe um olhar para a lei.

E, interpretada na sistemática do direito brasileiro, esta revisional foi recusada pelo legislador. Não nos cabe, aqui, diante de uma posição clara, reiterada e histórica do legislador brasileiro, inovar repentinamente as normas e os princípios que governam a revisão de determinada classe de locações prediais urbanas e comerciais.

Dispensando-me de outras considerações, porque o assunto foi já bastante debatido, acompanho o Senhor Ministro-Relator.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Ministro Costa Leite, não havia atentado para este fa-

to que V. Exa. acabou de ressaltar, isto é, de que ambas as Turmas da Terceira Seção se harmonizam.

Esse fato, então, precisa realmente ser considerado; portanto, retifico meu voto, não conhecendo dos embargos.

QUESTÃO DE ORDEM PARA RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Sr. Presidente, a finalidade da forma pela qual este Tribunal se constituiu de maneira tão diferente dos outros Tribunais, até então idealizados para o País foi, justamente, a de que, em verdade, neste Tribunal funcionam vários Tribunais; a rigor seriam três. Esse aspecto não me ocorreu. A Segunda Seção perdeu a competência para decidir sobre Locações. A Terceira Seção, que passou a detê-la, tem um entendimento diverso sobre a matéria; a uniformidade de compreensão sobre o tema jurídico é que orienta a edição de súmulas. Esse é o aspecto que me impressiona, porque sumulamos na Corte as matérias que são de competência comum, mas, em relação àquelas de competência exclusiva das Seções, as súmulas são editadas pelo entendimento da Seção. Esse é um argumento, para mim, absolutamente intransponível para o conhecimento dos embargos, em preliminar.

Rogo vênha ao Tribunal por não ter atentado para esse aspecto. Agradeço a intervenção do Eminente Minis-

tro Costa Leite, que me dá a oportunidade de rever meu voto nesta circunstância, para manter a finalidade constitucional desta Corte, que é a de uniformizar o entendimento sobre a aplicação do Direito Federal. Estaríamos praticando uma ingerência "indébita" nos órgãos fracionários do Tribunal que detêm a competência para dizer qual o direito corretamente aplicável na espécie em julgamento. Esta, no caso, indubiosamente, passou a ser de competência da Terceira Seção.

E se a Terceira Seção que passou, pela Reforma Regimental, a uniformizar a matéria sobre locações, entendeu a norma jurídica de forma diversa de como a compreendia a 2ª Seção, é como se o entendimento do Tribunal, quanto ao tema, se modificasse. Daí que Acórdãos da 2ª Seção que perdeu tal competência não mais se mostram aptos à comprovação da divergência. Esta é a hipótese que estamos julgando. Por isso que, Sr. Presidente, reiterando vênias, em Questão de Ordem, que submeto ao plenário, em preliminar, não conheço dos Embargos.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, faço apenas uma ressalva: se nenhuma das Seções, mesmo que se tenha a privatividade a respeito do julgamento de uma matéria, pode gerar em favor dela a presunção, que só ela decide, consoante a lei, porque, se assim fosse,

não haveria necessidade de interposição de embargos de divergência para a Corte Especial, que é o órgão maior; é quem unifica a jurisprudência desta Egrégia Corte.

Nessa hipótese, estou de inteiro acordo com o Sr. Ministro-Relator.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, não conheço do recurso, entendendo que não serve de paradigma julgado de Seção que haja perdido, internamente, a competência sobre a matéria objeto dos embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Por certo que a circunstância de um dado Tribunal haver perdido a competência para julgar determinada matéria não significa que os acórdãos até então proferidos não se prestem a justificar a divergência, para fins de recurso especial. Assim é que se tem admitido aquele recurso, com base em dissídio com julgados do Supremo Tribunal Federal, em temas que não mais se submetem à apreciação daquela Corte.

A hipótese, entretanto, é peculiar. Os embargos de divergência constituem mecanismo, objetivando harmonizar internamente a jurisprudência do Tribunal. Não têm razão de ser

quando o julgado divergente emana de Turma que não mais decide a respeito daquela matéria.

Acompanho o Relator, não conhecendo.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, ante a retificação feita pelo Eminentíssimo Ministro-Relator, não conheço dos embargos.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL Nº 50.442 — SP (Registro nº 95.0018927-5)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Embargante: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. Ivan Ferreira de Souza e outros*

Embargado: *José Ademarcio da Costa*

Advogado: *Dr. Edgard da Silva Leme*

EMENTA: Recurso especial. Embargos de divergência.

— **Acórdão paradigma. Orientação assentada pela Corte Especial, sobre não servirem à demonstração do dissídio, em sede dos embargos de divergência, acórdão de Turma que, por força regimental, tenha perdido a competência para a matéria de que se trate.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, preliminarmente, por unanimidade, não conhecer dos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Cid Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, José de Jesus Filho, Assis To-

ledo, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Luiz Vicente Cernicchiaro, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros William Patterson, Peçanha Martins e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 10 de agosto de 1995 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

Publicado no DJ de 04-09-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de embargos de divergência a acórdão proferido pela Eg. Sexta Turma, relatoria do Sr. Min. Pedro Acioli, asseverativo de que:

“Previdenciário. Revisão de benefícios acidentários. Remuneração variável.

I — Em se tratando de remuneração variável, a base de cálculo de benefício deve ser o salário de contribuição da data do acidente, se mais vantajoso para o obreiro.

II — Precedentes desta Corte — REsp 37.016/SP.

III — Recurso conhecido e provido.” — fls. 191.

A título de divergência, o INSS traz à colação acórdãos da Primeira Turma, e.g., o que foi proferido no REsp 5.709, sintetizado na seguinte ementa:

“Previdenciário. Benefícios.

I — A apuração do valor do benefício concedido a acidentado deve ter como componente a parte fixa da remuneração, acrescida da variável, alcançando-se a média salarial percebida pelo segurado nos últimos doze meses.

II — Improvimento do recurso.” — fls. 208.

Admitidos, os embargos foram processados sem impugnação.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, preliminarmente, lembro orientação recente desta Corte Especial, via de Questão de Ordem proferida nos EREsp 43.139, Rel. o Sr. Min. Waldemar Zveiter, no sentido de que, neste tipo de embargos, não servem à demonstração de divergência decisões provenientes de Turmas que perderam a competência para a matéria de que se trate.

É bem o caso dos autos, no qual dita demonstração se embasa na divergência apurada entre antigos acórdãos da Primeira Turma e um mais recente da Sexta Turma.

Desse modo, embora pese considerar que o v. acórdão embargado, a esta altura da desejada uniformização da jurisprudência, deveras, hostiliza a orientação agora assentada por esta Corte Especial sobre a controvérsia (v. acórdãos nos EREsp 50.722, Rel. Min. Garcia Vieira, e 53.423, Min. Hélio Mosimann), não vejo como subtrair o caso ao regime daquela Questão de Ordem, por sua consabida natureza normativa.

Portanto, não conheço dos embargos.

SÚMULA Nº 159

O benefício acidentário, no caso de contribuinte que perceba remuneração variável, deve ser calculado com base na média aritmética dos últimos doze meses de contribuição.

Referência:

— Lei nº 6.367, de 19.10.76, art. 5º, § 4º, I e II.

— Lei nº 8.213, de 24.07.91, art. 30.

EREsp 50.722-1-SP (CE 09.03.95 — DJ 27.03.95)

EREsp 53.423-7-SP (CE 08.06.95 — DJ 21.08.95)

REsp 43.787-SP (5ª T 29.11.95 — DJ 05.02.96)

REsp 60.790-SP (6ª T 31.10.95 — DJ 12.02.96)

REsp 69.177-SP (5ª T 13.09.95 — DJ 09.10.95)

Corte Especial, em 15.05.96.

DJ 27.05.96, p. 18.030

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
Nº 50.722-1 — SP

(Registro nº 95.0001025-9)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Embargante: *Ronaldo Olinto Saldanha*

Embargado: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. Edgard da Silva Leme, e Rogério Blanco Peres e outros*

EMENTA: *Acidente do trabalho — Benefícios — Média salarial.*

Na remuneração variável, o benefício deve ser calculado com base na média aritmética dos últimos salários-de-contribuição.

Inexiste lei determinando ser o benefício, em se tratando de remuneração variável, calculado com base no salário-de-contribuição do empregado, vigente no dia do acidente.

Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a se-

guir, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência mas os rejeitar, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o relator os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, José

Dantas, Antônio Torreão Braz, Bueno de Souza, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Cid Flaquer Scar-tezzini, Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves e Assis Toledo.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernic-chiaro, Hélio Mosimann, Eduardo Ribeiro e José de Jesus Filho.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília, 09 de março de 1995 (da-ta do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro GARCIA VIEI-RA, Relator.

Publicado no DJ de 27-03-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEI-RA: Ronaldo Olinto Saldanha (fls. 118/127) interpõe embargos de diver-gência, fundado na Lei nº 8.038/90, artigo 29, por divergência do vene-rando acórdão com julgados da Pri-meira, Quinta e Sexta Turmas, adu-zando ser de ação de revisão de be-nefício acidentário de obreiro com re-muneração toda ela variável, o pre-sente caso, cuja sentença, aplicando o artigo 5º, parágrafo 4º, incisos I e II da Lei nº 6.367/76, mandou fosse aplicado no cálculo do valor do bene-fício, o salário do dia do acidente ou do afastamento, porque o critério da média aritmética mostrou-se lesivo e prejudicial ao segurado.

Os acórdãos estão às fls. 128/160.

Admitidos os embargos (fls. 162).

O Instituto Nacional do Seguro Social (fls. 164/170) lançou impugna-ção.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEI-RA (Relator): Sr. Presidente: Enten-deu o venerando acórdão embarga-do que, em se tratando de remunera-ção variável, o benefício acidentá-rio deve ser calculado com a média salarial dos últimos doze meses (fls. 113/116). Enquanto os paradigmas (fls. 132/146 e 151/160) decidiram que referido benefício deve ser calcu-lado com base no salário contribui-ção da data do acidente.

Comprovada a divergência, conhe-ço dos presentes embargos.

A questão é controvertida, mas a meu ver, parece-me estar com a ra-zão o venerando acórdão embargado, proferido pela Egrégia Quinta Tur-ma, no Recurso Especial nº 50.722-7-SP, Relator o Eminentíssimo Ministro Jo-sé Dantas. Este entendimento en-contra sólido apoio no parágrafo 4º, do artigo 5º da Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976 e artigo 30 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. De-termina o primeiro (parágrafo 4º, do artigo 5º da Lei nº 6.367/76 que:

“No caso de empregado de re-muneração variável e de trabalha-dor avulso, o valor dos benefícios de que trata este artigo, respeita-do o percentual previsto no seu item I, será calculado com base na média aritmética:

I — dos 12 (doze) maiores salários-de-contribuição apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses imediatamente anteriores ao acidente, se o segurado contar, nele, mais de 12 (doze) contribuições;

II — dos salários-de-contribuição compreendidos nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do acidente ou no período de que trata o item I, conforme for mais vantajoso, se o segurado contar 12 (doze), ou menos contribuições nesse período.”

No mesmo sentido, o disposto no artigo 30 da Lei nº 8.213/91.

Ambos estes dispositivos legais determinam, expressa e claramente que, em se tratando de remuneração variável, o benefício dever ser calcu-

lado com base na média aritmética dos últimos salários-de-contribuição e não pelo valor do salário do dia do acidente. Mesmo imbuído das melhores intenções, não pode o julgador decidir frontalmente contra a lei, principalmente como no caso vertente, onde estamos diante de norma clara que não necessita sequer de interpretação. Não existe lei nenhuma que determine seja o benefício, em se tratando de remuneração variável, calculado com base no salário-de-contribuição do empregado, vigente no dia do acidente. Neste sentido os Recursos Especiais nºs 5.709-SP, DJ de 20/05/91, Primeira Turma, relator o eminente Ministro Pedro Acioli (docs. de fls. 170/176) e 7.349-SP, DJ de 06/05/91, do qual fui relator (docs. de fls. 177/181).

Rejeito os embargos.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

Nº 53.423-7 — SP

(Registro nº 95.0001028-3)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Embargante: *José Antonio de Moraes*

Advogados: *Edgard da Silva Leme e outro*

Embargado: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Maria Têresa Ferreira Cahali e outros*

EMENTA: *Embargos de divergência. Acidente do trabalho. Remuneração variável. Cálculo do benefício. Média aritmética dos salários.*

Percebendo o acidentado remuneração variável, o cálculo do benefício deve tomar por base a média aritmética dos últimos salários-de-contribuição e não o salário do dia do acidente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e os rejeitar, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, José Dantas, Antônio Torreão Braz, Bueno de Souza, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Assis Toledo, Garcia Vieira, Waldemar Zveiter e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cid Flaquer Scartezzini, José de Jesus Filho e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília, 08 de junho de 1995 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

Publicado no DJ de 21-08-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Para dar provimento ao Recurso Especial nº 53.423, de São Paulo, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — (INSS), decidiu a Egrégia Quinta Turma deste Superior Tribunal consoante a seguinte ementa:

“Previdenciário. Benefício acidentário.

Remuneração variável. Censurabilidade da decisão que dá por base dos proventos outros dados que não a média salarial dos últimos doze meses (Lei 6.367/76, art. 5º, § 4º)” — Relator Ministro José Dantas, fls. 136.

Inconformado com a decisão, o acidentado opôs os presentes Embargos de Divergência, trazendo manifestações de outras Turmas desta Corte.

Entre os acórdãos trazidos como paradigma destaca-se o prolatado no Recurso Especial nº 5.838-SP, da Colenda Primeira Turma, relatado pelo saudoso Ministro Armando Rollemberg, como retrata a ementa abaixo:

“Previdência — Benefício acidentário — Liquidação de sentença — Salário-de-contribuição — Empregado com remuneração variável.

Não há como deixar de reconhecer o acerto da sentença mantida pela 2ª instância, que, dando exata aplicação ao art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, considerando o regime inflacionário vigente no período a que se referia a ação ao calcular o benefício teve em conta a remuneração realmente percebida pelo segurado na data do acidente.

Recurso desprovido” (fls. 150).

Concluindo estar configurada, em princípio, a divergência autorizado-

ra dos embargos, foram estes admitidos, na forma regimental.

O Instituto embargado ofereceu impugnação (fls. 183).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Acha-se perfeitamente demonstrada a divergência, possibilitando o conhecimento dos embargos.

A controvérsia está em definir se, no cálculo do benefício de ordem acidentária a ser pago a trabalhador que percebe remuneração variável, deve ser considerada a média aritmética, dos salários-de-contribuição — como entendeu o acórdão embargado — ou se a base de cálculo do benefício deve ser o salário-de-contribuição da data do acidente, mais vantajosa ao obreiro, como concluíram as decisões trazidas a confronto.

Na verdade, vinha este Tribunal, por suas diversas Turmas, adotando soluções diferentes.

Na impugnação a estes embargos, entretanto, trouxe o Instituto segurador, acórdão recente desta Corte Especial, pacificando a questão, em decisão tomada por unanimidade. Decidiu-se nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 50.722, de São Paulo, em sessão de 9 de março de último, tendo como relator o eminente Ministro Garcia Vieira, consoante a ementa abaixo transcrita (fls. 190):

“Acidente do trabalho — Benefícios — Média salarial.

Na remuneração variável, o benefício deve ser calculado com base na *média aritmética* dos últimos salários de contribuição.

Inexiste lei determinando ser o benefício, em se tratando de remuneração variável, calculado com base no salário-de-contribuição do empregado, vigente no dia do acidente.

Embargos rejeitados.”

Do voto condutor, destaco a fundamentação:

...“parece-me estar com a razão o venerando acórdão embargado, proferido pela Egrégia Quinta Turma, no Recurso Especial nº 50.722-SP, Relator o Eminente Ministro José Dantas. Este entendimento encontra sólido apoio no parágrafo 4º, do artigo 5º da Lei nº 6.367, de 1º de outubro de 1976 e artigo 30 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Determina o primeiro (parágrafo 4º, do artigo 5º, da Lei nº 6.367/76) que:

“No caso de empregado de remuneração variável e de trabalhador avulso, o valor dos benefícios de que trata este artigo, respeitado o percentual previsto no seu item I, será calculado com base na média aritmética:

I — dos 12 (doze) maiores salários-de-contribuição apu-

rados em período não superior a 18 (dezoito) meses imediatamente anteriores ao acidente, se o segurado contar, nele, mais de 12 (doze) contribuições;

II — dos salários-de-contribuição compreendidos nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do acidente ou no período de que trata o item I, conforme for mais vantajoso, se o segurado contar 12 (doze), ou menos contribuições nesse período.”

No mesmo sentido, o disposto no artigo 30 da Lei nº 8.213/91.

Ambos estes dispositivos legais determinam, expressa e claramente que, em se tratando de remuneração variável, o benefício deve ser calculado com base na média aritmética dos últimos sa-

lários-de-contribuição e não pelo valor do salário do dia do acidente. Mesmo imbuído das melhores intenções, não pode o julgador decidir frontalmente contra a lei, principalmente como no caso vertente, onde estamos diante de norma clara que não necessita sequer de interpretação. Não existe lei nenhuma que determine seja o benefício, em se tratando de remuneração variável, calculado com base no salário-de-contribuição do empregado, vigente no dia do acidente. Neste sentido os Recursos Especiais nºs 5.709-SP, DJ de 20/05/91, Primeira Turma, relator o eminente Ministro Pedro Acioli (docs. de fls. 171/176) e 7.349-SP, DJ de 06/05/91, do qual fui relator (docs. de fls. 177/181).

Na linha do precedente, rejeito também aqui os embargos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.787 — SP

(Registro nº 94.0003550-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogado: *João Durce*

Recorrido: *Luiz Carlos da Silva*

Advogado: *Edgard da Silva Leme*

EMENTA: Previdenciário — Revisão de benefício acidentário — — Trabalhador avulso — Remuneração variável — Cálculo.

— Em se tratando de trabalhador avulso e de remuneração variável, o valor do auxílio acidentário deve ser calculado com base na média salarial dos últimos doze meses.

— Precedente.

— Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Ministro Assis Toledo.

Brasília, 29 de novembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 05-02-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI: A Quarta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, às fls. 102/104, confirmou sentença de fls. 61/62, que julgou procedente ação acidentária intentada por Luiz Carlos da Silva contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, objetivando o reconhecimento do direito à percepção

do auxílio-doença acidentário, previsto na Lei nº 6.367/76, calculado com base no salário-de-contribuição do dia do afastamento, ou seja, do acidente, porque trabalhador com remuneração variável.

Inconformado, o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, interpõe recurso especial, com espede no art. 105, III, a, da Constituição Federal, sob alegação de ofensa aos artigos 5º, § 4º, da Lei 6.367/76. Sustenta que, tratando-se de trabalhador que percebe remuneração variável, o valor do benefício deve se basear na média aritmética dos doze maiores salários, dentre os existentes nos últimos dezoito meses, nos termos da legislação supracitada (fls. 106/107).

Após contra-razões (fls. 114/122) e admissão do recurso (fls. 156), subiram os autos, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, discute-se, nos presentes autos, o critério a ser aplicado para determinar o valor do benefício acidentário do trabalhador avulso, com remuneração variável.

O art. 5º da Lei 6.367/76 estabelece, como regra geral, que os benefícios acidentários ali previstos serão calculados com base no salário-de-contribuição vigente no dia do acidente.

Todavia, o § 4º, incisos I e II, do mesmo dispositivo legal, regulamentou, expressamente, a situação dos empregados avulsos e de remuneração variável, estabelecendo critério diferenciado que leva em conta a média aritmética das contribuições pretéritas.

A eg. Corte Especial, interpretando o dispositivo do § 4º do artigo 5º retrotranscrito, posicionou-se pela média salarial dos últimos doze meses, censurando a adoção de critério diverso para o cálculo do benefício.

Neste sentido, decidiu:

“Acidente do trabalho. Benefícios. Remuneração variável. Salário-de-contribuição.

— Consoante decidiu a Corte Especial, “na remuneração variável, o benefício deve ser calculado com base na média aritmética dos últimos salários-de-contribuição”.

— Eresp 50.722-1-SP.

— Embargos rejeitados. (REsp 52.722-2/SP, Rel. Min. Américo Luz, DJ de 09.10.95).”

Da mesma forma, vem entendendo esta Turma:

“*Previdenciário. Benefício acidentário.*

— Remuneração variável. Censurabilidade da decisão que dá por base dos proventos outros dados que não a média salarial dos últimos doze meses (Lei 6.367/76, art. 5º, § 4º). (REsp 69.177-SP, Rel. Min. José Dantas, DJ 09.10.95).”

Com estas considerações, dou provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 60.790 — SP

(Registro nº 95.0007094-4)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Alcides Castro Filho*

Advogados: *Drs. Edgard da Silva Leme e outro*

Recorrido: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. Rita de Cássia Amaral de Paula e outros*

EMENTA: *Acidente de trabalho. Trabalhador avulso. Cálculo do benefício. Lei nº 6.367/76.*

— A orientação firmada pela Corte Especial é no sentido de que “na remuneração variável, o benefício deve ser calculado com base na média aritmética dos últimos salários-de-contribuição.”

— Eresp nºs 52.722-2/SP e 50.722-1/SP.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Vicente Leal e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 31 de outubro de 1995 (data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL, Presidente. Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

Publicado no DJ de 12-02-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Em ação de revisão de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, insurge-se o autor contra acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que julgou improcedente a demanda, sem encargos sucumbenciais, entendendo ser ilegal o recálculo pretendido pelo autor.

O recurso fundamenta-se na alínea a do permissivo constitucional, sob o argumento de que o v. acórdão negou vigência ao art. 5º, § 4º, da Lei nº 6.367/76, pois, em se tratando de trabalhador avulso, o cálculo do benefício deveria ser feito com base na remuneração do dia do afastamento.

Admitido o recurso na origem, foi determinada a subida dos autos. Nesta instância, dispensei o parecer ministerial, considerando o assunto já conhecido nesta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): Inicialmente, registro que a matéria objeto do presente recurso especial já foi dirimida pela Corte Especial nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 52.722-2/SP, DJ de 09.10.95, a teor do que consigna a ementa:

“Acidente do trabalho. Benefícios. Remuneração variável. Salário-de-contribuição.”

Consoante decidiu a Corte Especial, “na remuneração variável, o benefício deve ser calculado com base na média aritmética dos últimos salários-de-contribuição”.

- Eresp 50.722-1/SP.
- Embargos rejeitados.”

Desta forma, não parece prosperar o recurso formulado pelo autor da demanda, uma vez adotada orientação jurisprudencial contrária à sua pretensão. O entendimento deste Tribu-

nal é no sentido de que o cálculo do benefício previdenciário, em se tratando de trabalhador que perceba remuneração variável, deve ser feito com base na média aritmética dos doze últimos salários-de-contribuição.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 69.177 — SP
(Registro nº 95.0033068-7)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. Antonio Marcos Guerreiro Salmeirão e outros*

Recorrido: *Joaquim Machado Pereira*

Advogado: *Drs. Edgard da Silva Leme*

EMENTA: *Previdenciário. Benefício acidentário.*

— Remuneração variável. Censurabilidade da decisão que dá por base dos proventos outros dados que não a média salarial dos últimos doze meses (Lei 6.367/76, art. 5º, § 4º).

ACÓRDÃO

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

nistros Jesus Costa Lima, Edson Vidigal e Assis Toledo. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 13 de setembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro ASSIS TOLEDO, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

Publicado no DJ de 09-10-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: O recurso especial foi admitido pelo Presidente em exercício do 2º TAC/SP, Juiz Horácio Cintra, nos seguintes termos que se bastam ao conhecimento da questão:

“Trata-se de recurso especial, fundamentado no artigo 105, III, a, da Constituição Federal, sob a alegação da ofensa aos artigos 31, da Lei 8.213/91, 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, 460, do Código de Processo Civil e 5º, § 4º, da Lei 6.367/76, porque aplicada retroativamente a Lei Acidentária nova para situação jurídica já consumada segundo a norma vigente ao tempo em que se efetuou. Aduz mais, que houve julgamento **extra petita** porque condenada a Autarquia em objeto diverso do pedido do autor. Finalmente, sustenta que a lei não prevê a correção dos salários-de-contribuição de obreiros que percebem remuneração variável.

Não vislumbro a contrariedade apontada ao artigo 460 do Código de Processo Civil, visto que efetivamente não houve condenação em objeto diverso do que a autarquia foi demandada — revisão de prestação de benefício.” — fls. 129.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, preli-

minarmente cumpre acolher a objeção da decisão que admitiu o recurso, tocante ao julgamento **extra petita**, pelo que merece ao caso a negativa de vigência do art. 460, do CPC.

No mérito, convenha-se em que, em se tratando de ação revisional proposta em 01.07.91, para corrigir o valor do auxílio-doença percebido no período de 25.05.77 a 19.08.77, em decorrência de infortúnio ocorrido em 24.05.77, a norma do tempo é a Lei 6.367/76, consoante reiterados julgados deste Eg. Tribunal, e.g. REsp 52.722, de minha relatoria (lê-se xerocópia junta).

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

“ANEXO

Recurso Especial nº 52.722-8 — SP

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, consultados os precedentes deste Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, concorde-se com o desacerto do v. acórdão atacado, conforme a colação dos mais recentes precedentes deste Tribunal pelo parecer, **verbis**:

“2. Alega o recorrente ter o acórdão violado o art. 5º, parágrafo 4º da Lei 6.367/76, posto que o mesmo se refere à apuração da média aritmética dos doze maiores salários-de-contribuição.

3. A matéria já está pacificada nesta Corte no sentido de que:

“Previdenciário. Benefícios.

I — A apuração do valor do benefício concedido a acidentado, deve ter como componente a parte fixa da remuneração, acrescida da variável, alcançando-se a média salarial percebida pelo segurado nos últimos doze meses.

II — Improvimento do recurso.” (REsp nº 5.709/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Pedro Acioli, publ. DJ 20.05.91, pág. 6.508).

4. No mesmo sentido: REsp 7.349/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, publ. DJ 06.05.91, pág. 5.645.” — fls. 124/125.

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

SÚMULA Nº 160

É defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária.

Referência:

— CF/88, art. 150, I.

— CTN, arts. 33 e 97, §§ 1º e 2º.

REsp 3.188-0-PR (1ª T 23.03.94 — DJ 09.05.94)

REsp 5.395-PA (1ª T 22.04.91 — DJ 20.05.91)

REsp 11.266-CE (2ª T 05.02.92 — DJ 09.03.92)

REsp 21.776-7-MS (2ª T 03.05.95 — DJ 22.05.95)

REsp 29.295-9-MS (1ª T 16.05.94 — DJ 06.06.94)

REsp 35.117-4-RS (2ª T 27.10.93 — DJ 29.11.93)

REsp 36.902-9-MG (1ª T 04.04.94 — DJ 02.05.94)

REsp 37.029-9-RS (2ª T 14.12.94 — DJ 06.02.95)

REsp 47.230-0-RS (1ª T 11.05.94 — DJ 06.06.94)

REsp 49.022-7-MG (2ª T 08.06.94 — DJ 27.06.94)

Primeira Seção, em 12.06.96.

DJ 19.06.96, p. 21.940

RECURSO ESPECIAL Nº 3.188-0 — PR
(Registro nº 90.0004689-0)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrentes: *Gines Cervantes Aires e outros*

Recorrido: *Município de Londrina*

Advogados: *Drs. Jayter Cortez e outro*

EMENTA: Tributário — IPTU — Base de cálculo — Valor venal — Atualização (Planta de Valores) — Princípio da legalidade — Artigos 33, 97 e 148, CTN.

I — O art. 97, §§ 1º e 2º, CTN, contempla a base de cálculo concreta e não a abstrata. As reavaliações podem ser feitas por aferição direta do valor venal real do imóvel por atos da Administração Pública ou por fixação normativa (plantas gerais de valores), neste caso, dependente de lei.

II — Não é possível, alterando a base de cálculo, a reavaliação por genérico Decreto Executivo, que apenas pode fixar critérios de atualização monetária do valor venal concreto do exercício fiscal anterior (arts. 33 e 97, § 2º, CTN). Somente a Lei pode determinar se pode modificar a base de cálculo.

III — Ilegalidade da reavaliação do valor venal, via oblíqua (com disfarçada autorização legal), por Decreto Executivo, repercutindo diretamente na base de cálculo, onerando o contribuinte, sem específica lei.

IV — Precedentes do STF e STJ.

V — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao Recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 09-05-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA: O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná prolatou acórdão, consubstanciado na ementa, a saber:

“Ação anulatória de lançamento de débito tributário — I.P.T.U. — Planta de valores. Taxas de serviços urbanos. Reexame necessário e apelação voluntária. Provimento parcial. Agravo retido. Conhecido e não provido.

A base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel (art. 33,

do CTN), sendo legítima a cobrança promovida pelo Município de Londrina.

As plantas de valores têm caráter normativo e a publicação efetivada surtiu seus efeitos.

É pertinente a cobrança de taxas de conservação de vias de iluminação pública (art. 77, do CTN)” (fl. 307).

Malferindo o v. **decisum**, Gines Cervantes Aires e outros interpuseram Recurso Extraordinário (art. 119, III, a e d, da CF/67), convertido em Especial, alegando negativa de vigência ao disposto no artigo 97, inciso II, § 1º, do Código Tributário Nacional e, ainda, divergiu da jurisprudência da Suprema Corte (fls. 322/331).

O apelo não foi impugnado e não foram apresentadas contra-razões.

O E. Tribunal **a quo**, por assistir razão aos Recorrentes, comprovada a negativa de vigência dos citados dispositivos e demonstrado o dissídio pretoriano, admitiu o apelo, subindo os autos a esta Corte.

O douto Ministério Público Federal, presente a jurisprudência deste Tribunal e da Colenda Corte favorável à tese defendida pelos Recorrentes, opinou pelo provimento do Recurso (fls. 347/349).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Na lida processual do Recurso Extraordinário, **ipso iure**, convertido em Especial (fl.

322), sob os albores de negativa de vigência ao art. 97, II, e § 1º, CTN, e da configuração de dissídio jurisprudencial, devotando manifesta insurgência contra os critérios adotados para a base de cálculo do IPTU, observando as plantas de valores venais dos imóveis aprovadas executivamente.

Em torno da reavaliação dos imóveis urbanos, tornando mais oneroso o tributo incidente, baseada em planos órfãos de específica autorização legal, consubstanciaram-se questões jurídicas conhecidíssimas, cingidas à ocorrência ou não de alteração da base de cálculo ou de simples atualização, sem ofensa à Constituição e ao Código Tributário Nacional.

Essas questões controvertidas, fmcadas na oposição à progressividade, onde quer que se deparem, têm sido solucionadas de modo a impedir a roupagem do disfarce no fato gerador, via desmesurado aumento do valor venal, sem apoio legal. No percentente, porém, já à época do Imposto Predial, prevaleceu na Excelsa Corte a compreensão do que “o § 2º, do art. 97 do Código Tributário Nacional diz respeito, somente, à correção monetária do valor venal do imóvel (base de cálculo do imposto predial), não alcançando a reavaliação mesma (reavaliação econômica) desse valor venal. Para se atribuir outro valor venal ao imóvel, que não o decorrente do anterior mais a correção monetária, é mister lei, não bastando, para isso, simples decreto”. (RE nº 87.763 — Rel. Min. Moreira Alves — in DJU de 23.11.79;

RE 85.732 — Rel. Min. Leitão de Abreu — ac. de 19.10.79; RE 92.355, ac. de 1980).

No toar das considerações pretorianas, tem conveniências memorar o voto do exímio Ministro Moreira Alves, no seu voto condutor (RE 96.825-MG — in RTJ 113/701), concluindo, textualmente:

omissis

“Como se vê, a exigência de lei para as modificações da base de cálculo concreta que tornam o tributo mais oneroso não resulta de interpretação **contrario sensu** do § 2º do art. 97 do CTN — que explicita, para não haver dúvida, hipótese em que não há essa onerosidade —, mas decorre do § 1º desse mesmo dispositivo, que o declara expressamente.

E esse, sem dúvida, é o sistema correto.

Fixar valores concretos genericamente é estabelecer valores presumidos, ou — melhor dizendo — presunções de valor. É sabido que as presunções (excetuadas as **presumptiones hominis**, que são mero processo dedutivo que nos leva a concluir como tendo ocorrido num caso concreto aquilo que geralmente sucede) são sempre *legais*, uma vez que elas criam *verdade formal* em contraposição à *verdade material*, visto como, ou invertem o ônus da prova (as presunções **iuris tantum**), o que só a lei pode determinar, ou impedem, em absoluto, a prova em contrário (as presunções **iuris et de iure**), o que também só a lei

pode estabelecer. Por isso mesmo, **Ramponi** (La Teoria Generale delle Presunzioni, págs. 138 e segs., Torino, 1890), depois de acentuar que “*não vi ha presunzione legale senza un testo di legge che la stabilisca*” e de observar “*che non possa esistere presunzione legale senza legge è tale verità sulla quale a tutta prima sembra inutile spendere parole*”, mostra que os casos em que alguns poucos pretendem ver como de presunções legais sem lei — assim presunções que existiam no direito romano, e que não foram acolhidas pela legislação moderna — são meras presunções **hominis**, pois, nas palavras de **Ramponi**, “*è sempre lo stesso errore, lo stesso assurdo logico e giuridico, una presunzione legale senza legge*”. “*La presunzione legale non esiste sine lege*”, acentua **Lessona** (Teorie delle Prove nel Diritto Giudiziario Civile Italiano — Accesso Giudiziale — Intervento Istruttorio, Presunzioni, nº 193, pág. 303, Firenze, 1902). E mesmo **Geny** (Science et Technique en droit privé positif, III, nº 235, págs. 314 e segs., Paris, 1921), que reconhece ser essa a corrente amplamente dominante, e que admite, com todos os exageros dos adeptos da escola da criação livre do direito, que se possam estabelecer presunções legais por outras fontes de direito objetivo, não chega ao extremo de sustentar que decreto do Poder Executivo possa criá-las, mas, ao contrário, alerta para a reserva que se deve ter pa-

ra com esse processo artificial que é a presunção de direito, reserva essa — arremata ele, em tom de crítica ao legislador fiscal — “*qui s'impose au législateur lui-même et qu'il est tenté d'oublier aujourd'hui quand il aborde les questions fiscales*” (pág. 330). Em nosso direito positivo, como se vê do inciso IV do art. 334 do CPC, não há dúvida alguma de que presunção legal é a expressamente estabelecida em lei. Daí, salientar **Amaral Santos** (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. II, 3ª ed., nº 692, pág. 439):

“Presunções legais são as que a lei atribui a certos atos ou fatos.

Condição é, e aí está sua primeira característica, que sejam expressamente estabelecidas pela lei”.

Se não fosse o § 1º do art. 97 do CTN, nem a lei ordinária poderia criar esses valores presumidos, pois tal fixação retira do contribuinte uma garantia que o CTN, em seu art. 148, lhe outorga quando o valor tenha que ser arbitrado: *a da avaliação contraditória administrativa*, se contestada a feita pela Administração Pública.

Aliás, só a exclusão dessa garantia que o CTN confere ao contribuinte já está a demonstrar que simples decreto não pode criar presunção de valor, pois, nesse caso, a própria Administra-

ção estaria sujeita à observância do decreto — que emana do Chefe do Poder Executivo —, não podendo, evidentemente, discutir tais valores, para dar, ou não, razão ao contribuinte, em avaliação contraditória administrativa.

Essa avaliação contraditória administrativa só pode ser subtraída ao contribuinte por lei, e assim mesmo em virtude do § 1º do art. 97 do CTN. Presume-se que, com a participação dos dois Poderes necessários à elaboração da lei — o Legislativo e o Executivo — se refreiem os excessos da Administração, e, no estabelecimento dos valores presumidos, não se ultrapassem, como regra, os valores venais reais dos imóveis, restringindo-se, portanto, os casos em que haja necessidade de o contribuinte vir a juízo para colocar abaixo a presunção legal **iuris tantum**, em que se traduzem essas bases de cálculo concretas genericamente estabelecidas.

Ainda que se pretendesse sustentar a possibilidade de criação de presunção legal por decreto, o certo é que nenhum dispositivo do CTN permite, explícita ou implicitamente, que, por ato da própria Administração, possa ela retirar do contribuinte essa garantia contra ela, que é a avaliação contraditória administrativa resultante de simples contestação, por parte daquele, ao valor por ela arbitrado. E essa ausência se justifica pela singela circunstância de que presunções criadas pela própria Administração em seu favor indu-

zem a arbitrariedade, onerando o particular com a necessidade de recorrer desde logo à Justiça, e sobrecarregando esta de feitos dessa natureza...” (in RTJ 113, págs. 719 a 721).

Por essa linha de pensar a *ementa*:

“Não se admite alteração de valor venal dos imóveis, para efeito de cobrança de IPTU, feita com base em planta de valores estabelecidos por Decreto e não por lei.” (RE 116.886-2).

Dessa sorte, as idéias espraiam-se assentamentos inarredáveis e que ecoaram nesta Corte, na forma de iterativos julgados; confira-se:

“*Tributário — IPTU.*

Inconstitucional e ilegal a *majoração* (não a simples atualização) do valor venal dos imóveis tributados por decreto do Poder Executivo — Não há confundir “atualização do valor monetário da base de cálculo com a *majoração* da própria base de cálculo do imposto.”

Recurso improvido”. (REsp nº 11.266-CE — Rel. Min. Américo Luz in DJU de 09.03.92).

“*Tributário — IPTU — Majoração — Ato do Poder Executivo — Princípio da Legalidade Tributária (Artigo 97, II, §§ 1º e 2º, do CTN) — Vedada a Atualização do Valor Venal dos Imóveis Por Decreto do Executivo.*

I — Pelo princípio da reserva legal, a *majoração* do tributo é privativa da lei, formalmente ela-

borada, ainda quando esta majoração decorra da modificação da base de cálculo.

II — **In casu**, era vedado ao Prefeito, por mero Decreto, atualizar o valor venal dos imóveis sobre os quais incide o IPTU, com base em uma tabela (Planta de Valores), ultrapassando, sensivelmente, a correção monetária a que estava autorizado a efetivar, por via de ato administrativo.

III — Recurso provido, por unanimidade”. (REsp 31.022-6-RS — Rel. Min. Demócrito Reinaldo — in DJU de 16.08.93).

“IPTU. Majoração — Ilegalidade.

Não pode o Município, por simples Decreto, aumentar o IPTU em valor superior à sua simples atualização monetária **ex vi** do art. 97, II, e § 1º, CTN. O § 2º do artigo 97 do CTN diz respeito somente à correção monetária do valor venal do imóvel — base de cálculo do imposto predial — não alcançando a reavaliação econômica desse valor venal”. (REsp 5.395-PA — Rel. Min. Garcia Vieira).

No caso, em que pese a Lei Municipal nº 3.628/83, a questão não se modificou, como bem acentuou o ilus-

tre Dr. Alir Ratcheski, competente Advogado da parte recorrente, anotando:

“... referida lei não fixou a base de cálculo para o IPTU, delegando essa atribuição ao Prefeito Municipal e porque publicada sem os mapas, seus anexos, estes divulgados na forma de encarte de jornal que serve para publicação dos atos oficiais do Município...” (fl. 323).

.....
“5) Os valores consignados nas plantas de valores, imperiosamente deviam constar de lei, como parte inseparável dela, integrando-lhe o texto.

Os aumentos, sendo superiores ao índice oficial da inflação, só podiam ser exigidos através da lei, “eis que, qualquer aumento da base de cálculo, em bases superiores à inflação, é matéria reservada à lei”. (art. 97, § 1º do CTN)”. — fl. 325.

Pela espia das razões desenvolvidas, nos limites cativos à aplicação do art. 97, CTN (base de cálculo para o lançamento do IPTU), demonstrada a violação, conhecendo do recurso (art. 105, III, a e c, CF), voto pelo provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 5.395 — PA

(Registro nº 90.0009967-6)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Alcyr Boris de Souza Meira*

Recorrida: *Prefeitura Municipal de Belém*

Advogados: *Drs. Eduardo Augusto C. Sousa Meira, e Antonio Zacarias Lindoso e outros*

EMENTA: *Imposto Predial e Territorial Rural — Majoração.*

Não pode o Município, por simples decreto, aumentar o IPTU em valor superior à sua simples atualização monetária.

Precedentes do E. STF e deste C. Tribunal.

Recurso conhecido e provido.

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 ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 20-05-91.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Alcyr Boris de Souza Meira, contra ato do Prefeito Municipal de Belém, consubstanciado na elevação da base de cálculo

do Imposto Predial, do exercício de 1984, incidente sobre o imóvel de propriedade do impetrante, provocando a elevação do tributo, independentemente de autorização legislativa.

Em primeira instância a segurança foi concedida (fls. 172/191). Em grau de apelação, no entanto, a E. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Pará reformou a sentença, em acórdão assim ementado: (fls. 244 a 247)

“Apelação Cível — Mandado de Segurança. O valor venal dos imóveis, para efeito de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), como não foi definido pelo art. 33 do Código Tributário Nacional, pode e deve ser conceituado pela legislação municipal, estando essa definição incluída na competência legislativa do poder tributante; o Município não está obrigado a parcelar o valor do imposto, mas se resolve facilitar o seu pagamento através de parcelamento, não pode deixar de co-

brar a correção monetária imprescindível à manutenção do valor íntegro do tributo. Apelação provida. Decisão unânime.”

Opostos embargos declaratórios, foram os mesmos rejeitados (fls. 365/367).

Inconformado, o impetrante interpôs recurso extraordinário fundado no art. 119, III, letras **a**, **c** e **d** da Constituição de 1969, sustentando que a decisão recorrida ofendeu os artigos 97 e seus §§ 1º e 2º do CTN e os arts. 153, §§ 11 e 29 da ordem constitucional precedente, julgou válidos o § 2º do art. 115 da Lei nº 7.506, de 1977, na redação da Lei nº 7.243/83, e o Decreto nº 17.082, de 1983, contestados em face do art. 1º da Lei Federal nº 6.423, de 17/6/77 e dos dispositivos do CTN citados, bem como divergiu da Jurisprudência do C. STF (RE nº 96.825-MG, RTJ 113/701; RE nº 105.241-SP, LEX — jurisprudência do STF, v. 83, pág. 219, dentre outros).

Alega o recorrente, em síntese, a impossibilidade de aumento do Imposto Predial e Territorial Urbano por simples decreto, salvo quando conseqüente de correção monetária (folhas 255/264).

A E. Presidência do Tribunal a **quo** admitiu o recurso considerando que a matéria constitucional deveria ter sido submetida à apreciação do Plenário do Tribunal de Justiça. (fls. 273/277).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 283/303), subiram os autos ao C. STF tendo a Procuradoria Geral da República opinado pelo provimento do recurso (fls. 311/327).

Por despacho de fls. 328 o recurso foi convertido em especial no tocante à matéria infraconstitucional, reservada a competência da Corte Suprema para o posterior exame da questão constitucional ventilada.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do especial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: A questão é bem conhecida desta Corte e do Colendo Supremo Tribunal Federal e se resume em se saber se é ou não ilegítima a majoração do IPTU, por decreto, em valor superior aos índices de correção monetária.

Entendeu o venerando aresto hostilizado ser legítima esta majoração (fls. 257/260).

Nos termos do artigo 97 do CTN, somente a lei pode instituir, extinguir e majorar tributos, ou fixar sua base de cálculo, não constituindo majoração a simples atualização do valor monetário da sua base de cálculo (art. 94, § 2º do CTN). Não pode o Município, por simples decreto, aumentar o IPTU em valor superior à sua simples atualização monetária. Assim já entendeu esta Egrégia Corte nos Recursos Especiais nºs 2.387-PR, DJ de 30.04.90; 4.758-SP, DJ de 26.11.90 e 5.211-SP, DJ de 05.11.90. Nossa Corte Maior, nos Recursos Extraordinários nºs 92.804-RS, RTJ 96/908; 101.053-SP, RTJ 113/1.288; 108.100-MG, RTJ 118/388;

96.825-MG, RTJ 113/701; 104.619-SP, DJ de 23.05.86; 108.543-SP, DJ de 09.05.86; 109.713-SP, DJ de 26.09.86, e 114.078-AL, DJ de 01.07.88, em todos estes precedentes, entendeu a Egrégia 2ª Turma e a Excelsa Corte ser ilegal a majoração do IPTU, em montante superior à sua simples atualização decorrente da incidência da correção monetária. É evidente que o ato impugnado majorou o IPTU, fixando-o em valor bem superior àquele que decorreria da simples correção de seu valor monetário, não encontrando ele qualquer suporte no citado artigo 97, § 2º do CTN que só autoriza “a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo” e não a majoração de seu valor real.

A douta Subprocuradoria Geral da República em bem lançado Parecer subscrito pelo Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, aprovado pelo então Procurador-Geral da República, hoje Eminentíssimo Ministro de nossa Corte Maior, Sepúlveda Perence, salientou que:

“Segundo o disposto no art. 153, § 29, como também no art. 19, I, da Constituição, texto de 1969, que continuam em vigor até 28/02/89, por força do disposto no art. 34 da Constituição de 05.10.88, com efeito, nenhum tributo pode ser aumentado independentemente de lei. O mesmo princípio está inscrito no art. 97, inciso II e § 1º, do Código Tributário Nacional, que torna privativa de lei a majoração de tributos, nesta compreendida a modificação de sua base de cálculo:

“Art. 97 — Somente a lei pode estabelecer:

.....
II — a majoração de tributos ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65.
.....

§ 1º — Equipara-se à majoração de tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.”

Inaplicável ao caso a exceção do § 2º do art. 97 do CTN, segundo a qual não constitui majoração de tributo a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

O caso **sub judice**, como demonstrado, trata de reavaliação econômica do valor venal dos imóveis, em limites superiores aos índices de atualização monetária. E o citado dispositivo do Código diz respeito exclusivamente à *correção monetária da base de cálculo do imposto*, como decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 87.763-PI, Pleno, relatado pelo eminentíssimo Ministro Moreira Alves, assim ementado (RTJ 94/705):

“Imposto predial. Alteração do valor venal do imóvel mediante Decreto.

— O § 2º do artigo 97 do Código Tributário Nacional diz

respeito, somente, à correção monetária do valor venal do imóvel (base de cálculo do imposto predial), não alcançando a reavaliação mesma (reavaliação econômica) desse valor venal.

— Para se atribuir outro valor venal ao imóvel, que não o decorrente do anterior mais a correção monetária, é mister lei, não bastando, para isso, simples decreto.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

A reavaliação econômica do valor venal dos imóveis, para efeito de cálculo do IPTU, deve ser procedida mediante autorização legal, como reafirmou a egrégia Primeira Turma no RE 109.100-MG, na linha dos vários precedentes da Corte na matéria, não podendo ser simplesmente transferida ao Chefe do Executivo. A propósito, destacou o eminente Relator, Ministro Octávio Gallotti (RTJ 118, pág. 391):

“Ora, tem-se que a Excelsa Casa, através de reiteradas decisões — RE nº 87.763-PI, Pleno, Relator Min. Moreira Alves; RE nº 92.355-1-SP, Pleno, Relator Min. Cordeiro Guerra; RE nº 85.732-0-SP, 2ª Turma, Relator Min. Leitão de Abreu, entre outros —, entende que a reavaliação econômica do imóvel não pode se confundir “com a alteração da base de cálculo do tri-

buto, mas é a atualização do valor de tal base” (RE nº 86.028-SP, 1ª Turma).

Para a reavaliação econômica há necessidade de que esta se proceda diante de uma autorização legal, aliás, como se disse, fundamento da impetrada.

No entanto, a Lei nº 3.681/83 em nada alterou a Lei nº 1.310/66, no que tange à matéria discutida nos autos porque, fixando critérios abstratos e demasiadamente amplos, apenas transferiu ao Poder Executivo, o que é vedado legalmente, a incumbência da fixação concreta e restrita dos valores.

Ao contrário teríamos que a impetrada, vadeando normas constitucionais e gerais tributárias, além de reiteradas decisões da Excelsa Suprema Corte, procura impor normas que são ilegais e não preservam o princípio da legalidade (Vide voto Moreira Alves, voto Cunha Peixoto, voto Leitão de Abreu, voto Néri da Silveira, voto Francisco Rezek, entre outros).”

Como já se salientou, a reavaliação prevista no art. 115, § 2º, da Lei nº 7.056, na redação da Lei nº 7.243, não está submetida a critérios ou a processos técnicos que excluam a discricionariedade administrativa na determinação concreta do valor de cada imóvel.

É certo que os arts. 14 e 15 do Código Tributário e de Renda do Município de Belém (Lei nº 7.056,

de 1977) estabelecem critérios para a fixação da base de cálculo do IPTU. Ocorre, no entanto, que o § 2º do art. 115 do mesmo Código não trata de fixação, mas sim de revisão tendente à sua atualização econômica — não simplesmente monetária —, à revelia das normas constitucionais e federais indicadas. A “atualização” prevista no preceito legal citado, portanto, pressupõe valores já fixados em lei, não se aplicando, para esse efeito, os critérios previstos nos arts. 14 e 15 da mesma Lei.

Parece-nos, portanto, que o § 2º do art. 115 da Lei nº 7.056, de 1977, na redação da Lei nº 7.243, de 1983, e o Decreto nº 17.982, de 1983, são incompatíveis com o disposto nos arts. 153, § 29, da Constituição Federal, e 97, II e § 1º, do Código Tributário Nacional, que continuam em vigor até 28 de

fevereiro próximo, por força do disposto no art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988. Cumpre acrescentar, no entanto, que a nova Carta Magna preserva o princípio da legalidade em matéria tributária na mesma linha da Constituição anterior (art. 150, II).

Está caracterizada, por igual, a divergência com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no RE 96.825-MG (RTJ 113/701) e no RE 105.241-SP (LEX, v. 83, pág. 219), indicados na petição recursal. Em ambos se concluiu que o valor venal dos imóveis urbanos só pode ser reavaliado por lei, e, não por simples decreto do Prefeito.”

Conheço do recurso pelas letras a e c e dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.266 — CE

(Registro nº 91.0010169-9)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Município de Fortaleza*

Recorridos: *José Oliveira e Silva — Espólio e outros*

Advogados: *Tarcísio Carvalho Sisnando de Lima e Guilherme Bassila e outro*

EMENTA: Tributário — IPTU.

— **Inconstitucional e ilegal a majoração (não a simples atualização) do valor venal dos imóveis tributados por decreto do Poder Executivo — não há confundir “atualização do valor monetário da base de cálculo” com a “majoração da própria base de cálculo do imposto”.**

— **Recurso improvido.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de fevereiro de 1992 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 09-03-92.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Adoto o constante do parecer do Ministério Público Federal, assim posto (fls. 105/106):

“Trata-se de recurso especial contra acórdão cuja ementa assim resume o **decisum**: “Mandado de segurança — Alteração do valor venal dos imóveis por planta de valores estabelecida por decreto e não por lei. Inconstitucionalidade. Decreto emanado do Chefe do Poder Executivo constitui-se meio inidôneo para estabelecer ou aumentar tributo. Afronta ao art. 153, § 29 da Constituição Federal e art. 97, §§ 1º e 2º do Código Tributário Nacional. Lições da doutrina e da jurisprudência. **Writ of mandamus** conhecido e provido. Decisão unânime” (fls. 56).

Inconformado, sustenta o recorrente que a “decisão violou o disposto no artigo 19, inciso I, do art. 150 da atual Constituição, bem como o que estabelece o parágrafo 2º do artigo 97 do Código Tributário Nacional. O que exige a Constituição nos dispositivos supracitados é que nenhum tributo seja aumentado sem que a lei o estabeleça. Ora, no caso dos autos não houve, em nenhuma hipótese, aumento de tributo, mas sim, atualização de sua base de cálculo, segundo os critérios autorizados pela lei municipal. O parágrafo 2º do artigo 97 do Código Tributário Nacional diz exatamente que não constitui majoração de tributo a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo. Ora, essa atualização da base de cálculo do IPTU tanto pode ser efetivada com a aplicação dos índices decorrentes das OTNs, quanto mediante a atualização das plantas de valores dos imóveis. O Executivo Municipal escolheu esse último critério porque é o método de atualização da base de cálculo do IPTU autorizado pelo Código Tributário do Município de Fortaleza. Se a lei tributária municipal impõe determinado critério de atualização (no caso a atualização da Planta de Valores) não poderia o Poder Executivo Municipal optar por outro.” Além disso — continua o recorrente — “o respeitável acórdão recorrido diverge frontalmente do que recentemente (DJ de 22.04.88) emitiu o Supremo Tribunal Federal

no RE 109.301.3-MG ... IPTU — Reajustamento da base de cálculo — Critérios — A Lei nº 3.681/83, do Município de Belo Horizonte, ao estabelecer critérios objetivos para apuração do valor venal dos imóveis, viabiliza a definição da base de cálculo do imposto em cada exercício financeiro, sem necessidade de nova lei” (STF — Ac. unân. da 2ª Turma, publ. no DJ de 22.04.88, Rel. Min. Carlos Madeira)” (fls. 70/78).”

Ao final, conclui o órgão ministerial pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Sobre a questão controversa nos autos, assim opina o Ministério Público Federal (fls. 106/108):

“Cumpro registrar, desde logo, que, embora o recorrente tenha contestado, em suas informações, a alegação contida na inicial de que o aumento do imposto questionado foi “superior à desvalorização da moeda” (vide fls. 13 e 34), parece que o acórdão combatido firmou suas conclusões a partir da premissa fáctica de que efetivamente *houve majoração do tributo em níveis superiores à inflação*, tanto que transcreve precedentes jurisprudenciais que admitem a atualização do valor da

base de cálculo do IPTU por ato do Executivo, desde que limitada à simples correção monetária.

E desde que a análise e determinação dos fatos da causa resta soberanamente confiada aos Tribunais locais, cabendo ao Superior, tão-somente, aplicar o direito àqueles mesmos fatos estabelecidos na Instância Inferior (Ministro Athos Carneiro, in Encontro de Presidentes de Tribunais — Anais, STJ, 1990, pág. 63), o que resta é trabalhar à luz da premissa de que, no caso, *a majoração da base de cálculo do IPTU foi superior à simples correção monetária do valor venal dos imóveis tributados*.

Se assim é, então afigura-se incensurável o aresto hostilizado porque, com efeito, “somente a lei pode estabelecer a majoração de tributos” (art. 97, II, CTN), considerando-se que “a expressão *lei*, empregada pelo legislador, seja ele o constituinte, seja o ordinário, há de ser encarada, aqui, de forma restrita, e quer significar lei elaborada pelo Poder Legislativo, lei ordinária, e não lei no seu sentido mais amplo” (fls. 58).

Uma coisa é a simples atualização do “valor monetário” da base de cálculo do imposto; outra coisa, bem diferente, é a majoração da própria “base de cálculo”. “Atualização” não pode ser confundida com “majoração” — e aí reside, salvo melhor entendimen-

to, o equívoco em que labora o recorrente. Aquela (atualização) é autorizada, independentemente de lei (é lícito ao Executivo, por decreto, fazer a simples correção monetária do valor venal dos imóveis); mas essa (majoração) — aqui o valor venal não é meramente atualizado, mas substancialmente aumentado — indubitavelmente não pode ser levada a efeito senão por meio de *lei*, e lei em sentido formal.

Nem se diga que, no caso sob exame, a “atualização” — **rectius**: majoração — do valor da base de cálculo do imposto mediante decreto “está devidamente autorizada pelo Código Tributário do Município, que impõe o método com o qual a mesma deve ser realizada” (fls. 73). *Não*, ao contrário do que afirma o recorrente, a lei *não* poderia ter autorizado que o Executivo, por decreto, procedesse a tal “atualização” — a um, porque, como visto, não se trata de “atualização”, mas sim de indisfarçável “majoração”; a dois, porque, de resto, essa verdadeira “entrega”, pelo Legislativo em favor do Executivo, do poder de fixar e revisar (leia-se: aumentar) o valor venal dos imóveis para os efeitos do IPTU, implica, ao parecer, inegável *delegação de atribuições*, proscrita tanto sob a égide da Carta de 1967 (art. 6º, § único e art. 52, § único), quanto no vigente Estatuto Básico (art. 68, § 1º, CF/88).”

Reparo algum merece a fundamentação supratranscrita. O acórdão recorrido decidiu com acerto a matéria aqui versada, apoiado em lições doutrinárias e vasta jurisprudência, tudo a demonstrar a inviabilidade da pretensão recursal.

Nego provimento ao recurso.

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Nego provimento ao recurso.

O SR. MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, o acórdão foi proferido em mandado de segurança?

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Sim, foi proferido em mandado de segurança.

O SR. MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Então, Sr. Presidente, o problema é apenas de conhecimento, porque a decisão foi denegatória em mandado de segurança, cabendo apenas recurso ordinário e não especial. Penso que podemos conhecer, se for o caso, do recurso como ordinário, aplicando o princípio da fungibilidade e lhe negar provimento.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: A decisão foi denegatória?

O SR. MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Esclarece o eminente Relator que foi concessiva a decisão. E, desta forma, concordo com o seu douto voto.

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Realmente, porque o recorrente é o Município. Eu iria justamente esclarecer isso, porque, neste caso, temos sempre admitido recurso especial.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 21.776-7 — MS

(Registro nº 92.0010318-9)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Agravante: *Cezar Luiz Miozzo e outro*

Advogados: *Eliana Lima Facchini Miozzo e outro*

Agravado: *Município de Campo Grande-MS*

Advogados: *Vandymara Galvão R. Paiva Zanolo e outro*

EMENTA: *Tributário. Imposto Predial e Territorial Urbano. IPTU. Majoração por simples decreto. Impossibilidade.*

Sabendo-se que somente a lei pode aumentar tributos, é ilegítima a majoração pelo Poder Executivo, através de decreto, mesmo sob o argumento de se tratar de mera elevação do valor venal dos imóveis.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins e Américo Luz. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 03 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida-se de recurso especial interposto por Cezar Luiz Miozzo e outro, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão da Segunda Turma Civil do Tribunal de Justiça do Estado, guarnecido pela seguinte ementa:

“Apelação cível — Mandado de segurança — IPTU — Alteração do valor venal dos imóveis através de decreto executivo — Legalidade do ato — Segurança denegada — Recurso improvido.

O decreto municipal, que eleva o valor venal dos imóveis, alterando os dados constantes da planta genérica de valores, é legal e válido, eis que respaldado em ex-

Publicado no DJ de 22-05-95.

pressa autorização legal, constante no parágrafo terceiro do artigo 149 da Lei nº 1.466, de 26.10.73, que é o Código Tributário Nacional.

*Apelação cível — Mandado de segurança — Taxas de iluminação e limpeza públicas — Serviços específicos e divisíveis — Pagamento devido ainda que o serviço esteja à disposição do contribuinte tão-somente em potencial — Sentença concessiva do **mandamus** reformada.*

Não há falar em ilegalidade da cobrança de serviços de iluminação e limpeza públicas, através de taxas, eis que tais serviços são específicos e divisíveis, amoldando-se perfeitamente à hipótese prevista no art. 145, inciso II, da Constituição Federal.”

Sustentam os recorrentes, em síntese, insurgindo-se apenas contra a majoração do IPTU, negativa de vigência ao artigo 97, II e parágrafos 1º e 2º do Código Tributário Nacional. Alegam dissídio jurisprudencial.

Com as contra-razões de fls. 356/370, vieram os autos a esta superior instância.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 412/413, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): O entendimento

consubstanciado na decisão recorrida — legalidade de decreto municipal que altera o valor venal de imóveis — colide de frente com a jurisprudência dominante nas Turmas que compõem a Seção de Direito Público, conforme dão conta os seguintes julgados:

“Tributário. Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Base de cálculo. Majoração. Planta de valores genérica baixada por decreto.

I — É ilegítima a majoração do valor venal do imóvel, mediante decreto do Poder Executivo, em montante superior ao apurado com aplicação do índice de correção monetária. Precedentes.

II — Recurso especial conhecido e provido” (REsp nº 31.969-RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 06.02.95).

“Tributário. IPTU. Base de cálculo. Majoração por decreto. Impossibilidade.

— De acordo com o princípio da reserva legal, sendo privativa da Lei a majoração do tributo, esta resta ilegal quando se dá por decreto e em valor superior aos índices da correção monetária.

— Precedentes.” (REsp nº 30.205-RS, Rel. Min. Américo Luz, DJ de 06.02.95).

“Tributário — IPTU — Majoração — Decreto — Valor venal do imóvel — Reserva legal.

— Somente a Lei pode aumentar tributos.

— É vedado ao Poder Executivo Municipal, a pretexto de rever valores venais de imóveis, aumentar indiretamente o IPTU". (REsp nº

47.230-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 06.06.94).

Na linha dos precedentes colacionados, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 29.295-9 — MS

(Registro nº 92.0029184-8)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrentes: *Custódio Manoel Castro do Nascimento e cônjuge*

Recorrido: *Município de Campo Grande*

Advogados: *Custódio Manoel Castro do Nascimento e outro, e José Antônio de Castro e outros*

EMENTA: *Tributário. IPTU. Majoração. Ato do Poder Executivo. Princípio da legalidade tributária (art. 97, II, §§ 1º e 2º do CTN). Vedada a atualização do valor venal dos imóveis por decreto do Executivo Municipal.*

I — Pelo princípio da reserva legal, a majoração do tributo é privativa da lei, formalmente elaborada, ainda quando esta majoração decorra da modificação da base de cálculo.

II — *In casu*, era vedado ao Prefeito, por mero Decreto, atualizar o valor venal dos imóveis sobre os quais incide o IPTU, com base em uma tabela (Planta de Valores), ultrapassando, sensivelmente, a correção monetária a que estava autorizado a efetivar, por via de ato administrativo.

III — Recurso provido, por unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso,

na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira. Ausente, justificada-

mente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Custas, como de lei.

Brasília, 16 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 06-06-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Custódio Manoel Castro do Nascimento e sua mulher Idimé Moura de Castro impetraram mandado de segurança contra ato do Prefeito Municipal de Campo Grande-MS, consubstanciado no Decreto nº 6.208, de 4 de janeiro de 1991, que adotou uma Planta de Valores Imobiliários, para cobrança majorada do IPTU referente ao exercício de 1990, contendo aumento extorsivo, eis que muito acima da inflação ocorrida no período.

Denegada a segurança em primeira instância, a sentença foi confirmada em grau de recurso apelatório, pela 2ª Turma Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (folhas 115/123).

Inconformados, os vencidos interpuuseram o presente recurso especial, sob o pálio das letras **a** e **b** do admissivo constitucional, alegando que o v. acórdão recorrido malferiu o artigo 97 do Código Tributário Nacional (folhas 126/133).

Sem contra-razões, o recurso foi admitido na origem (folhas 158/161), nos termos do parecer da Procuradoria Geral da Justiça do Estado (fo-

lhas 150/155), subindo os autos a esta instância e vindo-me conclusos e preparados para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): A decisão contra a qual ora se recorre, encontra-se resumida no acórdão assim ementado:

“Apelação cível — Mandado de segurança — IPTU — Atualização da base de cálculo através de decreto municipal — Elevação do imposto acima do índice anual da correção monetária — Legalidade do ato — Segurança denegada.

É legítima a atualização da base de cálculo através de decreto municipal que instituiu a planta genérica de valores para fins de cobrança do IPTU. Tal tributo possui como base de cálculo o valor venal do imóvel que corresponde ao valor do mercado. Esse valor não fica atrelado ao índice oficial da correção monetária.

Existindo previsão legal, no Código Tributário Municipal, pode o executivo atualizar a tabela ou a planta de valores dos imóveis para a fixação da base de cálculo do IPTU. (folha 122).

Alegam os recorrentes, fundamentalmente, que a Prefeitura Municipal de Campo Grande-MS, para fins de cobrança do IPTU, avalia os imó-

veis muito acima da inflação oficial correspondente ao ano de 1990, fazendo-o através do Decreto Municipal nº 6.208, de 04.01.91, configurando-se assim uma ilegalidade, por isso que, consoante o disposto no artigo 97, e parágrafos, do Código Tributário Nacional, a alteração do valor venal do imóvel, para fins de lançamento do referido imposto, depende de lei.

Ao que entendo, e de acordo com as judiciosas razões expendidas pelo Ministério Público local, os recorrentes estão com a razão e o recurso “deve ser provido, pois, embora o valor venal dos imóveis não fique atrelado ao índice oficial da correção monetária, é só essa a atualização que se admite seja feita por simples Decreto. O artigo 97, inciso II e respectivos parágrafos 1º e 2º da Lei nº 5.172/66 deixam claro que só não depende de lei a atualização do valor monetário de base de cálculo do imposto. E, a atualização do valor da moeda se faz pela aplicação dos índices oficiais de correção monetária. A expressão diz tudo: correção monetária — corrige-se o valor da moeda para que se ajuste ao momento atual, face à sua corrosão imposta pelo contexto inflacionário. Em seu voto, o eminente Relator do acórdão recorrido considera que o Executivo Municipal estava autorizado por lei, a rever o valor venal dos imóveis através de Decreto, segundo o disposto no § 3º do artigo 149 do Código Tributário Municipal. *Tdavia*, essa revisão somente poderia ser feita através de Decreto, nos limites esta-

belecidos no Código Tributário Nacional. O § 3º do artigo 149 do Código Tributário Municipal deve ser interpretado em consonância com o disposto no artigo 97 do Código Tributário Nacional. A Planta de Valores Unitários de Terrenos pode ter os seus valores *monetários* atualizados por Decreto, eis que, mais do que isso, é vedado pelo artigo 97, II da Lei Federal nº 5.172/66.” (folha 154).

De fato, ante a iterativa jurisprudência desta Corte, parece-me viável o recurso, por ambas as letras do permissivo constitucional. Em caso semelhante, quando do julgamento do REsp nº 31.022-6/RS, da minha relatoria, esta egrégia Turma decidiu conforme acórdão que restou assim ementado:

“Tributário. IPTU. Majoração. Ato do Poder Executivo. Princípio da legalidade tributária (artigo 97, II, §§ 1º e 2º do CTN). Vedada a atualização do valor venal dos imóveis por decreto do Executivo.

I — Pelo princípio da reserva legal, a majoração do tributo é privativa da lei, formalmente elaborada, ainda quando esta majoração decorra da modificação da base de cálculo.

II — **In casu**, era vedado ao Prefeito, por mero Decreto, atualizar o valor venal dos imóveis sobre os quais incide o IPTU, com base em uma tabela (Planta de Valores), ultrapassando, sensivel-

mente, a correção monetária a que estava autorizado a efetivar, por via de ato administrativo.

III — Recurso provido, por unanimidade.” (REsp nº 31.022-6/SP, DJ de 21.06.93).

Na verdade, a majoração do IPTU do Município de Campo Grande-MS, para o exercício de 1990, tal como se processou, através de simples Decreto do Executivo, se efetivou em desconformidade com os cânones estabelecidos em Lei Complementar Federal, de observância obrigatória pelos entes de direito público interno.

Dispõe o art. 97 do CTN:

“Art. 97. “Somente a lei pode estabelecer:

I — **omissis**;

II — a majoração de tributos, em sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

§ 1º — Equipara-se à majoração de tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso;

§ 2º — Não constitui majoração de tributo, para fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”.

Como se sabe, tanto a instituição do tributo, como sua decorrente majoração, estão jungidos ao princípio da *legalidade* tributária (art. 97, II, §§ 1º e 2º do CTN).

Como se vê, pelo princípio da reserva legal, a majoração do tributo

é privativa da lei (formalmente elaborada), ainda quando esta (majoração) decorra da modificação da *base de cálculo*. Em assim sendo, era vedado ao Prefeito, por mero Decreto, atualizar o valor venal dos imóveis, com base em uma Planta de Valores Imobiliários, ultrapassando, sensivelmente, a correção monetária, a que estava autorizado a efetivar, por via de ato seu, administrativo.

Esse é o entendimento que se pacificou, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de suas Turmas de Direito Público:

“Tributário. IPTU.

Inconstitucional e ilegal a majoração (não a simples atualização) do valor venal dos imóveis tributados por Decreto do Poder Executivo.

“Não há confundir atualização do valor monetário da base de cálculo com a majoração da própria base de cálculo. Recurso improvido. REsp nº 11.266 — 2ª Turma, Relator Ministro Américo Luz.

“IPTU. Majoração. Ilegalidade.

“Não pode o Município, por simples Decreto, aumentar o IPTU em valor superior à sua simples atualização monetária **ex vi** do art. 97, II, e § 1º do CTN. O § 2º do artigo 97 do CTN diz respeito somente à correção monetária do valor venal do imóvel — base de cálculo do imposto predial — não alcançando a reavaliação econômica desse valor venal” — REsp nº 5.395-PA, Relator Ministro Garcia Vieira.”

Esse é, também, o escólio que prevaleceu no Excelso Pretório:

“Não se admite alteração de valor venal dos imóveis, para efeito de cobrança de IPTU, feita com base em planta de valores estabelecida por Decreto e não por lei.” (RE nº 116.886-2 — Relator Ministro Moreira Alves; RE 118.403-2, Relator Ministro Aldir Passarinho).”

Com base nessas considerações, conheço do recurso pelas letras **a** e **b** do admissivo constitucional e dou-lhe provimento para conceder a segurança postulada, a fim de que seja permitido à impetrante o pagamento do IPTU devido, acrescido da correção monetária, nos termos do pedido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.117-4 — RS

(Registro nº 93.0013561-9)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Helena Gastal de Menezes*

Recorrido: *Município de Porto Alegre*

Advogados: *Norma Dias Bruno e outros, e Afonso Cardoso Rebelo e outros*

EMENTA: *Tributário. Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) — Majoração — Legalidade Tributária (CTN, art. 97, II, §§ 1º e 2º) — Valor venal do imóvel — Atualização — Ato do Poder Executivo — Precedentes do STF e do STJ.*

— A majoração da base de cálculo do IPTU depende da elaboração de lei, exceto nos casos de simples atualização monetária, em atendimento ao princípio da reserva legal.

— Não pode o Município, por simples Decreto, atualizar o valor venal dos imóveis, para fins de cálculo do IPTU, com base na Planta de Valores, ultrapassando a correção monetária autorizada por ato administrativo.

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do

recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz, Hélio Mosimann e José de Jesus. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Brasília, 27 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

Publicado no DJ de 29-11-93.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial processado via agravo de instrumento, manifestado por Helena Gastal de Menezes, fundado no art. 105, III, a e c da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento à apelação interposta nos autos da ação ordinária anulatória de lançamento fiscal, cumulada com repetição do indébito, relativo ao imposto territorial de terrenos de sua propriedade. Insurge-se contra os aumentos do valor do tributo, superiores aos índices de atualização dos valores, pelas OTN's e contra a atualização do valor venal dos imóveis via Decreto emanado do Chefe do Executivo Municipal.

Sustenta violado o art. 97, II, IV e § 1º do CTN. Aponta dissídio jurisprudencial com vários acórdãos do STF.

Inadmitido o recurso especial no Tribunal **a quo**, foi interposto agravo de instrumento contra o despacho indeferitório, a que dei provimento para melhor exame da petição recursal.

Não houve manifestação da Subprocuradoria Geral da República, por mim dispensada.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Insurge-se a recorrente, através de ação ordinária anulatória de lançamento fiscal, cumulada com repetição de indébito, contra a atualização do valor venal dos imóveis via Decreto emanado do Chefe do Executivo Municipal.

Julgada improcedente a ação, foi confirmada a sentença monocrática, em grau de recurso, pelo Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, em decisão da qual valem transcritos os seguintes trechos (fls. 131):

“

A matéria não é nova. Já a examinei em outras ações. No fundo, a argumentação da autora pode ser desdobrada sob dois aspectos. O primeiro, diz com a inconstitucionalidade de delegação, por parte do Legislativo municipal, ao Executivo, de sorte que este possa definir valor venal de imóveis. Mais, à luz do que consta no art. 97, IV, do CTN (somente a lei po-

de estabelecer: a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo), dispondo o art. 33, do referido **Codex**, que a base de cálculo, quanto ao IPTU, será o valor venal, descabido que, por decreto, fosse estabelecido dito valor. Mais, plantas de valores, como habitualmente empregado, não passam de meras presunções (posto genéricos os fatores que consideram), e, em não sendo publicadas, nenhum efeito pode delas resultar.

Dito entendimento, ao qual se buscou colmatar com exegese restritiva de arestos do STF, não pode vingar.

Examine-se a legislação municipal. Ao valor venal, que significa, por certo, valor de venda, de mercado, não se poderia pretender que a lei fosse quantificá-lo caso a caso. Parece certo, aliás, que um imóvel, situado em bairro qualificado, como o da impetrante, caso fosse avaliado concretamente, por certo obteria estimação bem superior à que as tabelas da legislação municipal lhe atribuem.

E se a ninguém é possível obrigar o inatingível, nem mesmo, e, principalmente, o legislador, o princípio insculpido no art. 97, V, CTN, há de ser encarado dentro daquilo possível, de acordo com aquilo que o legislador, afinal de contas, procurou tutelar.

Necessário é que a lei, e ninguém mais, defina a base de cálculo, fornecendo os elementos objetivos que devem ser utilizados

na sua quantificação. No caso, a legislação do Município de Porto Alegre atende, por inteiro, a exigência do CTN. Assim, como salientou a contestação, os arts. 6º a 10º, da Lei Complementar Municipal nº 7/73, minudenciam critérios para a cristalização da base de cálculo. E quem deve proceder à operação de cálculo não é o legislador, por seguro, mas sim o órgão encarregado de exigir, de cobrar, em suma, o tributo.”

Daí este recurso especial, em que é alegada infringência ao art. 97, II, § 1º, do CTN e dissenso pretoriano.

Não há que confundir-se a *atualização* do valor monetário da base de cálculo do imposto e a *majoração* da própria base de cálculo. A primeira é autorizada, independentemente de lei, podendo ser feita por decreto do Executivo, corrigindo monetariamente o valor venal dos imóveis. A majoração só poderá ser feita, formalmente, por meio de lei, elaborada pelo Poder Legislativo.

No caso dos autos, tratando-se de majoração do IPTU do Município de Porto Alegre, reporto-me ao voto do Ministro Demócrito Reinaldo proferido quando do julgamento do REsp nº 31.022-6-RS, valendo transcrito:

“Como se sabe, tanto a instituição do tributo, como sua decorrente majoração, estão jungidos ao princípio da legalidade tributária (art. 97, II, §§ 1º e 2º do CTN).

In casu, a majoração indiscriminada do IPTU, em Porto Alegre, teve origem no Decreto nº 9.817, de 1980, ao qual se vincula uma *planta de valores*, que altera, em conjunto e de forma genérica, os valores dos *imóveis* da Cidade de Porto Alegre. E esses valores foram corrigidos em percentuais muito acima da correção, pelos índices oficiais.

O sistema de majoração tributária vigente em Porto Alegre tem embasamento na Lei Complementar Municipal nº 7/73, cujo artigo 9º preceitua:

“Art. 9º — Os preços do metro quadrado do terreno e de cada fio, de construção, bem como as definições deste serão fixados, anualmente, por Decreto Executivo, que “instruirá a proposta orçamentária”.

A lei institui, ainda, como base de cálculo, o valor *venal do imóvel*, de tal forma que, todas as vezes que, por Decreto do Executivo, for alterado esse valor, majorado fica o tributo, independentemente da elaboração de lei, votada pelo Legislativo. Entretanto, consoante dispõe o Código Tributário Nacional (art. 97, §§ 1º e 2º), a majoração da base de cálculo, como no caso, se não se revestir de simples atualização monetária, depende de lei, formalmente elaborada”. O Executivo Municipal não tem, destarte, competência para fixar preços e valores venais

dos bens, por via de mero ato administrativo. Como bem acentuou o Ministério Público Estadual, “o que diz o artigo 9º da Lei Complementar nº 7/73 é que os fatores que compõem o valor venal dos imóveis — preços do metro quadrado do terreno — e de cada tipo de construção serão fixados anualmente por Decreto do Executivo. Ora, quem altera os fatores, altera o produto. Se a base de cálculo não pode ser alterada, a não ser por lei, não pode o Executivo alterar por Decreto o valor do metro quadrado dos terrenos e das construções do artigo 97, IV, do CTN, posto que, na conformidade do artigo 97, § 1º, equiparase à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importa em torná-lo mais oneroso” (fls. 229).

Pelo princípio da reserva legal, a majoração do tributo é privativa da lei (formalmente elaborada), ainda quando esta (majoração) decorra da modificação da *base de cálculo*. Em assim sendo, era vedado ao Prefeito, por mero Decreto, atualizar o valor venal dos imóveis, com base em uma tabela (em Planta de Valores), ultrapassando, sensivelmente, a correção monetária, a que estava autorizado a efetivar, por via de ato seu, administrativo”.

Este o entendimento pacífico das 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça (REsp 11.641-0-PR, Relator Ministro Garcia Vieira; REsp

11.266-CE, Relator Ministro Américo Luz; REsp 34.319-0-RS, Rel. Min. José de Jesus). E assim também vem decidindo o Supremo Tribunal Federal (RE 118.413-2-ES, Rel. Min.

Aldir Passarinho; RE 116.886-2-SP, Rel. Min. Moreira Alves).

Do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para conceder a segurança.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.902-9 — MG
(Registro nº 93.0019857-2)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrentes: *Arthur Trivellato Filho e outros*

Recorrido: *Município de Jacutinga*

Advogados: *Drs. Cláudio José Canela e outros, e Donizzeti Donatti e outros*

EMENTA: *Tributário. IPTU. Alteração do valor venal do imóvel por decreto além da simples atualização monetária. Impossibilidade.*

Não pode o Município, por simples decreto, atribuir outro valor venal ao imóvel, senão o decorrente do anterior mais a correção monetária.

Precedentes do egrégio STF e deste colendo Tribunal.

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 das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Brasília, 04 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 02-05-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Cuida-se de recurso especial agitado com base nas alíneas a e c do permissivo constitucional contra o

r. aresto tomado em apelação lançada contra **decisum** monocrático que denegou mandado de segurança impetrado pelos recorrentes.

Alegam que o v. acórdão objurgado ferira o art. 97 do Código Tributário Nacional, além do que teria divergido das decisões que aponta, inclusive a tomada no REsp nº 5.395-PA, de que foi relator o eminente Ministro Garcia Vieira, isto porque a r. decisão atacada entendeu ser possível a majoração do IPTU, por decreto municipal, alterando o valor venal do imóvel acima da simples atualização monetária.

Concomitantemente, foi interposto recurso extraordinário, inadmitido, cujo despacho foi atacado por agravo de instrumento.

Dispensei a manifestação da doutra Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Trata-se, como visto, de conhecida questão em que se discute se é ou não possível alterar, por decreto, o valor venal do imóvel acima da simples atualização monetária, para fins de fixação da base de cálculo do IPTU.

Entendeu o r. acórdão que sim.

Todavia, a teor do disposto no art. 97 do CTN, somente a lei pode ins-

tituir, extinguir e majorar tributos, ou fixar a sua base de cálculo, ainda que sendo possível, pelo seu § 2º, atualizar por decreto, pelos índices de correção, o valor monetário de sua base de cálculo.

A hipótese em exame, contudo, não se ajusta à previsão contida no § 2º do art. 97 do CTN, visto que a alteração decorreu de majoração superior à simples atualização decorrente da incidência da correção monetária, por isso que afrontou a regra contida no **caput** do dispositivo mencionado, bem como a orientação jurisprudencial, conforme o seguinte expressivo exemplo:

“Imposto Predial e Territorial Rural. Majoração.

Não pode o Município, por simples decreto, aumentar o IPTU em valor superior à sua simples atualização monetária.

Precedentes do E. STF e deste C. Tribunal.

Recurso conhecido e provido”. (REsp nº 5.390-PA, rel. Min. Garcia Vieira, em 10.4.91, DJ de 20.5.91).

No mesmo sentido a decisão plenária no RE nº 87.763-PI, de que foi relator o em. Ministro Moreira Alves (RTJ 94/705).

Por tais razões, dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.029-9 — RS

(Registro nº 93.0020283-9)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Condor Empreendimentos Imobiliários S/A*

Advogados: *Drs. Almiro do Couto e Silva e outros*

Recorrido: *Município de Porto Alegre*

Advogados: *Drs. Gustavo Nygaard e outros*

EMENTA: Tributário. Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Base de cálculo. Majoração. Planta de valores genérica baixada por decreto.

I — É ilegítima a majoração do valor venal do imóvel, mediante decreto do Poder Executivo, em montante superior ao apurado com aplicação do índice de correção monetária. Precedentes.

II — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Brasília, 14 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 06-02-95.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Condor Empreendimentos Imobiliários S/A interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, letras a e c, da Constituição Federal, contra o v. acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, assim ementado (fls. 219):

“Imposto Predial e Territorial Urbano. Valor venal. Base de cálculo. O valor venal, base de cálculo do IPTU, submete-se ao valor mercadológico. A sua atualização não se faz pela aplicação de índices inflacionários, mas pela perquirição do mercado. Sendo impossível à Administração Municipal fazê-lo, caso a caso, imóvel a

imóvel, é admitida a chamada “Planta Genérica de Valores”, revista anualmente. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, no qual se inclui a determinação do valor venal, que é base de cálculo do tributo. Questões de fato relativas à realidade do mercado, por demandarem prova que não documental, desde logo produzida, refoge ao âmbito do mandado de segurança. Apelação não provida.”

Sustenta a recorrente que o acórdão recorrido negou vigência ao artigo 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional, e dissídio jurisprudencial.

Contra-arrazoado (fls. 294-309) o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 320-322), subiu a esta Corte onde me veio distribuído.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao contrário do decidido pelo acórdão recorrido, a jurisprudência desta Corte e do Supremo é pacífica, ao interpretar o art. 97, II e IV, e § 1º, do C.T.N., no sentido de que é ilegítima a majoração do valor venal do imóvel, mediante ato do Poder Executivo, em montante superior ao apurado com aplicação do índice de correção monetária. No caso, a majoração ocorreu, por meio de Decreto, que se

refere à planta de valores, alterando, em conjunto e de forma genérica, os preços dos imóveis da Cidade de Porto Alegre.

Sobre o tema, aduziu, com inteira pertinência, o Ministro Demócrito Reinaldo no voto que proferiu no REsp 31.022-6-RS:

“Como se sabe, tanto a instituição do tributo, como sua decorrente majoração, estão jungidos ao princípio da legalidade tributária (art. 97, II, §§ 1º e 2º do C.T.N.).

In casu, a majoração indiscriminada do IPTU, em Porto Alegre, teve origem no Decreto nº 9.817, de 1980, ao qual se vincula uma *planta de valores*, que altera, em conjunto e de forma genérica, os valores dos *imóveis* da Cidade de Porto Alegre. E esses valores foram corrigidos em percentuais muito acima da correção, pelo índices oficiais.

O sistema de majoração tributária vigente em Porto Alegre tem embasamento na Lei Complementar Municipal nº 7/73, cujo artigo 9º preceitua:

“Art. 9º — Os preços do metro quadrado do terreno e de cada fio, de construção, bem como as definições deste serão fixados, anualmente, por Decreto Executivo, que “instruirá a proposta orçamentária.”

A lei institui, ainda, como base de cálculo, o valor *venal do imó-*

vel, de tal forma que, todas as vezes que, por Decreto do Executivo, for alterado esse valor, majorado fica o tributo, independentemente da elaboração de lei, votada pelo Legislativo. Entretanto, consoante dispõe o Código Tributário Nacional (art. 97, §§ 1º e 2º), a majoração da base de cálculo, como no caso, se não se revestir de simples atualização monetária, depende de lei, formalmente elaborada. O Executivo Municipal não tem, destarte, competência para fixar preços e valores venais dos bens, por via de mero ato administrativo. Como bem acentuou o Ministério Público Estadual, “o que diz o artigo 9º da Lei Complementar nº 7/73 é que os fatores que compõem o valor venal dos imóveis — preços do metro quadrado do terreno — e de cada tipo de construção serão fixados anualmente por Decreto do Executivo. Ora, quem altera os fatores, altera o produto. Se a base de cálculo não pode ser alterada, a não ser por lei, não pode o Executivo alterar por Decreto o valor do metro quadrado dos terrenos e das construções do artigo 97, IV, do C.T.N., posto que, na conformidade do artigo 97, § 1º, equiparase à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importa em torná-lo mais oneroso” (fls. 229).

Pelo princípio da reserva legal, a majoração do tributo é privativa da lei (formalmente elaborada), ainda quando esta (majoração) decorra da modificação da *base de*

cálculo. Em assim sendo, era vedado, ao Prefeito, por mero Decreto, atualizar o valor venal dos imóveis, com base em uma tabela (em Planta de Valores), ultrapassando, sensivelmente, a correção monetária, a que estava autorizado a efetivar, por via de ato seu, administrativo.”

Com essa orientação, dentre outros, os seguintes precedentes desta Corte: REsp 34.117-4-RS, Relator Ministro Peçanha Martins; REsp 34.319-0-RS, Relator Ministro José de Jesus Filho; REsp’s 4.357-0-SP e 11.641-0-PR, Relator Ministro Garcia Vieira. E do Excelso Pretório: RE 96.825-MG (RTJ 113/701) e RE 87.763-0-PI (RTJ 94/705), Relator Ministro Moreira Alves; RE 109.100-MG (RTJ 118/388), Relator Ministro Octávio Gallotti.

Nesse sentido, votei como Relator, do REsp nº 23.533-2-RS, cujo acórdão ficou assim ementado:

“Tributário. Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Base de cálculo. Majoração. Planta de valores genérica baixada por decreto.

I — É ilegítima a majoração do valor venal do imóvel, mediante decreto do Poder Executivo, em montante superior ao apurado com aplicação do índice de correção monetária. Aplicação do art. 97, II e IV, e § 1º, do C.T.N. Precedentes.

II — Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”

Isto posto, em conclusão, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de conceder a segurança.

RECURSO ESPECIAL Nº 47.230-0 — RS

(Registro nº 94.0011854-6)

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

Recorrente: *Lúcio Ricardo Verane Filho*

Recorrido: *Município de Porto Alegre*

Advogados: *Drs. Nestor José Forster e outros, e Gustavo Nygaard e outros*

EMENTA: *Tributário — IPTU — Majoração — Decreto — Valor venal do imóvel — Reserva legal.*

— **Somente a lei pode aumentar tributos.**

— **É vedado ao Poder Executivo Municipal, a pretexto de rever valores venais de imóveis, aumentar indiretamente o IPTU.**

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 ao recurso. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Demócrito Reinaldo. Ausente, justificadamente, o Ministro Garcia Vieira.

Brasília, 11 de maio de 1994 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 06-06-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Adoto como relatório a decisão em que provi o agravo de instrumento, nestes termos:

“Cuida-se de recurso especial, fincado no permissivo da alínea a.

O aresto recorrido está reduzido nesta ementa:

“Imposto Predial e Territorial Urbano. Base de cálculo. Valor venal.

A base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, incluída neste ato complexo a determinação do valor venal.

Não implica aumento do tributo a determinação do valor ve-

nal, segundo o fenômeno mercadológico. Os atos administrativos praticados pelo Executivo em decorrência de suas atribuições específicas e privativas não estão sujeitos à aprovação do Poder Legislativo. Incidência do art. 2º da Constituição Federal: dos arts. 33 e 142, do CTN e do art. 5º do CTM. Limite do reajuste do imposto, no exercício de 1991, até o percentual de 1.794,84%, nos termos LCM nº 249/91.

Contribuinte que não comprova observar as condições e requisitos estabelecidos na LCM nº 249/91, não é destinatário da vantagem fiscal nela prevista.

Sentença confirmada.

Apelação improvida” (fls. 64/65).

O apelo foi reprovado no juízo de admissibilidade, por entender razoável a interpretação constante do aresto.

O contribuinte interpôs agravo de instrumento.

Dou provimento ao agravo, para melhor exame da hipótese.

Determino a autuação deste instrumento, como recurso especial, a ser colocado, imediatamente, em pauta de julgamento”.

É o relatório.

VOTO

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

Examina-se a possibilidade em majorar-se, por decreto, o IPTU, em valor superior aos índices de correção monetária.

No acórdão se afirma que o Decreto nº 9.817, de 28.09.90, ao determinar a elaboração de uma Planta Genérica de Valores, indicava

“no artigo 1º, que a mesma serviria como simples instrumento auxiliar e referencial de registro dos preços do metro quadrado de terrenos a serem apurados pela Administração segundo a oscilação dos preços no mercado imobiliário no Município, posto que ao ser editado, apenas se iniciava o quarto trimestre do ano de 1990”.

Afirma-se, também, que da

“ausência de sua publicação não se vislumbra ilegalidade ou inconstitucionalidade, em primeiro plano, porque em sendo mero registro interno do resultado da coleta de preços de terreno no mercado imobiliário, sua publicação não constitui requisito estabelecido no CTM, por isso, desnecessária, e até porque não implica em qualquer prejuízo ao contribuinte que pode impugnar o lançamento administrativamente ou na via judicial, como fez” (fls. 92 e 94).

A matéria já foi apreciada por esta Turma, conduzida pelo eminente Ministro Demócrito Reinaldo, no REsp 31.022-6-RS.

Reporto-me ao voto do E. Relator, naquela assentada:

“a majoração do IPTU do Município de Porto Alegre, para o exercício de 1991, tal como se processou, através de simples Decreto do Executivo, se efetivou em desconformidade com os cânones estabelecidos em Lei Complementar Federal, de observância obrigatória pelos entes de direito público interno.

Dispõe o art. 97 do CTN:

Art. 97. “Somente a lei pode estabelecer:

I — **omissis**;

II — a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

§ 1º — Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso;

§ 2º — Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”.

Como se sabe, tanto a instituição do tributo, como sua decorrente majoração, estão jungidos ao princípio da legalidade tributária (art. 97, II, §§ 1º, 2º do CTN).

In casu, a majoração indiscriminada do IPTU, em Porto Alegre, teve origem no Decreto nº

9.817, de 1980, ao qual se vincula uma planta de valores, que altera, em conjunto e de forma genérica, os valores dos imóveis da Cidade de Porto Alegre. E esses valores foram corrigidos em percentuais muito acima da correção, pelos índices oficiais.

O sistema de majoração tributária vigente em Porto Alegre tem embasamento, na Lei Complementar Municipal nº 7/73, cujo artigo 9º, preceitua:

“Art. 9º — Os preços do metro quadrado do terreno e de cada tipo de construção, bem como as definições deste serão fixados, anualmente, por Decreto Executivo, que “instruirá a proposta orçamentária”.

A lei institui, ainda, como base de cálculo, o valor venal do imóvel, de tal forma que, todas as vezes que, por Decreto do Executivo, for alterado esse valor, majorado fica o tributo, independentemente da elaboração de lei, votada pelo Legislativo. Entretanto, consoante dispõe o Código Tributário Nacional (art. 97, §§ 1º e 2º), a majoração da base de cálculo, como no caso, se não se revestir de simples atualização monetária, depende de lei, formalmente elaborada”. O Executivo Municipal não tem, destarte, competência para fixar preços e valores venais dos bens, por via de mero ato administrativo. Como bem acentuou o Ministério Público Estadual, “o

que diz o artigo 9º da Lei Complementar nº 7/73 é que os fatores que compõem o valor venal dos imóveis — preços do metro quadrado do terreno — e de cada tipo de construção serão fixados anualmente por Decreto do Executivo. Ora, quem altera os fatores, altera o produto. Se a base de cálculo não pode ser alterada, a não ser por lei, não pode o Executivo alterar por Decreto o valor do metro quadrado dos terrenos e das construções, porque atingirá, diretamente, a base de cálculo, incidindo na vedação do artigo 97, IV, do CTN, posto que, na conformidade do artigo 97, § 1º, equiparar-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importa em torná-lo mais oneroso” (fl. 229).

Pelo princípio da reserva legal, a majoração do tributo é privativa da lei (formalmente elaborada), ainda quando esta (majoração) decorra da modificação da base de cálculo. Em assim sendo, era vedado ao Prefeito, por mero Decreto, atualizar o valor venal dos imóveis, com base em uma tabela (em Planta de Valores), ultrapassando, sensivelmente, a correção monetária, a que estava autorizado a efetivar, por via de ato seu, administrativo.”

Daí resultou acórdão assim ementado:

“Tributário. IPTU. Majoração. Ato do Poder Executivo. Princípio da legalidade tributá-

ria (artigo 97, II, §§ 1º e 2º do CTN). Vedada a atualização do valor venal dos imóveis por Decreto do Executivo.

I — Pelo princípio da reserva legal, a majoração do tributo é privativa da lei, formalmente elaborada, ainda quando esta majoração decorra da modificação da base de cálculo.

II — **In casu**, era vedado ao prefeito, por mero decreto, atualizar o valor venal dos imóveis sobre os quais incide o IPTU, com base em uma tabela (planta de valores), ultrapassando, sensivelmente, a correção monetária a que estava autorizado a efetivar, por via de ato administrativo.

III — Recurso provido, por unanimidade” (DJ de 16.08.93).

Este, aliás, é o entendimento pacífico das 1ª e 2ª Turmas deste Tribunal, **verbis**:

“IPTU. Base de cálculo. Majoração.

I — O Código Tributário Nacional só autoriza a atualização do valor monetário da base de cálculo do IPTU a majoração de seu valor real, **ex vi** do art. 97, § 2º.

II — Consoante decidiu esta Corte é ilegítima a majoração do imposto em tela, por decreto, em valor superior aos índices de correção monetária.

III — Recursos providos” (REsp 34.319; Rel. Min. José de Jesus; DJ de 02.08.93).

“Tributário — Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) — Majoração — Legalidade Tributária (CTN, art. 97, II, §§ 1º e 2º) — Valor venal do imóvel — Atualização — Ato do Poder Executivo — Precedentes do STF e do STJ.

— A majoração da base de cálculo do IPTU depende da elaboração de lei, exceto nos casos de simples atualização monetária, em atendimento ao princípio da reserva legal.

— Não pode o município, por simples decreto, atualizar o valor venal dos imóveis, para fins de cálculo do IPTU, com base na planta de valores, ultrapassando a correção monetária autorizada por ato administrativo.

— Recurso conhecido e provido” (REsp 35.117; Rel. Min. Peçanha Martins; DJ de 29.11.93).

“IPTU — Base de cálculo — Elevação.

O artigo 97, § 2º do CTN só autoriza a atualização do valor monetário da base de cálculo do IPTU e não a majoração de seu valor real.

Ilegítima a majoração do IPTU, por decreto, em valor superior aos índices de correção monetária.

Recurso provido” (REsp 31.950; Rel. Min. Garcia Vieira; DJ de 26.04.93).

Ante todo o esposado, conheço do recurso e lhe dou provimento, para conceder a segurança.

RECURSO ESPECIAL Nº 49.022-7 — MG

(Registro nº 94.0015885-8)

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

Recorrentes: *Mineração Curimbaba Ltda. e outros*

Recorrido: *Município de Poços de Caldas*

Advogados: *Drs. Wander Santos Pinto e outros, e Roldão S. Bandola de Oliveira e outro*

EMENTA: IPTU. Base de cálculo. Majoração.

I — O Código Tributário Nacional só autoriza a atualização do valor monetário da base de cálculo do IPTU e não a majoração de seu valor real, ex vi do art. 97, § 2º.

II — Consoante decidiu esta Corte é ilegítima a majoração do imposto em tela, por decreto, em valor superior aos índices de correção monetária.

III — Recurso provido, no âmbito desta Corte.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

Publicado no DJ de 27-06-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O v. despacho que admitiu o processamento do presente recurso especial assim delimitou a espécie:

“Mineração Curimbaba Ltda. e outros moveram ação declaratória de preceito negativo de crédito tributário contra o Município de Poços de Caldas, onde contestaram a legalidade da majoração do imposto sobre a propriedade territorial urbana (IPTU), referente ao

exercício de 1992, acima dos índices inflacionários, efetuada através de decreto e não de lei (art. 97, II do Código Tributário Nacional). Alegam, ainda, desobediência ao princípio da anterioridade e a inobservância do art. 77 do mesmo diploma, que veda a utilização da base de cálculo de imposto para cálculo de taxa (no caso, de limpeza urbana e de conservação).

A sentença, desfavorável aos Autores, foi confirmada, à unanimidade, por acórdão de uma das Turmas da egrégia Primeira Câmara Cível.

Inconformados, os vencidos manifestaram o presente recurso especial escudados no art. 105, inciso III, alíneas a e c da Carta da República, indicando como afrontados os arts. 77 e 97, II, do Código Tributário Nacional, além de divergência com decisões proferidas por outros tribunais.

Sustentam que a alteração da base de cálculo do imposto, de molde a torná-lo mais oneroso, somente pode ser feita através de lei, conforme preceitua o inciso II do art. 97 do Código Tributário. E mais: só se admite mudança através de decreto quando a operação tiver por objetivo recompor os valores com base na correção monetária do período.

O v. acórdão atacado, por sua vez, assim decidiu:

“Conclui-se, pois, que o aumento do tributo de um exercício

para outro decorre apenas da reavaliação dos imóveis urbanos, com aplicação da mesma alíquota, não justificando, desta feita, a necessidade de lei específica, reclamada pelos apelantes, eis que esta só é necessária quando houver aumento de alíquota, o que não ocorreu no presente caso, onde tão-somente aplicou-se a mesma alíquota sobre o valor atualizado do imóvel.

De mais a mais, nada conduz a que o valor venal do imóvel tenha que acompanhar a inflação, porquanto nele pode haver melhoramentos que contribuem para sua valorização, assim como podem ocorrer fatos que impliquem em sua desvalorização” (fls. 93)

Os Recorrentes, na comprovação do dissídio trouxeram a confronto decisões proferidas pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, favoráveis à argumentação desenvolvida no recurso. No julgamento do Recurso Extraordinário 87.863, a ementa do acórdão ficou assim redigida:

“Imposto predial. Alteração do valor venal do imóvel mediante Decreto.

— O parágrafo 2º do artigo 97 do Código Tributário Nacional diz respeito, somente, à correção monetária do valor do imóvel (base de cálculo do imposto

predial), não alcançando a reavaliação mesma (reavaliação econômica) desse valor venal.

— Para se atribuir outro valor venal ao imóvel, que não o decorrente do anterior mais a correção monetária, é mister lei, não bastando, para isso, simples decreto. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (fls. 107).

Assim satisfeitas que foram as demais exigências constantes dos §§ 1º e 2º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que tratam da demonstração da divergência jurisprudencial, admito o apelo pela alínea c do admissivo constitucional.

Em face da jurisprudência daquela Corte, no sentido de que “admitido o recurso por um dos fundamentos, amplia-se o conhecimento para as demais questões” (REsp nº 6.963-PR), deixo de proceder ao exame da alegada ofensa aos arts. 77 e 97, II do Código Tributário Nacional.

Intime-se, com posterior remessa dos autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.” (fls. 123/125)

Às fls. 112/118, recurso extraordinário, o qual também foi admitido (fls. 120/121).

Nesta Corte, dispensei a manifestação do douto Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A matéria **sub judice** já obteve o deslinde perante esta colenda Corte, consoante se vê, além dos precedentes do Pretório Excelso e deste Tribunal colacionados pela recorrente, do decidido no Recurso Especial nº 31.950-3/RS, relator o eminente Ministro Garcia Vieira, publicado no DJ de 26.04.93, cuja ementa é do seguinte teor, **verbis**:

“IPTU — Base de cálculo — Elevação.

O artigo 97, parágrafo 2º, do CTN só autoriza a atualização do valor monetário da base de cálculo do IPTU e não a majoração de seu valor real.

Ilegítima a majoração do IPTU, por decreto, em valor superior aos índices de correção monetária.

Recurso provido”.

Naquela oportunidade bem ponderou S. Exa.:

“Nos termos do art. 97 do CTN, somente a lei pode instituir, extinguir e majorar tributos, ou fixar sua base de cálculo, não constituindo majoração a simples atualização do valor monetário da sua base de cálculo (art. 94, § 2º do CTN). Não pode o Município, por simples decreto, aumentar o IPTU em valor superior à sua

simples atualização monetária. Assim já entendeu esta Egrégia Corte nos Recursos Especiais nºs 2.387-PR, DJ de 30.04.90; 4.758-SP, DJ de 26.11.90 e 5.211-SP, DJ de 05.11.90. Nossa Corte Maior, nos Recursos Extraordinários nºs 92.804-RS, RTJ 96/908; 101.053-SP, RTJ 113/1.288; 108.100-MG, RTJ 118/388; 96.825-MG, RTJ 113/701; 104.619-SP, DJ de 23.05.86; 108.543-SP, DJ de 09.05.86; 109.713-SP, DJ de 26.09.86, e 114.078-AL, DJ de 01.07.88, em todos estes precedentes, entendeu a Egrégia 2ª Turma e a Excelsa Corte ser ilegal a majoração do IPTU, em montante superior à sua simples atualização decorrente da incidência da correção monetária. É evidente que o ato impugnado majorou o IPTU, fixando-o em valor bem superior àquele que decorreria da simples correção de seu valor monetário, não encontrando ele qualquer suporte no citado art. 97, § 2º, do CTN que só autoriza “a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo” e não a majoração do seu valor real”.

Aliás, já tive oportunidade de apreciar a matéria, quando do julgamento do Recurso Especial nº 34.319-0/RS, publicado o acórdão no DJ de 02.08.93, cujo aresto ficou assim ementado:

“IPTU. Base de cálculo. Majoração.

I — O Código Tributário Nacional só autoriza a atualização do valor monetário da base de cálculo do IPTU e não a majoração do seu valor real, *ex vi* do art. 97, § 2º.

II — Consoante decidiu esta Corte é ilegítima a majoração do imposto em tela, por decreto, em va-

lor superior aos índices de correção monetária.

III — Recursos providos.”

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, no âmbito desta Corte.

É o meu voto.

SÚMULA Nº 161

É da competência da Justiça Estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta.

Referência:

— Lei nº 6.858, de 24.11.80, art. 1º.

— Dec. nº 85.845, de 26.03.81, arts. 1º, parágrafo único, item III e 2º.

CC 4.142-8-AL (1ª S 20.04.93 — DJ 10.05.93)

CC 7.594-7-SC (1ª S 22.03.94 — DJ 25.04.94)

CC 8.417-2-SC (1ª S 07.06.94 — DJ 27.06.94)

CC 8.457-1-SC (1ª S 10.05.94 — DJ 30.05.94)

CC 8.852-6-SC (1ª S 17.05.94 — DJ 13.06.94)

CC 10.912-4-SP (1ª S 25.10.94 — DJ 15.05.95)

Primeira Seção, em 12.06.96.

DJ 19.06.96, p. 21.940

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 4.142-8 — AL

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Autora: *Helle Nece Baptista de Almeida*

Advogado: *Lucio Jorge Jambo Cantarelli*

Ré: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Suscitante: *Juízo Federal da 2ª Vara-AL*

Suscitado: *Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Maceió-AL*

EMENTA: *Conflito de competência. Levantamento dos depósitos do fundo de garantia. Falecimento do titular da conta. Interesse dos herdeiros. Competência do juízo sucessório.*

Muito embora verse o pedido sobre Fundo de Garantia e deva o alvará ser satisfeito pela Caixa Econômica, empresa pública federal, seja pela ausência de qualquer interesse da Caixa, seja por se tratar de juízo sucessório, a competência é da Justiça Estadual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a se-

guir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Maceió-AL, suscitado nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros,

Milton Pereira, Cesar Rocha e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Américo Luz e José de Jesus.

Brasília, 20 de abril de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

Publicado no DJ de 10-05-93.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida a hipótese de pedido de expedição de alvará para levantamento de depósito vinculado ao F.G.T.S., ajuizado perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Maceió-AL, pelos herdeiros do titular da conta, por força do seu falecimento.

Declarando-se incompetente, determinou o Juízo Estadual a remessa dos autos à Justiça Federal.

Por seu turno, o Juízo Federal da 2ª Vara de Alagoas, também entendendo-se incompetente, suscitou o presente Conflito Negativo.

Parecer da Subprocuradoria Geral da República, às fls. 20/21, opinando pela competência do Juiz de Direito.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Sr. Presidente,

Como se vê do relatório, trata-se de pedido de Alvará para levantamento dos depósitos do F.G.T.S., ajuizado pelos herdeiros do titular da conta, em razão de seu falecimento.

Ao suscitar o presente Conflito Negativo, o Juiz Federal da 2ª Vara de Alagoas assim fundamentou sua posição, **verbis**:

“Impressionado pelo fato de o pedido versar sobre FGTS, bem assim pelo alvará solicitado dever ser satisfeito pela Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, sujeita em princípio à jurisdição federal, entendeu o ilustre Titular do Juízo suscitado de declarar-se incompetente e remeter os autos à Justiça Federal.

Ocorre que, na hipótese, seja por inexistir a intervenção da Caixa Econômica Federal, seja por se tratar de juízo sucessório, a competência, salvo melhor juízo, é da Justiça Estadual.

Realmente, consoante se nota da leitura da peça vestibular, o requerente aduz que o falecido não deixou bens que merecessem a abertura de inventário, pretendendo resolver a partilha através da via inaugurada pela Lei nº 6.858, que disciplinou as pequenas heranças. Trata-ser, pois, de Juízo sucessório. No caso, inexistente litígio sobre se é ou não hipótese de liberação do FGTS, nem a CEF se opõe à liberação. Ao contrário, o pronunciamento judicial respeita apenas e tão-somente à definição dos sucessores do falecido com direito ao recebimento dos

valores depositados. Em hipótese assim, é expresso o Decreto 85.845/81 em determinar que o feito tramite sem a intervenção da Caixa e na Justiça Estadual.

E não poderia ser de outra forma, visto que a competência da Justiça Federal somente decorre da interferência da CEF, se opondo ao saque.”

Com efeito, não merece reparos o entendimento transcrito, eis que, *in casu*, ausente qualquer interesse da CEF, a reclamar a ingerência da Justiça Federal.

Pelo exposto, declaro competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Maceió, Alagoas, o suscitado.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.594-7 — SC

(Registro nº 94.0004272-8)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Autores: *Valmor José dos Santos e cônjuge*

Ré: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Suscitante: *Juízo Federal em Blumenau SJ-SC*

Suscitado: *Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Brusque-SC*

Advogado: *Dr. Ivo Márcio Visconti*

EMENTA: Competência — FGTS e PIS — Alvará de levantamento — Falecimento.

O pedido de levantamento do FGTS e PIS formulado pelo genitor em virtude do falecimento de seu filho é procedimento de jurisdição voluntária, no qual a Caixa Econômica Federal sequer deve ser citada e não tem qualquer interesse, sendo competente a Justiça Estadual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas

a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Brusque-SC, suscitado nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Peçanha Martins, Demócristo

to Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Américo Luz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

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

Brasília, 22 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 25-04-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Valmor José dos Santos e Inácia Fuck dos Santos requereram, perante o MM. Juiz de Direito da Comarca de Brusque, a expedição de alvará judicial objetivando o levantamento dos valores referentes ao FGTS e ao PIS de seu filho, falecido em setembro de 1993.

O MM. Juiz Estadual declarou-se incompetente para apreciar o feito, remetendo os autos ao Juízo Federal de Blumenau-SC, que suscitou o presente Conflito de Competência (fls. 08/10).

Entende o ilustre suscitante que a competência para apreciar o pedido é da Justiça Estadual, tendo em vista o disposto na Lei nº 6.858/80.

Oficiando nos autos, a douta Subprocuradoria Geral da República opinou pela competência da Justiça Estadual. (fls. 13/14).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: Aos Juízes Federais compete processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes...” (art. 109, I, da CF). No caso, trata-se de pedido de levantamento de FGTS e PIS, formulado por pai de menor falecido (doc. de fls. 03/04), com apoio na Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980 e art. 1.037 do Código Civil. É um procedimento de jurisdição voluntária, no qual a Caixa Econômica Federal sequer será citada e não tem qualquer interesse.

A competência é da Justiça Estadual. Neste sentido o precedente desta E. Seção no Conflito de Competência nº 4.142-AL, DJ de 10.05.93, Relator o Eminentíssimo Ministro Hélio Mosimann.

Com razão o MM. Juiz Federal suscitante, ao acentuar que:

“Aqui, a Caixa Econômica Federal, em que pese ser a mesma empresa pública federal, não ostenta nenhuma das posições processuais referidas no citado artigo constitucional. É mera depositária dos valores pertencentes ao **de cujus**.

Na verdade, o pedido de expedição de alvará formulado pelos pais de Anilson dos Santos encontra amparo na Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980 e no art.

1.037, do Código de Processo Civil, que dispensam a abertura de inventário ou arrolamento para o levantamento daqueles valores referidos na lei citada, dentre os quais se incluem os depósitos relativos ao FGTS e ao PIS. Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária através do qual o legislador, com grande visão da realidade, dispensou que os valores do PIS, do FGTS, dentre outros, tivessem que ser inventariados, facilitando, assim, àquelas pessoas de pouca renda (dependentes e/ou sucessores), que percebam os valores devidos ao **de cujus** de uma forma mais célere, sem a obser-

vância do formalíssimo procedimento de inventário ou arrolamento.

Por fim, cabe esclarecer que a Caixa Econômica Federal sequer deve ser citada no presente feito, o que bem demonstra a natureza não litigiosa deste procedimento, que deve tramitar no Juízo Estadual aonde, em princípio, deveria tramitar o eventual inventário do falecido." (fls. 9).

Conheço do conflito e declaro competente o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Brusque-SC, o suscitado.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.417-2 — SC
(Registro nº 94.0010603-3)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Autor: *Crespim Medeiros*

Ré: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Suscitante: *Juízo Federal em Blumenau SJ/SC*

Suscitado: *Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau-SC*

Advogada: *Elsa C. Bevian*

EMENTA: *Processual Civil. Conflito de competência. Alvará. Levantamento do FGTS por herdeiro do de cujus. Lei nº 6.850/80. Inexistência de legitimidade passiva ad causam da C.E.F.*

Em ações onde herdeiro requer expedição de alvará, com amparo na Lei nº 6.858/80, visando ao levantamento dos saldos do FGTS e PIS de titularidade do de cujus depositados na Caixa Econômica Federal, inexistente interesse processual desta empresa pública para integrar a lide no seu pólo passivo, pelo que não se justifica o deslocamento da competência para a justiça federal, conforme preconiza o artigo 109, I, da C.F.

Conflito conhecido para, à unanimidade, declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau-SC, suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau-SC, suscitado nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Américo Luz, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Custas, como de lei.

Brasília, 07 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

Publicado no DJ de 27-06-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Trata-se de conflito de competência, envolvendo juízos federal e estadual, em ação onde Crespim Medeiros requer alvará judicial visando ao levantamento dos saldos do FGTS e do PIS existentes em nome de seu falecido filho, tudo na conformidade da Lei nº 6.858/80.

O juízo estadual declinou da competência, alegando que a Caixa Econômica Federal teria interesse na li-de, na qualidade de gestadora do FGTS e do PIS.

Suscitando o conflito, o juiz federal sustentou cuidar-se de feito não contencioso, no qual a CEF figura como mera depositária dos valores cujo levantamento se requer.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pela competência da Justiça Estadual.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Pela excelência de seus termos, reporto-me aos judiciosos argumentos lançados pelo ilustre magistrado federal ao suscitar o conflito, **verbis**:

“Com efeito, estabelece o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, que aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou *empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes*, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Aqui, a Caixa Econômica Federal, em que pese ser a mesma empresa pública federal, não ostenta nenhuma das posições proces-

suais referidas no citado artigo constitucional. É mera depositária dos valores pertencentes ao **de cujus**.

Na verdade, o pedido de expedição de alvará formulado pelo pai Crespim Medeiros, encontra amparo na Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980 e no artigo 1.037, do Código de Processo Civil, que dispensam a abertura de inventário ou arrolamento para o levantamento daqueles valores referidos na lei citada, dentre os quais se incluem os depósitos relativos ao FGTS e ao PIS. Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária através do qual o legislador, com grande visão da realidade, dispensou que os valores do PIS, do FGTS, dentre outros, tivessem que ser inventariados, facilitando, assim, àquelas pessoas

de pouca renda (dependentes e/ou sucessores), que percebam os valores devidos ao **de cujus** de uma forma mais célere, sem a observância do formalíssimo procedimento de inventário ao arrolamento.

Por fim, cabe esclarecer que a Caixa Econômica Federal sequer deve ser citada no presente feito, o que bem demonstra a natureza não litigiosa deste procedimento, que deve tramitar no Juízo Estadual aonde, em princípio, deveria tramitar o eventual inventário do falecido” (folhas 6/7).

Assim, percebe-se inexistir qualquer interesse da CEF a justificar o deslocamento da competência para o âmbito federal, pelo que conheço do conflito para declarar competente a justiça comum estadual.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.457-1 — SC

(Registro nº 94.0011194-0)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Autora: *Isela Valesca Bratscfich*

Advogado: *Dr. Jairo Sidney da Cunha*

Réus: *Caixa Econômica Federal — CEF e outro*

Suscitante: *Juízo Federal em Blumenau SJ/SC*

Suscitado: *Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau-SC*

EMENTA: Competência. PIS/PASEP. FGTS. Falecimento do titular da conta. Alvará de levantamento.

I — É da competência da Justiça Estadual expedir alvará de levantamento de valores relativos ao PIS/PASEP e ao FGTS, em de-

corrência de falecimento do titular da conta, independentemente de inventário ou arrolamento.

II — Lei nº 6.858, de 24.11.80, art. 1º. Decreto nº 85.845, de 1981, art. 2º.

III — Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se a competência da Justiça Estadual.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau-SC, suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Américo Luz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Brasília, 10 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 30-05-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Isela Valesca Bratscfich, companheira de Hermínio dos Santos, falecido em 17.11.93, requereu a expedição de alvará judicial objetivando o levantamento dos valores referentes ao PIS/PASEP, depositados no Banco do Brasil e na Caixa Econômica Federal.

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau-SC deu-se por incompetente, por encontrarem-se os valores referentes ao FGTS depositados na Caixa Econômica Federal, e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal.

Ali, o MM. Juiz Federal, também, declarou-se incompetente e determinou a remessa dos autos a esta Corte.

Oficiando nos autos, manifestou-se a douta Subprocuradoria Geral da República pela competência da Justiça Estadual (fls. 10-11).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Segundo assinala a douta Subprocuradoria

Geral da República, decidiu o Excelso Pretório que:

“O Dec. 85.845/81, que regulamentou as disposições da Lei nº 6.858, de 1980, em seu art. 2º afasta o BNH do ato de liquidação do saldo individual do FGTS de que era devedor o **de cujus**”, não se justificando, por isso, a atração dos atos respectivos para a órbita da Justiça Federal” (RT 613/235).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Seção:

“Conflito de competência. Levantamento dos depósitos do fundo de garantia. Falecimento do titular da conta. Interesse dos herdeiros. Competência do juízo sucessório.

Muito embora verse o pedido sobre Fundo de Garantia e deva o alvará ser satisfeito pela Caixa Econômica, empresa pública federal, seja pela ausência de qual-

quer interesse da Caixa, seja por se tratar de juízo sucessório, a competência é da Justiça Estadual.” (CC nº 4.142-8-AL — Rel. Sr. Ministro Hélio Mosimann — Julg. em 20.04.1993 — Publ. DJ de 10.05.93) e

“Competência — FGTS e PIS — Alvará de levantamento — Falecimento.

O pedido de levantamento do FGTS e PIS formulado pelo genitor em virtude do falecimento de seu filho é procedimento de jurisdição voluntária, no qual a Caixa Econômica Federal sequer deve ser citada e não tem qualquer interesse, sendo competente a Justiça Estadual.” (CC nº 7.594-7-SC (94.0004272-8) — Rel. Sr. Ministro Garcia Vieira — Julg. 22.03.1994 — Publ. DJ de 25.04.1994).

Isto posto, em conclusão, conheço do conflito e declaro competente o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau-SC.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.852-6 — SC

(Registro nº 94.0013755-9)

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

Autor: *Edler Weindelich*

Ré: *Caixa Econômica Federal*

Suscitante: *Juízo Federal em Blumenau — SJ/SC*

Suscitado: *Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Blumenau-SC*

Advogados: *Drs. Claudio Roberto da Silva e outro*

EMENTA: *Conflito de competência — Alvará — Levantamento de PIS/FGTS — Lei 6.858/80 — Competência da Justiça Estadual — Jurisdição voluntária.*

— A expedição de alvará, para levantamento de quotas do PIS e do FGTS (Lei 6.858/80) é atividade de jurisdição graciosa. Seu exercício compete à Justiça Estadual, inda que a Caixa Econômica Federal seja destinatária da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Blumenau-SC, suscitado. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Américo Luz, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Demócrito Reinaldo. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 17 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

Publicado no DJ de 13-06-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Edler Weindelich, mulher de quotista do FGTS, requereu alvará para levantamento das parcelas que pertenciam a seu marido, naquele fundo.

O MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível de Blumenau declinou da competência, para a Justiça Federal.

O Juízo Federal da Vara de Blumenau, Estado de Santa Catarina suscitou conflito negativo de competência, nos termos do art. 105, I, d, da CF, c/c os artigos 116 e 118, inc. I, ambos do CPC.

O Ministério Público Federal, em Parecer do E. Subprocurador-Geral José A. Fonseca, indica a competência da Justiça Estadual.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Tenho como certa a proposição do Subprocurador-Geral J. A. da Fonseca, *in verbis*:

“Por força da Lei 6.858, de 24.11 e do Decreto 85.845/81, que a regulamentou e as disposições da Lei 6.858/80, afastaram a presença obrigatória do gestor do Fundo nos casos de levantamento, por dependentes ou sucessores, do saldo individual, consoante entendimento do C.S.T.F. — RT 613/235 *in Theotônio Negrão*, 22ª ed., pág. 520/21.

Assim, não envolvendo o pedido exame de vínculo prepositivo, para o que seria competente a justiça do trabalho, nem devendo

figurar a CEF, o que propiciaria o deslocamento para a Justiça Federal (art. 109, I, da C.F.), competente é a justiça estadual.” (Fl. 12)

Em verdade, a expedição de alvará nos termos da Lei 6.858/80 traduz atividade de jurisdição graciosa, em

que não se resolve conflito, nem se instaura relação processual.

A Caixa Econômica Federal não é parte. Ela figura como simples destinatária do alvará.

Declaro competente o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Blumenau-SC, o suscitado.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 10.912-4 — SP

(Registro nº 94.0031092-7)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Autora: *Alzira Ruza Lopes*

Advogados: *Carlos Alberto Fernandes e outros*

Ré: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Suscitante: *Juízo Federal da 1ª Vara de Ribeirão Preto — SJ/SP*

Suscitado: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

EMENTA: *Conflito de competência. FGTS e PIS. Falecimento do empregado. Alvará liberatório. Precedentes.*

1. Consoante entendimento pacífico nesta Corte, afastado o interesse da CEF, em processo de jurisdição voluntária relativo a levantamento do FGTS e PIS de operário falecido, a competência é do Juízo Estadual.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Tri-

bunal de Justiça do Estado de São Paulo, suscitado. Votaram com o Relator os Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Américo Luz, Garcia Vieira, Hélio Mosimann. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 25 de outubro de 1994
(data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO,
Presidente. Ministro PEÇANHA
MARTINS, Relator.

Publicado no DJ de 15-05-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juiz Federal da 1ª Vara de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo em processo de Alvará Judicial para levantamento do FGTS e do PIS de empregado falecido, requerido perante o Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Franca que indeferiu o pedido, dando ensejo a interposição de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que declinou da sua competência ao argumento de que, excluídas as reclamações trabalhistas, a competência para julgar FGTS é da Justiça Federal, como disposto na Súmula nº 82 do STJ (fls. 49/50).

A douta Subprocuradoria Geral opinou pela competência do juízo estadual, o suscitado (fls. 61/62).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Tratando-se de requerimento de alvará judicial para levantamento do FGTS e PIS em decorrência da morte de operário, por seus herdeiros ou dependentes, as disposições da Lei 6.858, de 24.11.80, e do Decreto 85.845/81, que a regulamentou, afastaram a competência obrigatória do gestor do Fundo no processo, consoante jurisprudência do STJ (Precedentes: CC nºs 7.594- SC, DJ de 25.04.94, Rel. Min. Garcia Vieira; 7.595-SC, DJ de 25.04.94, Rel. Min. Gomes de Barros; 2.845-MA, DJ de 28.02.94, Rel. Min. Pádua Ribeiro; 4.142-AL, DJ de 10.05.93, Rel. Min. Hélio Mosimann; 7.609-MG e 8.497 ambos publicados no DJ de 25.05.94 e relatados pelo Min. Cesar Rocha).

Afastada a necessidade de a CEF figurar no processo não há por que cogitar-se de competência da Justiça Federal para conhecer do pedido.

À vista do exposto, julgou procedente o conflito, declarando competente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o suscitado.

SÚMULA Nº 162

Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.

Referência:

— CTN, art. 165.

— Lei nº 4.357, de 16.07.64, art. 7º.

REsp 62.153-4-SP (2ª T 24.05.95 — DJ 12.06.95)

REsp 67.282-SP (1ª T 23.08.95 — DJ 02.10.95)

REsp 68.117-0-SP (1ª T 07.08.95 — DJ 04.09.95)

REsp 69.597-SP (1ª T 22.11.95 — DJ 18.12.95)

REsp 70.382-SP (1ª T 08.11.95 — DJ 26.02.96)

REsp 71.030-SP (2ª T 18.09.95 — DJ 09.10.95)

REsp 72.648-SP (1ª T 16.10.95 — DJ 27.11.95)

REsp 74.519-SP (1ª T 25.10.95 — DJ 27.11.95)

Primeira Seção, em 12.06.96.

DJ 19.06.96, p. 21.940

RECURSO ESPECIAL Nº 62.153-4 — SP
(Registro nº 95.0011873-4)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Maria Angélica Del Nery e outros*

Recorrida: *Quinelato e Américo Ltda.*

Advogados: *Drs. Ricardo Gomes Lourenço e outros*

EMENTA: Correção monetária. Repetição de indébito tributário.

I — No caso de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada.

II — Ofensa ao art. 1º da Lei nº 6.899/81 não caracterizada.

III — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas ta-

quigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Brasília, 24 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente. Ministro ANTÔNIO DE
PÁDUA RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 12-06-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, com fundamento no art. 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal, contra o v. acórdão proferido pela Décima Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, por votação unânime, julgando ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, referente ao Adicional do Imposto de Renda Federal, exigido pela Lei Paulista nº 6.352/88, cumulada com pedido de restituição dos valores recolhidos indevidamente, entendeu devida a correção monetária, relativamente às quantias a serem restituídas, a cada desembolso.

Sustenta a recorrente negativa de vigência ao art. 1º e parágrafos da Lei nº 6.899/81, porquanto, sob sua ótica, o entendimento correto a respeito do tema é de que, tratando-se de repetição de indébito, a correção monetária aplica-se a partir do ajuizamento da ação.

Contra-arrazoado (fls. 197-199), o recurso cujo processamento foi admitido (fls. 201-204), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao acolher a ação, aduziu o acórdão recorrido quanto à correção monetária (fls. 178):

“De outra parte, a correção monetária das quantias a serem restituídas deve mesmo incidir a partir de cada desembolso, pois somente assim a autora terá plenamente assegurado o direito reconhecido em seu favor, certo que a atualização não significa nenhum acréscimo, mas simples maneira de preservar o valor real da moeda, permanentemente corroído pelo fenômeno inflacionário.”

A transcrita decisão está correta e não enseja ofensa ao dispositivo legal colacionado, pois, mesmo antes da sua edição, a jurisprudência vinha aplicando, por analogia, no que tange à correção monetária, as mesmas regras relativas aos tributos pagos com atraso.

Nesse sentido, a Súmula nº 46 do extinto T.F.R., nestes termos:

“Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada.”

Isto posto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 67.282 — SP
(Registro nº 95.0027380-2)

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

Recorrente: *Estado de São Paulo (Fazenda Estadual)*

Recorrida: *Carbocloro S/A Indústrias Químicas*

Advogados: *Drs. Georgia Grimaldi de Souza Bonfa e outros, e Osiris Leite Correa e outros*

EMENTA: *Tributário — Repetição de indébito — Correção monetária — Incidência — Termo inicial.*

A jurisprudência da Corte, na esteira da orientação consolidada na Súmula 46 do TFR, firmou o entendimento no sentido de que a correção monetária, na hipótese de repetição de indébito, deve ser calculada desde a data do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância postulada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, José de Jesus Filho e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 23 de agosto de 1995
(data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 02-10-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Cuida-se de ação de repetição de indébito ajuizada por Carbocloro S/A Indústrias Químicas contra o Estado de São Paulo, postulando a devolução de pagamentos relativos ao adicional do imposto de renda, instituído pela Lei Estadual nº 6.352/88, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal de Justiça local confirmou a sentença que declarou a procedência da demanda e a incidência de correção monetária a contar de cada desembolso.

Daí o recurso especial, **a e c**, interposto pelo Estado de São Paulo, argumentando com vulneração à Lei

6.899/81 e divergência de interpretação.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): A questão a saber diz com o termo inicial de incidência de correção monetária, no caso de repetição de indébito.

A jurisprudência desta Primeira Turma, na esteira da orientação consolidada na Súmula 46 do TFR, fir-

mou o entendimento no sentido de que a correção monetária, na hipótese, deve ser calculada desde a data do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância postulada (**Vide** Recursos Especiais: 12.332, DJ 05-04-93 e 33.260, DJ 07-06-93, Rel. Min. Garcia Vieira; 23.335, DJ 25-10-93, Rel. Min. Demócrito Reinaldo; 46.373, DJ 15-08-94; 59.640, DJ 22-05-95, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

A decisão recorrida guarda sintonia com a orientação consagrada na Corte, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 68.117-0 — SP

(Registro nº 95.0030033-8)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Luglio Administradora e Imobiliária S/C Ltda.*

Advogados: *Drs. Cristina Mendes Hang e outros, e José Rena e outros*

EMENTA: *Correção monetária — Repetição — Início — Valor do débito.*

A correção monetária apenas atualiza o valor do débito. Não seria justo que a correção começasse da distribuição da ação. Ela, na repetição de indébito, deve ser calculada desde o recolhimento.

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 das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Brasília, 07 de agosto de 1995 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 04-09-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: A Fazenda do Estado de São Paulo, irresignando-se contra decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado que fixou a data do efetivo desembolso como termo inicial da correção monetária, em ação de repetição de indébito relativa ao Adicional do Imposto de Renda, interpõe o presente recurso especial arrimado nas alíneas a e c do permissivo constitucional.

Alega-se que, assim decidindo, o v. aresto hostilizado teria contrariado dispositivo elencado na Lei nº 6.899, de 08.04.81, além de divergir da interpretação de outros tribunais.

Sustenta, em síntese, que a correção monetária deve ser contada a partir do ajuizamento da ação e não do momento em que se efetivou o recolhimento.

Afirma, ainda, ser excessiva a condenação da Fazenda Pública ao pagamento da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor a ser restituído, requerendo a sua redução, com valores corrigidos desde a data da prolação do acórdão.

Apresentadas as razões do recorrido, foi o apelo admitido na origem, subindo os autos a este Colendo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: — Na questão de fundo, não tem razão a recorrente.

É pacífico no Colendo Supremo Tribunal Federal e no STJ o entendimento de que, em ação de repetição de indébito, a correção monetária deverá incidir a partir dos recolhimentos indevidos. A Egrégia Primeira Turma, no Recurso Especial nº 1.577-SP, DJ de 02.04.90, entendeu que:

“É tranqüila a jurisprudência do STF no sentido de que a correção monetária, na repetição de indébito, é calculada desde o recolhimento indevido.”

A correção monetária apenas atualiza o valor do débito e nada lhe acrescenta. Em regime de violenta inflação, como o que já vivemos, deixar de atualizar a dívida por vários anos é reduzi-la ao valor apenas simbólico, com grande prejuízo para o credor e enriquecimento sem causa do devedor. No caso concreto, do recolhimento indevido até o ajuizamento desta ação, decorreram vários anos e não seria justo que a correção monetária só começasse a partir da

distribuição da ação. Com razão o MM. Juiz Singular, em sua respeitável sentença de fls. 70/75, prestigiada em todos os seus fundamentos pelo v. acórdão recorrido.

O exame da pretensão da recorrente de redução de honorários, demandaria na apreciação de questões

de fato, tais o grau de zelo profissional, o lugar onde os serviços foram prestados, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo gasto no desempenho do mandado, questões incompatíveis na via do recurso especial.

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 69.597 — SP

(Registro nº 95.0034127-1)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Mauro de Almeida*

Advogados: *Drs. Vera Wolf Bava Moreira e outros, e Mauro de Almeida (em causa própria)*

EMENTA: Tributário — Adicional do Imposto de Renda — Restituição de indébito — Correção monetária — Dies a quo — Lei 6.899/81 — Lei Estadual 6.352/88 — Súmula 46-TFR.

1. Constituído o direito substancial à restituição de indébito, a correção monetária, sem aumentar o verdadeiro valor da dívida, constitui o resgate da sua significação econômica inicial, evitando o enriquecimento sem causa do devedor. Deve ser plena e, no caso, desde as datas dos pagamentos indevidos.

2. Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos au-

tos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus Filho e Demócrito Reinaldo. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de novembro de 1995
(data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 18-12-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: A Colenda Décima Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação de repetição de indébito, assim decidiu:

“No respeitante à correção monetária, não vinga, em hipótese alguma, a argumentação da Recorrente de que, somente teria cabimento a partir da propositura da ação. E isso porque, se assim agiu o Recorrido, o fez em cumprimento à lei, a qual, inclusive, veio posteriormente a ser declarada inconstitucional. De serem corrigidos os valores, pois, desde seus efetivos pagamentos, já que indevidamente passados ao Erário, merecendo ser atualizados, de modo a ressarcir seu poder real equivalente...” (fls. 129).

Contra o v. aresto foi interposto Recurso Especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, à razão de negativa de vigência ao artigo 1º, § 2º, da Lei 6.899/81, além de dissen-

so jurisprudencial com julgados desta Corte.

Não foram apresentadas contrarrazões.

O nobre 4º Vice-Presidente, em substituição, do Tribunal de origem admitiu o Especial tão-só por restar caracterizada a divergência.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Como predito no relatório, colhe-se da leitura das páginas dos autos que o despique recursal, basicamente, foi provocado porque o v. acórdão manteve a r. sentença quanto ao termo inicial da correção monetária na devolução dos valores referentes ao adicional do imposto de renda, estabelecendo como termo inicial da correção monetária a data do desembolso, enquanto a Fazenda do Estado de São Paulo pleiteia que este seja o tempo da propositura da ação, como solução para afastar a contrariedade ao art. 1º, § 2º, Lei 6.899/81.

Verificados os predicamentos processuais de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do recurso (art. 105, III, a, c, C.F.).

No teor de favorecido exame, sem enleios, aprisiona-se que a relação jurídico-litigiosa cinge-se unicamente à data inicial da *correção monetária*.

A respeito, reconhecido o direito substancial à restituição, com proficiência assentou o v. aresto:

“No respeitante à correção monetária, não vinga, em hipótese alguma, a argumentação da Recorrente de que, somente teria cabimento a partir da propositura da ação. E isso porque, se assim agiu o Recorrido, o fez em cumprimento à lei, a qual, inclusive, veio posteriormente a ser declarada inconstitucional. De serem corrigidos os valores, pois, desde seus efetivos pagamentos, já que indevidamente passados ao Erário. merecendo ser atualizados, de modo a ressarcir seu poder real equivalente...” (fls. 129).

À mão de ilustrar, **inter alia**, menciono julgados desta Corte:

— “Tributário. Repetição de indébito. Correção monetária. Cabimento. Nas ações de repetição de indébito, é cabível a correção monetária, calculada a partir do recolhimento indevido” (REsp 56.532-RJ, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 19.12.94).

— “Tributário. Repetição de indébito — Correção monetária — Incidência — Termo inicial.

A Jurisprudência da Corte, na esteira da orientação consolidada na Súmula 46 do TFR, firmou o entendimento no sentido de que a correção monetária, na hipótese de repetição de indébito, deve ser calculada desde a data do pagamento

indevido e incide até o efetivo recebimento da importância postulada” (REsp 67.282-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 2.10.95).

— “Tributário. Repetição de indébito. Correção monetária. Termo inicial. Súmula NR. 46/TFR.

Nas ações visando à repetição de indébito tributário, a correção monetária tem por termo inicial de contagem a data do recolhimento indevido e incide até o efetivo pagamento da importância reclamada ao contribuinte.

Súmula nº 46 do extinto TFR. Aplicação.

Recurso provido” — (REsp 58.095-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 23.10.95).

Por esta linha de pensar, com estridência sinfônica, a jurisprudência é firme, demonstrando que constituindo resgate do real valor da moeda, simples transformação que não aumenta o principal, a *correção monetária* deve servir à apreciação total, sob pena de enriquecimento sem causa de devedor.

Não é objeto de controvérsia o índice oficial aplicável.

Na enseada da exposição, voto improvido o recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 70.382 — SP
(Registro nº 95.0036086-1)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Poliroy Indústria e Comércio Ltda.*

Advogados: *Drs. Marcos de Moura Bittencourt e Azevedo e outros, e Henrique Lemos Júnior e outros*

EMENTA: *Tributário. Repetição de indébito. Correção monetária. Termo inicial. Depósito ou pagamento indevido. Aplicação da Súmula nº 46-TFR.*

Processual Civil. Recurso especial. Ilegitimidade passiva ad causam da requerente. Questão não ventilada no acórdão. Não conhecimento.

— A correção monetária em sede de repetição de indébito é devida desde o depósito ou pagamento indevido, em consonância com o comando jurisprudencial expresso na Súmula nº 46/TFR.

— É incabível o uso de recurso especial para esclarecer tema do qual não se pronunciou a instância recursal, nem foram opostos os adequados embargos declaratórios.

— Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 08 de novembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 26-02-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Trata-se de ação de repetição de indébito em que a autora pleiteia que lhe sejam restituídos os valores que indevidamente recolheu a título de Adicional Estadual do Imposto de Renda.

O juízo monocrático, por sentença de fls. 77/80, julgou procedente a ação para declarar a inexigibilidade do citado gravame, bem como para condenar a ré a restituir à autora as quantias já pagas atualizadas monetariamente a partir de cada desembolso e acrescidas de juros de mora desde o ajuizamento da ação.

A egrégia Décima Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou parcialmente a decisão proferida em primeiro grau, determinando o cômputo dos juros moratórios a partir do trânsito em julgado do **decisum**.

Irresignada, a Fazenda do Estado de São Paulo interpõe o presente recurso especial, com alicerce no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando que o acórdão recorrido negou vigência ao artigo 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/81 e divergiu de aresto proferido por esta Corte, ao determinar a correção monetária a partir de cada recolhimento indevido.

Verbera, ainda, violação ao artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, sob a alegação de que a recorrida, como responsável tributária, não é titular do direito à restituição pleiteada, impondo-se, assim, a extinção do feito, circunstância esta que não foi observada pelo acórdão atacado.

Em suas contra-razões de fls. 133/140, a recorrida pugna pelo não acolhimento do recurso, ou, caso conhecido, pelo seu improvimento.

Admitido o presente recurso por despacho de fls. 142/144, ascenderam os autos a este Tribunal.

Recebidos em meu gabinete no dia 18.08.95, dispensei a manifestação do douto Ministério Público Federal e solicitei, no dia 25 de outubro do mesmo ano, sua inclusão em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Por primeiro, verifico que o tema relacionado à ilegitimidade **ad causam** da requerente para pleitear a restituição do tributo, sob o fundamento de que esta não arca com os ônus da tributação, não foi objeto de exame pelo aresto recorrido.

Em face desse quadro, impunha-se a adequada oposição de embargos declaratórios, recurso próprio para suprir eventuais omissões sobre pontos relevantes da lide, nos termos do art. 535, do CPC. Todavia, a ora recorrente quedou-se silente, vindo a agitar o tema somente no presente recurso especial.

Ora, o comando expresso no art. 105, III, da Carta Magna, indica, exaustivamente, as hipóteses de cabimento do recurso especial, desca-bendo, em absoluto, o seu uso para esclarecer pontos omissos de julgamentos proferidos em instâncias ordinárias.

No pertinente à fixação do termo inicial da correção monetária em ação de repetição de indébito fiscal, também improcede o inconformismo da recorrente.

Sustenta esta a tese de que, em observância ao prescrito no artigo 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/81, a correção monetária tem como termo inicial a data do ajuizamento da ação.

É certo que já me pronunciei, em decisão escoteira contida no REsp nº 8.576-SP, datada de 16.8.93, que o termo inicial da incidência da correção em repetição de indébito seria o ajuizamento da ação.

Todavia, à luz de melhores reflexões, acostei-me ao entendimento consagrado nesta Corte, segundo o qual a correção monetária, em casos que tais, tem como **dies a quo** a data do pagamento indevido.

Aplicação, **in casu** do Verbete nº 46 da Súmula do extinto TFR, segundo o qual “nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância depositada”.

Neste sentido, registrem-se, a propósito, os expressivos julgados proferidos por ambas as Turmas componentes da egrégia Primeira Seção:

“ISS — Cooperativa médica sem fins lucrativos.

Não estão obrigados ao recolhimento do ISS as cooperativas, constituídas para prestar serviços a seus associados, sem fins lucrativos.

A correção monetária na repetição de indébito é calculada nos termos da Súmula nº 46 do extinto TFR.

Recursos improvidos.” (REsp nº 33.260-0-SP, Relator o eminente Ministro Garcia Vieira, **in** DJ de 07.06.93)

“Tributário. Imposto Territorial Rural. Ação de repetição do indébito.

— Correção monetária. Incidência nos termos da Súmula nº 46-TFR” (REsp nº 12.331-0-PE, Relator o eminente Ministro Américo Luz, **in** DJ de 22.11.93).

“Tributário. Empréstimo compulsório. Consumo de combustível. Ação de repetição do indébito. Violação aos artigos 165, I e 168 do CTN. Inexistência. Prova do consumo: média estabelecida pelo art. 16, par. 1º, do DL. 2.288/86. Decadência. Prescrição. Inocorrência. Correção monetária. Aplicação da Súmula nº 46-TFR.” (REsp nº 43.502-1-RS, Relator o eminente Ministro Américo Luz, **in** DJ de 27.06.94).

“Processual Civil e Tributário. Divergência não configurada. Crédito prêmio do IPI. Prescrição. Correção monetária. Honorários. Juros moratórios.

É imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses.

Dissídio pretoriano envolvendo decisões do extinto Tribunal Fede-

ral de Recursos e dos atuais Tribunais Regionais Federais ensejam seguimento a recurso especial.

Prescrição interrompida pelo protesto judicial.

É impossível reapreciar, via recurso especial, sob pena de revolver matéria fática, o **quantum** fixado nas instâncias ordinárias, como verba honorária, desde que, para a sua estipulação, tenham sido obedecidos os limites objetivos impostos pela legislação regente (Súmula 389-STF).

Correção monetária incidente, nos termos do Verbete nº 46 da Súmula do TFR.

Os juros moratórios decorrentes do crédito prêmio do IPI são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença, com a ressalva do entendimento do Relator que os fixava a partir da citação.

Récurso improvido.” (REsp nº 48.572-0-DF, de minha relatoria, in DJ de 27.06.94)

Como visto, o acórdão hostilizado guarda plena harmonia com a jurisprudência desta Colenda Turma, merecendo pleno prestígio.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 71.030 — SP
(Registro nº 95.0037543-5)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Maria Angélica Del Nery e outros*

Recorrido: *MCA Filmes do Brasil Ltda.*

Advogados: *Eduardo Ricca e outros*

EMENTA: *Recurso especial. Não conhecimento. Repetição de indébito. Correção monetária a partir do recolhimento.*

Na devolução do que foi indevidamente pago calcula-se a correção monetária desde a época do pagamento indevido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por votação unânime, não co-

nhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Ari Pargendler e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 18 de setembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 09-10-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado, que julgou procedente ação de repetição de indébito promovida pela recorrida, insurgindo-se a recorrente contra a incidência da correção monetária a partir do desembolso.

Sustenta a recorrente, em síntese, contrariedade ao disposto no artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei nº 6.899/91. Alega dissídio jurisprudencial.

Contra-razões apresentadas às fls. 162/167.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Esta egrégia Corte, apreciando casos análogos, tem entendido que a correção monetária será devida desde o desembolso das importâncias pagas, a fim de evitar-se o enriquecimento sem causa, eis que a correção nada acrescenta ao montante a ser devolvido, apenas preserva o seu real valor.

Consulte-se, quanto ao tema, dentre outros, o seguinte julgado:

“Tributário. Repetição de indébito. Correção monetária. Termo inicial. Depósito ou pagamento indevido. Aplicação da Súmula nº 46-TFR.

— A correção monetária, em sede de repetição de indébito, é devida desde o depósito ou pagamento indevido, em consonância com o comando jurisprudencial expresso na Súmula nº 46-TFR.

— Recurso especial desprovido.” (REsp nº 59.640-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 22.05.95).

Na linha do precedente colacionado, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 72.648 — SP
(Registro nº 95.0042693-5)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Gasodiesel Produtos de Petróleo Ltda. e outros*

Advogados: *Drs. Pasqual Totaro e outros, e Marcia Regina Machado Melare e outros*

EMENTA: *Adicional de Imposto de Renda. Repetição de indébito. Correção monetária. Dies a quo.*

I — É iterativa a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Tribunal no sentido de que, em ação de repetição de indébito, a correção monetária deve incidir a partir dos recolhimentos indevidos. É que o reajuste monetário visa, exclusivamente, a manter no tempo o valor real do débito, não importando em qualquer acréscimo patrimonial. Precedentes.

II — Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes 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 Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de outubro de 1995
(data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

Publicado no DJ de 27-11-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 105, III, alíneas a e c, do permissivo constitucional, contra acórdão da Nona Câmara Civil do colendo Tribunal de Justiça daquele Estado que, nos autos da ação de repetição de indébito proposta por Gasodiesel — Produtos de Petróleo Ltda. e outros, objetivando a devolução

das importâncias pagas indevidamente a título de Adicional de Imposto de Renda Estadual, julgou procedente o feito e determinou a incidência da correção monetária a partir do recolhimento.

Sustenta a recorrente, em síntese, que o v. aresto vergastado negou vigência ao art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/81, além de divergir da jurisprudência deste Tribunal. Alega que a correção monetária deve ser contada a partir do ajuizamento da ação.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde dispensei a manifestação do douto Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Insurge-se a recorrente quanto ao **dies a quo** da contagem da correção monetária, na presente ação.

A decisão recorrida não merece reforma, pois a jurisprudência do Pretório Excelso e deste colendo Tribunal são pacíficas no sentido de

que, em ação de repetição de indébito, a correção monetária deve incidir a partir dos recolhimentos indevidos. É que o reajuste monetário visa, exclusivamente, a manter no tempo o valor real do débito, não importando em qualquer acréscimo de conteúdo patrimonial.

Aliás, esta colenda Turma recentemente decidiu matéria idêntica, quando do julgamento do Recurso Especial nº 66.623-6/SP, Rel. o eminente Ministro Garcia Vieira, publicado no DJ de 04.09.95, cujo aresto ficou assim ementado:

“Adicional — Imposto de Renda — Repetição de indébito — Correção monetária — Início.

A correção monetária apenas atualiza o valor do débito. No caso do recolhimento indevido a razão está com a r. sentença: “a correção monetária deve incidir a partir de cada desembolso”.

Recurso improvido.”

Isto posto, conheço do recurso pela divergência, mas nego-lhe provimento.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 74.519 — SP

(Registro nº 95.0046942-1)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *União Terminais e Armazéns Gerais Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Osiris Leite Correa e Guilherme Pivetti e outros*

EMENTA: Tributário e Processual Civil. Ação de repetição de indébito. Correção monetária. Termo inicial. Súmula nº 46 do TFR.

Nas ações visando à repetição de indébito tributário, a correção monetária tem por termo inicial de contagem a data do indevido recolhimento e incidirá até a efetiva restituição da quantia reclamada (Súmula nº 46 do extinto TFR), por isso que, não constituindo ela penalidade ou acréscimo ao valor originário, seu emprego objetiva restaurar o statu quo ante, restabelecendo a situação patrimonial do contribuinte ao estado anterior à indevida imposição.

Recurso parcialmente provido, por unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial 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, Cesar Asfor Rocha e José de Jesus Filho. Custas, como de lei.

Brasília, 25 de outubro de 1995 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

curso especial interposto por União Terminais e Armazéns Gerais Ltda., com arrimo na letra c do permissivo constitucional, contra decisão que, em ação de repetição de indébito, fixou como termo inicial a incidência da correção monetária a data de ajuizamento da demanda.

Sustenta a recorrente ter o acórdão recorrido negado vigência à Lei nº 6.899/81 e divergido da posição adotada por outros Tribunais, onde se determinou a atualização monetária do débito a contar do indevido recolhimento.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos, vindo-me distribuídos e conclusos.

É o relatório.

Publicado no DJ de 27-11-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Cuida a hipótese de re-

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Com efeito, julgado precedente, nas instâncias

ordinárias, o pleito restituitório, com os acréscimos decorrentes da notória negativa de devolução do valor atualizado do adicional do imposto de renda, restou fixada a incidência da correção monetária, a partir do ajustamento da ação.

Contra este entendimento, insurge-se o recorrente, apontando, como divergentes, acórdãos do egrégio STF, onde se fixou escólio no sentido de que a atualização monetária deve ocorrer desde o instante do indevido pagamento.

Com efeito, procedem as alegações do recorrente, por isso que a fixação do termo inicial da correção, a partir do desembolso do adicional do imposto de renda, consulta ao interesse do Poder Judiciário de, ao solucionar as controvérsias que lhe são postas, restaurar o **statu quo ante**, restabelecendo a situação patrimonial anterior à indevida imposição tributária.

Esse entendimento encontra-se em perfeita sintonia com a mais recente jurisprudência desta Corte, firmada na mesma linha de orientação da Súmula nº 46 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que porta o seguinte enunciado:

“Súmula 46-TFR — Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição de indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada.”

No mesmo diapasão, inúmeros são os precedentes de ambas as Turmas de Direito Público deste Sodalício (REsp nº 20.823/SP, D.J. 19.09.94, pág. 24.675, REsp nº 1.577/SP, D.J. 02.04.90, pág. 2.451, REsp nº 23.335/SP, D.J. 25.10.93, pág. 22.458, REsp 13.116/PE, D.J. 18.04.94, pág. 08.445, REsp nº 41.471/DF, D.J. 15.05.95, pág. 13.370).

No âmbito desta Corte, por vezes seguidas, já tive oportunidade de firmar posição no sentido de que “a correção monetária na repetição de indébito incide a partir do recolhimento indevido” (REsp nº 23.335/SP, D.J. 25.10.93, pág. 22.458).

Diante da jurisprudência já pacificada nesta egrégia Corte, dou provimento ao recurso para fixar como termo inicial de incidência da correção monetária a data do indevido recolhimento.

É como voto.

SÚMULA Nº 163

O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação.

Referência:

— CF/88, arts. 155, I, **b**, § 2º e IX; 156, IV.

— Dec.-lei nº 406, de 31.12.68, arts. 1º, III e 8º, §§ 1º e 2º.

— Dec.-lei nº 834, de 08.09.69.

AgRg no Ag 65.932-RJ (2ª T 07.08.95 — DJ 11.12.95)

EREsp 24.193-4-SP (1ª S 13.12.94 — DJ 20.02.95)

EREsp 38.315-1-RS (1ª S 13.12.94 — DJ 13.02.95)

EREsp 45.407-5-SP (1ª S 27.09.94 — DJ 17.10.94)

REsp 26.082-0-SP (1ª T 04.10.95 — DJ 30.10.95)

REsp 45.576-6-SP (2ª T 21.11.94 — DJ 19.12.94)

REsp 61.355-8-SP (2ª T 02.10.95 — DJ 13.11.95)

REsp 61.771-5-PR (1ª T 17.04.95 — DJ 29.05.95)

Primeira Seção, em 12.06.96.

DJ 19.06.96, p. 21.940

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 65.932 — RJ

(Registro nº 95.0008960-2)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Agravante: *Restaurante a Cabaça Grande Ltda.*

Agravado: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Antônio Carlos Garcia de Souza e outros, e Arthur José Favaret Cavalcanti e outros*

EMENTA: *Agravo regimental. ICMS. Bares e restaurantes. Fornecimento de alimentação e bebida. Jurisprudência superada. Precedentes.*

- 1. Decisão superada por jurisprudência iterativa e atual do STF e STJ não enseja o provimento de agravo regimental.**
- 2. Inviável o recurso especial o agravo não poderia ser acolhido.**
- 3. Agravo regimental improvido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a se-

guir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Ari Pargendler, Antônio de Pádua Ribeiro e Hélio Mosimann.

Brasília, 07 de agosto de 1995
(data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente. Ministro PEÇANHA
MARTINS, Relator.

Publicado no DJ de 11-12-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA
MARTINS: Trata-se de agravo regi-
mental oposto a decisão por mim
exarada, nestes termos:

“Cuida-se de agravo de instru-
mento oposto a despacho indeferi-
tório de recurso especial intenta-
do contra acórdão exarado em
mandado de segurança requerido
por Restaurante A Cabaça Gran-
de Ltda. contra a aplicação da Lei
1.241/87, do Rio de Janeiro, e De-
creto Estadual nº 10.996/88, que
regulam a cobrança do ICMS sob-
re o fornecimento de alimentação
e bebidas em bares e restauran-
tes.

A Jurisprudência iterativa das
1ª e 2ª Turmas do STJ confirma a
Uniformização de Jurisprudência
nº 01/87, da Egrégia Seção Cível
do Tribunal de Justiça do Rio de
Janeiro, que assentou:

“Prevista, como está em lei es-
tadual, a base de cálculo, legítima
é a exigência do ICM no forneci-
mento de alimentação e bebidas
em restaurantes, bares e estabele-
cimentos similares” (DJ 30.09.87).”
(fl. 74)

No REsp 12.844-RJ, assim resumi
o julgado:

“Tributário. ICM. Bares. Res-
taurantes e similares. Fornecimen-
to de alimentação e bebidas. Pre-
cedentes do STJ.

— Estabelecida a respectiva
base de cálculo do ICM (DL 5.175;
Lei 1.241/87 e Dec. 10.996/88 es-
tadual) é legítima a cobrança do
tributo pelo Estado do Rio de Ja-
neiro.

— Recurso conhecido ao qual
se nega provimento.”

Os precedentes do STJ são uni-
formes (REsps nºs 31.082-RJ, DJ
de 04.10.93, Rel. Min. Pádua Ri-
beiro; 29.891-RJ, DJ de 01.02.93,
Rel. Min. Hélio Mosimann e
EREsp 7.251-RJ, DJ de 28.11.94,
Rel. Min. Pádua Ribeiro).

Incide a Súmula 83 do STJ.

Inviável o REsp, nego seguimen-
to ao agravo **ex vi** do art. 34,
XVIII, do RISTJ.” (fl. 227)

Alega a agravante, em resumo,
que:

“.....

O agravo de instrumento da
ora agravante deve ser conhecido
e provido, porque, ao contrário do
despacho que inadmitiu o recurso
especial e da decisão agravada, o
acórdão recorrido ofendeu ao art.
97, IV, do CTN e validou lei local
em face deste dispositivo, que im-
punha a necessidade de que a lei
estadual estabelecesse a base de
cálculo do ICM para a hipótese do
fornecimento de alimentação em
bares e restaurante distinguindo

do valor do fornecimento o valor do serviço prestado, na medida em que o ICMS não poderia incidir sobre o "... valor total..." da operação quando houvesse fornecimento de mercadoria com prestação de serviço não sujeito ao ISS, e não tendo o art. 8º, § 2º, do DL 406/68, com a redação do DL 834/69, autorizado expressamente a incidência do ICM sobre o *valor total* da operação, mas tão-somente sobre o valor do fornecimento de mercadoria, fazia-se indispensável a referida distinção em lei estadual." (fls. 232/233)

E transcreve julgado do eminente Ministro Carlos Madeira sobre a matéria.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O julgado da lavra do eminente Ministro Carlos Madeira sobre a questão jurídica em debate — ICMS sobre fornecimento de alimentação e bebidas em bares

e restaurantes — está superado pelas recentes decisões de ambas as Turmas do Pretório Excelso (RREE nºs 161.526-SP, DJ de 02.09.94, Rel. Min. Moreira Alves; 171.097-7-SP, DJ de 02.09.94, Rel. Min. Celso de Mello; 144.795-8-SP, DJ de 12.11.93, Rel. Min. Ilmar Galvão; 160.347-SP, DJ de 25.11.94, Rel. Min. Ilmar Galvão e RE 140.219-SP, Rel. Min. Moreira Alves).

Após a entrada em vigor da Constituição, que, no seu art. 155, II, § 2º, inciso IX, letra **b**, confirmou a regra do art. 8º, § 2º, do DL 406/68, com a redação dada pelo DL 834/69 explicitando a interpretação possível do campo de incidência do tributo — o total da nota — não é possível pretender-se na lei a distinção entre mercadorias e serviços ou a incidência do tributo apenas sobre aquelas.

Diante da jurisprudência pacífica do STJ (EREsp 13.089-SP, DJ de 20.02.95, Rel. Min. Milton Luiz Pereira; REsps 41.173-4-SP, Rel. Min. Cesar Rocha, DJ de 07.03.94, 1ª Turma; 43.108-5-SP, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 11.04.94, 2ª Turma), nego provimento ao agravo regimental.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL Nº 24.193-4 — SP

(Registro nº 94.0034557-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Embargante: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Embargada: *Padrão Restaurantes Industriais Ltda.*

Advogados: *Drs. João Saraiva Lima e outros, e Normando Fonseca e outro*

EMENTA: *Embargos de divergência. Tributário. ICMS. Fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes e similares. Lei Paulista nº 6.374/89. Legitimidade.*

I — Prevendo a lei, de forma específica, fato gerador e base de cálculo, não se pode ter como ilegítima a cobrança de tributo por ausência de previsão legal.

II — A inclusão do valor dos serviços na base de cálculo do ICMS encontra respaldo no artigo 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68, com redação dada pelo Decreto-lei nº 834/69, constitucionalizado no artigo 155, § 2º, IX, b, e no próprio nome do imposto que alberga em sua hipótese de incidência não só a circulação, mas, também, as operações a ela concernentes.

III — Entendimento que se harmoniza com a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

IV — Embargos acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Américo Luz, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília, 13 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 20-02-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: O Estado de São Paulo interpõe tempestivos embargos de divergência contra acórdão da egrégia Segunda Turma desta Corte, relatado pelo eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que, acolhendo recurso especial, declarou a ilegitimidade da Lei estadual nº 6.374/89 por não distinguir, na base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes, o valor do fornecimento e o valor do serviço prestado.

A embargante traz para caracterização do dissídio julgado da eg. Primeira Turma por mim relatado, que, analisando a mesma lei, conclui de forma diametralmente oposta. O aresto encontra-se sumariado na seguinte ementa:

“Tributário. ICMS. Fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes e similares. Lei paulista nº 6.374/89. Legitimidade.

I — Prevendo a lei, de forma específica, fato gerador e base de cálculo, não se pode ter como ilegítima a cobrança de tributo por ausência de previsão legal.

II — A inclusão do valor dos serviços na base de cálculo do ICM encontra respaldo no artigo 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68, com redação dada pelo Decreto-lei nº 834/69, constitucionalizado no artigo 155, § 2º, IX, **b**, e no próprio nome do imposto que alberga em sua hipótese de incidência não só a circulação, mas, também, as **operações** a ela concernentes.

III — Entendimento que se harmoniza com a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

IV — Recurso improvido.” (fls. 181).

Demonstrada a divergência, admiti os embargos, abrindo vista a embargada que ofereceu oportuna impugnação, postulando a manutenção do **decisum** embargado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): A questão é por demais conhecida nesta Corte, que, atualmente, na linha do decidido pe-

lo c. Supremo Tribunal Federal, proclama a legitimidade da base de cálculo do ICMS, prevista na Lei estadual nº 6.374/89, para o fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes.

O v. acórdão embargado revela entendimento pretérito, não mais agasalhado neste Tribunal.

Trago, a propósito, o acórdão proferido no REsp nº 31.707-SP, do qual foi relator o próprio eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, publicado no DJ de 25.4.94, cuja ementa transcrevo a seguir:

“Tributário. ICMS. Fornecimento de alimentação e bebida em bares, restaurantes ou similares.

I — O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição anterior, com base nos mesmos textos infraconstitucionais que ainda continuaram em vigor, firmou pacífica orientação, que, no julgamento dos casos remanescentes, foi adotado por esta Corte, no sentido de que era ilegítima a exigência do ICM se a lei estadual não distinguisse, na sua base de cálculo, o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços.

II — Sobrevindo a atual Constituição a Suprema Corte, fazendo a exegese dos seus textos pertinentes à matéria, deu-lhes interpretação que afasta a que antes atribuiu aos dispositivos infraconstitucionais pertinentes, ao entender que, nas citadas operações mistas, o ICMS será sempre devi-

do sobre os referidos serviços, salvo se vierem a ser incluídos na lista que acompanha a lei complementar a que alude o inciso IV do art. 156, da Lei Maior.

III — Em tal contexto, nas operações mistas antes mencionadas, o ICMS é devido, nos termos da legislação de regência, interpretada à vista da Constituição em vigor, sobre o “valor total da operação”, sem necessidade de a lei estadual fazer a distinção anteriormente referida.

IV — Interpretação do art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406, de 1968, à vista dos arts. 155, I, b, § 2º, IX, b, e 156, IV, da Constituição. Precedentes do Excelso Pretório.

V — Recurso especial conhecido, mas desprovido.”

Com efeito, reiterados e inúmeros já são os precedentes de ambas as Turmas integrantes da egrégia Primeira Seção e desta própria, que, seguindo a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, proclamam a legitimidade da exação em tela, tendo como base de cálculo o valor total da operação, incluído neste o montante inerente à prestação do serviço.

Confira-se, a propósito, os seguintes julgados:

“Tributário — Bares e restaurantes — Fornecimento de refeições — Incidência.

— O fornecimento de refeições em bares e restaurantes, por não

integrar a lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, é fato gerador de ICMS, que incide sobre o valor total da operação (DL 406/68, art. 8º, § 2º).” (REsp nº 21.853-RJ, Relator eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 21.02.94).

“Tributário. Embargos de divergência. ICMS. Fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e similares. Base de cálculo.

Nos precisos termos do § 2º, do art. 8º do Decreto-lei 406/68, o fornecimento de mercadorias, agregado à prestação de serviço não especificada na lista, sujeita-se unicamente à incidência do imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS).

A prestação de serviço adjunta ao fornecimento de mercadorias em bares, restaurantes e correlatos não constitui hipótese de incidência do ISS, por não integrar a lista anexa ao Decreto-lei 406/68.

O Tributo devido, no caso, é o ICMS, e tem por base de cálculo o valor total da operação, englobando tanto a parcela referente às mercadorias fornecidas como aquela pertinente aos serviços prestados pelo estabelecimento.

Precedentes do egrégio STF.

Embargos de Divergência acolhidos, por unanimidade”. (REsp nº 31.927-SP, Relator eminente Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 12.09.94).

“Tributário. ICM. Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares. Precedentes.

1. As duas Turmas da Primeira Seção deste Tribunal já pacificaram o entendimento sobre a matéria discutida, no mesmo sentido do aresto embargado, acompanhando orientação traçada em decisões da Suprema Corte.

2. Embargos de Divergência conhecidos e rejeitados.” (EREsp nº 3.090-RS, Relator eminente Ministro Peçanha Martins, DJ de 31.10.94).

“Embargos de Divergência. Tributário. ICM/ICMS. Fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes. Legitimidade.

I — Prevendo a lei, de forma específica, fato gerador e base de cálculo, não se pode ter como ilegítima a cobrança de tributo por ausência de previsão legal.

II — A inclusão do valor dos serviços na base de cálculo do ICM encontra respaldo no artigo 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68, com redação dada pelo Decreto-lei nº 834/69, constitucionalizado no artigo 155, § 2º, IX, **b**, e no próprio nome do imposto que alberga em sua hipótese de incidência não só a circulação, mas também, as operações a ela concernentes.

III — Entendimento que harmoniza com a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

IV — Embargos de divergência acolhidos”. (EREsp nº 20.396-SP, do qual fui relator, DJ de 12.09.94).

“Tributário. ICM. Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares. Lei paulista nº 5.886/87.

Previsão do fato gerador e base de cálculo. Legitimidade da cobrança. Divergência superada”. (EREsp nº 11.075-SP, Relator eminente Ministro Américo Luz, DJ de 14.11.94).

Guardo a convicção, já por diversas vezes externada, inclusive no paradigma trazido pela embargante, de que a base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes não se reveste de ilegitimidade por incluir o valor da prestação do serviço envolvido no fornecimento da mercadoria.

A Constituição pretérita, no artigo 23, inciso II, previa:

“Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

...

II — operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, impostos que não serão cumulativos e dos quais se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado”.

O Decreto-lei nº 406/68, que “estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza”, em seu artigo 1º, inciso III, dispõe:

“Art. 1º. O imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias tem como fato gerador:

...

III — o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafês e estabelecimentos similares.”

Estatui o § 2º do artigo 8º do citado Diploma, com a redação conferida pelo Decreto-lei nº 834/69:

“Art. 8º. O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º. Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 2º. O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias”.

Cabe ressaltar que a Lista de Serviços contida no Decreto-lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, não inclui em sua *taxativa* enumeração a prestação de serviços nos restaurantes e similares como fato gerador do ISS. E, diga-se, *nem poderia fazê-lo, porque, como visto acima, o mesmo Diploma o situa na órbita de incidência do ICM.*

A Constituição de 1988 criou o ICMS ao pontificar, no artigo 155, inciso I, alínea **b**, o seguinte:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I — imposto sobre:

...

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”;

Na seqüência, dispõe a Constituição Federal, no § 2º, inciso IX, alínea **b**, do mesmo artigo 155:

“§ 2º. O imposto previsto no inciso I, **b**, atenderá ao seguinte:

...

IX — *incidirá também*:

...

b) sobre o valor *total* da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços *não* compreendidos na competência tributária dos Municípios.”

Tal competência municipal está assim disciplinada no artigo 156:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

...

IV — serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, I, **b**, definidos em lei complementar”.

Desta forma *estão sujeitos ao ISS serviços de qualquer natureza desde que definidos em lei complementar* (à exceção dos de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, que são os previstos na alínea **b** do inciso I do artigo 155).

Tem-se, a *contrario sensu*, que serviços *não* definidos na referida lei complementar, estão fora da incidência do ISS. Estariam também excluídos da *competência* municipal?

A rigor, a não previsão na lei complementar afasta apenas a exigibilidade do imposto, mas não a competência municipal para cobrá-lo, porque, a qualquer momento, pode a União, mediante Lei Complementar, vir a editar nova Lista de Serviços ou mesmo incluir na já existente outros serviços.

A mera possibilidade, contemplada em hipotético raciocínio, não é suficiente para *materializar* a competência, vez que requisito necessário à sua *existência* é a sua *definição*. Assim, somente são sujeitos à competência tributária municipal os serviços *taxativa e expressamente* elencados no parâmetro federal.

Cumpra, pois, examinar a legislação como ela se apresenta, observando-se suas específicas definições, e não como ela *poderia* vir a se apresentar.

A própria Constituição prevê a possibilidade de outros serviços, além dos de transporte e comunicação, serem fatos geradores de ICMS, desde que prestados concomitantemente com fornecimento de mercadorias e não compreendidos na competência municipal (alínea **b**, inciso IX, § 2º, artigo 155, CF).

Enfatize-se que os municípios só podem instituir o ISS sobre os serviços inseridos na Lista de Serviços especificados em Lei Complementar (artigo 156, inciso IV, CF).

Assim, sobre os serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios, vale dizer, não inseridos na Lista de Serviços especificados em Lei Complementar, mas presentes no fornecimento de mercadorias, por força do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea **b**, poderá incidir o ICMS.

Instalado o novo Sistema Tributário Nacional, decorridos os cinco meses da promulgação da Carta Magna de 1988 — artigo 34, **caput**, do ADCT —, celebrou-se, na ausência da Lei Complementar necessária à instituição do ICMS, de acordo com a previsão contida no § 8º do último referido artigo, o Convênio nº 66, de 14 de dezembro de 1988, publicado no DOU em 16.12.88, estabelecendo normas provisórias destinadas a regular a instituição do ICMS, prevenindo, no que pertine:

“Art. 2º. Ocorre o fato gerador do imposto:

...

VII — no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por qualquer estabelecimento, *incluídos os serviços prestados;*”

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

...

IV — no fornecimento de que trata o inciso VII do artigo 2º, o valor total da operação, *compreendendo o fornecimento da mercadoria e a prestação do serviço;*”

Em consonância com o artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea *b*, CF, está o § 2º do artigo 8º do Decreto-lei nº 406/68, com a redação conferida pelo Decreto-lei nº 834/69, cujo teor vale repetir:

“§ 2º O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços *não* especificados na lista *fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias*”.

Estas normas são de fundamental importância, cuja leitura evidencia que o fornecimento em questão é *fato gerador do ICMS*, não importando sua natureza seja prestação de serviço ou circulação de mercadoria, ou ambos.

Ressalvo, neste passo, que elas não incidem em impropriedade, dada a *complexidade* do fato jurígeno,

integrado pelas assinaladas atividades, como também não sofrem de inconstitucionalidade.

Podem os Estados, no exercício da competência concorrente e suplementar, conferida pela Lei Maior, no artigo 24, inciso I, §§, e no ADCT, artigo 34, §§ 3º e 4º, correspondente ao parágrafo único, artigo 8º da Carta revogada, legislar sobre Direito Tributário.

No caso vertente, o Estado de São Paulo editou Lei, na ausência de previsão na mencionada Lista, buscando tornar exigível a previsão federal da incidência do ICM/ICMS.

A precursora foi a Lei nº 440, de 24 de setembro de 1974, que, em seu art. 1º, inciso III, repetiu a determinação do fato gerador contida no Decreto-Lei nº 406/68. Assentou, no artigo 19, inciso I, que a base de cálculo seria “o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria”.

Seguiu-se a Lei nº 2.252, de 20 de dezembro de 1979, que alterou o artigo 19 da Lei nº 440, especificando que a referida base de cálculo seria para o caso da “saída de mercadoria com prestação de serviços não previstos em lei complementar federal pertinente ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza”.

Sobreveio, em 03 de novembro de 1987, a Lei nº 5.886, onde o Estado, tentando acabar com as controvérsias existentes, conferiu ao inciso IV do referido artigo 19, a seguinte redação: “no caso do inciso III do art. 1º a base de cálculo é o valor total cobrado do adquirente”.

Deu-se o advento da Constituição de 1988 e em seguida o Convênio ICMS 66/88.

O Estado de São Paulo, então, observando os seus termos, editou a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, instituindo o “Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e de Comunicação — ICMS”, dispondo, no que interessa:

“Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

...

III — no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento, *incluídos os serviços que lhe sejam inerentes;*”

“Art. 24. Ressalvados os casos expressamente previstos, a base de cálculo do imposto nas hipóteses do artigo 2º é:

...

II — quanto ao fornecimento aludido no inciso III, o valor total da operação *compreendendo as mercadorias e os serviços;*”

Se a legislação paulista, em tempos passados, não previa a base de cálculo deste imposto — o que originou a reiterada jurisprudência, cristalizada no Verbete nº 594 da Súmula do Colendo Supremo Tribunal Federal, sob a vigência da Constituição pretérita — isso hoje já *não* mais ocorre, ainda que se questione sobre

sua amplitude, pois que *deficiência* não é inexistência.

Nessa linha, a Turma Especial da Segunda Seção do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por expressiva maioria, no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 139.513-2, em 27/4/90, *consagrou a tese favorável à Fazenda do Estado*, entendendo que a Lei nº 5.886/87 estabeleceu adequada base de cálculo para a incidência do ICM nas operações de fornecimento de bebidas e alimentação nos bares e restaurantes.

Em defesa dos contribuintes, alega-se que ilegítima a incidência, na medida em que o caso dos restaurantes configuraria nítida prestação de serviço, cuja mercadoria seria apenas meio destinado a um fim. Diz-se, por igual, que somente seria tributável, pelo Estado, o *fornecimento* de mercadorias com prestação simultânea de serviços, não o sendo os *serviços* cuja prestação envolva fornecimento de mercadorias. A distinção, especiosa, não conduz a consequências de relevo.

É verdade que predomina o entendimento segundo o qual a *natureza jurídica* do fornecimento de alimentos e bebidas em bares e restaurantes é de *prestação de serviços* e não circulação de mercadorias.

Com efeito, observou o eminente Ministro Cordeiro Guerra no julgamento do RE nº 105.528:

“Na espécie, o restaurante e o bar ou similares, não vendem mer-

cadorias, servem bebidas, refeições. Não há circulação de mercadorias mas prestação de serviços.

De fato, os restaurantes não dão saída a mercadorias: carne, arroz, batatas, etc., antes a consomem, ainda que não vendam todos os bifes com fritas aos seus fregueses. As garrafas não são vendidas, mesmo quando seu conteúdo é consumido no local ou estabelecimento que as fornece.

A rigor, o fornecimento é o produto de consumação ou transformação das mercadorias. Essas não circulam, são incorporadas à prestação de serviços.” (RTJ 118/292).

Na mesma linha de raciocínio, a já conhecida lição do Prof. **Roque Antônio Carraza**, citada pelo Eminentíssimo Ministro Gomes de Barros em seu voto sobre a matéria, cujo teor transcrevo:

“Na real verdade, ninguém vai a um restaurante com o fito de comprar mantimentos (do mesmo modo que ninguém vai a uma boate para comprar bebidas). Pelo contrário, é evidente que quem procura um restaurante, vai em busca de um serviço, que se perfaz não só com o fornecimento de alimentos, senão, também, de bebidas, de cigarros, de fósforo e, eventualmente, até de flores. Em outros termos, mais técnico, o bem (o alimento) não é objeto do contrato que se celebra entre o restaurante e o freguês; o objeto

deste contrato é o esforço pessoal (o serviço). Isto, diga-se de passagem, explica por que um prato que, num bar, custa Cr\$ 100,00, vem a custar, num restaurante mais sofisticado Cr\$ 700,00, embora os ingredientes que o compõem sejam os mesmos (ou praticamente os mesmos). É o esmero do serviço (do preparo) que determina esta bruta diferença de preço e, não, o custo dos alimentos fornecidos para compor o prato.” (A Inconstitucionalidade do art. 1º, III do Decreto-lei 406/68 — in Revista de Direito Tributário nº 6 (21-22), pág. 42”).

Na esteira dessas considerações chega-se à distinção entre duas modalidades de obrigação: a de *dar*, que, a princípio, estaria gravada pelo *ICM*, hoje *ICMS*; e a de *fazer*, sujeita ao *ISS*, o que estaria a justificar a inconstitucionalidade da incidência do *ICM* sobre o fornecimento, por se tratar de prestação de serviço, configurando, destarte, invasão de competência.

Neste aspecto, **mutatis mutandis**, a abalizada opinião do saudoso Desembargador Serpa Lopes:

“Explica-se essa inalterabilidade: se o empreiteiro fornece os materiais, não são estes em si o objeto do contrato, senão a matéria lavrada, trabalhada e transformada pelo trabalho do homem. É este trabalho que surge no antepiano de modo que, mesmo quando o empreiteiro fornece o material, o

contrato de empreitada continua qualificado como tal, abrangendo, em princípio, duas obrigações: a de fazer, lavrando a coisa, e, como consectário lógico desta primeira, a de entregá-la ao dono da coisa. Esta entrega não está vinculada à obrigação de dar, senão à de fazer, como um meio para o seu cumprimento". (Curso de Direito Civil, vol. 4, págs. 141/142, 2ª ed.)

A distinção, contudo, não gera os efeitos pretendidos. Ao contemplar a legislação, verifica-se que, de maneira geral, uma de duas: *ou os serviços absorvem o fornecimento de mercadorias, incidindo, no valor total, o ISS; ou, se cuidando de serviço não especificado na Lista, o fornecimento da mercadoria absorve a prestação de serviço, sendo a operação tributada pelo ICMS, antigo ICM, e, da mesma forma, sendo a base de cálculo o valor total da operação.*

Eventual imprecisão técnica do legislador em considerar predominante, em tal ou qual evento, tal e qual aspecto, não tem o condão de prejudicar a incidência do tributo.

É certo que não se pode tributar sem amparo legal, vale dizer, *não se pode ter como legítima a cobrança de tributo sem expressa previsão na lei.* Isto, aliás, é remansoso nas jurisprudências desta Corte e do STF.

O ponto, contudo, não é este. *A lei existe e prevê fato gerador e base de cálculo, respaldada, já agora, no artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b, CF.* Isto é legítimo?

Respondo negativamente. Não configura ilegitimidade ou inconstitucionalidade o simples fato de se ter como operação relativa à circulação de mercadoria o que seria prestação de serviço. Enfatizo que, neste caso, ainda que se tenha inexistido aceitação da natureza do fato, consubstanciado em *fluxo significativo de riqueza*, que se quer tributar, isto, por si só, não invalida a pretensão fiscal.

Ademais, **data venia** das ilustres e doutas opiniões em contrário, não há invasão de competência. A Constituição prevê esta hipótese, declarando que o ICMS incide *também* (isto é, *não* há relação com os serviços identificados na alínea **b** do inciso I do artigo 155) "sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios" (artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea **b**).

De igual forma, o mesmo dispositivo estabelece que, em tais situações, a base de cálculo do imposto deve englobar o valor da prestação de serviço ("valor total da operação"). Isto porque, não havendo tributação pelo Município, se também não houvesse incidência do ICMS, estaria a categoria econômica de que se cuida, a desfrutar de inaceitável privilégio, para não dizer "isenção", em desfavor dos milhares de beneficiários da receita estadual, em prol do enriquecimento injustificado daqueles que não recolhem o ISS e não querem pagar o ICMS, que, certamente, é cobrado do consumidor.

Insisto que a competência municipal se limita aos serviços de qualquer natureza *definidos em lei complementar*, ressalvados os do artigo 155, inciso I, alínea **b**.

Se a lei complementar *não* prevê determinado serviço como tributável pelo ISS municipal, *legítima* será a incidência do ICMS, nos termos do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea **b**. Não se configurando, de outra parte, a por vezes sustentada invasão de competência.

Nem se alegue que se estaria frente a um **bis in idem**. É que o Estado só pode tributar na inexistência da tributação municipal. *Somente* nesta hipótese poderá instituir e cobrar o ICMS sobre o serviço simultâneo ao fornecimento de mercadorias.

E mais: o nome do imposto representado pela sigla ICM/ICMS é “imposto sobre *operações* relativas à circulação de mercadorias...”, donde se depreende claramente que o legislador incluiu na hipótese de incidência não só a circulação, mas, também, as *operações* a ela concernentes, razão pela qual não refoge ao seu âmbito o serviço envolvido.

Aliás, restringir a competência dos Estados aos serviços de transporte e de comunicação importaria em negar por completo a possibilidade de os Estados tributarem *operações mistas*, em frontal violação ao artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea **b**.

Ademais, não há, a rigor, *operação* relativa à circulação de mercadorias que não esteja intrinsecamente

relacionada a certa atividade classificável como “serviço”. Da mesma forma, diversos serviços sujeitos ao ISS demandam a utilização de mercadorias e nem por isso se invalida ou se tem como inconstitucional a incidência do referido imposto.

Cobra relevo, ainda, o recente entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, em sentido idêntico ao esposado pelo v. acórdão. É o que se destaca dos seguintes julgamentos, que aduziram a inexistência de afronta à competência municipal pelo fato da base de cálculo do ICM/ICMS em questão englobar o preço do serviço.

“ICM — Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias — Base de cálculo — Abrangência — Serviços prestados — Lei nº 5.886/87, do Estado de São Paulo — Competência para impor o tributo — Artigo 24, inciso II, da Constituição Federal anterior e 156, inciso IV, da atual. O fato de na Lei Estadual prever-se como base de incidência o valor pago pelo adquirente, sem exclusão do destinado a remunerar os serviços embutidos, não implica transgressão direta ao preceito constitucional que disciplina a competência dos Municípios para instituir Imposto Sobre Serviços. A circunstância de o Decreto-Lei nº 406/68, de cunho federal, não contemplar, na listagem a ele anexa, os serviços prestados pelo fornecimento de alimentação e bebidas por restaurantes, bares, ca-

fés e estabelecimentos similares afasta, por sua vez, a possibilidade de se ter, no caso, a dupla incidência, sendo certo, ainda, que ao valor cobrado fica sujeito apenas ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias (§ 2º), da mesma forma que a prestação de serviços incluídos sofre unicamente a incidência do Imposto Sobre Serviços, ainda que envolva o fornecimento de mercadorias (§ 1º).” (RE nº 129.877-4-SP, relator eminente Ministro Marco Aurélio, DJ de 27.11.92).

Tributário. ICMS. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que considerou legítima a exigência do tributo na operação de fornecimento de alimentos e bebidas consumidas no próprio estabelecimento do contribuinte, de conformidade com a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989. Alegada afronta aos arts. 34, §§ 5º e 8º, do ADCT/88; 146, III; 150, I; 155, I, b e § 2º, IX e XII; e 156, IV, do texto permanente da Carta de 1988.

Alegações improcedentes.

Os dispositivos do inc. I, b e do § 2º, inc. IX, do art. 155 da CF/88 delimitam o campo de incidência do ICMS: operações relativas à circulação de mercadorias, como tais também consideradas aquelas em que mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios (caso em que o tributo incidirá sobre o valor total da operação).

Já o art. 156, IV, reservou a competência dos Municípios ao Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), não compreendidos no art. 155, I, b, definidos em lei complementar.

Conseqüentemente, o ISS incidirá tão-somente sobre serviços de qualquer natureza que estejam relacionados na lei complementar, ao passo que o ICMS, além dos serviços de transporte, interestadual e intermunicipal, e de comunicações, terá por objeto operações relativas à circulação de mercadorias, ainda que as mercadorias sejam acompanhadas de prestação de serviço, salvo quando o serviço esteja relacionado em lei complementar como sujeito a ISS.

Critério de separação de competências que não apresenta inovação, porquanto já se achava consagrado no art. 8º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 406/68. Precedente da 2ª Turma, no RE 129.877-4-SP.

O Estado de São Paulo, por meio da Lei nº 5.886/87, havia legitimamente definido, como base de cálculo das operações em tela, o valor total cobrado do adquirente. Fixada, todavia, pela Carta de 1988, a exigência de que a definição desse elemento deveria ser feita por meio de lei complementar federal (art. 146, III, b), as unidades federadas, enquanto no aguardo da iniciativa do legislador federal, valendo-se da faculdade prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88, regularam provisoria-

mente a matéria por meio do Convênio nº 66/88.

Com apoio no referido documento, editaram os legisladores paulistas a nova Lei nº 6.374/89, por meio da qual ficou o Estado habilitado à tributação das operações em referência, inexistindo espaço para arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Recurso não conhecido.” (RE nº 144.795-8-SP, relator eminente Ministro Ilmar Galvão, DJ de 12.12.93).

E seguindo esta orientação, vale transcrever, ainda, o aduzido pelo eminente Ministro Celso de Mello no RE nº 156.568-3-SP, DJ de 16.11.93:

“De outro lado, e no que concerne especificamente à definição da *base impositiva* da espécie tributária em questão, impende ressaltar a circunstância de a Lei paulista n. 6.374/89 e o Convênio ICM n. 66/88 guardarem plena conformidade hierárquico-normativa com o preceito inscrito no art. 155, § 2º, IX, **b**, da Carta Política, que autoriza a incidência do ICMS, *uma vez editada a competente lei ordinária estadual*, ‘sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios.’

Vê-se, pois, que a regra de competência impositiva inscrita no art. 155, I, **b**, da Constituição —

que autoriza o Estado-membro a instituir o ICMS — deve ser interpretada em função do que *também* prescreve a norma consubstanciada no art. 155, § 2º, IX, **b**, do Estatuto Fundamental, que legitima a incidência dessa espécie tributária sobre operações relativas à circulação jurídica de mercadorias fornecidas ‘com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios’.

Os serviços *exclusivamente* tributáveis pelos Municípios, por intermédio do ISS, acham-se relacionados em lista cuja *taxatividade*, constituindo natural consequência do princípio da legalidade tributária, tem sido reconhecida *tanto pelo doutrina* (**Rui Barbosa Nogueira**, in RT 482/263; **Aliomar Baleeiro**, ‘Direito Tributário Brasileiro’, p. 270, 8ª ed., 1976, Forense) *quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* (RTJ 68/198 — RTJ 89/281 — RTJ 97/357 — RDA 118/155), em ordem a justificar a pretensão fiscal do Estado-membro no que concerne à instituição e cobrança do ICMS sobre o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços *não discriminados* na lista referida.

A previsão constante do art. 155, § 2º, IX, **b**, da Carta Política *constitucionalizou* a norma inscrita no art. 8º, § 2º, do DL n. 406/68 que, *revestido de força e eficácia de lei complementar* — consoante atesta a doutrina (**Edvaldo Bri-**

to, in 'Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas', n. 2, Ano 1, pág. 103, item n. 24, 1993, RT; Celso Ribeiro Bastos, 'Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário', pág. 272, 1991, Saraiva) —, submete ao âmbito de incidência do tributo *estadual em causa* o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços, *desde que não especificados*

estes na lista anexa ao decreto-lei mencionado.”

No mesmo sentido o Ag 141.918-1-SP, relator eminente Ministro Paulo Brossard, DJ de 29.09.92.

Assim, pacificado o entendimento no sentido do aresto paradigma, acolho os embargos de divergência, uniformizando a jurisprudência no sentido acima exposto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
Nº 38.315-1 — RS

(Registro nº 94.0012388-4)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Embargante: *Estado do Rio Grande do Sul*

Embargada: *Russie R. D. Com/ de Alim/ e Bebidas Ltda.*

Advogados: *Vera Lúcia Zanette e outros, e Claudio Leite Pimentel e outro*

EMENTA: *Tributário. ICM. Bares e restaurantes. Legislação do Estado do Rio Grande do Sul. Previsão do fato gerador e respectiva base de cálculo. Legitimidade da cobrança. Divergência superada. Embargos recebidos.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pe-

reira e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 13 de dezembro de 1994
(data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

Publicado no DJ de 13-02-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Versa a questão sobre matéria conhecida no âmbito da Seção de Direito Público da Corte, qual a decorrente da exigência do imposto sobre circulação de mercadorias no fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e similares.

Na espécie, a empresa contribuinte impetrou segurança preventiva a fim de impedir que a autoridade fiscal viesse a exigir os valores relativos aos autos de lançamento n^{os} 5819103692 e 5819103668 lavrados no ano de 1991, referentes ao ICMS.

Denegado o *writ* por sentença confirmada pelo Eg. Tribunal de Justiça local, manifestou a impetrante recursos extraordinário e especial, ambos admitidos pela decisão de fls. 386/387.

A Eg. Primeira Turma acolheu a pretensão recursal, gizando a ementa do acórdão, **verbis** (fls. 423):

“Tributário. Incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) no fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e similares.

Consoante jurisprudência assente nesta Corte Superior, o fornecimento de bebidas e alimentos em bares, restaurantes e queijos importa em venda de mercadoria adjunta com prestação de serviços.

A exigibilidade do tributo, no caso, impõe que a lei estadual di-

ferencie o preço dos serviços do das mercadorias, erigindo este como base de cálculo.

A omissão, na legislação estadual pertinente, dessa distinção específica, implica, **ipso facto**, na impossibilidade de cobrança desse tributo.

Entendimento que prevalece mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, com relação ao imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS).

Recurso provido, por maioria.”

Daí os presentes embargos de divergência opostos pelo Estado do Rio Grande do Sul que, para comprovar o dissídio, indica acórdãos da Eg. Segunda Turma e desta Eg. Seção.

Impugnação às fls. 566/569.

Parecer, pelo provimento dos embargos, às fls. 573/578.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Preliminarmente, rejeito a assertiva lançada na impugnação de que a Fazenda Pública não se beneficia da dobra do prazo na interposição de embargos de divergência. Tal asserto vem embasado, segundo a alegação da embargada, em precedente da própria Corte, lavrado pelo eminente Ministro Pedro Acioli, assim ementado o acórdão (fls. 569):

“Agravamento regimental. Prazo. Lei 8.038/90. Art. 28, parágrafo 5º e art. 39. RISTJ, art. 258.

I — O prazo para o agravo regimental no STJ é de cinco dias. É prazo assinado por lei especial que o denomina simplesmente *agravo*, não sendo aplicada a regra geral do CPC, que confere prazo em dobro para a Fazenda Pública — Lei 8.038/90, art. 28, parágrafo 5º, e art. 39, c/c art. 258, do RISTJ.

II — A própria Lei 8.038/90, art. 42, renumera os recursos possíveis no CPC, donde ela mesma excluiu o regimental do rol dos recursos.

— Agravo não conhecido.” (RSTJ, 42:17)

Sobre a questão, recentemente, a Corte editou a Súmula nº 116, assim enunciada, **verbis**:

“A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça”.

Mutatis mutandis, também para interpor embargos de divergência.

Quanto ao mérito, esta Eg. Corte, acórdão publicado em 31.10.94, assim decidiu questão idêntica à dos autos nos EDREsp nº 3.090-0-RJ, relator o eminente Ministro Peçanha Martins, **verbis**:

“Tributário. ICM. Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares. Precedentes.

1. As duas Turmas da Primeira Seção deste Tribunal já pacifica-

ram o entendimento sobre a matéria discutida, no mesmo sentido do aresto embargado, acompanhando orientação traçada em decisões da Suprema Corte.

2. Embargos de divergência conhecidos e rejeitados.”

Do exposto, reportando-me ainda aos fundamentos do voto que proféri no EREsp nº 38.864-1-RJ, cuja íntegra faço juntar aos autos, recebo os embargos.

“ANEXO

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
NO RECURSO ESPECIAL
Nº 38.864-1 — RS

(Registro nº 94.0018636-3)

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Manifesta a divergência, conheço dos embargos.

Apreciando questão análoga no REsp nº 20.011-SP, disse eu no voto-vista que proféri, **verbis**:

“... O acórdão recorrido deu pela legitimidade da incidência do ICMS sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes após a vigência da Lei 5.886/87, entendendo que a base de cálculo é o valor total cobrado do adquirente.

O eminente Ministro Peçanha Martins, após ampla análise da **quaestio juris**, invocando ainda recente orientação da Suprema

Corte, concluiu o seu voto nestes termos, **verbis**:

“Não vislumbrando inconstitucionalidade ou ilegalidade nas Leis Paulistas nºs 5.886/87 e 6.374/89; não admitindo possam os Estados e Municípios perder a arrecadação do tributo legitimamente instituído, por isso mesmo que partilham a receita, na forma estabelecida no Ato Complementar 31/66 e § 8º do art. 23 da C.F./67, com as redações dadas pelas E.C. nºs 17/80 e 23/83, e art. 158, IV, da Constituição vigente; considerando que o sistema tributário nacional não admite as atividades de caráter misto, consagrando a incidência de um único imposto a uma única atividade; pacificada a jurisprudência do Pretório Excelso quanto à constitucionalidade das Leis paulistas supra-referidas; demonstrada embora a divergência pretoriana, conheço do recurso pela alínea c do permissivo constitucional, mas lhe nego provimento.”

Na espécie, a sentença confirmada pelo acórdão recorrido assim dispôs em sua parte conclusiva (fls. 77/78):

“... Portanto, a partir da edição da Lei Estadual nº 5.886/87, não mais pode se falar em repetição de ICM, para bares e restaurantes.

Ante o exposto, julgo procedente em parte a ação, para declarar a nulidade dos créditos tributários relativos ao período janeiro a dezembro de 1987, por falta de base de cálculo e, improcedente a ação relativamente ao período de janeiro de 1988 em diante, por haver base de cálculo na Lei nº 5.886/87, não havendo necessidade ou possibilidade de dicotomia na base de cálculo como pretende a Autora, sendo devido o ICM tal como exigido.”

Pedi vista dos autos para rever meu posicionamento, em face de recentes decisões da Suprema Corte postas na legalidade da exigência tributária em questão, pouco importando se o fato gerador ocorreu sob a vigência da Lei nº 5.867/87 ou da atual 6.374/89.

Dispensou-me das considerações que em inúmeros casos expendi sobre a matéria, por isso que condensada a jurisprudência da Casa até recentemente no sentido de que a lei estadual deve fixar a base de cálculo da exação em apreço, distinguindo a prestação de serviço do fornecimento da mercadoria. Tal orientação alcançava tanto as operações realizadas sob a vigência da Lei nº 5.867/87 como da de nº 6.374/89.

Todavia, a Colenda Suprema Corte, revendo sua jurisprudência anterior, fixou tratamento exegético sobre a matéria, considerando

legítima a incidência tributária em questão, conforme enfatiza o pronunciamento do eminente relator, do qual colho os seguintes tópicos, **verbis**:

“Posteriormente, a Egrégia 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 129.877-4 — São Paulo, aprovou, à unanimidade, voto do E. Ministro Marco Aurélio, proclamando a ementa do v. acórdão:

“Recurso — Prequestionamento — Natureza do vício decorrente do silêncio do órgão julgador — O prequestionamento consubstancia pressuposto de recorribilidade do recurso extraordinário (lato senso) e faz-se necessário para que seja possível proceder-se a cotejo para dizer-se do enquadramento no permissivo legal. Configura-se quando a matéria veiculada no recurso foi objeto de debate e decisão prévios, ou seja, conste do acórdão que se pretende ver reformado a adoção de entendimento explícito sobre o tema jurígeno empolgado. A persistência do vício de procedimento, em que pese a interposição dos embargos declaratórios, abre margem à irresignação consideradas as normas constitucionais relativas ao devido processo legal, sendo impróprio pretender-se apreciação

da matéria de fundo quando não ocorreu, pelo órgão competente, a entrega da prestação jurisdicional.

ICM — Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias — Base de cálculo — Abrangência — Serviços prestados — Lei nº 5.886/87, do Estado de São Paulo — Competência para impor o tributo — Art. 24, inciso II, da Constituição Federal anterior e 156, inciso IV, da atual. O fato de na Lei Estadual prever-se como base de incidência o valor pago pelo adquirente, sem exclusão do destinado a remunerar os serviços embutidos, não implica transgressão direta ao preceito constitucional que disciplina a competência dos Municípios para instituir Imposto Sobre Serviços. A circunstância de o Decreto-lei nº 406/68, de cunho federal, não contemplar, na listagem a ele anexa, os serviços prestados pelo fornecimento de alimentação e bebidas por restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares afasta, por sua vez, a possibilidade de se ter, no caso, a dupla incidência, sendo certo, ainda, que o valor cobrado fica sujeito apenas ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias (§ 2º), da mesma forma que a prestação de serviços

incluídos sofre unicamente a incidência do Imposto Sobre Serviços, ainda que envolva o fornecimento de mercadorias (§ 1º).

No perfeito voto que proferiu, S. Exa. afasta a alegada inconstitucionalidade da Lei Paulista nº 5.886/87, positivando:

“Quanto à contrariedade ao preceito do art. 24 da Constituição de 1969, verifica-se que a Lei Estadual nº 5.886/87 veio a preencher a lacuna legislativa quanto à base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, considerado o fornecimento de bebidas e alimentação por bares, cafés, restaurantes e similares. A indefinição da Lei Estadual nº 440/84 restou suplantada. Previu-se a incidência sobre o valor da operação, ou seja, o valor total cobrado do adquirente. O que veiculado no extraordinário parte da competência dos Municípios para instituir o Imposto Sobre Serviços. A teor do dispositivo constitucional em comento — inciso II do art. 24 — compete aos Municípios instituir impostos sobre os serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou do Estado, definidos em lei complementar. As-

sim, cumpre perquirir se, no caso concreto, configura-se o desrespeito à delimitação da atividade legiferante.

A Lei nº 5.886/87 não dispõe relativamente ao Imposto Sobre Serviços mas quanto ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias, frente ao fornecimento de bebidas e alimentação por bares, cafés, restaurantes e estabelecimentos similares. O fato exclui, por si só, a possibilidade de conclusão em torno da violência direta ao preceito constitucional.

Contudo, aponta-se que a base de incidência eleita engloba valor relativo à prestação de serviços, pois o total cobrado ao cliente visa atender, também, a esta última. No particular, a matéria não possui disciplina constitucional. A rigor, está prevista no Decreto-lei Federal nº 406/68, que revela como fato gerador do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias — art. 1º, inciso III e, diante da notória dificuldade em separar-se os valores correspondentes aos serviços, dispõe que “o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao imposto sobre circulação de mercadorias” — § 2º do art. 8º. A lista citada não contempla a hipótese, o que revela que a

Lei Estadual nº 5.886 está em harmonia com o preceituado, sendo que o benefício alcançado pelos Estados e, assim mesmo, de forma parcial, porquanto os Municípios contam com vinte e cinco por cento do que arrecadado a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias (art. 158, inciso IV, da Carta atual), é contrabalançado pelo sistema legal da reciprocidade. Em relação aos serviços constantes da lista, ainda que a envolver fornecimento de mercadorias, tem-se, tão-só, a incidência do Imposto Sobre Serviços — § 1º do art. 8º do Decreto-lei nº 406/68. O equilíbrio é perfeito e, na verdade, possui contornos práticos. Somente à mercê de inúmeras inconveniências poder-se-ia implementar a separação do que pago a ambos os títulos — serviços e fornecimento.

A prevalecer o enfoque da Recorrente, alcançada será cômoda situação. Pelo fornecimento de alimentação e bebidas, ficarão os integrantes da categoria econômica isentos do pagamento quer do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, quer do Imposto Sobre Serviços, face à ausência de previsão na lista do Decreto-lei mencionado.

Por tudo, não conheço do presente recurso extraordinário”.

Não conhecido, embora, o RE 129.877-4-SP, o voto do Eminentíssimo Marco Aurélio afirma a constitucionalidade da Lei Paulista 5.886/87 que, assinala, “veio a preencher lacuna legislativa quanto à base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, considerado o fornecimento de bebidas e alimentação por bares, cafés, restaurantes e similares. A indefinição da Lei Estadual nº 440/84 restou suplantada...”

Recentemente, a E. 1ª Turma do STF, no RE 144.795-8-SP, sendo Relator o Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão, não conheceu, à unanimidade, do extraordinário requerido por Provan-Refeições Ltda., valendo transcrita a ementa:

“Tributário. ICMS. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que considerou legítima a exigência do tributo na operação de fornecimento de alimentos e bebidas consumidas no próprio estabelecimento do contribuinte, de conformidade com a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989. Alegada afronta aos arts. 34, §§ 5º e 8º, do ADCT/88; 146, III; 150, I; 155, I, b e § 2º, IX e XII; e 156, IV do texto permanente da Carta de 1988.

Alegações improcedentes.

Os dispositivos do inc. I, b e do § 2º, inc. IX, do art. 155 da

CF/88 delimitam o campo de incidência do ICMS: operações relativas à circulação de mercadorias, como tais também consideradas aquelas em que mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios (caso em que o tributo incidirá sobre o valor total da operação).

Já o art. 156, IV, reservou à competência dos Municípios o Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), não compreendidos no art. 155, I, b, definidos em lei complementar.

Conseqüentemente, o ISS incidirá tão-somente sobre serviços de qualquer natureza que estejam relacionados na lei complementar, ao passo que o ICMS, além dos serviços de transporte, interestadual e intermunicipal, e de comunicações, terá por objeto operações relativas à circulação de mercadorias, ainda que as mercadorias sejam acompanhadas de prestação de serviço, salvo quando o serviço esteja relacionado em lei complementar como sujeito a ISS.

Critério de separação de competência que não apresenta inovação, porquanto já se achava consagrado no art. 8º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 406/68. Precedentes da 2ª Turma, no RE 129.877-4-SP.

O Estado de São Paulo, por meio da Lei nº 5.886/87, havia legitimamente definido, como base de cálculo das operações em tela, o valor total cobrado do adquirente. Fixada, todavia, pela Carta de 1988, a exigência de que a definição desse elemento deveria ser feita por meio de lei complementar federal (art. 146, III, b), as unidades federadas, enquanto no aguardo da iniciativa do legislador federal, valendo-se da faculdade prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88, regularam provisoriamente a matéria por meio do Convênio nº 66/88.

Com apoio no referido documento, editaram os legisladores paulistas a nova Lei nº 6.374/89, por meio da qual ficou o Estado habilitado à tributação das operações em referência, inexistindo espaço para arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Recurso não conhecido.”

Isto posto, acompanho o eminente relator.”

Assim sendo, aplicáveis à legislação do Estado do Rio Grande do Sul os fundamentos supratranscritos, legítima é, nos termos da nova orientação esposada pela Corte, a cobrança do imposto em tela, razão pela qual recebo os presentes e julgo improcedentes os embargos do devedor, invertidos os ônus da sucumbência.”

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

Nº 45.407-5 — SP

(Registro nº 94.0020927-4)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Embargante: *Costelaria Carro de Boi Ltda.*

Embargada: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Ignes Conceição Ninni Ramos e outros, e Maria Cecília Candido dos Santos e outros*

EMENTA: *Tributário. Embargos de divergência. ICMS. Fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e similares. Base de cálculo.*

Nos precisos termos do § 2º, do art. 8º do D.L. 406/68, o fornecimento de mercadorias, agregado à prestação de serviço não especificada na lista, sujeita-se unicamente à incidência do imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS).

A prestação de serviço adjunta ao fornecimento de mercadorias em bares, restaurantes e correlatos não constitui hipótese de incidência do ISS, por não integrar a lista anexa ao D.L. 406/68.

O tributo devido, no caso, é o ICMS, e tem por base de cálculo o valor total da operação, englobando tanto a parcela referente às mercadorias fornecidas como aquela pertinente aos serviços prestados pelo estabelecimento.

Precedentes do egrégio STF.

Embargos de divergência rejeitados, sem discrepância.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decida a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente

julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Américo Luz, Hélio Mosimann e Peçanha Martins. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José de Jesus Filho. Custas, como de lei.

Brasília, 27 de setembro de 1994
(data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

Publicado no DJ de 17-10-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Ao admitir os presentes embargos de divergência, assim relatei a hipótese:

Cuida-se, na espécie, de embargos de divergência opostos por Costelaria Carro de Boi Ltda. contra decisão unânime da egrégia Segunda Turma deste Tribunal, tendo por Relator o eminente Ministro José de Jesus Filho, restando o acórdão assim ementado:

“Tributário. ICMS. Fornecimento de alimentação e bebidas consumidas no próprio estabelecimento. Lei nº 6.374/89. Pronunciamento do STF pela legalidade da cobrança.

Nega-se provimento ao presente recurso especial, em face da decisão do Pretório Excelso que reconheceu, através de suas duas Turmas, a legitimidade da Lei Paulista nº 6.374/89, que tributou as operações em referência. Precedentes” (folha 219).

A embargante traz para o confronto arestos divergentes da cólenda Primeira Seção, proferidos em grau de embargos de divergên-

cia, e da egrégia Primeira Turma deste Sodalício” (folha 244).

Promovida a publicação do termo de vista ao embargante, foi apresentada impugnação no prazo legal (folhas 246/250), vindo-me os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Ao admitir os embargos de divergência, entendi que, em princípio, achava-se configurado o dissenso jurisprudencial, porquanto a decisão trazida a confronto, como visto, havia sido proferida pela egrégia Primeira Seção, a qual até então não se posicionara sobre o novo entendimento acerca da matéria, adotado no âmbito de ambas as Turmas de Direito Público deste STJ.

Ocorre, todavia, que agora a matéria já se encontra pacificada, com o julgamento recente, em 23.04.94, dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 31.927-5/SP, do qual fui relator, restando o acórdão assim ementado:

“Tributário. Embargos de divergência. ICMS. Fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e similares. Base de cálculo.

Nos precisos termos do § 2º, do art. 8º do D.L. 406/68, o fornecimento de mercadorias, agregado à prestação de serviço não especificada na lista, sujeita-se unica-

mente à incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS).

A prestação de serviço adjunta ao fornecimento de mercadorias em bares, restaurantes e correlatos não constitui hipótese de incidência do ISS, por não integrar a lista anexa ao D.L. 406/68.

O tributo devido, no caso, é o ICMS, e tem por base de cálculo o valor total da operação, englobando tanto a parcela referente às mercadorias fornecidas como aquela pertinente aos serviços prestados pelo estabelecimento.

Precedentes do egrégio STF.

Embargos de divergência acolhidos, por unanimidade.”

Por se tratar, **in casu**, de matéria idêntica, adoto, ainda, como razão de decidir, os mesmos fundamentos expendidos, quando daquele julgamento, e que têm a seguinte dicção:

“A quesília gira em torno da validade das leis estaduais, sobre concluir-se pela legitimidade ou não da cobrança do ICM relativo ao fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes e quejandos, tomando-se como base de cálculo, para a incidência daquele tributo, o montante da operação, ou seja, o somatório compreensivo do fornecimento das mercadorias (embora estas sejam consumidas no local), com a prestação de serviços, ou, por outro lado, se, em face da lei (Decreto-lei nº 406/68, artigo 8º e CTN, artigo 9º,

I e 97, IV), faz-se necessária a distinção, através de lei específica, entre o fornecimento da mercadoria e a prestação de serviços — separando o que é do Estado do tributo que pertence ao Município.

Efetivamente, durante muitos lustros proclamou-se nos Tribunais, que, ao se firmar a jurisprudência cristalizada na Súmula nº 574 do STF, no sentido de que, sem lei estadual que a estabeleça, é ilegítima a cobrança do ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurante ou estabelecimento similar, já se colocava como principal fundamento dessa orientação (prevalecente durante muito tempo), o de que o conceito de saída de mercadorias como fato gerador do tributo estadual não abrange o de fornecimento para consumo imediato, como se faz nos bares e quejandos, ainda que, no conceito genérico, esse fornecimento configure circulação de mercadoria (artigo 1º, I, do Decreto-lei nº 406/68). Daí tornou-se imprescindível, como assentaram os Tribunais, que, desde que tal fornecimento não implicava em saída efetiva da mercadoria, posto que esta era consumida no próprio estabelecimento, fosse a hipótese de exação expressamente contemplada pelo legislador estadual. Ocorre que, nem a lei federal (Decreto-lei nº 406/68), nem a estadual definiram a base de cálculo que corresponderia àquela relativa à saída da mercadoria.

A partir daí, dessa omissão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE nº 100.563-RTJ, 109/1.211) firmou-se no sentido de que: “a lei estadual deve distinguir o preço dos serviços das mercadorias, erigido este em base de cálculo do ICM. A ausência da legislação neste sentido torna impossível a cobrança do mencionado tributo. São inumeráveis os Arestos da Suprema Corte neste sentido (RTJ, vols. 114/696; 115/368; 116/838; 177/427; 118/292; 119/289). A tese predominante era a de que o imposto (ICM), há de ter por base, apenas, a mercadoria fornecida, abstraídos do valor dos serviços necessários para a devida execução (D.J. de 26.06.89).

Enveredando por esta interpretação, é que o Superior Tribunal de Justiça construiu seu entendimento, sendo um dos precursores o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no REsp nº 11.460, a averbar: “Se a lei não distingue, em sua base de cálculo, o fornecimento de mercadoria e a prestação de serviços, é ilegítima a cobrança do ICM.”

Ressalte-se, como se afirmou, que o entendimento perfilhado pelo STJ foi inspirado na jurisprudência pacífica e predominante na Excelsa Corte, sobre a matéria.

Ocorre que, já por influência do sistema tributário preconizado na atual Constituição, o S.T.F. mudou a sua jurisprudência e já no julgamento do RE nº 144.795-SP

(D.J. de 12.11.93) proclamou “a plena validade constitucional da legislação paulista, acerca dessa matéria e especificamente, da Lei nº 6.374/89 e, em consequência, reconheceu como legítima a incidência da exação em causa”.

Com efeito, dispõe o artigo 8º do Decreto-lei nº 406/68, “que o imposto sobre serviços de qualquer natureza é da competência dos Municípios.” E, no § 1º, prevê “que os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias.” Por sua vez, preconiza o § 2º, “que o fornecimento de mercadorias, com prestação de serviços não especificados na lista, fica sujeito ao imposto sobre circulação de mercadorias.” Isso significa que no fornecimento de mercadorias em bares, restaurantes e similares, uma vez que a prestação de serviços correlata não está especificada na lista, o imposto a incidir é o ICM (artigo 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68). E a base de cálculo do tributo é o *valor da operação*, isto é, o total que o contribuinte dispendeu com o fornecimento das mercadorias, mais a prestação de serviços (Decreto-lei nº 406/68, artigo 2º, inciso I).

Nessa linha de raciocínio, já antes era legítima a cobrança do ICM sobre o fornecimento de alimentos e bebidas, em bares, restaurantes e quejandos, pelos Estados-Membros. Ao proferir deci-

são no RE nº 172.018-2/SP, em que faz remissão à jurisprudência, hoje predominante naquela Corte Suprema, escreveu o Ministro Celso de Mello: “O fornecimento de alimentação e bebidas, para consumo no próprio estabelecimento, casos de restaurantes, bares, boates, etc., compreende-se na hipótese de mercadoria fornecida com prestação de serviços. Pelo singelo motivo de que não se acham relacionados em lei complementar, como exigido pela Constituição (artigo 156, IV) os serviços envolvidos na operação, prestados por cozinheiros, *maitres* e garçons, estão sujeitos ao ICMS (RE nº 144.795-SP). A precisão constante do artigo 155, § 2º, IX, **b**, da Carta Política constitucionalizou a norma inscrita no artigo 8º, § 2º do Decreto-lei nº 406/68, que, revestido de força e eficácia de lei complementar, consoante atesta a doutrina, submete ao âmbito de incidência do tributo estadual em causa, o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços, desde que, não especificados estes na lista anexa ao Decreto mencionado” (D.J. de 22.02.94).

A circunstância de o Decreto-lei nº 406/68, como proclamou o STF (RE 129.877-4), não contemplar, na lista que lhe é anexa, os serviços prestados no fornecimento de

alimentação e bebidas em restaurantes e bares, cafés e estabelecimentos similares *afasta*, por sua vez, a possibilidade de se ter, no caso, a dupla incidência, sendo certo, ainda, que o valor cobrado fica sujeito apenas ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias (§ 2º do artigo 8º do Decreto-lei nº 406), da mesma forma que a prestação de serviços incluídos (na lista) sofre unicamente a incidência do Imposto Sobre Serviços, ainda que envolva o fornecimento de mercadorias (§ 1º do artigo 8º).

Este o escólio recentemente albergado em ambas as Turmas de Direito Público desta Primeira Seção, do que são exemplos, **inter plures**, os acórdãos nos Recursos Especiais nºs 31.707/SP (rel. eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 25.4.94, pág. 9.233); 41.747/SP (rel. eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 4.4.94, pág. 6.639), 44.698-8/SP, 43.863-2/SP, 44.497-7/SP e 44.222-2/SP (estes últimos por mim relatados)”.

Dessarte, a partir da nova orientação jurisprudencial que se firmou, mansa e pacificamente, nesta Corte, entendo superada a pretendida divergência, razão pela qual rejeito os embargos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 26.082-0 — SP

(Registro nº 92.0020497-0)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Amadeus Self Service de Alimentos Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Antônio de Souza Corrêa Meyer e outros, e Áurea Lúcia Antunes Salvatore Schulz Frehse*

EMENTA: Tributário. ICM (ISS). Base de cálculo. Fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes e estabelecimentos similares. Decreto-Lei nº 406/68, art. 8º, § 2º. Arts. 6º, parágrafo único e 97, I e IV, do CTN e Leis Estaduais.

1. Vencida a questão preliminar do não conhecimento.

2. A previsão legal do fato gerador e base de cálculo legítima a tributação.

3. O Decreto-Lei nº 406/68 (art. 8º, § 2º — redação dada pelo Dec.-Lei nº 834/69), salvaguarda com a legalidade a inclusão do valor dos serviços na base de cálculo do ICM, contemplando a hipótese de incidência da circulação de mercadorias e as operações consequentes.

4. Precedentes do egrégio STF, sob a égide da Constituição, dirimindo a questão jurídica à luz da Constituição Federal, reconhecendo a incidência do ICMS (RE 129.877-4-SP — Rel. Min. Marco Aurélio; RE 144.795-8-SP — in DJU de 27.12.92 — Rel. Min. Ilmar Galvão — in DJU de 12.11.93).

5. Precedentes do STJ.

6. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte inte-

grante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, José de Jesus Filho, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de outubro de 1995
(data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 30-10-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Amadeus Self Service de Alimentos Ltda., fundada no artigo 105, inciso III, alíneas **a**, **b** e **c**, da Constituição Federal, interpôs Recurso Especial contra o v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que entendeu legítima a cobrança do ICM em operações de fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes.

Simultaneamente, a ora Recorrente opôs Recurso Extraordinário, com fundamento no disposto no artigo 102, inciso I, alínea I e inciso III, alíneas **a**, **b** e **c**, da Carta Magna.

Ambos os recursos foram admitidos pelo 4º Vice-Presidente, em substituição, do Tribunal **a quo**.

Contra-razões foram apresentadas às fls. 236/245.

Em suas razões a Recorrente alega, em síntese, que o v. aresto violou o artigo 8º, § 2º, do Decreto-Lei nº 406/68, afrontou os artigos 9º, inciso I e 97, inciso IV do Código Tributário Nacional e divergiu da jurisprudência desta Corte.

Em 27 de agosto de 1992, em decisão prolatada às fls. 265, sobrestei o exame do Recurso Especial por entender que a matéria constitucional

a ser examinada no Recurso Extraordinário é prejudicial em relação à matéria infraconstitucional. Dessa decisão agravou de instrumento a vencida.

A excelsa Corte negou seguimento ao extraordinário por decisão assim fundamentada:

“A pretensão da recorrente, de eximir-se do pagamento do ICMS no fornecimento de alimentação e bebidas em seu estabelecimento, sob alegação de inconstitucionalidade da disciplina instituída pela L. estadual 6.374/89, não encontra apoio na jurisprudência desta Corte (1ª T., RE 144.795, Galvão, 12.11.93, e TP, RE 160.007, Marco Aurélio, j. 20.10.94.” (fl. 336).

Em 14 de agosto de 1995 os autos retornaram a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Cónsono o relatório, sublima-se que o litígio está aprisionado à incidência fiscal do ICMS “sobre o fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e similares”.

A questão jurídica é bem conhecida neste Tribunal, com iterativos precedentes favoráveis e, também, contrários à pretensão do contribuinte, sendo que os entendimentos se antagonizam com originária verten-

te na Constituição Federal (arts. 155, I, **b**, e 156, IV), com sentidos reflexos na legislação infraconstitucional (Dec.-Lei 406/68, art. 2º, I, e Leis Estaduais de regência).

No pólo constitucional, primordialmente, a Suprema Corte, de vez, assentou:

— “ICM — Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias — Base de cálculo — Abrangência — Serviços prestados — Lei nº 5.886/87, do Estado de São Paulo — Competência para impor o tributo — Artigo 24, inciso II, da Constituição Federal anterior e 156, inciso IV, da atual. O fato de na Lei Estadual prever-se como base de incidência o valor pago pelo adquirente, sem exclusão do destinado a remunerar os serviços embutidos, não implica transgressão direta ao preceito constitucional que disciplina a competência dos Municípios para instituir Imposto Sobre Serviços. A circunstância de o Decreto-Lei nº 406/68, de cunho federal, não contemplar, na listagem a ele anexa, os serviços prestados pelo fornecimento de alimentação e bebidas por restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares afasta, por sua vez, a possibilidade de se ter, no caso, a dupla incidência, sendo certo, ainda, que o valor cobrado fica sujeito apenas ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias (§ 2º), da mesma forma que a prestação de serviços, incluídos sofre unicamente a inci-

dência do Imposto Sobre Serviços, ainda que envolva o fornecimento de mercadorias (§ 1º).” (RE nº 129.877-4-SP, relator eminente Ministro Marco Aurélio, DJ de 27.11.92).”

— “Tributário. ICMS. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que considerou legítima a exigência do tributo na operação de fornecimento de alimentos e bebidas consumidas no próprio estabelecimento do contribuinte, de conformidade com a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989. Alegada afronta aos arts. 34, §§ 5º e 8º, do ADCT/88; 146, III; 150, I; 155, I, **b** e § 2º, IX e XII; e 156, IV, do texto permanente da Carta de 1988.

Alegações improcedentes.

Os dispositivos do inc. I, **b** e do § 2º, inc. IX, do art. 155 da CF/88 delimitam o campo de incidência do ICMS: operações relativas à circulação de mercadorias, como tais também consideradas aquelas em que mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios (caso em que o tributo incidirá sobre o valor total da operação).

Já o art. 156, IV, reservou a competência dos Municípios ao Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), não compreendidos no art. 155, I, **b**, definidos em lei complementar.

Conseqüentemente, o ISS incidirá tão-somente sobre serviços de

qualquer natureza que estejam relacionados na lei complementar, ao passo que o ICMS, além dos serviços de transporte, interestadual e intermunicipal, e de comunicações, terá por objeto operações relativas à circulação de mercadorias, ainda que as mercadorias sejam acompanhadas de prestação de serviço, salvo quando o serviço esteja relacionado em lei complementar como sujeito a ISS.

Critério de separação de competências que não apresenta inovação, porquanto já se achava consagrado no art. 8º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 406/68. Precedente da 2ª Turma, no RE 129.877-4-SP.

O Estado de São Paulo, por meio da Lei nº 5.886/87, havia legitimamente definido, como base de cálculo das operações em tela, o valor total cobrado do adquirente. Fixada, todavia, pela Carta de 1988, a exigência de que a definição desse elemento deveria ser feita por meio de lei complementar federal (art. 146, III, b), as unidades federadas, enquanto no aguardo da iniciativa do legislador federal, valendo-se da faculdade prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88, regularam provisoriamente a matéria por meio do Convênio nº 66/88.

Com apoio no referido documento, editaram os legisladores paulistas a nova Lei nº 6.374/89, por meio da qual ficou o Estado habilitado à tributação das opera-

ções em referência, inexistindo espaço para arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Recurso não conhecido.” (RE nº 144.795-8-SP, relator eminente Ministro Ilmar Galvão, DJ de 12.11.93).

Nessa linha de pensar, comporta memorar o aduzido pelo Senhor Ministro Celso de Mello (RE nº 156.568-3-SP — in DJU de 16.11.93):

omissis

“De outro lado, e no que concerne especificamente à definição da base impositiva da espécie tributária em questão, impende ressaltar a circunstância e a Lei Paulista n. 6.374/89 e o Convênio ICM n. 66/88 guardarem plena conformidade hierárquico-normativa com o preceito inscrito no art. 155, § 2º, IX, b, da Carta Política, que autoriza a incidência do ICMS, uma vez editada a competente lei ordinária estadual, ‘sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios.’

Vê-se, pois, que a regra de competência impositiva inscrita no art. 155, I, b, da Constituição — que autoriza o Estado-membro a instituir o ICMS — deve ser interpretada em função do que também prescreve a norma consubstanciada no art. 155, § 2º, IX, b, do Estatuto Fundamental, que le-

gitima a incidência dessa espécie sobre operações relativas à circulação jurídica de mercadorias fornecidas 'com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios'.

Os serviços exclusivamente tributáveis pelos Municípios, por intermédio do ISS, acham-se relacionados em lista cuja taxatividade, constituindo natural consequência do princípio da legalidade tributária, tem sido reconhecida tanto pela doutrina (**Rui Barbosa Nogueira**, in RT 482/263; **Aliomar Baleeiro**, 'Direito Tributário Brasileiro', pág. 270, 8ª ed., 1976, Forense) quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 68/198 — RTJ 89/281 — RTJ 97/357 — RDA 118/155), em ordem a justificar a pretensão fiscal do Estado-membro no que concerne à instituição e cobrança do ICMS sobre o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não discriminados na lista referida.

A previsão constante do art. 155, § 2º, IX, b, da Carta Política constitucionalizou a norma inscrita no art. 8º, § 1º, do DL n. 406/68 que, revestido de força e eficácia de lei complementar — consoante atesta a doutrina (**Edvaldo Brito**, in 'Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas', n. 2, Ano 1, pág. 103, item n. 24, 1993, RT; **Celso Ribeiro Bastos** 'Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário', pág. 272, 1991, Saraiva) —, submete ao âmbito

de incidência do tributo estadual em causa o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços, desde que não especificados estes na lista anexa ao decreto-lei mencionado."

A iteração de julgados do Colendo Supremo, intérprete máximo e guardião da Constituição, faz sucumbir compreensão divergente, consubstanciando a legitimidade da incidência questionada.

No debate cingido às disposições infraconstitucionais, quanto à *operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviço* (hipótese destinada à incidência do ISS), a Turma filiou-se à compreensão da incidência do ICM, com a base de cálculo algemada ao preço, nos votos condutores, ao derredor da legislação de regência, em abreviado, alinhando:

"A Constituição pretérita, no artigo 23, inciso II, previa:

'Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II — Operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, impostos que não serão cumulativos e dos quais se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.'"

O Decreto-lei nº 406/68, que “estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza”, em seu artigo 1º, inciso III, dispõe:

‘Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias tem como fator gerador:

...

III — o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.’

Estatui o § 2º do artigo 8º do citado Diploma, com a redação conferida pelo Decreto-lei nº 834/69:

‘Art. 8º. O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º. Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 2º. O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços *não especificados* na lista *fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias*”.

Cabe ressaltar que a Lista de Serviços contida no Decreto-lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, não inclui em sua *taxativa* enumeração a prestação de serviços nos restaurantes e similares como fato gerador do ISS. E, diga-se, *nem poderia fazê-lo porque, como visto acima, o mesmo Diploma o situa na órbita de incidência do ICM.*

A Constituição de 1988 criou o ICMS ao pontificar, no artigo 155, inciso I, alínea **b**, o seguinte:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I — imposto sobre:

...

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;”

Na seqüência, dispõe a Constituição Federal, no § 2º, inciso IX, alínea **b**, do mesmo artigo 155:

‘§ 2º. O imposto previsto no inciso I, **b**, atenderá ao seguinte:

...

IX — incidirá também:

...

b) sobre o valor *total* da operação, quando mercado-

rias forem fornecidas com serviços *não* compreendidos na competência tributária dos Municípios.’

Tal competência municipal está assim disciplinada no artigo 156:

‘Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

...

IV — serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, I, **b**, definidos em lei complementar’.

Desta forma *estão sujeitos ao ISS serviços de qualquer natureza desde que definidos em lei complementar* (à exceção dos de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, que são os previstos na alínea **b** do inciso I do artigo 155).

Tem-se a **contrario sensu**, que serviços *não* definidos na referida lei complementar, estão fora da incidência do ISS. Estariam também excluídos da *competência municipal*?

A rigor, a não previsão na lei complementar afasta apenas a exigibilidade do imposto, mas não a competência municipal para cobrá-lo, porque, a qualquer momento, pode a União, mediante Lei Complementar, vir a editar nova Lista de Serviços ou mesmo incluir na já existente outros serviços.

A mera possibilidade, contemplada em hipotético raciocínio, não é suficiente para *materializar*

a competência, vez que requisito necessário à sua *existência* é a sua *definição*. Assim, somente são sujeitos à competência tributária municipal os serviços *taxativa e expressamente* elencados no parâmetro federal.

Cumpra, pois, examinar a legislação como ela se apresenta, observando-se suas específicas definições, e não como ela *poderia* vir a se apresentar.”

“Instalado o novo Sistema Tributário Nacional, decorridos os cinco meses da promulgação da Carta Magna de 1988 — artigo 34, **caput**, do ADCT —, celebrou-se, na ausência da Lei Complementar necessária à instituição do ICMS, de acordo com a previsão contida no § 8º do último referido artigo, o Convênio nº 66, de 14 de dezembro de 1988, publicado no DOU em 16.12.88, estabelecendo normas provisórias destinadas a regular a instituição do ICMS, prevendo, no que pertine:

‘Art. 2º. Ocorre o fato gerador do imposto:

...

VII — no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por qualquer estabelecimento, *incluídos os serviços prestados;*’

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

...

IV — no fornecimento de que trata o inciso VII do artigo

2º o valor total da operação, *compreendendo o fornecimento da mercadoria e a prestação do serviço*’;

Em consonância com o artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b, CF, está o § 2º do artigo 8º do Decreto-lei nº 406/68, com a redação conferida pelo Decreto-lei nº 834/69, cujo teor vale repetir:

‘§ 2º. O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços *não* especificados na lista *fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias*’.

Estas normas são de fundamental importância, cuja leitura evidencia que o fornecimento em questão é *fato gerador do ICMS*, não importando sua natureza seja prestação de serviço ou circulação de mercadoria, ou ambos.

Ressalvo, neste passo, que elas não incidem em impropriedade, dada a *complexidade* do fato jurídico, integrado pelas assinaladas atividades, como também não sofrem de inconstitucionalidade.

Podem os Estados, no exercício da competência concorrente e suplementar, conferida pela Lei Maior, no artigo 24, inciso I, §§, e no ADCT, artigo 34, §§ 3º e 4º, correspondente ao parágrafo único, artigo 8º da Carta revogada, legislar sobre Direito Tributário”.

Em defesa dos contribuintes, alega-se que ilegítima a incidência, na medida em que o caso dos restaurantes configuraria nítida prestação de serviço, cuja mercadoria seria apenas meio destinado a um fim. Diz-se, por igual, que somente seria tributável, pelo Estado, o *fornecimento* de mercadorias com prestação simultânea de serviços, não o sendo os *serviços* cuja prestação envolva fornecimento de mercadorias. A distinção, especiosa, não conduz a conseqüências de relevo.

É verdade que predomina o entendimento segundo o qual a *natureza jurídica* do fornecimento de alimentos e bebidas em bares e restaurantes é de *prestação de serviços* e não de circulação de mercadorias.

Com efeito, observou o eminente Ministro Cordeiro Guerra no julgamento do RE nº 105.528:

‘Na espécie, o restaurante e o bar ou similares, não vendem mercadorias, servem bebidas, refeições. Não há circulação de mercadorias, mas prestação de serviços.

De fato, os restaurantes não dão saída a mercadorias: carne, arroz, batatas, etc., antes a consomem, ainda que não vendam todos os bifes com fritas aos seus fregueses. As garrafas não são vendidas, mesmo quando seu conteúdo é consumido no lo-

cal ou estabelecimento que as fornece.

A rigor, o fornecimento é o produto de consumação ou transformação das mercadorias. Essas não circulam, são incorporadas à prestação de serviços' (RTJ 118/292).

Na mesma linha de raciocínio, a já conhecida lição do Prof. **Roque Antônio Carraza**, citada pelo Eminentíssimo Ministro Gomes de Barros em seu voto sobre a matéria, cujo teor transcrevo:

‘Na real verdade, ninguém vai a um restaurante com o fito de comprar mantimentos (do mesmo modo que ninguém vai a uma boate para comprar bebidas). Pelo contrário, é evidente que quem procura um restaurante, vai em busca de um serviço, que se perfaz não só com o fornecimento de alimentos, senão, também, de bebidas, de cigarros, de fósforo e, eventualmente até de flores. Em outros termos, mais técnico, o bem (o alimento) não é objeto do contrato que se celebra entre o restaurante e o freguês; o objeto deste contrato é o esforço pessoal (o serviço). Isto, diga-se de passagem, explica por que um prato que, num bar, custa Cr\$ 100,00, vem a custar, num restaurante mais sofisticado Cr\$ 700,00, embora os ingredientes que o compõem sejam os mesmos (ou praticamen-

te os mesmos). É o esmero do serviço (do preparo) que determina esta bruta diferença de preços, e não, o custo dos alimentos fornecidos para compor o prato.” (A Inconstitucionalidade do art. 1º, III do Decreto-lei 406/68 — in Revista de Direito Tributário nº 6 (21-22), pág. 42)’.

Na esteira dessas considerações chega-se à distinção entre duas modalidades de obrigação: a de *dar*, que, a princípio, estaria gravada pelo *ICM*, hoje *ICMS*; e a *fazer*, sujeita ao *ISS*, o que estaria a justificar a inconstitucionalidade da incidência do *ICM* sobre o fornecimento, por se tratar de prestação de serviço, configura, destarte, invasão de competência.

Neste aspecto, **mutatis mutandis**, a abalizada opinião do saudoso Desembargador Serpa Lopes:

‘Explica-se essa inalterabilidade: se o empreiteiro fornece os materiais, não são estes em si o objeto do contrato, senão a matéria lavrada, trabalhada e transformada pelo trabalho do homem. É este trabalho que surge no antepiano de modo que, mesmo quando o empreiteiro fornece o material, o contrato de empreitada continua qualificado como tal, abrangendo, em princípio, duas obrigações: a de fazer, lavrando a coisa, e, como consectário lógico desta primeira, a de entregá-la

ao dono da coisa. Esta entrega não está vinculada à obrigação de dar, senão à de fazer, como um meio para o seu cumprimento' (Curso de Direito Civil, vol. 4, págs. 141/142, 2ª ed.).

A distinção, contudo, não gera os efeitos pretendidos. Ao contemplar a legislação, verifica-se que, de maneira geral, uma de duas: *ou os serviços absorvem o fornecimento de mercadorias, incidindo, no valor total, o ISS; ou, se cuidando de serviço não especificado na Lista, o fornecimento da mercadoria absorve a prestação de serviço, sendo a operação tributada pelo ICMS, antigo ICM, e, da mesma forma, sendo a base de cálculo o valor total da operação.*

Eventual imprecisão técnica do legislador em considerar predominante, em tal ou qual evento, tal e qual aspecto, não tem o condão de prejudicar a incidência do tributo.

É certo que *não* se pode tributar sem amparo legal, vale dizer, *não se pode ter como legítima a cobrança de tributo sem expressa previsão na lei.* Isto, aliás, é remansoso nas jurisprudências desta Corte e do STF.

O ponto, contudo, não é este. *A lei existe e prevê fato gerador e base de cálculo,* respaldada, já agora, no artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea **b**, CF. Isto é ilegítimo?

Respondo negativamente. Não configura ilegitimidade ou incons-

titucionalidade o simples fato de se ter como operação relativa à circulação de mercadorias o que seria prestação de serviço. Enfatizo que, neste fato, ainda que se tenha inexata aceção da natureza do fato, consubstanciado em *fluxo significativo de riqueza*, que se quer tributar, isto, por si só, não invalida a pretensão fiscal.

Ademais, **data venia** das ilustres e doutas opiniões em contrário, não há invasão de competências. A Constituição prevê esta hipótese, declarando que o ICMS incide *também* (isto é, *não* há relação com os serviços identificados na alínea **b** do inciso I do artigo 155) *'sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios'* (artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea **b**).

De igual forma, o mesmo dispositivo estabelece que, em tais situações, a base de cálculo do imposto deve englobar o valor da prestação do serviço (*'valor total da operação'*). Isto porque, não havendo tributação pelo Município, se também não houvesse incidência do ICMS, estaria a categoria econômica de que se cuida, a desfrutar de inaceitável privilégio, para não dizer *'isenção'*, em desfavor dos milhares de beneficiários da receita estadual, em prol do enriquecimento injustificado daqueles que não recolhem o ISS e não querem pagar o ICMS, que, certamente, é cobrado do consumidor.

Insisto que a competência municipal se limita aos serviços de qualquer natureza *definidos em lei complementar*, ressalvados os do artigo 155, inciso I, alínea **b**.

Se a lei complementar *não* prevê determinado serviço como tributável pelo ISS municipal, *legítima* será a incidência do ICMS, nos termos do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea **b**. Não se configurando, de outra parte, a por vezes sustentada invasão de competência.

Nem se alegue que se estaria frente a um **bis in idem**. É que o Estado só pode tributar na inexistência da tributação municipal. *Somente* nesta hipótese poderá instituir e cobrar o ICMS sobre o serviço simultâneo ao fornecimento de mercadorias.

E mais: o nome do imposto representado pela sigla ICM/ICMS é ‘imposto sobre *operações* relativas à circulação de mercadorias...’, donde se depreende claramente que o legislador incluiu na hipótese de incidência não só a circulação, mas, também, as *operações* a ela concernentes, razão pela qual não refoge ao seu âmbito o serviço envolvido.

Aliás, restringir a competência dos Estados aos serviços de transporte e de comunicação importaria em negar por completo a possibilidade de os Estados tributarem operações *mistas*, em frontal violação ao artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea **b**.

Ademais, não há, a rigor, *operação* relativa à circulação de merca-

doria que não esteja intrinsecamente relacionada a certa atividade classificável como ‘serviço’. Da mesma forma, diversos serviços sujeitos ao ISS demandam a utilização de mercadorias e nem por isso se invalida ou se tem como inconstitucional a incidência do referido imposto.’ (REsp 38.257-2-SP — Rel. Min. Cesar Rocha — gfs. originais)”.

No cenáculo do exposto, para não me colocar como astro opaco e sem grandeza, porque insistir seria disparatado, demissionário dos argumentos que sustentei em recursos anteriores (voto anexado por cópia), submetendo-me à jurisprudência prevalecte, voto improvendo o recurso.

É o voto.

“ANEXO

RECURSO ESPECIAL

Nº 10.839-0 — SP

(Registro nº 91.0009003-4)

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA (Relator): Em Mandado de Segurança, provendo a apelação, o confrontado v. acórdão, rejeitados os embargos de declaração, sinalou:

omissis

“Ainda que o ICM seja um imposto sabidamente indireto, de sorte a ser, em regra, repassado no preço de venda ou saída de

mercadoria, há de se pôr em realce a circunstância de que inexistente, aqui, qualquer comprovante dessa inclusão e, portanto, do noticiado repasse. De qualquer forma, é iterativo o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da admissibilidade do mandado de segurança nas condições indicadas.

A Lei nº 5.886/87, ao modificar o inciso I, do art. 19 da Lei nº 440/74, dispôs incidir o imposto estadual sobre o “valor da operação de que decorrer a saída ou o fornecimento da mercadoria.”

Procurou, por esse modo, corrigir a falha repetidamente assinalada pelo Excelso Pretório. Não se deu conta, no entanto, que o simples acréscimo da palavra *fornecimento* estava apenas definindo, com mais precisão, o fato gerador, sem, no entanto, superar o defeito indicado pela Súmula nº 574, do Excelso Pretório, ou seja, não indicou a base de cálculo.

Realmente, o Colendo Supremo Tribunal Federal a esse respeito, salientou ser “inafastável a exigência de que conste da lei local a definição da base de cálculo do ICM, distinguindo o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços em bares e restaurantes” (RTJ, 118/292), porquanto “o que malfez a lei federal, na tributação pelo Estado, é a abrangência dada à base de cálculo do imposto, nele incluindo o fornecimento de mercadorias e a presta-

ção de serviços. Embora um único imposto incida sobre a operação mista, há que deduzir do valor dela o que é estranho à base de imponible” (RTJ, 117/821). Nesse mesmo diapasão, confirmam-se outros pronunciamentos insertos no mencionado repertório 129/868, 119/881 e 119/1.240.

Em suma: a lei nova não criou a base de cálculo reclamada pela jurisprudência da Suprema Corte, como enfatizou o Ilustre Desembargador Nelson Hanada (cf. Apelação Cível nº 135.621-2) e como o decidiu esta Câmara, no julgamento da Apelação Cível nº 138.495-2, que teve este mesmo relator, por conclusão unânime” (fls. 667/668).

A Fazenda Estadual, a dizer que houve contrariedade e negativa de vigência ao art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68, além de divergência com julgado deste Tribunal, simultaneamente interpondo Recurso Extraordinário, articulou o Especial (art. 105, III, a e c, C.F.), objetivando a reforma do ferretado julgado, declarando-se a legitimidade da fixação da base de cálculo, segundo a Lei Estadual nº 5.886/87 (fls. 680 a 690).

Inelutavelmente o litígio está aprisionado à legalidade ou não da tributação, pelo Estado-membro, fazendo incidir o ICM “sobre fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e similares”.

Essa questão jurídica é bem conhecida nesta Turma, com interati-

vos precedentes contrários à pretensão da Recorrente como Relator, nos recursos que examinei, verificando os entendimentos que se antagonizam, voltei-me para as disposições contidas no Decreto-Lei nº 406/68 (art. 2º, I) e à legislação estadual pertinente (Leis nºs 440/74, art. 19, I —; 5.886/87 e 6.374/89, art. 24, II e III), dessa averiguação emergindo esta pergunta: o cálculo do ICM, na hipótese de incidência, deve considerar o total da operação — mercadorias e serviços — ou fazer a separação (ou distinção nas operações) e, de avante, na base de cálculo, não somando o valor da mercadoria fornecida e o correspondente à prestação de serviço?

Nesta Egrégia Turma, na senda de fortes argumentos, o eminente Ministro Garcia Vieira tem sustentado que “existe o fato gerador do ICM também nos serviços embutidos no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por qualquer estabelecimento, ocorrendo o fato gerador no fornecimento de mercadorias com prestação de serviços mesmo compreendidos na competência tributária dos municípios, se assim o determinar a Lei Complementar”, concluindo que, como não foi, ainda, editada essa lei, “é o próprio Decreto-lei nº 406/68 que dá como fato gerador do ICM o valor total da operação, incluindo também a parte de serviço no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, a legislação do Estado está autorizada a cobrar ICM, inclusive sobre esta parte do serviço”.

No teor dessas considerações, embora com o voto divergente do Sr. Ministro Demócrito Reinaldo (p. ex.: REsp nº 11.142), para ilustrar, podem ser lembrados os julgados, assim ementados:

“ICM. Fornecimento de alimentação e bebidas.

Se à base de cálculo do ICM é, no caso, o valor total da operação de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes e outros estabelecimentos comerciais similares, é claro que existe a base de cálculo do ICM, ou seja, o valor total da operação, nesta incluída a parte do serviço.

Recurso improvido”. (REsp 8.896-RJ — Rel. Min. Garcia Vieira).

“ICM. Fornecimento de alimentação e bebidas.

Se a base de cálculo do ICM é, no caso, o valor total da operação de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes e outros estabelecimentos comerciais similares, é claro que existe a base de cálculo do ICM, ou seja, o valor total da operação, nesta incluída a parte do serviço.

Recurso provido”. (REsp 9.398 — Rel. Min. Garcia Vieira).

No mesmo sentido, os Recursos Especiais nºs 3.986-SP e 9.545-SP, Relator o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Noutro pórtico, atraem a atenção julgados da Egrégia 2ª Turma, fren-

te à legislação colacionada, discorrendo da globalização das referidas atividades para os efeitos da base de cálculo (valor total), assentando o entendimento na necessidade de ser feita a distinção entre o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços.

Para ilustrar, comporta transcrever:

“Tributário. ICM. Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

I — Se a lei estadual não distingue, em sua base de cálculo, o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviço, é ilegítima a cobrança do ICM.

II — Precedentes da 1ª Seção.

III — Recursos Especiais providos”. (REsp 15.341-RJ — Rel. Min. Pádua Ribeiro, in DJU de 13.04.92).

À sua vez, na Corte Suprema, predomina o entendimento de que é ilegal a exigência do ICMS, sem ficar expressamente definida a distinção ou separação em comento. É declarada homenagem à competência reservada aos Municípios para a instituição de impostos sobre serviços de qualquer natureza (ISS) — art. 156, IV, Constituição Federal —, resguardando operações bem diferenciadas: circulação de mercadorias e prestação de serviços. Aquela, de competência dos Estados, é unicamente a de transporte, de natureza

não estritamente municipal e comunicações. Com efeito, no revoar dos conflitantes e divergentes entendimentos e conclusões, para fixar-me reporto-me ao Decreto-lei nº 406/68 — que revogou os arts. 53 a 58, do CTN — dispondo no seu art. 4º:

“O Imposto sobre Circulação de Mercadorias tem como *fato gerador*:

I — a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

II — a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento;

III — o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares” (grifei).

Nessa vereda, por necessário à identificação do sujeito passivo vinculado ao fato gerador, comporta registrar que, afugentada a interpretação literal, assentou-se a compreensão de que “saída de mercadoria” não tem a significação de movimentação física, na acepção econômica, incidindo o ICM quando levada para o consumo, desligando-se da universalidade dos bens integrantes do “estoque” do estabelecimento comercial. Com esse pouso conceitual, não se pode aceitar como “saída” o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias para con-

sumo **in loco** (RE nº 85.262 — STF — Plenário, em 02.06.77, e RE nº 99.410 — STF — Rel. Min. Néri da Silveira).

Não cabendo, assim, a equiparação do fornecimento à saída, vê-se da impossibilidade do recurso da analogia para se entender como base de cálculo comum para a incidência.

Nos ventos dos limites da diretriz constitucional vigente à época e das anunciações da legislação estadual decorrente da competência para ditar a incidência e arrecadação do ICMS — sem a necessária e correta definição da base de cálculo —, açambarcando os serviços apontados no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares, contrariamente a essa abrangência, encimada pela Suprema Corte, derramou-se copiosa jurisprudência, ficando que a cobrança estava ancorada em ilegítima exigência, p. ex.:

— “ICM sobre alimentação e bebidas fornecidas em bares, restaurantes e similares. Embora um único imposto incida na operação, dela se há de deduzir o que é estranho à base imponible. A ausência de definição da base de cálculo do tributo torna ilegítima sua cobrança” (RE nº 106.048 — STF — Rel. Min. Carlos Madeira — **in** RTJ 117/820 e RTJ 122/807).

— “Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias, — fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

Ilegitimidade da cobrança do tributo por falta de definição da base de cálculo pela lei estadual. Precedentes do Supremo Tribunal Federal — Recurso Extraordinário de que se conhece e a que se dá provimento” (RE 104.601 — STF — Rel. Min. Octávio Gallotti — **in** RTJ 115/368).

— “Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias.

Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

Ilegitimidade da cobrança do tributo por falta de definição da base de cálculo pela lei estadual. Precedentes do Supremo Tribunal Federal” (RE 106.661 — STF — Rel. Min. Cordeiro Guerra — **in** RTJ 116/838).

— “ICM. Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares. Ilegitimidade da cobrança — Súmula nº 574 — Recurso Extraordinário conhecido e provido” (RE 117.000 — STF — Rel. Min. Célio Borja — **in** RTJ 127/947 e RTJ 124/1.249 e 122/ 436).

— “ICM. Fornecimento de alimentos, bebidas e outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. No RE nº 85.262-DF, o Plenário do STF afirmou que a exigência de ICM, nas hipóteses referidas, somente passou a ter base legal, com a vigência da Lei Complementar nº 14/1967 — do Decreto-lei nº 406/68. Na expressão “saída da mercadoria do estabele-

cimento comercial”, não se compreende o fornecimento de alimentos e bebidas, na própria casa comercial. Nos Recursos Extraordinários nºs 76.907, 79.251 e 77.943, o STF proclamou ser inexigível o ICM, de bares e restaurantes, antes do Decreto-lei nº 406/68 e, depois dele, só se a lei estadual dispuser sobre a respectiva incidência, nesses estabelecimentos. CTN, art. 97. A base de cálculo há de ser prevista em lei. A Lei Paulista nº 440, de 24/09/1974, não fixou a base de cálculo do ICM, quando se trate da hipótese de incidência descrita em seu art. 1º, III. Não pode ser considerada a base de cálculo definida, em lei, para saída de mercadoria do estabelecimento comercial, em se cuidando de fornecimento de alimentação, bebidas ou outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. O fato gerador e a base de cálculo do tributo devem estar definidos em lei. Inaplicabilidade à hipótese do art. 19, § 10, da Lei Paulista nº 440/74. Solução, por via analógica, inviável, na espécie. Recurso Extraordinário conhecido e provido, para restabelecer a sentença, nos termos em que concedeu a segurança” (RE 99.410-SP — Rel. Min. Néri da Silveira — STF — in RTJ 114/696).

Dessa jurisprudência cristalizou-se a Súmula 574-STF:

— “Sem lei estadual que a estabeleça, é ilegítima a cobrança

do imposto de circulação de mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes ou estabelecimento similar”.

Deve assinalar-se que essa orientação foi também acolhida por esta Seção, convindo mencionar, como forte adesão, desde o EREsp 1.313-SP — Rel. Min. Carlos Velloso, assim ementado:

— “Tributário — ICM — Base de cálculo — Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.

O que se exige é que seja fixada, na lei estadual, base de cálculo própria da hipótese de incidência específica — fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares — não sendo aceitável o que a legislação estadual fez, equiparando, analogicamente, a saída da mercadoria com o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, sem distinguir entre o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviço”.

Feito esse delineamento geral, agora sublima-se que está repudiada a tributação das apelidadas “operações mistas”, ou seja, combatendo a incidência abrangente, por ser violadora do art. 97, IV, CTN, no caso, perfilando-se que a base de cálculo deve ater-se às mercadorias forneci-

das, abstraindo o valor dos serviços dispendidos. De avante, impondo-se a distinção entre o preço daquelas e destes, sob pena de frustrar-se a garantia da competência municipal para tributar, ampliando-se a deferida ao Estado-membro.

Neste passo, apesar do exame fulcral estar sediado na via Especial (art. 105, C.F.), como purificação e valioso adjutório ao raciocínio lógico-jurídico, não constitui desvio censurável, nem existe óbice mencionar, como luz indireta, princípios gerais e norteadores colhidos na Constituição. Essa possibilidade está amparada por inestimáveis lições doutrinárias e precedentes da jurisprudência; p. ex.

“A Constituição da República distingue, com nitidez, a competência do STJ e do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Este, mediante recurso extraordinário, declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, b). Aquele julga, em recurso especial, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência (art. 105, III, a).

O acórdão embargado não declarou a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de qualquer lei. Restringiu-se, como fazem todos os órgãos julgadores, a analisar e decidir a adequação normativa/fato, considerada uma hipótese concreta.

Tecnicamente, cumpre registrar a diferença entre declaração de inconstitucionalidade e reconhecimento **incidenter tantum** de uma lei. Aquela obedece a rito específico, ao passo que rejeitar a aplicação de lei, porque contrária à Constituição, esta, sem procedimento especial, afeta a qualquer juiz, é própria da atividade jurisdicional. Logicamente, o Superior Tribunal de Justiça não está impedido de fazê-lo” (REsp 695 — EDcl — Rel. Min. Vicente Cernichiaro — in DJU de 09.03.90 — pág. 1.607 — **apud** — Recurso Especial — Edson Rocha Bonfim).

O Excelso Supremo, como guardião-maior da Constituição, com o vigor da sua autoridade, averbou, **verbis**:

“A possibilidade de que a mesma questão de direito venha a ser apreciada tanto no recurso especial quanto no recurso extraordinário é uma contingência do próprio sistema adotado na nova Constituição Federal, ao disciplinar esses dois recursos (arts. 102, III e 105, III). Isto ocorre, por exemplo, nos casos em que a norma infraconstitucional, tida como contrariada no recurso especial, reproduz, completamente, ou regula norma constitucional, cuja ofensa é igualmente alegada no recurso extraordinário.

Improcede, portanto, alegação do reclamante de que o Superior Tribunal de Justiça usurpou a competência do Supremo Tribunal Federal. Limitou-se aquele Egré-

gio Tribunal Superior ao exame da matéria infraconstitucional, levada a seu conhecimento através do recurso especial, sem qualquer pronunciamento a respeito da incidência do art. 153, parágrafo 31, da Lei Maior, objeto do recurso extraordinário.

Cumprido referir, por último, que, na missão de julgar, mediante recurso especial, as questões federais de que tratam as alíneas **a**, **b** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça não está impedido, evidentemente, de apreciar questão constitucional, **incidenter tantum**, como tema prévio à aplicação das normas infraconstitucionais.

O controle incidental de constitucionalidade é difuso entre todos os órgãos do Poder Judiciário, pois se trata de atividade — no dizer de **Alfredo Buzaid** — conatural com a função de interpretar e aplicar o direito em cada caso concreto (Da ação direta, São Paulo: Saraiva, 1958, pág. 39).

Esse pronunciamento declarativo da invalidade ou da ineficácia, restrito à espécie submetida a julgamento, decorre, de um lado, da Noção de Constituição rígida e, de outro, da função do Judiciário de pronunciar o direito aplicável ao caso concreto.

No sistema brasileiro, o direito positivo não atribui a uma instân-

cia diversa o exame e a decisão a respeito do seu conflito entre norma inferior e a Constituição, cabendo ao próprio órgão judicial competente para a execução da norma a apreciação de uma legitimidade constitucional. Se existe uma pirâmide de normas — observa **Kelsen** —, o sentido de obrigatoriedade da norma e sua aplicação está na conformidade dela com a norma suprema, de sorte que, no silêncio da lei, *la teoria no puede llegar a otro resultado que este: aquel ha de ejecutar la norma, ha de examinar y decidir también se es o no una norma regular y, por tanto, ejecutable* (Teoria generale del Estado, Barcelona: Labor, 1934, págs. 374/375).

O que não pode o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial, é decidir a questão constitucional suscitada no recurso extraordinário. Não há, contudo, nenhuma restrição a que aquele Egrégio Tribunal aprecie matéria constitucional que entender conveniente à própria decisão do recurso especial” (Reclamação nº 324-8 — STF — Rel. Min. Carlos Madeira — in DJU de 09.03.90, pág. 1.607 — **apud** ob. cit.

Em abono:

“A inversão na ordem de julgamento dos recursos especial e extraordinário apenas deve ocorrer quando este contenha matéria que, estranha ao primeiro, seja conducente à prejudicialidade.

A simples circunstância de se ter no extraordinário, como é a regra, a alegação de mau trato à Lei Básica Federal, isto quanto ao mesmo tema veiculado no especial, não autoriza a aplicação do § 5º do artigo 27 da Lei nº 8.038/90, sob pena de, quase sempre, exsurgir quadro ensejador do sobrestamento do especial.

A razão de ser do preceito está na possibilidade de se ter no extraordinário matéria estranha à versada no especial e que, uma vez apreciada, possa implicar o prejuízo deste último, valendo notar que não foge à competência do Superior Tribunal de Justiça, ultrapassada a barreira do conhecimento, o crivo difuso referente à constitucionalidade de ato normativo.

Os fundamentos fáticos de ambos os recursos — o especial e o extraordinário — são os mesmos. Destarte, tenho como imprópria a inversão. A recorribilidade em face da legislação federal há de ser exaurida com a observância do disposto no inciso III do artigo 105 da Lei Básica.

Devolvam-se estes autos ao Superior Tribunal de Justiça, com as homenagens merecidas” RE 156.572-1-SP — Rel. Min. Marco Aurélio — in DJU de 06.11.92 — pág. 20.127).

Percorridos esses ensinamentos, quanto ao enredo do tema tributário causa do debate encetado, sinto-me

autorizado a tecer argumentação com a perspectiva emergida dos lembrados princípios gerais. Nessa lida, começo pelo

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I — impostos sobre:

a)

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços *de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação*, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;” (grifei).

c)

Ainda quanto à incidência do imposto em comento, agora, importante complementação (art. 155, ref.):

.....

IX — incidirá também:

a)

b) sobre o valor total da operação, *quando mercadorias forem fornecidas* como serviços não compreendidos na competência dos Municípios” (grifei).

Quais são os serviços *não compreendidos* na competência dos Municípios? À força aberta, às escâncaras, responde o mesmo art. 155, b, C.F., no tocante à competência deferida aos Estados e ao Distrito Federal, quanto à prestação *sobre serviços*, de forma intangenciável, que somente ou restritivamente aos “*de transpor-*

te interestadual e intermunicipal e de comunicações...” (gf.). Logo, a instituição de imposto sobre as demais prestações de serviços estão reservados constitucionalmente aos Municípios, tal como, expressamente, posto no art. 156:

“Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

I —

II —

III —

IV — serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, I, **b**, *definidos em lei complementar*”. gf.

Desse modo, vicejando que, inclusive, o cuidado decorre do respeito à vedação da não cumulatividade dos impostos (art. 155, § 2º, I, C.F.), salvo escapando-se do conteúdo e alcance dos aludidos princípios da Constituição, procedimento que, ademais, desatendia às disposições do art. 110, CTN. Por essa vertente, deslinda-se que o Estado-membro não tem competência para impor incidência de tributo, tomando como base de cálculo, o total de operações (circulação de mercadorias + prestação de serviços — quanto a estes, salvo os resultantes de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação).

Consabido é que, sem lei, é vedado exigir tributo (art. 150, I, C.F. — arts. 6º e parágrafo único, e 97, I e IV, CTN).

Não se cogite, à falta de legislação complementar premeditada nas disposições do inc. IV, art. 156, C.F., que o Estado-membro, supletivamente, está autorizado a utilizar-se da base de cálculo sobre o multicitado total. Pois, não tem competência residual, nem preferencial, uma vez que, referentemente, aos serviços, a Constituição apenas cometeu-lhe os que estão específica e restritivamente citados na letra **b**, I, art. 155 — nenhum outro. Calham estes comentários feitos pelo ilustre Professor **Ives Gandra da Silva Martins**:

“Apenas se a lei complementar excluir da competência municipal tal tipo de serviço é que a incidência poderá ser plena, pelo menos à luz da interpretação da Suprema Corte” (Comentários à Constituição do Brasil — vol. 6º — tomo I — pág. 464 — Saraiva — 1ª ed.).

Dest’arte, a Lei Complementar prevista constitucionalmente é que

“... vai dispor sobre a competência dos Municípios no tocante aos serviços de qualquer natureza para se saber quando houver circulação de mercadoria em conjunto com a prestação de serviço, se ambas cabem ao Estado-membro onde se realizou a operação ou se, o imposto sobre a circulação de mercadoria pertence ao Estado-membro e sobre o serviço que foi prestado concomitantemente pertence também ao Estado-membro ou ao Município” (**Wolgran J. Fer-**

reira — Comentários à Constituição de 1988 — vol. 2 — 1ª ed., pág. 895).

Do exposto, pois, emerge que não pode ser acolhida a tributação de “operações mistas”, com incidência abrangente sobre a “circulação de mercadorias” e “serviços”.

É certo que, como bem acudiu, no seu voto, o Senhor Ministro Garcia Vieira,

“Admitir que o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por restaurantes, bares e outros estabelecimentos não esteja sujeito ao ICM e como a parte de serviços nele embutida não conste da lista do Decreto-Lei 406/68 importará reconhecer aos donos destes estabelecimentos comerciais uma insenção total e absoluta de ICM e ISS não prevista em lei, com ilimitados e inaceitáveis prejuízos para os Estados e, conseqüentemente, para a própria sociedade”.

Não obstante, mesmo comungando dessas cívicas preocupações, à vista dos princípios da Constituição trazidos para confrontar a legislação infraconstitucional, penso que a iniciativa deve ser debitada aos legisladores, acolitados pelas lideranças municipalistas diretamente interessadas a fim de que de modo expedito, para evitar a evasão de receitas fiscais, tragam a lume a Lei Comple-

mentar reclamada no inciso IV, art. 156, Constituição Federal.

Por derradeiro, constituindo motivo superveniente, no caso, são fulminantes os efeitos da Lei Estadual nº 8.198, de 15.12.1992, dispondo no seu art. 3º:

“Fica dispensado do pagamento do Imposto de Circulação de Mercadorias — ICM e do Imposto sobre Operações de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação — ICMS, em relação a operações ocorridas até a data da publicação desta lei, com:

I — alimentação fornecida em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares...”. (doc. fl. 834).

Reavivados os fundamentos basilares dos precedentes que relatei, convencido de que o Estado-membro, ressaltados os “de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”, não pode exigir tributos sobre o “total” dos “serviços prestados no fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, bares e estabelecimentos similares” e, no caso concreto, agora, repercutindo os efeitos da mencionada Lei 8.198/92, finalmente, compreendendo ser ilegítima a questionada tributação do ICM, voto pelo improvimento do recurso.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 45.576-6 — SP

(Registro nº 94.0007732-7)

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

Recorrente: *Lojas Americanas S/A*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Luiz Vicente de Carvalho e outros, e José Ramos Nogueira Neto e outros*

EMENTA: *Tributário. ICMS. Fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes. Lei nº 5.886/87.*

Nega-se provimento ao recurso especial, no âmbito desta Corte, em face da decisão do Pretório Excelso que reconheceu a legitimidade da Lei Paulista nº 5.886/87, que tributou as operações em referência. Precedentes.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Antônio de Pádua Ribeiro que dele conheciam e davam parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de novembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

Publicado no DJ de 19-12-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de recurso especial interposto por Lojas Americanas S.A., com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pela Décima Nona Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reconheceu legítima a exigência do ICM em operações de fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes, com base na Lei nº 5.886/87.

Sustenta a recorrente, em síntese, que o v. aresto hostilizado afrontou o art. 97, IV, do CTN, o Decreto-lei nº 406/68, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 834/69, além de divergir da jurisprudência desta Corte.

Às fls. 89/94, recurso extraordinário.

Admitido tão-somente o recurso especial e interposto agravo de instrumento, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O v. aresto hostilizado é do seguinte teor, **verbis**:

“Com a edição da Lei nº 5.886/87, pôs-se fim à controvérsia instaurada quanto à cobrança do ICM nas operações objeto da demanda em exame, por sinal, já prevista no Decreto-lei nº 406/68, sendo o fornecimento de alimentação e bebidas uma forma de saída de mercadorias, juridicamente considerada tal expressão. Logo, a base de cálculo do imposto é o valor da operação que decorrer a saída dos alimentos ou das bebidas, assim considerados os consumidos pelos clientes dos restaurantes (art. 2º, inciso I, do Decreto-lei retroinvocado).

Ao alterar a redação do art. 19, inciso I, da Lei Estadual nº 440,

de 24.9.74, a Lei nº 5.886 procurou dirimir as dúvidas até então existentes, deixando explícito que para o cálculo do imposto também seria considerado o fornecimento de mercadoria, evidentemente, pois, que não seria exigível a saída física da mercadoria, mas sim sua saída no sentido econômico de circulação, abrangendo seu consumo no próprio estabelecimento do contribuinte.” (fls. 83/84).

Tenho que não merece reforma a r. decisão supratranscrita posto que assente com a jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso, que fixaram entendimento no sentido da legalidade da exigência fiscal, conforme se vê do seguinte precedente:

“Ementa: Tributário. ICMS. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que considerou legítima a exigência do tributo na operação de fornecimento de alimentos e bebidas consumidas no próprio estabelecimento do contribuinte, de conformidade com a Lei nº 6.374/89, de 1º de março de 1989. Alegada afronta aos arts. 34, §§ 5º e 8º, do ADCT/88; 146, III; 150, I; 155, I, b e § 2º, IX e XII; e 156, IV do texto permanente da Carta de 1988.

Alegações improcedentes.”

Naquela oportunidade, o preclaro Ministro Ilmar Galvão argumentou:

“Os dispositivos do inc. I, b e do § 2º, inc. IX, do art. 155 da CF/88

delimitam o campo de incidência do ICMS: operações relativas à circulação de mercadorias, como tais também consideradas aquelas em que mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios (caso em que o tributo incidirá sobre o valor total da operação).

Já o art. 156, IV, reservou à competência dos Municípios o Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), não compreendidos no art. 155, I, **b**, definidos em lei complementar.

Conseqüentemente, o ISS incidirá tão-somente sobre serviços de qualquer natureza que estejam relacionados na lei complementar, ao passo que o ICMS, além dos serviços de transporte, interestadual e intermunicipal, e de comunicações, terá por objeto operações relativas à circulação de mercadorias, ainda que as mercadorias sejam acompanhadas de prestação de serviço, salvo quando o serviço esteja relacionado em lei complementar como sujeito a ISS.

Critério de separação de competência que não apresenta inovação, porquanto já se achava consagrado no art. 8º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 406/68. Precedente da 2ª Turma, no RE 129.877-4-SP.

O Estado de São Paulo, por meio da Lei nº 5.886/87, havia legitimamente definido, como base de cálculo das operações em tela, o valor total cobrado do adquirente.

Fixada, todavia, pela Carta de 1988, a exigência de que a definição desse elemento deveria ser feita por meio de lei complementar federal (art. 146, III, **b**), as unidades federadas, enquanto no aguardo da iniciativa do legislador federal, valendo-se da faculdade prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88, regularam provisoriamente a matéria por meio do Convênio nº 66/88.

Com apoio no referido documento, editaram os legisladores paulistas a nova Lei nº 6.374/89, por meio da qual ficou o Estado habilitado à tributação das operações em referência, inexistindo espaço para arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Recurso não conhecido.” (RE nº 144.795, Rel. Ministro Ilmar Galvão, in DJ de 12.11.93).

Na mesma linha é o pronunciamento da Segunda Turma daquela Corte no Recurso Extraordinário nº 161.676-9/SP, AgRg, relator o eminente Ministro Marco Aurélio, publicado no DJ de 25.02.94.

Isto posto, tendo o Pretório Excelso consolidado seu entendimento no sentido de que a Lei nº 5.886/87, desde a sua edição já autorizava a Fazenda Pública paulista a exigir o ICM sobre bares e restaurantes, bem como pelo fato de ter mudado meu ponto de vista sobre a matéria a partir do julgamento do REsp nº 20.011-1/SP, conheço do recurso pela divergência, mas nego-lhe provimento, no âmbito desta Corte.

É o meu voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Presidente): Srs. Ministros, **data venia**, fico vencido, na linha de manifestações anteriores sobre o tema e consoante vinha decidindo o Colendo Supremo Tribunal Federal.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, dou parcial provimento ao recurso. Farei anexar voto que sobre a matéria proferi, a título de fundamentação (REsp nº 31.707-5-SP).

“ANEXO

RECURSO ESPECIAL

Nº 31.707-5 — SP

(Registro nº 93.0002151-6)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Xaminé Restaurante Ltda.*

Advogado: *Dr. Antônio Carlos Gammaro*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Lúcia Cerqueira Alves Barbosa e outros*

EMENTA: Tributário. ICMS. Fornecimento de alimentação e bebida em bares, restaurantes ou similares.

I — O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição anterior, com base nos mesmos textos infraconstitucionais que ainda continuaram em vigor, firmou pacífica orientação, que, no julgamento dos casos remanescentes, foi adotada por esta Corte, no sentido de que era ilegítima a exigência do ICM se a lei estadual não distinguisse, na sua base de cálculo, o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços.

II — Sobrevindo a atual Constituição, a Suprema Corte, fazendo a exegese dos seus textos pertinentes à matéria, deu-lhes interpretação que afasta a que antes atribuiu aos dispositivos infraconstitucionais pertinentes, ao entender que, nas citadas operações mistas, o ICMS será sempre devido sobre os referidos serviços, salvo se vierem a ser incluídos na lista que acompanha a lei complementar a que alude o inciso IV do art. 156 da Lei Maior.

III — Em tal contexto, nas operações mistas antes mencionadas, o ICMS é devido, nos termos da legislação de regência, interpretada à vista da Constituição em vigor, sobre o “valor total da operação”, sem necessidade de a lei estadual fazer a distinção anteriormente referida.

IV — Interpretação do art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406, de 1968, com a redação do Decreto-

lei nº 834, de 1969, à vista dos arts. 155, I, b, § 2º, IX, b, e 156, IV, da Constituição. Precedentes do Excelso Pretório.

V — Recurso especial conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Brasília, 07 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: O acórdão recorrido (fls. 112-114), confirmatório da sentença, julgou improcedente ação, proposta pelo contribuinte, objetivando seja declarada inexistente a relação jurídico-tributária, que lhe é imposta pelo Fisco, no exercício da sua atividade de fornecimento de ali-

mentos e bebidas, com apoio na Lei Estadual nº 6.374, de 1989. Para assim decidir, aduziu (fls. 113-114):

“Ao reverso do que sustenta a apelante, a Lei Estadual nº 6.374, de 1º de março de 1989, possui o necessário respaldo legal, como se observa da análise conjunta e harmoniosa dos arts. 24, par. 3º, da Constituição Federal, e 34, pars. 4º e 5º, dos ADCT da mesma Carta Política de 1988.

Quanto ao fato gerador, o art. 2º, inciso III, da Lei Estadual nº 6.374, de 1º de março de 1989, está em perfeita consonância com o art. 1º, inciso III, do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. No que tange à base de cálculo, harmoniza-se o art. 24, inciso II, da Lei nº 6.374/89 com o art. 2º, inciso do mesmo diploma nacional, hospedado pela atual Constituição Federal (art. 34, par. 5º, dos ADCT).

Não há nenhum conflito entre a Lei Estadual e a Constituição Federal de 1988, cujo art. 155, inciso I, letra **b**, prevê duas hipóteses: a) operações relativas à circulação de mercadorias; b) prestação de serviços de transporte..., ligados pelo conectivo de adição “e”, entre os impostos cuja instituição compete aos Estados e ao Distrito Federal.

No que se refere aos impostos de competência dos Municípios, a abrangência do art. 156, inciso IV, da Constituição Federal, é alusiva aos serviços de qualquer na-

tureza, não compreendidos nas duas hipóteses supra-evidenciadas, ou seja, as do art. 155, inciso I, letra **b**.

Como a mesma Constituição, no art. 155, par. 2º, inciso IX, letra **b**, previu a hipótese de incidência do ICMS sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, os serviços de qualquer natureza, a que alude o art. 156, inciso IV, ainda da Carta Magna, que deverão ser definidos em lei complementar, não são e não poderão ser aqueles prestados conjuntamente com o fornecimento de mercadorias, a menos que se pretenda afrontar a letra clara da Constituição.

Pelo que precede e pelo mais que consta da r. sentença, não merece prosperar a irresignação da apelante.”

Daí o presente recurso especial, fundado nas letras **a**, **b** e **c** do permissivo constitucional, em que a autora alega ofensa, direta e oblíqua, ao art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406, de 1968, com a redação que lhe foi dada pelo art. 3º do Decreto-lei nº 834, de 1969, e dissídio pretoriano.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 208-212), subiram os autos, após deferido o seu processamento (fls. 220) e, neste Tribunal, proferi o seguinte despacho (fls. 230):

“O caso questionado apresenta peculiaridade: diz respeito à legitimidade de exigência do ICMS

sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, abrangendo fatos geradores ocorridos sob a égide da atual Constituição.

Tendo o acórdão recorrido aplicado a lei local, em face do art. 155, § 2º, IX, **b**, da Constituição, resulta que a matéria constitucional, objeto de recurso extraordinário interposto, é prejudicial com atinência à matéria infraconstitucional, em que se apóia o recurso especial.

Parece-me, outrossim, que não tem aplicação ao caso, salvo melhor juízo, o decidido pela Egrégia Primeira Turma do Excelso Pretório na Questão de Ordem suscitada no Recurso Extraordinário nº 154.062-1-SP, na assentada de 13.10.92, Relator o eminente Ministro Octávio Gallotti, porquanto, naquela ocasião, se tratava de ICM, cujo fato gerador ocorrera em julho de 1988, sendo, pois, anterior à vigente Lei Maior.

Isto posto, à vista do art. 27, § 5º, da Lei nº 8.038, de 28.05.90, sobresto o julgamento deste recurso especial e determino a remessa dos autos ao Colendo Supremo Tribunal Federal para, se assim entender, julgar o recurso extraordinário.”

A fls. 233, consta ofício do Diretor-Geral do Supremo Tribunal Federal, informando que foi negado provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão dene-

gatória de seguimento do recurso extraordinário, antes referido (fls. 223 e 233).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): O caso, segundo assinaei no relatório, apresenta peculiaridade: diz respeito à legitimidade de exigência do ICMS sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, abrangendo fatos geradores ocorridos sob a égide da atual Constituição.

A questão relativa à incidência do ICM nas denominadas operações mistas foi objeto de amplo debate, sob a égide da Constituição anterior, quando o Colendo Supremo Tribunal Federal, que, então, era não apenas o guardião maior da Constituição, mas, também da legislação infraconstitucional, decidiu, à vista do art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 401, de 31.12.68, com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº 834, de 8.9.69, ser indispensável que a legislação estadual, ao definir a base de cálculo do ICM, fizesse a distinção entre o fornecimento da mercadoria e a prestação dos serviços (**Inter plures**, RE 99.410-SP, RTJ 114/696; RE 100.563-SP, RTJ 109/1.211; RE 107.770-SP, RTJ 117/427; RE 104.715-SP, RTJ 116/1.212).

Após a promulgação da atual Constituição, instalada, esta Corte adotou, na sua jurisprudência, ao julgar os casos remanescentes, pura

e simplesmente, a orientação que se firmara naquele Pretório Máximo (**Inter plures**, REsp 9.399-0-SP, RSTJ 43/287; REsp 1.197-0-SP, RTJ 40/252).

A Lei Maior anterior permita essa exegese dos textos infraconstitucionais pertinentes. O seu art. 23, inciso II, assim dispunha:

“Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....
II — operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, impostos que não serão cumulativos e dos quais se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado.”

O Decreto-lei nº 406, de 1968, que “estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza” e consubstancia lei de eficácia complementar, assim dispôs sobre a matéria:

“Art. 1º. O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias tem como fato gerador:

.....
III — O fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.”

Com a redação do Decreto-lei nº 834, de 1969, dada ao seu § 2º, estatuiu o art. 8º do citado decreto-lei:

“Art. 8º. O imposto, de competência dos Municípios, sobre prestação de serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º — Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias.

§ 2º — O fornecimento de mercadorias não especificadas na lista fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias.”

Saliente-se que a Lista de Serviços, que acompanha o Decreto-lei nº 406, de 1968, com a redação da Lei Complementar nº 56, de 1987, não inclui em sua taxativa enumeração a prestação de serviços nos restaurantes e similares como fato gerador do ISS.

Com a vigência da atual Constituição, nova questão aflorou: seria possível manter-se, à vista dos seus preceitos, a orientação interpretativa dos dispositivos infraconstitucionais anteriormente citados?

Eis os seus textos pertinentes, relativos ao ICMS e ao ISS:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I — imposto sobre:

.....

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior”.

.....

§ 2º — O imposto previsto no inciso I, **b**, atenderá ao seguinte:

.....

IX — incidirá também:

.....

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios”.

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

.....

IV — serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, I, **b**, definidos em lei complementar.”

Consoante se depreende, os preceitos constitucionais supratranscritos permitem dupla interpretação: uma, no sentido de que o art. 155, § 2º, IX, **b**, ao referir-se a “valor total da operação” está a abranger apenas a prestação de serviços referidos no inciso I, letra **b**, do mesmo artigo; e outro, mais abrangente, não só os referidos serviços, mas, também, os demais, desde que não constantes da lista que acompanha a lei complementar a que alude o inciso IV do art. 156.

No contexto assinalado, cabia à Suprema Corte dar a última palavra sobre a interpretação das normas constitucionais de regência. Foi o que fez, achando-se a sua orientação expressa na ementa do acórdão proferido pela sua Egrégia 1ª Turma no RE 144.795-8-SP, da lavra do eminente Ministro Ilmar Galvão, **in verbis**:

“Tributário. ICMS. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que considerou legítima a exigência do tributo na operação de fornecimento de alimentos e bebidas consumidas no próprio estabelecimento do contribuinte, de conformidade com a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989. Alegada afronta aos arts. 34, §§ 5º e 8º, do ADCT/88; 146, III; 150, I; 155, I, b e § 2º, IX e XII; e 156, IV do texto permanente da Carta de 1988.

Alegações improcedentes.

Os dispositivos do inc. I, **b** e do § 2º, inc. IX, do art. 155 da CF/88 delimitam o campo de incidência do ICMS: operações relativas à circulação de mercadorias, como tais também consideradas aquelas em que mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios (caso em que o tributo incidirá sobre o valor total da operação).

Já o art. 156, IV, reservou à competência dos Municípios o Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), não compreendi-

dos no art. 155, I, **b**, definidos em lei complementar.

Conseqüentemente, o ISS incidirá tão-somente sobre serviços de qualquer natureza que estejam relacionados na lei complementar, ao passo que o ICMS, além dos serviços de transporte, interestadual e intermunicipal, e de comunicações, terá por objeto operações relativas à circulação de mercadorias, ainda que as mercadorias sejam acompanhadas de prestação de serviço, salvo quando o serviço esteja relacionado em lei complementar como sujeito a ISS.

Critério de separação de competências que não apresenta inovação, porquanto já se achava consagrado no art. 8º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 406/68. Precedentes da 2ª Turma, no RE 129.877-4-SP.

O Estado de São Paulo, por meio da Lei nº 5.886/87, havia legitimamente definido, como base de cálculo das operações em tela, o valor total cobrado do adquirente. Fixada, todavia, pela Carta de 1988, a exigência de que a definição desse elemento deveria ser feita por meio de lei complementar federal (art. 146, III, **b**), as unidades federadas, enquanto no aguardo da iniciativa do legislador federal, valendo-se da faculdade prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88, regulamentaram provisoriamente a matéria por meio do Convênio nº 66/88.

Com apoio no referido documento, editaram os legisladores pauli-

tas a nova Lei nº 6.374/89, por meio da qual ficou o Estado habilitado à tributação das operações em referência, inexistindo espaço para arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Recurso não conhecido.”

Do exposto, afigura-se que a anterior jurisprudência do Excelso Pretório, adotada por esta Corte, com base nos mesmos textos federais infraconstitucionais, que, ainda, continuam em vigor, não pode mais ser adotada. Daí porque passei a ter o seguinte posicionamento, para evitar iniquidades, muitas delas decorrentes do próprio fato de a causa ser julgada, em período de tempo menor ou maior, pelo Judiciário. O ICM, relativo às operações mistas, a que se referem estes autos, cujos fatos gera-

dores tenham ocorrido anteriormente à vigência da atual Constituição, será devido apenas nos casos de a lei estadual distinguir, na sua base de cálculo, o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços; sob a égide da atual Lei Maior, será sempre devido sobre o “valor total da operação”, salvo se a lei complementar federal vier a relacionar a prestação de serviços, antes mencionada.

Na espécie, trata-se de ação declaratória ajuizada em 1990, referindo-se, pois, a ICMS, cujos respectivos fatos geradores estão sujeitos aos preceitos da Constituição em vigor, razão por que sua exigência é legítima.

Isto posto, em conclusão, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.”

RECURSO ESPECIAL Nº 61.355-8 — SP
(Registro nº 95.0008552-6)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Gislaïne Regina Franchon Marques e outros*

Recorrida: *Arabrás Produtos Alimentícios Ltda.*

Advogado: *Dr. Normando Fonseca*

EMENTA: Tributário. ICMS. Fornecimento de alimentação e bebida em bares, restaurantes ou similares.

I — O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição anterior, com base nos mesmos textos infraconstitucionais que ainda continuaram em vigor, firmou pacífica orientação, que, no julgamento dos casos remanescentes, foi adotada por esta Corte, no

sentido de que era ilegítima a exigência do ICM se a lei estadual não distinguisse, na sua base de cálculo, o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços.

II — Sobrevindo a atual Constituição, a Suprema Corte, fazendo a exegese dos seus textos pertinentes à matéria, deu-lhes interpretação que afasta a que antes atribuiu aos dispositivos infraconstitucionais pertinentes, ao entender que, nas citadas operações mistas, o ICMS será sempre devido sobre os referidos serviços, salvo se vierem a ser incluídos na lista que acompanha a lei complementar a que alude o inciso IV do art. 156 da Lei Maior.

III — Em tal contexto, nas operações mistas antes mencionadas, o ICMS é devido, nos termos da legislação de regência, interpretada à vista da Constituição em vigor, sobre o “valor total da operação”, sem necessidade de a lei estadual fazer a distinção anteriormente referida.

IV — Interpretação do art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406, de 1968, com a redação do Decreto-lei nº 834, de 1969, à vista dos arts. 155, I, b, § 2º, IX, b, e 156, IV, da Constituição. Precedentes do Excelso Pretório.

V — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Ari Pargendler.

Brasília, 02 de outubro de 1995 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente. Ministro ANTÔNIO DE
PÁDUA RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 13-11-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Decidiu o v. acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar, em grau de embargos infringentes, embargos opostos à execução fiscal, para cobrança de crédito tributário, relativo a ICMS, cujos fatos geradores ocorreram sob a égide da atual Constituição Federal, que é indevi-

do o ICMS sobre o valor total da operação, sem distinguir entre o preço da mercadoria e o do serviço de fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes.

Alega a Fazenda do Estado de São Paulo, em recurso especial, com fundamento na letra a do permissivo constitucional, ofensa ao art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68.

Contra-arrazoado (fls. 167-185), o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 187-188), subiram os autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): O caso, segundo assinala no relatório, apresenta peculiaridade: diz respeito à legitimidade de exigência do ICMS sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, abrangendo fatos geradores ocorridos sob a égide da atual Constituição.

A questão relativa à incidência do ICM nas denominadas operações mistas foi objeto de amplo debate, sob a égide da Constituição anterior, quando o Colendo Supremo Tribunal Federal, que, então, era não apenas o guardião maior da Constituição, mas também da legislação infra-constitucional, decidiu, à vista do art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406, de 31.12.68, com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº 834, de 8.9.69, ser indispensável

que a legislação estadual, ao definir a base de cálculo do ICM, fizesse a distinção entre o fornecimento da mercadoria e a prestação dos serviços (**Inter plures**, RE 99.410-SP, RTJ 114/96; RE 100.563-SP, RTJ 109/1.211; RE 107.770-SP, RTJ 117/427; RE 104.715-SP, RTJ 116/1.212).

Após a promulgação da atual Constituição, instalada, esta Corte adotou, na sua jurisprudência, ao julgar os casos remanescentes, pura e simplesmente, a orientação que se firmara naquele Pretório Máximo (**Inter plures**, REsp 9.399-0-SP, RSTJ 43/287; REsp 1.197-0-SP, RTJ 40/252).

A Lei Maior anterior permitia essa exegese dos textos infraconstitucionais pertinentes. O seu art. 23, inciso II, assim dispunha:

“Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....
II — operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, impostos que não serão cumulativos e dos quais se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado.”

O Decreto-lei nº 406, de 1968, que “estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circu-

lação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza” e consubstancia lei de eficácia complementar, assim dispôs sobre a matéria:

“Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias tem como fato gerador:

.....
III — O fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.”

Com a redação do Decreto-lei nº 834, de 1969, dada ao seu § 2º, estatuiu o art. 8º do citado decreto-lei:

“Art. 8º O imposto, de competência dos Municípios, sobre prestação de serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º — Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias.

§ 2º — O fornecimento de mercadorias não especificadas na lista fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias.”

Saliente-se que a Lista de Serviços, que acompanha o Decreto-lei nº 406, de 1968, com a redação da Lei Complementar nº 56, de 1987, não

inclui em sua taxativa enumeração a prestação de serviços nos restaurantes e similares como fato gerador do ISS.

Com a vigência da atual Constituição, nova questão aflorou: seria possível manter-se, à vista dos seus preceitos, a orientação interpretativa dos dispositivos infraconstitucionais anteriormente citados?

Eis os seus textos pertinentes, relativos ao ICMS e ao ISS:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I — imposto sobre:

.....
b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior”.

.....
§ 2º O imposto previsto no inciso I, **b**, atenderá ao seguinte:

.....
IX — incidirá também:

.....
b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios”.

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

.....
IV — serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art.

155, I, **b**, definidos em lei complementar.”

Consoante se depreende, os preceitos constitucionais supratranscritas permitem dupla interpretação: uma, no sentido de que o art. 155, § 2º, IX, **b**, ao referir-se a “valor total da operação” está a abranger apenas a prestação de serviços referidos no inciso I, letra **b**, do mesmo artigo; e outro, mais abrangente, não só os referidos serviços, mas também os demais, desde que não constantes da lista que acompanha a lei complementar a que alude o inciso IV do art. 156.

No contexto assinalado, cabia à Suprema Corte dar a última palavra sobre a interpretação das normas constitucionais de regência. Foi o que fez, achando-se a sua orientação expressa na ementa do acórdão proferido pela sua Egrégia 1ª Turma no RE 144.795-8-SP, da lavra do eminente Ministro Ilmar Galvão, **in verbis**:

*“Tributário. ICMS. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que considerou legítima a exigência do tributo na operação de fornecimento de alimentos e bebidas consumidas no próprio estabelecimento do contribuinte, de conformidade com a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989. Alegada afronta aos arts. 34, §§ 5º e 8º, do ADCT/88; 146, III; 150, I; 155, I, **b** e § 2º, IX e XII; e 156, IV do texto permanente da Carta de 1988.*

Alegações improcedentes.

Os dispositivos do inc. I, **b** e do § 2º, inc. IX, do art. 155 da CF/88 delimitam o campo de incidência do ICMS: operações relativas à circulação de mercadorias, como tais também consideradas aquelas em que mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios (caso em que o tributo incidirá sobre o valor total da operação).

Já o art. 156, IV, reservou à competência dos Municípios o Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), não compreendidos no art. 155, I, **b**, definidos em lei complementar.

Conseqüentemente, o ISS incidirá tão-somente sobre serviços de qualquer natureza que estejam relacionados na lei complementar, ao passo que o ICMS, além dos serviços de transporte, interestadual e intermunicipal, e de comunicações, terá por objeto operações relativas à circulação de mercadorias, ainda que as mercadorias sejam acompanhadas de prestação de serviço, salvo quando o serviço esteja relacionado em lei complementar como sujeito a ISS.

Critério de separação de competências que não apresenta inovação, porquanto já se achava consagrado no art. 8º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 406/68. Precedente da 2ª Turma, no RE 129.877-4-SP.

O Estado de São Paulo, por meio da Lei nº 5.886/87, havia legitimamente definido, como base

de cálculo das operações em tela, o valor total cobrado do adquirente. Fixada, todavia, pela Carta de 1988, a exigência de que a definição desse elemento deveria ser feita por meio de lei complementar federal (art. 146, III, b), as unidades federadas, enquanto no aguardo da iniciativa do legislador federal, valendo-se da faculdade prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88, regularam provisoriamente a matéria por meio do Convênio nº 66/88.

Com apoio no referido documento, editaram os legisladores paulistas a nova Lei nº 6.374/89, por meio da qual ficou o Estado habilitado à tributação das operações em referência, inexistindo espaço para arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Recurso não conhecido.”

Do exposto, afigura-se que a anterior jurisprudência do Excelso Pretório, adotada por esta Corte, com base nos mesmos textos federais infraconstitucionais, que, ainda, continuam em vigor, não pode mais ser adotada. Daí porque passei a ter o seguinte posicionamento, para evitar iniquidades, muitas delas decorrentes do próprio fato de a causa ser julgada, em período de tempo menor ou maior, pelo Judiciário. O ICM, relativo às operações mistas, a que se referem estes autos, cujos fatos geradores tenham ocorrido anteriormente à vigência da atual Constituição, será devido apenas nos casos de a lei estadual distinguir, na sua ba-

se de cálculo, o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços; sob a égide da atual Lei Maior, será sempre devido sobre o “valor total da operação”, salvo se a lei complementar federal vier a relacionar a prestação de serviços, antes mencionada.

Na espécie, trata-se de execução fiscal para cobrança de ICMS, cujos respectivos fatos geradores estão sujeitos aos preceitos da Constituição em vigor, razão por que sua exigência é legítima.

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de restabelecer a sentença (fls. 53-54), que julgou improcedentes os embargos.

RETIFICAÇÃO DE DECISÃO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, a matéria deste recurso versa sobre fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e similares. O recorrente é o Estado de São Paulo. Evidentemente que, nesses casos, tanto mais porque se trata de imposto cujo fato gerador já ocorreu sobre a égide da atual Constituição, a orientação é pacífica e sempre foi favorável ao Estado.

Meu voto era no sentido de conhecer do recurso especial e provê-lo. Equivocadamente, constou da proclamação recurso não conhecido.

Por isso, peço que seja retificado o julgamento para que, na proclamação efetivada na assentada do último dia 02, conste:

A Turma, por votação unânime, conheceu do recurso e deu-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Mi-

nistro-Relator e não como consta: não conheceu do recurso nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 61.771-5-PR

(Registro nº 95.0010612-4)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado do Paraná*

Recorrido: *Hotel Carima Ltda.*

Advogados: *Drs. Júlio César Ribas Boeng e outros, e Urias de Figueiredo Filho e outro*

EMENTA: ICMS — Alimentação e bebidas — Fato gerador.

Existindo a base de cálculo, na legislação estadual, que é o valor total da operação, compreendendo as mercadorias e os serviços no fornecimento de bebidas e refeições por bares, restaurantes e estabelecimentos similares; os donos de bares, restaurantes e estabelecimentos similares estão sujeitos à incidência do ICMS.

Recurso 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 das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Cesar Asfor Rocha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília, 17 de abril de 1995 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 29-05-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Estado de Santa Catarina, com esboço na alínea c do

permissivo constitucional, contra acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado (fls. 179/190) que, confirmando a r. sentença de primeiro grau (fls. 70/71), entendeu inexigível a cobrança do ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas nos bares e restaurantes, em decisão assim ementada:

“Embargos infringentes — Cobrança de ICM sobre operações de restaurante — Inviabilidade — Rejeição.

Se a legislação estadual não estabeleceu corretamente a base de cálculo do ICM sobre as atividades desenvolvidas em restaurante, que sejam, de fato, geradoras daquele tributo, não há como se possa exigi-lo.” (fls. 179)

Sustenta o recorrente, em síntese, que o venerando aresto atacado diverge da jurisprudência dominante nesta Corte.

Oferecidas contra-razões às fls. 247/254.

Admitido o apelo na origem (fls. 336/339), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o Relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Apon-ta a recorrente aresto emanado desta Colenda Turma, a fim de comprovar o dissídio jurisprudencial (fls. 220/228).

Conheço do recurso pela letra c.

O recurso merece provimento.

Compete também aos Estados legislar sobre direito tributário (Constituição Federal, artigo 24, inciso I) e a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (Constituição Federal, artigo 24, parágrafo 2º) e se não existir lei federal dispondo sobre estas normas, sua competência será plena (parágrafo 3º). Com a promulgação da vigente Constituição Federal, os Estados ficaram autorizados a editar leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional por ela instituído (artigo 34, parágrafo 3º do ADCT) e, se, no prazo de 60 (sessenta) dias contados de 05/10/88, não fosse, como de fato não foi, editada lei complementar necessária à instituição do Imposto de Circulação de Mercadorias, os Estados, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, fixariam normas para regular provisoriamente a matéria (parágrafo 8º). Com base nestes mandamentos constitucionais, os Estados celebraram o Convênio ICMS nº 66/88, regulando a incidência do ICMS no fornecimento da alimentação e bebidas por bares, restaurantes e estabelecimentos similares (artigo 2º, incisos VII e VIII, alínea a e artigo 4º, incisos IV e V, alínea a), sem romper as barreiras estabelecidas pelo legislador constitucional. Em harmonia com este convênio, e com os dispositivos constitucionais citados, o Estado de Santa Catarina

editou a Lei nº 7.547/89 que é perfeitamente válida.

A questão se resume em se saber se a legislação do Estado do Paraná fixou ou não a base de cálculo do ICMS a ser exigido sobre o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por restaurantes, bares e estabelecimentos similares. Ora, nos termos do Decreto-lei nº 406/68, artigo 1º, inciso III, constitui fato gerador do ICMS,

“o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.”

A base de cálculo do referido imposto foi definida pelo Decreto-lei nº 406/68, artigo 2º, item I, como:

“o valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria.”

O Decreto-lei nº 72/69, em seu artigo 2º, item I, diz ser a base de cálculo do ICMS o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria e, na hipótese de fornecimento de mercadoria juntamente com serviços, não especificados na lista, a base de cálculo é o valor total da operação, compreendendo, inclusive, o preço do serviço e das mercadorias (parágrafo 10). O Decreto nº 12.255, de 09 de março de 1987, artigo 13, item III, fixa como base de cálculo, nesta hipótese, o valor total da operação.

A própria Constituição Federal vigente, nos seus artigos 155, I, **b**; IX, **b** e 156, IV, resolve, satisfatoriamente,

a questão. No artigo 155, IX, **b**, determina que incidirá o ICM:

“sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios.”

Ora, não estão compreendidos na lista do Decreto-lei nº 406/68 os serviços de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por bares, restaurantes, clubes e outros estabelecimentos similares e, por isso, são da competência dos Estados.

No artigo 156, IV, está claro que compete aos municípios instituir impostos sobre:

“serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, I, **b**, definidos em lei complementar.”

Como não foi ainda editada a lei complementar de que fala o dispositivo constitucional citado, houve a recepção do Decreto-lei Federal nº 406/68 que, como vimos, previu a base de cálculo para a hipótese em exame.

Se é o próprio Decreto-lei nº 406/68 que dá como fato gerador do ICMS o valor total da operação, incluindo, também, a parte de serviço no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, a legislação do Estado está autorizada a cobrar ICMS inclusive sobre esta parte de serviço.

Se existe lei estadual estabelecendo a base de cálculo do ICMS, não houve violação à Súmula nº 574 do STF ou aos artigos 97, IV, e 108, parágrafo 1º do CTN. No fornecimento de alimentação, bebidas, etc., por restaurantes, bares e outros estabelecimentos congêneres, existe a saída de mercadorias, pouco importando se o freguês consome ali no estabelecimento comercial ou em qualquer outro local. Havendo a circulação de mercadoria, incide o ICMS, inclusive sobre a parte de serviço.

Admitir que, na hipótese, os donos de bares, restaurantes e estabelecimentos similares não estão sujeitos à incidência do ICMS, sobre o fornecimento de bebidas, alimentação e outras mercadorias congêneres, como a parte de serviços nele

embutida não consta da lista do Decreto-lei nº 406/68, será reconhecer uma isenção total e absoluta de ICM e ISS, não prevista em lei, com ilimitados e inaceitáveis prejuízos para os Estados e para a própria sociedade.

No caso, como vimos, existe a base de cálculo na legislação estadual que é o valor total da operação, compreendendo as mercadorias e os serviços no fornecimento de bebidas e refeições por bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

Neste sentido são inúmeros precedentes deste Egrégio Tribunal e também da Excelsa Corte, bastando lembrar apenas os Recursos Especiais nºs 46.637-7-SP, 4.017-SP, 3.986-SP e o RE nº 144.795-8-SP.

Dou provimento ao recurso.

SÚMULA Nº 164

O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Dec-lei n. 201, de 27.02.67.

Referência:

— Dec.-lei n. 201, de 27.02.67, art. 1º.

HC 969-RS (6ª T 30.03.92 — DJ 13.04.92)

HC 3.112-1-MG (5ª T 14.12.94 — DJ 20.02.95)

HC 3.261-6-CE (5ª T 17.04.95 — DJ 12.06.95)

HC 3.404-0-PA (6ª T 30.05.95 — DJ 11.09.95)

REsp 38.469-9-SC (6ª T 09.05.95 — DJ 05.06.95)

REsp 46.748-9-MG (5ª T 24.08.94 — DJ 12.09.94)

REsp 52.803-8-RS (6ª T 31.10.94 — DJ 28.11.94)

REsp 54.827-6-RS (5ª T 14.12.94 — DJ 13.02.95)

REsp 57.736-5-MG (6ª T 22.05.95 — DJ 23.10.95)

Terceira Seção, em 14.08.96.

DJ 23.08.96, p. 29.382

HABEAS CORPUS Nº 969 — RS

(Registro nº 91.0020421-8)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Impetrante: *Cézar Miola*

Impetrada: *Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Paciente: *Valdomiro Ferri*

EMENTA: Prefeito. Crime de responsabilidade.

A ação penal, com base no Decreto-lei nº 201/67, pode ser proposta ainda que encerrado o mandato.

O processo criminal não tem por fim afastar o Prefeito Municipal. O afastamento é sanção política que decorre de sanção criminal. Ordem indeferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Votaram com o Relator os Ministros José Cândido e Costa Lima. Ausentes,

justificadamente, os Ministros Pedro Acioli e Carlos Thibau.

Brasília, 30 de março de 1992 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

Publicado no DJ de 13-04-92.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de ordem de **habeas corpus** impetrada em favor de Valdomiro Ferri, denunciado perante o e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por infringência ao art. 1º, incisos V, XI e XIII, do Decreto-lei nº 201/67, com o intuito de trancar a ação penal, sob a alegação de que a denúncia foi oferecida após haver deixado de exercer o cargo de Prefeito do município de Sananduva/RS, por término do mandato.

O parecer do Ministério Público Federal é, preliminarmente, pelo não conhecimento da impetração, por entender não ser cabível o **habeas corpus** para trancar ação penal, quando o paciente não se encontra preso ou sob ameaça de prisão; no mérito, opina pelo indeferimento.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Arredo a preliminar suscitada no parecer do Ministério Público Federal. É inegável que a submissão de alguém a processo-crime sem justa causa configura constrangimento ilegal, que repercute no direito de ir e vir. Restringir o cabimento do **habeas corpus** à hipótese de o indivíduo encontrar-se preso ou sob ameaça de prisão, como pretende o órgão do *parquet*, significa, **ultima ratio**, restringir o próprio conceito de liberdade de locomoção, em testilha com a doutrina e a jurisprudência.

Quanto ao mérito, intenta-se o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente, em virtude de já ter ele deixado o cargo de Prefeito, invocando-se a conhecida orientação do colendo Supremo Tribunal Federal, além do acórdão desta Turma no HC nº 493-RS, da minha relatoria.

Quanto a este precedente, anoto que não se cuidou propriamente da questão posta nestes autos. Após aludir à orientação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, realcei ser ela inaplicável ao caso então em julgamento, porquanto a ação penal fora validamente instaurada quando o acusado se encontrava no exercício do cargo de Prefeito, trazendo à colação o acórdão do próprio Supremo Tribunal Federal no HC nº 55.705-CE, assim enunciado:

“A jurisprudência do STF que veda a instauração da ação penal, com base no Decreto-lei nº 201/67, contra acusado que tenha deixado de exercer, em definitivo, o cargo de Prefeito Municipal, não impede o prosseguimento da ação penal pela circunstância de o mandato se ter extinto depois do recebimento válido da denúncia.”

Com efeito, a questão só veio a ser examinada pela Turma por ocasião do julgamento do **Habeas Corpus** nº 889-CE, relatado pelo eminente Ministro Vicente Cernicchiaro.

Contrariamente à jurisprudência do Excelso Pretório, a Turma fixou-se no entendimento de que a ação penal pode ser proposta ainda que

encerrado o mandato do Prefeito Municipal. Como acentuou o eminente Relator, no percuciente voto condutor do acórdão, o processo criminal não tem por fim afastar o Prefeito Municipal. O afastamento de Prefeito é sanção política que decorre da sanção penal. A ementa escrita por Sua Excelência para exteriorizar o **decisum** é bem expressiva da tese que prevaleceu no julgamento:

“*HC — Prefeito municipal — Crime de responsabilidade — D.L. 1/67* — O processo criminal, nos termos do D.L. nº 201/67, visa a apurar a responsabilidade penal dos Prefeitos Municipais. Três são as sanções expressamente cominadas: penal (reclusão ou detenção); política (perda do cargo e a inabilitação para o exercício do cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação) e civil (reparação do dano causado ao patrimônio público ou particular). A sanção penal é pressuposto da sanção política. O julgamento é criminal com

reflexo político. Não se confunde com o *impeachment*, afastamento do titular do cargo eletivo por deliberação política. Em consequência, a ação penal pode ser proposta ainda que encerrado o mandato do Prefeito Municipal.”

Assim sendo, Senhor Presidente, indefiro a ordem. É como voto.

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, acompanho o Eminente Ministro-Relator, inclusive no tocante à preliminar. O **habeas corpus** visa a garantir o direito de liberdade quando alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência. Portanto, havendo despacho ou outra decisão judicial contrária ao princípio da legalidade, seria desarrazoado aguardar que o Paciente fosse detido para, em seguida, postular o relaxamento da prisão ou a modificação da decisão.

HABEAS CORPUS Nº 3.112-1 — MG

(Registro nº 94.00039162-5)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Impetrante: *Francisco Corrêa da Rocha*

Impetrado: *Desembargador-Relator da Ação Penal Número 83.204, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Paciente: *Francisco Corrêa da Rocha*

Advogados: *Drs. Carlos Alberto Arges e outro*

EMENTA: Penal e Processual Penal. Prefeito. Crime de responsabilidade (art. 1º do Decreto-lei 201/67) e crime comum.

Os prefeitos municipais continuam sujeitos a ação penal por fatos previstos no art. 1º do Decreto-lei 201/67, mesmo após a extinção do mandato.

Habeas corpus **indeferido**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir a ordem. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Ministro Cid Flaquez Scartezzini.

Brasília, 14 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

Publicado no DJ de 20-02-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Em favor de Francisco Corrêa da Rocha, denunciado pela prática do crime do art. 1º, inciso IV, do Decreto-lei 201/67, impetrou-se ordem de **habeas corpus** originário, com pedido de liminar, objetivando o trancamento da ação penal, sob o funda-

mento de extinção de seu mandato de prefeito, bem como prescrição em relação ao crime do art. 315 do CP.

O *writ* foi encaminhado originalmente ao Supremo Tribunal Federal, sendo distribuído ao Ministro Paulo Brossard, que indeferiu a liminar e requisitou informações (fls. 21).

Prestadas as informações (fls. 30), verificou-se ser a autoridade coatora Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, pelo que foram remetidos os autos para esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer da lavra da Dra. Railda Saraiva, opina pelo indeferimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A matéria versada nos autos já foi objeto de discussão e decisão pelo Supremo Tribunal Federal, que evoluiu para admitir que os prefeitos continuam sujeitos a ação

instaurada com base no Decreto-lei 201/67, ficando o acórdão assim ementado:

“Ementa: Penal. Processual Penal. Prefeito: crime de responsabilidade. D.L. 201, de 1967, artigo 1º: crimes comuns.

I — Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade.

II — A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato.

III — Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

IV — H.C. indeferido.” (HC 70.671, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18/4/94).

No mesmo sentido foi o julgamento do HC 69.850-6-RS, Relator Ministro Francisco Rezek, publicado no DJ de 27/05/94:

“Ementa: Decreto-lei 201/67. Validade. Súmula 496 do STF. Caso de ex-prefeito.

I — O Decreto-lei 201 teve sua subsistência garantida pela Carta de 1967-69, e não é incompatível com a Constituição de 1988. É válido o processo que, nos seus termos, prossegue contra ex-prefeito, se o domínio versado não é o de verdadeiros delitos de responsabilidade (artigos 4º e seguintes), mas o de crimes ordinários, processados pela Justiça e sujeitos a penas de direito comum (artigos 1º e 3º).

II — O **habeas corpus** não é sede idônea para a revisão — e menos ainda para a revisão precoce — do processo penal.”

O entendimento desta Corte posiciona-se na mesma diretriz (HC 889, DJ 03/02/92; HC 969, DJ 13/04/92).

Ante o exposto, acolhendo o parecer, indefiro a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.261-6 — CE

(Registro nº 95.0005593-7)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Impetrante: *Francisco Irapuan Pinho Camurca*

Impetrado: *Desembargador-Relator da Queixa-Crime nº 4.692 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

Paciente: *Pedro Roberson Feitosa*

EMENTA: *Penal. Processual. Prefeito. Dec.-lei nº 201/67. Crime de responsabilidade. Crime comum. Habeas corpus.*

- 1. São crimes comuns os chamados crimes de responsabilidade tipificados no Dec.-Lei nº 201/67, art. 1º. O processo e julgamento é do Poder Judiciário, sem necessidade de autorização da Câmara Municipal.**
- 2. Ainda que o Prefeito não esteja mais no cargo, instaura-se o processo por crime do Dec-Lei 201/67, art. 1º.**
- 3. Ordem denegada.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir a ordem. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausentes, justificadamente, o Ministro Cid Flaquer Scarcezini, e ocasionalmente, o Ministro Assis Toledo.

Brasília, 17 de abril de 1995 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 12-06-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: A Câmara Municipal de Aiuaíba, Ceará, pediu ao Tribunal de Justiça do Estado que instaurasse Ação Penal Pública contra o Prefeito Pedro Roberson Feitosa pelos crimes do Dec.-Lei nº 201/67, art. 1º, III e IV.

Alegando nulidade, já que não é mais Prefeito desde 31 de dezembro de 1992 e que, por isso, não pode mais ser processado por crime de responsabilidade, o acusado impetra **habeas corpus** apontando o Desembargador-Relator como autoridade coatora.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, sobre o tema já o resolveu o Supremo Tribunal Federal no **Habeas Corpus** nº 70.671-1-PI, (DJU de 13.04.94), Relator o Ministro Carlos Veloso, que

“I. Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do DL 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do CPP, com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o

DL 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade.

II. A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do DL 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato.

III. Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

IV. HC indeferido.”

Nesse mesmo sentido temos decidido em diversas ocasiões.

Denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.404-0 — PA

(Registro nº 95.0016949-5)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Impetrante: *Wener Pereira Lopes*

Impetrado: *Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*

Paciente: *Wagner Oliveira Fontes*

EMENTA: *HC — Prefeito municipal — Crime de responsabilidade — D.L. nº 201/67 — O processo criminal, nos termos do D.L. nº 201/67, visa a apurar a responsabilidade penal dos Prefeitos Municipais. Três são as sanções expressamente cominadas: penal (reclusão ou detenção); política (perda do cargo e a inabilitação para o*

exercício do cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação) e civil (reparação do dano causado ao patrimônio público ou particular). A sanção penal é pressuposto da sanção política. O julgamento é criminal com reflexo político. Não se confunde com o *impeachment*, afastamento do titular do cargo eletivo por deliberação política. Em conseqüência, a ação penal pode ser proposta ainda que encerrado o mandato do Prefeito Municipal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel, Anselmo Santiago e Vicente Leal.

Brasília, 30 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 11-09-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: **Habeas Corpus** impetrado por Wener Pereira Lopes em favor de Wagner Oliveira Fontes contra ato do Exmo. Sr. Desembargador Presidente das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, consistente na notificação do paciente a fim de oferecer resposta à denúncia

contra ele oferecida, por suposta prática do crime previsto no art. 1º do Decreto-lei 201/67.

Alega o impetrante ser o processo totalmente nulo por ser a Procuradoria de Justiça daquele Estado parte ilegítima para denunciar o paciente bem como a incompetência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará para processar, julgar prefeito municipal nos casos em que lhe é imputada a prática de crime de responsabilidade, tendo em vista o art. 65 da Constituição daquele Estado.

Pretende, assim, anular o processo **ab initio** e expedição de salvo-conduto em favor do paciente a fim de proteger e preservá-lo do “arbitrio e ilegalidades advenientes de processo nulo” (fls. 05).

Informações às fls. 50/52.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem por serem comuns os crimes previstos no art. 1º do Decreto-lei 201/67, de natureza funcional (fls. 55/57).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Es-

ta Turma, diversas vezes, analisou o oferecimento de denúncia imputando, ao Prefeito Municipal, crime definido no D.L. nº 201/67. Firmou-se jurisprudência, hoje, abonada pelo E. Supremo Tribunal Federal de que os delitos ali relacionados distinguem-se das infrações políticas.

Ilustrativamente, HC nº 889-CE:

“HC — Prefeito Municipal — Crime de responsabilidade — D.L. nº 201/67 — O processo criminal, nos termos do D.L. nº 201/67, visa a apurar a responsabilidade penal dos Prefeitos Municipais. Três são as sanções expressamente cominadas: penal (reclusão ou detenção); política (perda do cargo e a inabilitação para o exercício do cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação) e civil

*(reparação do dano causado ao patrimônio público ou particular). A sanção penal é pressuposto da sanção política. O julgamento é criminal com reflexo político. Não se confunde com o *impeachment*, afastamento do titular do cargo eletivo por deliberação política. Em consequência, a ação penal pode ser proposta ainda que encerrado o mandato do Prefeito Municipal.”*

Ademais, por imperativo da Constituição da República (art. 29, VIII) ao Tribunal de Justiça cabe processar e julgar o Prefeito Municipal, salvo se o crime for contra interesse da União. A ressalva não se aplica ao caso **sub judice**.

Nada há que corrigir.

Denego a ordem.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.469-9 — SC

(Registro nº 93.0024761-1)

Relator: *O Sr. Ministro Vicente Leal*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

Recorrido: *Neir Orlei Rocker*

Advogado: *Anizio de Souza Gomes*

EMENTA: Penal. Prefeito municipal. Crime de responsabilidade — Art. 1º, DL 201/67

I — Os crimes previstos no art. 1º do DL 201/67 configuram, na melhor exegese, crimes funcionais, sujeitos a processo e julgamen-

to pelo Poder Judiciário, independentemente de autorização do órgão Legislativo Municipal. Inexiste impedimento legal da instauração ou prosseguimento da ação penal após a extinção do mandato de Prefeito. Precedente do STF.

II — O art. 4º do DL 201/67 elenca as infrações político-administrativas, em que se prevê a perda do mandato, sendo julgadas pela Câmara Municipal. A cessação do exercício do cargo de prefeito impede a instauração ou o prosseguimento do processo político-disciplinar, regulado no art. 5º do referido Decreto-lei, em face da perda do objeto.

III — Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial com base na alínea c, a fim de que o Tribunal de Justiça prossiga no julgamento e dar-lhe provimento, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília, 09 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro VICENTE LEAL, Relator.

Publicado no DJ de 05-06-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Neir Orlei Rocker, à

época prefeito do Município de Santa Cecília-SC, acusado da prática do crime de responsabilidade previsto no art. 1º, inciso XIII do Decreto-Lei nº 201/67, por ter nomeado a esposa para exercer os cargos em comissão de Secretária de Educação, Cultura e Desportos e Secretária da Saúde e Promoção Social daquele Município.

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquele Estado rejeitou a denúncia, consoante o acórdão assim ementado, **in verbis**:

“Inquérito contra Prefeito Municipal — Afronta “à Lei Orgânica do Município — Nomeação da esposa para exercer cargo em comissão.

O Decreto-Lei nº 201/67, é Lei especial que prevê crime de responsabilidade de Prefeitos Municipais, e, como tal, é um procedimento político que objetiva afastar das funções os titulares dos cargos por ela abrangidos, deixa de ter cabimento quando o acusado já não esteja no exercício do cargo, quando responderão por

quaisquer crimes contra a Administração Pública, do Código Penal e pelo processo comum.

Denúncia rejeitada” (fls. 380).

Irresignado, o representante do *Parquet* Estadual interpõe recurso especial com esteio nas alíneas a e c do permissivo constitucional, verberando que o acórdão em tela violou disposições do DL 201/67, bem como ensejou divergência jurisprudencial, ao entender que os prefeitos municipais somente podem ser processados com base no Decreto-Lei referenciado, enquanto no exercício do cargo. Pugna, em síntese, pelo recebimento da denúncia.

Admitido o recurso na origem pela alínea c, sem contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 412/417, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): Por primeiro, verifica-se que nas razões de recurso não se indica, com precisão, qual o dispositivo legal reputado vulnerado, encontrando-se, neste ponto, desfundamentado.

Entretanto, o aresto colacionado às fls. 395/397, da lavra do ilustre Ministro Vicente Cernicchiaro, espousa tese oposta à do acórdão recorri-

do, o que viabiliza o conhecimento do presente recurso, por divergência jurisprudencial.

No exame do mérito, impende, a princípio, tecer algumas considerações.

A crise moral que se constata no setor da gestão de bens e interesses públicos, refletida em todos os níveis da Federação, traz à baila a discussão sobre a efetividade de nosso ordenamento jurídico e sobre aspectos da repressão jurídico-penal dos chamados crimes de responsabilidade.

Na órbita municipal, são definidos os crimes de responsabilidade os previstos no art. 1º do DL 201 de 1967, que configuram, na verdade, crimes funcionais, cujos agentes são submetidos a processo e julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente de autorização do órgão legislativo municipal. Essas figuras típicas conformam crimes de ação pública e acarretam, além das penas de reclusão ou detenção, os seguintes efeitos: perda do cargo, inabilitação pelo prazo de cinco anos para o exercício de cargo, ou função pública, eletivo ou de nomeação, guardando, portanto, similitude, previstos no art. 91, I, do Código Penal, bem assim a reparação civil do dano.

Já o art. 4º do Decreto-Lei 201/67 traz o elenco das infrações rotuladas como “Político-Administrativas”, com dez incisos, correspondentes aos tipos delitivos que anteriormente à edição do referido diploma legal eram entendidos como “crimes de responsabilidade”.

Mercê dessa confusão terminológica, prosperou em nossos tribunais durante cerca de vinte anos o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não era cabível a instauração e o prosseguimento da ação penal contra ex-prefeitos, com base no art. 1º do decreto-lei em comento, pois não mais estaria em pauta a perda do mandato.

Ocorre que essa exegese se encontra superada por recentes julgados do Excelso Pretório, como o proferido no HC nº 70.761, relatado pelo Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso, em 13.04.94.

No caso em questão, o ilustre Relator esposou a tese do Sr. Ministro Paulo Brossard, em julgado anterior, sobre a impropriedade terminológica da expressão “crime de responsabilidade” no bojo do referido diploma legal, para o elenco dos delitos descritos no multicitado artigo primeiro, adotando um sentido diverso do constante na legislação pretérita que regia a matéria.

A esse propósito, observou:

“Acontece que esses crimes são, na verdade, crimes comuns: são julgados pelo Poder Judiciário independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ordem pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo desses crimes “é o comum do juízo singular estabelecido pelo Código de Processo Penal, com algumas modificações (art. 2º, incisos I e II).

O art. 4º do DL 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que poderiam ser denominadas, na tradição do direito brasileiro, de crimes de responsabilidade. Aqui, tem-se o *impeachment*; lá, relativamente aos crimes do art. 1º, ação penal pública”.

No que tange aos crimes elencados no art. 1º do DL 201, verifica-se que não há impedimento da instauração ou prosseguimento da ação penal após a extinção do mandato do prefeito, como no caso **sub examen**.

Hipótese diversa dos presentes autos ocorre quando o prefeito pratica quaisquer das infrações político-administrativas elencadas no art. 4º do DL 201/67, para as quais se prevê a perda do mandato. É que nestas infrações supõe-se que o prefeito esteja no exercício do cargo, sem o que, o processo de natureza político-disciplinar, regulado no art. 5º, perde o objeto.

Diante dos argumentos acima lançados, é de reconhecer que os objetivos do Decreto-Lei 201/67 foram evidentemente moralizadores. Todavia, durante o período de mais de um quarto de século de sua vigência, a corrupção continuou se multiplicando em inúmeras fraudes e golpes perpetrados por aqueles incumbidos da gestão de bens e interesses públicos, que restaram impunes em sua maioria.

Com a recente mudança de exegese do Pretório Excelso, distinguindo os “crimes de responsabilidade” verdadeiros delitos funcionais, das infrações “político-administrativas”, a repressão penal aos políticos corruptos ganha maior efetividade, conforme a prática já vem demonstrando. A **longa manus** da justiça passa a alcançar os infratores para além do

período, retirando-lhes a “garantia de impunidade”.

Considerando todo o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para determinar a remessa dos autos para Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a fim de que seja apreciada a denúncia contra Neir Orlei Rocker.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 46.748-9 — MG
(Registro nº 94.0010632-7)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Recorrido: *Marcio Augusto Nardi Neves*

Advogado: *Dr. Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello*

EMENTA: Penal. Prefeito municipal. Crime de responsabilidade.

— **Denúncia posterior ao encerramento do mandato. Viabilidade, desde que se trate de fato também previsto como crime comum; pelo que há, porém, verificar-se a prescrição desse delito remanescente. Precedentes da Turma.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus

Costa Lima. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Cid Flaquer Scartezini.

Brasília, 24 de agosto de 1994
(data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS,
Relator.

Publicado no DJ de 12-09-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Cuida-se de denúncia oferecida contra o Prefeito Municipal de Baependi-MG, o ora recorrido, por infringência do art. 1º, inciso IV, do DL 201/67, tal como, no exercício de 1989, descumprira a determinação dos arts. 212 da Constituição Federal, e 201 da Carta Estadual, sobre determinarem a aplicação anual mínima de 25% da receita municipal ao desenvolvimento do ensino, na forma da Lei 7.348/85.

O Eg. Tribunal **a quo** rejeitou a denúncia pelo fundamento de que, deixado o cargo pelo término do mandato, não respondem os Prefeitos pelos crimes previstos no DL 201 e, em sendo o caso da correspondência com o tipo comum descrito pelo art. 315 do Cód. Penal, pena máxima de três meses de detenção, prescrita estava a pretensão punitiva, pelo decurso de lapso superior a dois anos — fls. 84/89.

Inadmitido o recurso especial do Ministério Público, provi o respectivo agravo de instrumento (autos apensos), em face, principalmente, do dissídio com acórdão da Eg. 6ª Turma, asseveratório de que, no caso de infração do discutido decreto-lei “a ação penal pode ser proposta ainda que encerrado o mandato do Prefeito Municipal”, salvo prescrição do crime especial imputado — HC 889, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *in DJ* de 03/02/92.

Nesta instância, o parecer do Subprocurador-Geral Edinaldo de Ho-

landa é favorável ao recurso, nestes termos:

“O entendimento pacificado nessa Egrégia Quinta Turma é no sentido da possibilidade da **persecutio** contra ex-Prefeitos, não sendo condição de procedibilidade o exercício atual do mandato.

A **contrario sensu** ter-se-ia uma inusitada imunidade dentro do ordenamento jurídico, ensejando condições à criação de um instituto de irresponsabilidade pela prática de fato delituoso.

A existência, no Decreto-lei nº 201/67, de normas penais distintas do elenco do Código Penal, torna obrigatória a sua aplicabilidade e a sujeição de todos os que as violam, independente da condição de exercício do cargo.

Pelo exposto, o alvitre é pelo provimento do recurso.” — fls. 144/45.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, conquanto as transcritas asseverações textuais do paradigma se bastem ao conhecimento do recurso, no entanto, o seu improvimento se impõe à luz da orientação desta própria Turma, filiada por sua vez à jurisprudência afinal predominante no Supremo Tribunal Federal, e da qual é exemplo o recentíssimo acórdão proferido no

REsp 49.761-2-MG, relatado por V. Excelência, em Sessão de 3 deste mês, assim ementado, no particular da controvérsia de que se trata:

“3. Extinto o mandato, o Prefeito pode ser processado por crime comum previsto no Decreto-Lei nº 201/67.

4. O acórdão recorrido entendeu que a denúncia ao capitular os fatos apenas com base no inciso IV, do art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/67 não mais podia ser recebida depois de encerrado o mandato do edil. Porém considerou que embora descrevesse crime comum, tendo em vista o tempo decorrido, a prescrição da pretensão punitiva já se consumara.

5. Recurso Especial não conhecido.”

Do corpo do acórdão, colhe-se a transcrição de pronunciamento anterior, HC 2.650-0-PI, deste modo:

“A responsabilidade penal tem como corolário a prática de crime de responsabilidade definido no Decreto-lei nº 201/67 ou a ocorrência de infração comum prevista na lei penal, enquanto que a responsabilidade político-administrativa tem a sua previsão expressa no art. 4º do mesmo Decreto-lei nº 201/67.

Portanto, a denúncia, no ponto em que capitulou fatos apenas no item IV, do art. 1º, do Decreto-lei nº 201/67, já extinto o mandato do Prefeito, não mais podia ser recebida.

Todavia, quando descreveu fatos que implicariam na destinação de verbas ou de rendas do modo diverso do estabelecido em lei, que tem previsão no art. 315, do Código Penal, o acórdão concluiu:

“No entanto, ao delito correspondente comina-se pena máxima de três meses de detenção, prescritível, pois, em dois anos.

Destarte, considerando que a extinção da punibilidade é matéria de ordem pública, devendo ser reconhecida e declarada de ofício, em qualquer fase do processo (CPP, art. 61), com fundamento nos arts. 107, IV e 109, VI, ambos do Código Penal, declaro extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, visto que o fato tido como delituoso ocorreu em 1990, sendo a denúncia recebida em 13.04.93”. (fls. 130).

E está correto.”

Por ser essa, exatamente a hipótese **sub judice**, com igual verificação da prescrição do delito comum remanescente, discutida em processo também provindo do Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, fico em aplicar ao caso o analisado precedente.

Pelo que, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Srs. Ministros, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, mas com a ressalva de que tenho um processo idêntico onde reformulo o meu entendimento. Todavia, me submeterei ao que a douta maioria decidir.

RECURSO ESPECIAL Nº 52.803-8 — RS

(Registro nº 94.0025104-1)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

Recorridos: *Romeu Martins Ribeiro, José Antônio Razia e Henrique Pippi*

Advogados: *Pedro Surreaux de Oliveira e outros*

EMENTA: *Penal. Processual Penal. Prefeito. Crime de responsabilidade. Decreto-lei 201, de 1967, artigo 1º. Crimes comuns.*

I — É cabível a instauração e prosseguimento de ação penal contra ex-prefeito com base no artigo 1º do Decreto-Lei 201, seja ela iniciada antes ou após o término do mandato.

II — Os crimes denominados de responsabilidade, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e puníveis com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do Código de Processo Penal, com pequenas modificações (art. 2º).

III — A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do Decreto-Lei 201/1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato.

IV — Recurso conhecido e provido por ambos os fundamentos, determinando-se o prosseguimento da ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso por ambos os fundamentos e lhe dar provimento, determinando o prosseguimento do julgamento. Votaram os

Srs. Ministros Anselmo Santiago e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Adhemar Maciel.

Brasília, 31 de outubro de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

Publicado no DJ de 20-11-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial, com esteio nas letras **a** e **c**, do inciso III, do art. 105 da Constituição, contra acórdão prolatado pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça Estadual que, por maioria, desconstituiu a ação penal em que foram denunciados Romeu Martins Ribeiro, José Antônio Razia e Henrique Pippi, o primeiro como incurso nas penas do artigo 1º, I, V, XI, XIII, todos do Decreto-Lei 201/67, *c/c* os artigos 29 e 69 do Código Penal; o segundo como incurso nas penas do artigo 1º, I, III, IV, VIII, XI e XIII do mesmo Decreto-Lei, *c/c* o artigo 69 do Código Penal; e o terceiro como incurso nas sanções do art. 1º, V e XI do Decreto-Lei 201/67, *c/c* os artigos 29 e 69 do Código Penal, ao argumento de que, extinto o mandato do prefeito, não pode contra ele ser instaurada ou ter prosseguimento ação penal com base no Decreto-Lei 201/67.

Argumentou-se que o v. aresto atacado, ao decidir que a “cessação de investidura pelo prefeito, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal recentemente, impossibilita não só a instauração como também o prosseguimento da ação penal.” (fl. 1.165), contrariou o Decreto-Lei 201/67. Embora não mencionado expressamente, o dispositivo malferido é o art. 1º do citado Decreto-Lei. Acena, ainda, o recorrente, com divergência pretoniana.” — fls. 1.176/1.187.

Os recorridos ofereceram contrarrazões, alegando que o acórdão recorrido não contrariou o Decreto-Lei 201/67, e ainda a tese esposada pelos acórdãos que serviram de base para a demonstração do dissídio jurisprudencial, já foi superada por recentes e inúmeras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que entende que somente enquanto prefeito, a ação penal por crime de responsabilidade pode ter seguimento. Afastados do cargo de prefeito, é impossível a instrução ou prosseguimento do processo pela cessação da investidura. — fls. 1.189/1.191.

O 1º Vice-Presidente do Tribunal **a quo** admitiu o recurso especial por ambos os fundamentos — fls. 1.192/1.194.

Nesta instância, colhi o pronunciamento do *Parquet*, o qual resume o parecer assim — fl. 1.232:

“Recurso especial — Ação penal contra ex-prefeito com base no Decreto-lei 201/67, trancada pelo Tribunal a quo, ao argumento de que, extinto o mandato, não poderia ser a mesma instaurada, ou ter prosseguimento revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adotando tese contrária.”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Insta trazer à baila a alentada manifestação do Ministério

Público Federal, a qual, além de estar muito bem fundamentada, colacionou recente julgado do Supremo Tribunal Federal que dissipa a **quaestio iuris sub iudice, in verbis**:

“O recurso está fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. Aduz o recorrente que a instauração de ação penal contra prefeito, bem como seu prosseguimento nos casos em que seu mandato já terminou, é plenamente possível à luz do que estatui o DL 201/67. Diz que outros Tribunais têm dado à matéria interpretação divergente da que deu o TJRS.

Os recorridos ofereceram contra-razões, alegando que o acórdão recorrido não contrariou o Decreto-Lei 201/67, e ainda que a tese esposada pelos acórdãos que serviram de base para a demonstração do dissídio jurisprudencial, já foi superada por “recentes e inúmeras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que entende que somente enquanto prefeitos, a ação penal por crime de responsabilidade pode ter seguimento. Afastados do cargo de prefeito, é impossível a instauração ou prosseguimento do processo pela cessação da investidura.”

O recurso foi admitido na origem.

O Ilustre Procurador de Justiça tomou conhecimento do acórdão em 11.11.93, e nesta data opôs seu “ciente” nos autos (fls. 1.167).

Em 26.11.93 foi protocolado o recurso especial. Este é, portanto, tempestivo. Por outro lado, o dissenso jurisprudencial foi devidamente demonstrado, bem como a contrariedade ao texto legal. A irresignação, destarte, deve ser conhecida.

Com efeito, ao longo de praticamente vinte anos, a jurisprudência do STF andava no sentido de que não era possível mover-se a ação penal contra prefeito, com base no DL 201, se expirado estivesse o seu mandato. Este era o entendimento majoritário, embora houvesse, na própria Corte, decisões dissidentes e manifestações contrárias.

No entanto, em recentíssimo julgado, o Plenário do STF, por votação majoritária, vencido o Ministro Marco Aurélio, entendeu ser cabível a instauração e prosseguimento de ação penal contra ex-prefeito, com base no artigo 1º do Decreto-lei 201, seja ela iniciada antes ou após o término no mandato, mudando o sentido da jurisprudência até então dominante. O acórdão restou desta forma ementado:

‘Ementa: Penal. Processual Penal. Prefeito. Crime de responsabilidade. D.L. 201, de 1967, artigo 1º. Crimes comuns.

I — Os crimes denominados de responsabilidade, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação

pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade.

II — A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato.

III — Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

IV — HC indeferido.' (HC 70.671, Rel. Min. Carlos Velloso, D. Julgamento: 13/04/94, Tribunal Pleno).

O ilustre relator, Ministro Carlos Velloso, assim se pronunciou a respeito da controvérsia:

‘Abrindo o debate, esclareço que o Supremo Tribunal Federal distingue, na sua jurisprudência, o caso da denúncia apresentada contra o prefeito no exercício do mandato e que, antes de concluída a ação, deixa em definitivo, o mandato, da hipótese da denúncia apresentada após a extinção do mandato. No primeiro caso, a ação prossegue.

Na segunda hipótese, não tem a jurisprudência da Casa admitido a ação penal (...).

No voto que proferi no HC 70.252-RS, esclareci que a jurisprudência da Casa é mesmo no sentido de não admitir que a ação penal, por crime de responsabilidade, definido no DL 201, de 1967, após ter ele deixado o cargo (...).

Sensibilizou-me, entretanto, o voto que proferiu o Sr. Ministro Paulo Brossard, a demonstrar que a jurisprudência da Casa “tem como supedâneo um equívoco decorrente da equivocidade da locução “Crime de responsabilidade”; o Decreto-lei 201 a emprega em sentido diferente com que ela é empregada pela Lei 1.079, e o foi pela Lei nº 30 de 1892, bem como pela Lei 3.528, de 1959, revogada pelo Decreto-lei mencionado.

Ponho-me de acordo com a tese esposada pelo eminente Ministro Brossard. É que, conforme esclarece no voto que proferi no MS 21.689-DF, o D.L. 201, de 1967, estabelece no seu art. 1º, os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara. Seguem-se então, os incisos I a XV, a tipificarem os crimes de responsabilidade dos prefeitos. Acontece que esses crimes são, na verdade, crimes comuns: são

julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ordem pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo desses crimes “é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal”, com algumas modificações (art. 2º, incisos I a III).

No art. 4º, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que poderiam ser denominadas, na tradição do direito brasileiro, de crimes de responsabilidade. Aqui, tem-se o *impeachment*; lá, relativamente aos crimes do art. 1º, ação penal pública.

O DL 201, de 1967, bem registrou o Sr. Ministro Paulo Brossard, não estabelece que a ação penal somente será instaurada estando o prefeito no exercício do cargo. Também por isso não vejo como impedir prosseguir a ação penal instaurada quando já extinto o mandato.

A jurisprudência da casa, portanto, deve ser revista.

Do exposto, indefiro o habeas corpus. (grifamos)

Em mais uma demonstração de elevada cultura jurídica e de profundo bom senso, o Ministro Paulo Brossard, em seu voto, deslin-

dou de forma absolutamente correta a controvérsia que pairava em torno da matéria. Asseverou o Ministro que todos os equívocos jurisprudenciais até então dominantes decorriam da impropriedade terminológica existente na expressão “crimes de responsabilidade”, usada no bojo do DL 201 em sentido diverso do utilizado pela legislação pretérita que regia a matéria. Lembrou ainda o eminente Ministro que o próprio Decreto-lei não determina que para a instauração da ação penal deva encontrar-se o administrador ainda na prefeitura, como também, não diz que o processo deva ser trançado quando o acusado deixar o cargo.

Por sua relevância, cito, na parte que interessa, o brilhante voto proferido pelo Ministro Brossard:

‘Como afirma o eminente relator, Ministro Velloso, a jurisprudência da Corte é no sentido de não admitir ação penal por crime de responsabilidade, ajuizada com fundamento no art. 1º, do Decreto-Lei 201 contra réu, como o ora paciente, que não mais ostenta a condição atual de prefeito. Longe de mim contestar a assertiva, que é incontestável. No entanto, por maior que seja minha reverência à jurisprudência da Corte, neste caso não lhe posso prestar homenagem, pois estou convencido, e já externei esse convencimento em outras ocasiões, na 2ª Turma

e neste Plenário, de que ele resulta de um grande equívoco, em parte decorrente do fato de duas leis usarem expressões iguais para designarem realidades diferentes.

Como se sabe, a matéria foi regulada pela Lei 3.528, de 1959, revogada pelo Decreto-Lei 201, de 1967, que desde então e ainda hoje regula a matéria. Ocorre que a Lei 3.528 usava a expressão *crimes de responsabilidade* no sentido em que a têm empregado as Constituições, desde a de 1891, a Lei nº 30, de 1992, e a Lei 1.079, de 1950, crimes que não são crimes, mas infrações constitucionais ou políticas ou disciplinares, **José Higino**, Anais do Senado, 1892, V, págs. 36, 103 e 204; **Epitácio Pessoa**, Rev. de Direito, 42-75 e 76; **José Frederico Marques**, Observações e Aparentamentos sobre a Competência Originária do Supremo Tribunal Federal, 1961, págs. 44 e 45; 'crimes' aos quais não se aplica sanção criminal, que, no entanto, pode vir a ser aplicada pelo Poder Judiciário, se for o caso, mesmo depois de aplicadas pelo Legislativo a sanção política de perda do cargo, ou inabilitação temporária para o exercício de função pública. Já o Decreto-Lei 201 emprega a mesma expressão, *crimes de responsabilidade*, para designar os crimes funcionais, **delicta in officio**, aos quais são cominadas

penas de reclusão e detenção, apurados em processo penal comum, por iniciativa exclusiva do Ministério Público, independente da Câmara de Vereadores. Este fato contribuiu fortemente para o estabelecimento de um desvio de princípios que dura vinte anos.

O assunto é tal que vale a insistência. O que a Lei 3.528 chamou de *crimes de responsabilidade*, o Decreto-Lei 201 denomina *infrações político-administrativas*, reservando a denominação *crimes de responsabilidade* para os crimes funcionais, crimes comuns, de ação pública, aos quais são cominadas penas de reclusão e de detenção, aplicáveis pelo Poder Judiciário e só por ele. Independente de autorização da Câmara de Vereadores, e conforme o Código de Processo Penal, arts. 1º e 2º.

Assim, os *crimes de responsabilidade* arrolados nos vinte e quatro incisos do art. 1º da Lei 3.528, não são os *crimes de responsabilidade* definidos nos quinze incisos do art. 1º do Decreto-Lei 201. Corresponderiam, antes, aos enumerados nos dez incisos do seu art. 4º, sob o rótulo de *infrações político-administrativas*.

Se não estou em erro, a jurisprudência do STF, no sentido ora questionado, começou com

a AP 212. Neste julgado, de 17.XI.71, notou o autor de “O Regime dos Estados da União Americana” que:

‘O direito constitucional brasileiro consagra o *impeachment*, se bem que o faça com limitações que o direito americano desconhece, porque o restringe a pequeno número de agentes do poder. Esse processo tem por objetivo afastar das funções os titulares daqueles cargos, quando responsáveis por atos contrários aos altos interesses do Estado, definidos, em leis especiais, como crimes de responsabilidade. Trata-se, assim, de procedimento de natureza política, que deixa de ter cabimento quando acusado já não esteja no exercício da função. É que não haveria sentido, o objeto, em promover-se impedimento de quem, por qualquer motivo, perdeu a titularidade de cargo’. (RTJ 59/630).

Era assim ao tempo da Lei 3.528, revogada pelo Decreto-Lei 201. Por este, nos casos enumerados no art. 1º, não se trata de *impeachment*, mas de crimes, crimes de ação pública, aos quais são cominadas as penas de reclusão e de detenção, como salientado. Não obstante, na Reclamação 17, acórdão de 13.09.72, assevera-se:

‘Nos processos especiais, de natureza política, previstos para a repressão dos chamados crimes de responsabilidade, a denúncia somente pode ser recebida enquanto o denunciado não houver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo. É o que decorre, necessariamente, da finalidade desse gênero de processo. É o que está expressamente determinado na legislação pertinente (L. 1.079-50, arts. 15, 42, 76, parágrafo único: L. 3.528-59, art. 4º)’ RTJ 64-11.

Só que tanto a Lei 1.079, como a Lei 3.528, seguiram a terminologia tradicional, e quando falam em *crimes de responsabilidade* estão se referindo ao que o Decreto-lei 201, aliás, com felicidade, denomina *infrações político-administrativas*, sendo assim o que ‘está expressamente determinado na legislação pertinente’ não tem aplicação quando se trata dos crimes funcionais, crimes propriamente ditos, definidos no art. 1º, do Decreto-lei 201. (...)

Estes julgados estão na raiz da jurisprudência que se veio a formar a respeito, jurisprudência que, com todas as vênias, é incompatível com o texto expresso da lei, art. 1º do Decreto-lei 201; ela teria cabimento se se tratasse das hipóteses do art. 4º, que corresponde ao art. 1º

da Lei 3.528, casos em que a pena é tão-somente a 'cassação do mandato do Prefeito', art. 5º, VI (...).

Ora, é exatamente o que ocorre nas hipóteses do art. 1º: trata-se de crime comum, de ação pública, cujo titular é o Ministério Público, apurado na justiça ordinária, em processo comum, segundo o Código de Processo Penal. Só que o Decreto-lei 201, como salientado, deu à locução sentido diverso do que ela possuía na Lei nº 3.528, na Lei nº 1.079, na Lei nº 30, e nas Constituições republicanas. De modo que o lanço reproduzido impecável à luz da doutrina tradicional, colide com o sentido da locução tal como empregada no Decreto-Lei 201. Neste ato legislativo, o legislador cuidou, em artigos distintos, 1º e 4º, dos crimes funcionais e das infrações político-administrativas, estas, julgadas pela Câmara de Vereadores, aqueles pelo Poder Judiciário; os primeiros sujeitos às penas de reclusão e detenção, os segundos à perda do mandato; nos crimes funcionais, que o Decreto-Lei 201 denomina *crimes de responsabilidade*, a matéria é de natureza criminal, ao contrário do que era segundo a Lei 3.528; de modo que não tem sentido trancar um processo-crime porque o denunciado deixou o cargo, para recomeçá-lo logo após, por denúncia do

mesmo Ministério Público em ambos os casos. Nas infrações político-administrativas o processo de responsabilidade não é criminal, não é movido pelo Ministério Público, supõe que o Prefeito esteja no exercício do cargo e a pena aplicável seja apenas a perda do cargo, pena que não tem caráter criminal, pois é de natureza político-disciplinar. Este processo, regulado no art. 5º nada tem a ver com o processo criminal, disciplinado no CPP com as modificações enunciadas no art. 2º.

Convém fique claro, é mesmo necessário fique esclarecido que o art. 1º do Decreto-Lei 201 nada tem a ver com o *impeachment* no âmbito municipal, disciplinando, bem ou mal disciplinado, não importa aqui indagar, nos arts. 4º e 5º. (...)

Insisto em sublinhar que ao contrário do que ocorre com o Decreto-Lei 201, art. 1º, segundo a Lei 3.528, de 1959, os *crimes de responsabilidade* dos Prefeitos Municipais não eram crimes, mas infrações político-administrativas, passíveis de perda do cargo com inabilitação até cinco anos para o exercício de qualquer função, sanção que não excluía, em sendo o caso, o processo e julgamento por crime comum perante a justiça ordinária. Era o que dispunha o seu art. 2º, visivelmente inspirado na Lei 1.079, de 1952, art. 33, e na Constituição de 46, art. 62, § 3º. Não eram crimes, como

não o são os da Lei 1.079, nem eram os da Lei 30, de 1892.

A impropriedade da locução, sem dúvida, concorreu para a imprecisão da jurisprudência, mas outro motivo ligado ao primeiro, também teve sua parte no fenômeno. A questão em verdade, é simples. Embora se falasse em 'crimes de responsabilidade', a responsabilidade nesses casos não era criminal, embora esta também pudesse existir paralelamente. Como se isto não bastasse, ambos os tipos de responsabilidade, a política e a criminal, podiam derivar de um mesmo fato. De resto, isto nada tem de inusitado ou esquisito. O funcionário público, pela mesma falta, pode vir a responder a processo administrativo e a processo criminal, e a sofrer sanção criminal e sanção administrativa. Uma não exclui a outra. Não é por outro motivo que o Presidente da República, condenado pelo Senado à sanção política da perda do cargo com inabilitação por oito anos, pode vir a ser processado e condenado pela justiça em processo-crime, Constituição, art. 52, parágrafo único. Da mesma sorte os Governadores e também os Prefeitos. A respeito, a Lei 3.528 era expressa, art. 2º, parágrafo único.

Em outras palavras, como o Presidente da República, como o Governador, o Prefeito está

sujeito a três tipos de responsabilidade, que convivem entre si e se não excluem. Pela prática de determinados atos, tradicionalmente denominados *crimes de responsabilidade*, e hoje enumeradas sob o título de *infrações político-administrativas* pode perder o cargo por decisão da Câmara de Vereadores, sanção político-disciplinar, artigos 4º e 5º, do Decreto-Lei 201. Cometendo crime funcional, ou seja, relacionado com o exercício do cargo, agora denominado crime de responsabilidade, o prefeito pode responder a processo-crime de ação pública, estando sujeito à prisão preventiva e a ser afastado do cargo, sujeito às penas de reclusão e detenção; o julgamento cabe ao Tribunal de Justiça, Constituição, art. 27, VIII, arts. 1º, 2º, e 3º, do Decreto-Lei 201. (O Prefeito pode, não como prefeito, mas como cidadão comum, matar a mulher, emitir cheque sem fundos, cometer estupro, casos em que será processado segundo o Código Penal, como qualquer do povo, pois sem relação com o exercício do cargo). Causando dano ao Município (ou a particular), pode ainda vir a ser civilmente responsabilizado, como qualquer mortal, nos termos da lei civil e mediante sentença judicial. Este discrimine, feito a tempo, teria evitado, penso eu, os infortúnios hermenêuticos que agora chegam a termo. Assim, além da equivocidade da locução em exame, outro ingrediente foi res-

ponsável pela confusão que se estabeleceu de modo a embarçar a clarificação dos conceitos. Certos comportamentos ou certos atos configuravam, simultaneamente, infrações político-administrativas e infrações penais. Essa dualidade de definições legais em relação a um mesmo fato, da qual resultava obviamente dualidade de infrações e, por conseqüência, dualidade de sanções, evidentemente distintas, aliada ao fato de a lei chamar de *crimes de responsabilidade*, ao que crime não era, criaram generalizada confusão conceitual, aliás, ampliada com o advento do Decreto-Lei que, no art. 1º, negou à expressão infeliz seu sentido tradicional para com ela enumerar crimes propriamente ditos, crimes funcionais, crimes comuns de ação pública.

Em outras palavras o Prefeito está sujeito à responsabilidade política, cuja sanção é a perda do cargo aplicada pela Câmara de Vereadores; à sanção criminal, cuja pena é reclusão de dois a doze anos, ou detenção de três meses a três anos, pelo Tribunal de Justiça; e ainda à responsabilidade civil, apurável na Justiça comum, art. 1º, §§ 1º e 2º. (...)

Note-se, por derradeiro, que a lei não diz que a ação penal deve ser ajuizada enquanto o prefeito estiver no exercício do cargo, nem que o processo abortará no momento em que deixar a prefeitura; a lei nada diz a res-

peito. Fora assim e, em risco de erro, poder-se-ia afirmar que a lei penal não teria aplicação quando os atos que ela enumera como crimes fossem praticados na segunda metade do mandato, de modo especial no último ano, com segurança maior nos meses derradeiros. Objetar-se-á que a ação poderia ser renovada se os fatos definidos no art. 1º do Decreto-Lei 201 tivessem correspondência no Código Penal. Ora, o confronto deste com o elenco do Decreto-Lei 201 revela que este é mais rico do que o daquele; e correspondência entre ambos é parcial; em relação a alguns dos delitos esculpidos no art. 1º do Decreto-lei não há correspondência no diploma penal e estes poderiam ser praticados sem o temor do menor incômodo. De modo que a cuidadosa enumeração feita pelo legislador ao editar o Decreto-Lei 201 não passaria de visível comédia. É uma exegese que conflita com os fins da lei, o de tratar o prefeito com severidade maior do que um funcionário menor (...).

Ora, prevalecendo o entendimento até aqui vitorioso, a hipótese do Prefeito que se demandasse no fim do governo jamais seria responsabilizado e a hipótese penal não passaria de letra morta, até porque, por mais célere fosse o agente do MP, o recebimento da denúncia estaria, de qualquer forma, sujeito ao estatuído no § 1º do

art. 2º do Decreto-Lei 201, e hoje do art. 4º, da Lei 8.038, por força da Lei 8.658/93. Observe-se ao demais que, neste passo, não há correspondência entre o disposto na Lei 6.397/76 e o Código Penal, de modo que, descabendo a ação penal com base no Decreto-Lei, não caberia ação com fundamento no Código Penal.

Suposto que as sanções cominadas no Decreto-Lei 201, só pudessem ser aplicadas enquanto o denunciado fosse prefeito, ainda assim não se justificaria o trancamento da ação penal, e a instauração de outro, fundado no Código Penal. O denunciado se defende dos fatos delituosos que lhe são imputados; o juiz, ao julgar a ação, aplica a lei que entende aplicável a esses fatos; até lei posterior pode ser aplicada se for benéfica ao acusado. Não tem sentido, em face de lei e à luz dos princípios, nem sob consideração da utilidade social, anular um processo para recomê-lo no dia seguinte, pelo mesmo órgão do Ministério Público, tratando-se, como se trata, de crimes de ação pública.

Vale a pena insistir: a lei não diz que a ação penal supõe-se encontrar na prefeitura o **improbis administrador**, como não diz que o processo iniciado abortará no dia em que o acusado deixar o cargo. Essa interpretação não encontra na lei o seu suporte e deriva da aplicação aos cri-

mes funcionais de normas geralmente aplicáveis à matéria não penal, às hipóteses das infrações político-administrativas. E se a lei alude ao afastamento do prefeito se recebida a denúncia, é claro que assim dispõe para a hipótese em que se encontre ele no exercício do cargo, o que não quer dizer que a ação não possa ter curso após o término do mandato.

A finalidade do Decreto-Lei 201 foi, notoriamente assegurar melhor apuração de responsabilidade do Prefeito; não só enriqueceu o elenco de delitos possíveis, não previstos no Código Penal, como agravou as penas fixadas na lei penal comum, quando o Decreto-Lei em causa, no inciso II do art. 2º, admitiu a prisão preventiva e o afastamento do cargo durante a instrução criminal, cuidou de salvaguardar o patrimônio e o interesse público diante da perniciosidade do administrador ímprobo, e não impedir que a ação penal pudessem ser iniciada ou continuada depois de esgotado o mandato.

Não vejo óbice ao prosseguimento da ação penal, como de direito. Meu voto implica, bem se vê na revisão da jurisprudência firmada, faz mais de vinte anos, a respeito da matéria. A questão não está em mudar, mas mudar para melhor. Penso que sob a Atual legislação a interpretação que hoje é adotada importa em aperfeiçoamento real. Desnecessário será dizer que os mais res-

peitados Tribunais têm variado sua jurisprudência, às vezes de maneira radical, sem desdouro de sua autoridade. **Sapientis est mutare concilium.** Até porque não há maneira de corrigir-se senão mudando. Como o eminente relator, nego o **ha-beas corpus.**'

Assim, honrando a decisão do plenário de nossa Corte Suprema de Justiça, que coaduna-se com meu entendimento pessoal formado há muito a respeito da matéria, tenho por absolutamente impossível o trancamento da ação penal no caso **sub examen.** Aqui, a denúncia foi regularmente oferecida e recebida, e existem sérios indícios de que ela seja procedente. Deve, portanto, ter prosseguimento.

O parecer é, por conseguinte, pelo provimento do recurso, para desconstituir a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, e para

que tenha prosseguimento a ação penal instaurada contra os recorridos." (fls. 1.233/1.249).

A decisão do Pretório Excelso, mudando antigo entendimento sobre a matéria, parece-me ser a melhor, pois evita a impunibilidade e faz valer os preceitos do Decreto-Lei nº 201/67.

Assim, conheço e dou provimento, por ambos os fundamentos, ao recurso especial, cassando o v. acórdão recorrido e determinando o prosseguimento da ação penal.

É como voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Srs. Ministros, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator. Aliás, a atual orientação do Supremo Tribunal Federal consagra a jurisprudência desta Egrégia 6ª Turma.

RECURSO ESPECIAL Nº 54.827-6 — RS

(Registro nº 94.0029758-0)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrido: *Mário Roque Weis*

Advogados: *Luiz Luisi e outros*

EMENTA: *Processual e Penal. Prefeito ou ex-Prefeito municipal. Crimes comuns e de responsabilidade. Exercício do mandato.*

I. Firme a jurisprudência no sentido de que, instaurada ação penal contra Prefeito Municipal, é irrelevante para o seu prosseguimento o fato de que venha a deixar o exercício do mandato.

II. Os crimes tipificados no artigo 1º do Decreto-lei nº 201 de 1967, embora ditos de responsabilidade, são crimes comuns a serem julgados pelo Poder Judiciário, independentemente de manifestação da Câmara de Vereadores, enquanto que o artigo 4º cuida dos chamados crimes de responsabilidade a serem apreciados pela Câmara Municipal.

III. O Prefeito Municipal, mesmo depois de extinto o mandato, pode ser processado por crime comum, inclusive os elencados no artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67.

IV. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

V. Recurso especial conhecido e provido para que seja apreciado o recebimento e aditamento da denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento a fim de que o Tribunal recorrido examine o recebimento da denúncia e do respectivo aditamento. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Assis Toledo e Edson Vidigal. Ausente, justificadamente, o Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 14 de dezembro de 1994
(data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 13-02-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso especial pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, irresignado porque a eg. Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, arrimado no fato de que o denunciado não era mais Prefeito, desconstituiu a ação penal pela denúncia já recebida, que imputava ao acusado a prática dos crimes previstos no art. 1º, incisos V e XII, do Decreto-Lei nº 201/67, e não recebeu o respectivo aditamento, no qual se pedia o processamento do denunciado como infrator do art. 1º, inciso V (duas vezes) do mesmo diploma.

Entende o recorrente que o Decreto-Lei n. 201/67 apresenta como pena principal a privativa da liberdade e como acessória a perda do man-

dato. Assim, não se justifica a extinção da ação penal por crime de responsabilidade após o término do mandato. A própria Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º, prevê consequências jurídicas reservadas à repressão dos atos de improbidade, ressaltando a propositura da ação penal cabível. Para comprovar a divergência traz precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e do Preτόrio Excelso (fls. 85/92).

Contra-razões às fls. 94/100.

Entende a Dra. Railda Saraiva, ilustrada Subprocuradora-Geral da República, caber ao Tribunal de Justiça apreciar o aditamento da denúncia, asseverando que foi dada interpretação equivocada ao Decreto-Lei. O próprio Supremo Tribunal Federal reviu a sua jurisprudência, alterando o entendimento que adotava sobre o tema dos autos (fls. 108/111).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): A Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entendeu de desconstituir a ação penal e rejeitar o aditamento feito à denúncia, porque o mandato do Prefeito já estava extinto quando a inicial acusatória foi recebida (fls. 83).

De início, os fatos foram capitulados nos incisos V e XII do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 1967 e, ao de-

pois, reenquadrados no item V do mesmo artigo primeiro. Trata-se do ex-prefeito Municipal de São Borja.

O Ministério Público recorrente sustenta que foi contrariado o aludido diploma legal, pois não estabelece nenhuma ressalva quanto à sua incidência relativamente a ex-prefeitos, embora suas normas autorizem tal exceção.

Assenta, também, o recurso especial na alínea c do permissivo constitucional.

Fiquei vencido ao proferir voto no Recurso Especial 50.422-8-MG quando defendi o ponto de vista de que, extinto o mandato, o ex-prefeito municipal podia ser processado por crime previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, se não ocorrentes quaisquer das causas extintivas previstas no art. 107, do Código Penal.

Escrevi, então:

“A responsabilidade penal tem como corolário a prática de crime de responsabilidade definido no Decreto-lei nº 201/67 ou a ocorrência de infração comum prevista na lei penal, enquanto que a responsabilidade político-administrativa tem a sua previsão expressa no art. 4º do mesmo Decreto-lei nº 201/67.

Portanto, a denúncia, no ponto em que capitulou fatos apenas no item IV, do art. 1º, do Decreto-lei nº 201/67, já extinto o mandato do Prefeito — afirma-se — não mais podia ser recebida.

Aponta-se divergência com o julgado no HC nº 889-CE, relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, o qual, no voto, apesar de declarar que entendia possível a ação penal por crime de responsabilidade prevista no Decreto-lei 201/67, mesmo com a extinção do mandato do Prefeito, concluiu:

“A denúncia descreve que o fato delituoso teria ocorrido em 1979 (fls. 18/20), no período do mandato anterior, exercido pelo Paciente.

A denúncia é de 24 de abril de 1991 (fls. 20).

O Desembargador-Relator despachou, determinado a produção de defesa prévia (fls. 25-v.).

Transcorreram, pois, doze anos.

O Código Penal (art. 109, IV) fixa o prazo de oito anos para a prescrição da pretensão punitiva.

Declaro, pois, a extinção da punibilidade, pela prescrição, com base na pena cominada.”

Em outras oportunidades tenho sufragado a jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que, se o Edil não se encontra mais no exercício do cargo, a ação penal com base exclusiva no Decreto-lei 201/67 não pode mais ser instaurada. E tenho votado nessa linha de concepção.

Penso que é tempo de meditar sobre o tema, principalmente tendo em consideração os costumes políticos de hoje, bem diferentes, mas que conservam ainda o pon-

to que aquele decreto-lei pretendia combater: a corrupção, a malversação dos dinheiros públicos pelos Prefeitos, fatos que proliferaram na medida em que foram criados muitos e muitos municípios nesses brasis. Constatase que sentem-se eles seguros de que ultrapassado o tempo do mandato, se deixaram de cometer crime previsto na lei penal comum, ficam a cavalheiro. Podem preparar-se para continuarem na mesma prática em mandato próximo.

O eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, no voto já referido, relembrou passagens de votos de ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal, como se verá a seguir:

“Na Ação Penal nº 232-SP, Relator o saudoso Ministro Cunha Peixoto, o ilustre Ministro Moreira Alves deixou expresso:

“Sr. Presidente, sigo a conclusão do voto do eminente Relator. Parece-me que, nesta altura, não deve o Supremo Tribunal Federal, em matéria de tal importância, rever posição que já firmou em várias decisões.

Não fora a jurisprudência deste Tribunal já estar firmada, em reiterados casos, e seguiria a opinião que defendi como Procurador-Geral da República, e que se me afigura a mais escoreita tecnicamente: a de que o crime persiste, embora o agente tenha perdido a sua qualidade, até porque o art. 1º do Decreto-Lei nº 201 considera crime fatos que não são contemplados, como tal, no Código Penal Comum.

No entanto, como disse de início, acompanho o eminente Relator, em respeito à jurisprudência do Tribunal. Não me parece oportuno e conveniente, nesta altura, rever orientação já assentada em tantos e tantos julgados.” (RTJ 82/655).

O nobre Ministro Cordeiro Guerra deixou evidente ostentar o mesmo entendimento:

“Sr. Presidente, não ignoro a brilhante argumentação de S. Exa. o eminente Procurador-Geral da República, tampouco a do magistral acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul, ambas altamente persuasivas. Mas, por temperamento, acho que a estabilidade de jurisprudência é fator de grande benefício social.

Por este motivo tenho sempre acompanhado pronunciamentos concordantes com o voto do eminente Relator. Certo ou errado, estabeleceu-se o seguinte: afastado o Prefeito do cargo, não se há processá-lo por crime de responsabilidade, sem prejuízo da ação penal própria competente, pelos crimes comuns que houver praticado.

Nesta altura, como pensam o eminente Relator e o eminente Ministro Moreira Alves, não é oportuna a revisão da jurisprudência. Há, pelo menos, a vantagem da estabilidade, segurança e tranqüilidade dos Prefeitos, e, de certo modo, também há de ajudar os próprios municípios na escolha de seus prefeitos” (*Idem*/655-656).

O ínclito Ministro Xavier de Albuquerque foi incisivo:

“Sr. Presidente, faço minha a explicação do eminente Ministro Moreira Alves e também acompanho o voto do eminente Relator” (*Idem*, 656).

No RHC nº 65.207-GO, o Ministro Moreira Alves voltou a externar seu pensamento:

“Ora, a jurisprudência desta Corte — a meu ver, sem razão — se firmou no sentido de que a ação penal só pode ser instaurada com base no Decreto-Lei nº 201/67 enquanto não se findou o mandato do Prefeito acusado” (RTJ 123/522).”

Adiantou que participou desse entendimento e concluiu:

“Têm-se, pois, três espécies de sanções: penal, política e civil.

A segunda tem a primeira como pressuposto. Antecedente lógico, aplicável consoante as normas subsidiárias do Código Penal.

A sanção política decorre da sanção penal. Esta, pois, é a principal. A perda do cargo e a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, constituem efeito político da condenação penal. O julgamento é criminal, com reflexo político.

Não ocorre, outrossim, apenas a perda do cargo. A lei comina também a inabilitação para exercício de cargo ou função pública.”

Os crimes previstos no art. 1º, do aludido Decreto-lei nº 201, de 27.02.67 são considerados comuns, de ação pública e, pois, apreciados pelo Poder Judiciário, enquanto as infrações do art. 4º, “político-administrativas”, sujeitas ao julgamento das Câmaras dos Vereadores. Os primeiros acarretam: a) — perda do cargo; b) — inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, o que guarda similitude com o art. 92, I, do Código Penal; e c) — reparação civil do dano.

De conseguinte, as sanções das duas últimas letras não supõem ou exigem que o mandato esteja extinto. Têm um efeito exemplar, desde que, com a condenação, o ex-Prefeito sofre sanção política — **b** — que tem caráter moralizador e educativo, como a dizer que, se volta a ser eleito, após cinco anos, terá de pautar a conduta de forma regular. A sanção da letra e concorre para reforçar a anterior e tendo o efeito de mexer com o bolso do apenado, o que, para muitos, dói muito mais.

O crime, mesmo extinto o mandato, persiste e esse fato não se insere como causa de extinção da ação ou da punibilidade — art. 107, do Código Penal.

O eminente Ministro Costa Leite teve ensejo de pronunciar-se neste sentido:

“Prefeito. Crime de responsabilidade.

Ação penal, com base no Decreto-Lei nº 201/67.

Pode ser proposta ainda que encerrado o mandato.

O processo criminal não tem por fim afastar o Prefeito Municipal. O afastamento é sanção política que decorre de sanção criminal.

Ordem indeferida.” (HC nº 969/RS, DJU de 13.04.92, pág. 5.006).

Penso que esse Superior Tribunal de Justiça deve, pela competência constitucional, reexaminar a matéria.” (REsp nº 50.422-8-MG, Relator Ministro Jesus Costa Lima, DJU 10.10.94).

Volto ao tema e, agora, confortado com a modificação da jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, isto é, de que apenas os crimes tratados no art. 4º do Decreto-lei nº 201/67 é que, estritamente, podem ser considerados de responsabilidade e os demais, crimes comuns. Portanto, mesmo extinto o mandato, não se encontram a salvo da respectiva ação penal.

O primeiro precedente é da lavra do eminente Ministro Francisco Rezek (HC nº 69.850), precedente do mesmo Estado do Rio Grande do Sul, e concernente a uma ação penal instaurada quando o Prefeito ainda estava no exercício do cargo. Disse, então que:

“... Noutras circunstâncias, o Decreto-lei 201 é base normativa idônea para justificar o processo. Não vejo ali, nem pela definição

dos delitos, nem pelo rito processual, nem sobretudo, pelas penas que se cominam, nada que tenha sua pertinência condicionada ao exercício do mandato. Com efeito, o Decreto-lei 201 tem uma segunda parte encabeçada pelo artigo 4º, que diz das infrações político-administrativas dos prefeitos municipais, sujeitas a julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Neste domínio me pareceria de inteira procedência o argumento da falta de préstimo do Decreto-lei 201 quando extinto o mandato.

Mas a primeira parte, que é tudo quanto nos interessa, compõe-se dos três primeiros artigos do diploma, sendo ampla nos seus inúmeros incisos e parágrafos. Aí se diz quais são os crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente de pronunciamento da Câmara dos Vereadores.” (HC nº 69.850-6/RS, Relator Ministro Francisco Rezek, DJU de 27.06.94)

O eminente Ministro Sepúlveda Pertence lembrou que, praticamente adiantara voto sobre a matéria quando se manifestou na Suspensão de Segurança nº 444 (RTJ vol. 141/389), reportando-se aos seguintes lances daquele pronunciamento:

“12. Por ora, o que é preciso recolher do primoroso estudo de Paulo Brossard é uma premissa meto-

dológica, que a ninguém ocorreria contestar (ob. cit., pág. 59): vinda, como nota, do Império e, na República, desde o texto de 1891 —, observa S. Exa., a “falha da Lei Básica que reiteradamente se refere a crimes de responsabilidade, ora com sentido de infração política, ora na acepção de crime funcional, tem concorrido para a defectiva sistematização do instituto concernente à responsabilidade presidencial”.

13. Desse vetusto **quid pro quo** terminológico é que, ao que me parece, resulta, neste atribulado *affaire* a objeção acolhida no voto de Vossa Excelência, Senhor Presidente, à incidência do art. 203, § 2º, da Constituição de Mato Grosso.

14. O DL 201/67 — embora sem extrair da correta inovação as conseqüências que a muitos, inclusive a S. Exa., dela decorreria —, buscou corrigir o equívoco terminológico constitucional denunciado por Brossard de chamar ao mesmo tempo de crimes de responsabilidade, quer as infrações penais **in officio**, que verdadeiramente o são, e os ilícitos sujeitos a *impeachment*, que, para ele, como para autorizadíssima corrente doutrinária, são ilícitos político-administrativos, despidos, enquanto tais, de caráter criminal.

15. Assim é que, no DL 201, a denominação crimes de responsabilidade ficou reservada aos tipos penais definidos no art. 1º, sob a cominação das sanções principais,

e inequivocadamente criminais, de reclusão ou detenção, impostas pelo Poder Judiciário.

16. O mesmo diploma, em consequência, subtraiu nitidamente do conceito legal de crime de responsabilidade, na esfera do governo municipal, as figuras diversas que especifica no art. 4º e ali denomina “infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato”.

Desse modo, seja o processo instaurado, como o foi no caso, antes, como depois, da extinção do mandato do acusado, creio que, em se tratando de processo por crimes, e não por infrações político-administrativas, a diferença é irrelevante.” (HC nº 69.850-6/RS, Relator Ministro Francisco Rezek, DJU de 27.05.94).

Já o eminente Ministro Paulo Brossard, na mesma assentada, observou que seria julgado o HC nº 70.272, de que era relator o Ministro Carlos Velloso, tratando de caso em que a denúncia foi apresentada depois de expirado o mandato prefeitoral. Ponderou que é conhecida:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, mas, a menos que eu esteja em grande engano, esta jurisprudência, seguindo a anterior ao Decreto-Lei nº 201, não pode ser mantida, pois enquanto a Lei 3.528/59, sob a denominação de “crimes de

responsabilidade”, cuidava em seu art. 1º do que o Decreto-Lei 201 denomina infrações político-administrativas no seu art. 4º, o Decreto-Lei nº 201, no art. 1º, sob a denominação de “crimes de responsabilidade” cuida de crimes propriamente ditos, crimes funcionais.

A questão está em que o mesmo Decreto-Lei, no art. 1º, sob a denominação equívoca de crimes de responsabilidade, cuida de matéria exclusivamente criminal. O Decreto-Lei nº 201 contém matéria penal (no art. 1º), de processo penal (nos arts. 2º e 3º), político-constitucional (no art. 4º) e, depois, até o fim, trata da perda do mandato dos vereadores. A denominação adotada pelo Decreto-Lei 201 contribuiu para ainda mais complicar a velha questão dos impropriamente chamados “crimes de responsabilidade”, mas esse é outro problema.” (HC nº 69.850-6/RS, Relator Ministro Francisco Rezek, DJU de 27.05.94).

Derradeiramente, o eminente Ministro Carlos Velloso (HC nº 70.671-1-PI, julgado pelo Plenário em 13.4.94), após fazer um retrospecto da jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal sobre o problema, concluiu afirmando que ficara sensibilizado com o voto do eminente Ministro Paulo Brossard de que a jurisprudência da Corte:

“... Tem como supedâneo um equívoco decorrente da equivocidade da locução “Crimes de Respon-

bilidade”; o Decreto-lei 201 a emprega em sentido diferente com que ela é empregada pela Lei 1.079, e o foi pela Lei nº 30, de 1892, bem como pela Lei 3.528, de 1959, revogada pelo Decreto-lei mencionado”.

Ponho-me de acordo com a tese esposada pelo eminente Ministro Brossard. É que, conforme esclareci no voto que proferi no MS 21.689-DF, o D.L. 201, de 1967, estabelece, no seu art. 1º, os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara. Seguem-se, então, os incisos I a XV, a tipificarão os crimes de responsabilidade dos prefeitos. Acontece que esses crimes são, na verdade, crimes comuns: são julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ordem pública e punidos com pena de reclusão e de retenção (art. 1º, § 1º) e o processo desses crimes “é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal”, com algumas modificações (art. 2º, incisos I a III).

No art. 4º, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que poderiam ser denominadas, na tradição do direito brasileiro, de crimes de responsabili-

dade. Aqui tem-se o *impeachment*; lá, relativamente aos crimes do art. 1º, ação penal pública.

O D.L. 201, de 1967, bem registrou o Sr. Ministro Paulo Brossard, não estabelece que a ação penal somente será instaurada estando o prefeito no exercício do cargo. Também por isso não vejo como impedir prossiga a ação penal instaurada quando já extinto o mandato.

A jurisprudência da Casa, portanto, deve ser revista.” (HC nº 70.671-1/PI, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJU de 13.04.94)

O acórdão é do Plenário, tendo ficado vencido o eminente Ministro Marco Aurélio.

Volto, pois, eminentes Colegas, ao voto que proferi no recurso especial referido no início deste voto para dizer que a decisão recorrida contrapõe-se aos precedentes da eg. Sexta Turma e, já agora, a dois julgados, pelo menos, do colendo Supremo Tribunal Federal na compreensão de que para a instauração penal contra Prefeito Municipal por imputação da prática de crimes previstos no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, pouco importa esteja ou não no exercício do mandato, desde que se trate de crime comum a ser julgado soberanamente pelo Poder Judiciário.

Tais razões fazem com que conheça do recurso especial e o proveja, a fim de que o Tribunal recorrido examine os recebimentos da denúncia e do respectivo aditamento.

RECURSO ESPECIAL Nº 57.736-5 — MG
(Registro nº 94.0037612-0)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Recorrido: *Ary Gonçalves Nogueira*

Advogado: *Dr. Geraldo Assunção Andrade de Oliveira*

EMENTA: *Penal. Processual Penal. Prefeito. Crime de responsabilidade. Decreto-lei nº 201/67, art. 1º, § 1º.*

1. É cabível a instauração e prosseguimento de ação penal pública contra ex-prefeito municipal, com base no art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, seja ela iniciada antes ou após o término do mandato, dando-se a prescrição da pretensão punitiva em oito anos (CPP art. 109), considerado que as penas ali previstas (§ 1º), variam de três meses a três anos de reclusão.

2. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Luiz Vicente Cernicchiaro e Adhemar Maciel.

Brasília, 22 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (art. 101, § 2º do RI/STJ), Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

Publicado no DJ de 23-10-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, irressignado com o v. acórdão proferido pela eg. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquele Estado, interpôs recurso especial com espeque nas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal.

Aduz o recorrente ter o v. acórdão recorrido negado vigência ao art. 1º, IV, do Decreto-lei nº 201/67, bem assim dissentido de jurisprudência que refere, na medida em que não recebeu a denúncia contra ex-prefeito, subsumindo o fato típico no art. 315 do Código Penal, por isso que prescrita a pretensão punitiva.

Inadmitido no juízo de admissibilidade o recurso, foi ele objeto de Agravo de Instrumento no qual determinei o seguimento.

Nesta instância, o douto Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Senhor Presidente, esta matéria já encontrou deslinde tanto nesta Corte como no Pretório Excelso que vêm proclamando a violabilidade da intimação e prosseguindo da ação penal contra Prefeito, com base no art. 1º do DL nº 201, mesmo quando iniciada a **persecutio criminis** após o término do mandato. Confira-se: REsp nº 52.803-8-RS (94.0025104-1), 6ª T., unânime, Rel. Min. Pedro Aciole, in DJ de 28.11.94; REsp nº 52.099-1-MG (94.0023698-0), 6ª T., v.u., in DJ de 19.12.94, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro; HC 3.112-1-MG, 5ª T., unânime, in DJ de 20.02.95; REsp nº 54.827-6-RS, 5ª Turma, in DJ de 13.02.95; HC 70.671, Rel. Min. Carlos Velloso — STF, Pleno, em 13.04.94.

No caso vertente, o Ministério Público assim sustenta, em suas razões de recurso:

“Com efeito, “não há que se confundir, insistimos, as infrações político-administrativas para efeito de *impeachment*, caso em que o prefeito deve estar em exercício, com as infrações penais que pode-

rão ser apuradas a qualquer tempo, enquanto não ocorrer causa de extinção de punibilidade” (**Accacio de Oliveira Santos Junior**, Anais do IV Congresso Nacional do Ministério Público, Porto Alegre, 1974, págs. 379 a 392).

Daí correto o entendimento esposado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo no sentido de que “não constitui condição da punibilidade dos crimes de responsabilidade dos prefeitos encontrar-se o acusado no exercício do cargo público” (Jutacrim 30/366).

Dizer que para se denunciar prefeito é condição que esteja no cargo, é o mesmo que afirmar que para processar o ex-prefeito por crime contra a Administração Pública, é condição que se mantenha na qualidade de *funcionário público* (!), o que, em ambos os casos, revela um absurdo não amparado em lei.

No caso, o recorrido praticou crime do artigo 1º, inciso IV, do Decreto-lei nº 201/67. Do que se depende do dispositivo, nenhum fundamento autoriza o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça mineiro; nenhuma razão de direito respalda a decisão. Tal enormidade representa a própria negação do dispositivo legal. O sentido técnico do artigo em questão não possui as conseqüências extraídas, o que vale afirmar a sua contrariedade.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento, através da Sexta Turma, à unanimidade, em HC nº 889, em que

foi Relator Sua Excelência Ministro Vicente Cernicchiaro, assim sentenciou:

“O processo criminal, nos termos do DL nº 201/67, visa a apurar a responsabilidade penal dos Prefeitos Municipais. Três são as sanções expressamente cominadas: penal (reclusão ou detenção); política (perda do cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação) e civil (reparação do dano causado ao patrimônio público particular). A sanção penal é pressuposto da sanção política. O julgamento é criminal com reflexo político. Não se confunde com o *impeachment*, afastamento do titular do cargo eletivo por deliberação política. *Em consequência, a ação penal pode ser proposta ainda que encerrado o mandato do Prefeito Municipal* (grifado).”

O próprio Ministro Moreira Alves chegou a afirmar, na Ação Penal nº 232-SP, em que foi relator o Ministro Cunha Peixoto, o seguinte: “Sr. Presidente, sigo a conclusão do voto do eminente relator. Parece-me que, nesta altura, não deve o Supremo Tribunal Federal, em matéria de tal importância, rever posição que já firmou em várias decisões”. E acrescentou: “Não fora a jurisprudência deste Tribunal já estar firmada, em reiterados casos, eu seguiria a opinião que defendi como Procurador-Geral da República, e que se me afirma a mais escorreita tecnicamente: a de que o crime persiste, embora o agente tenha perdido a sua qualidade, até por-

que o art. 1º do Decreto-Lei nº 201 considera crime fatos que não são contemplados, como tal, no Código Penal Comum” (RTJ 82/655).

O Tribunal de Justiça mineiro contrariou o artigo 1º, inciso IV, do Decreto-lei nº 201/67, ao emprestar-lhe interpretação não autorizada em lei.” (fls. 90/92).

Estou em que merece conhecido e provido o recurso. A pretensão do recorrente em realidade, encontra amparo na legislação específica. Realmente, dispõe o art. 1º, item IV do Decreto-lei 201/67, **verbis**:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos a julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores.

IV — Empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam.”

E, no § 1º, dispõe que as penas variam de três meses a três anos de detenção. Vale dizer, no caso dos autos, a denúncia atribui ao recorrido a prática do crime previsto no art. 1º, inciso IV, do Decreto-lei 201/67, por fatos ocorridos em 1990, sendo certo que a prescrição da pretensão punitiva, a teor do disposto no art. 109, do Código Penal, prescreve em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro.

Assim, conheço do recurso especial e lhe dou provimento para que o processo tenha seguimento.

É o meu voto.

SÚMULA Nº 165

Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista.

Referência:

— CF/88, art. 109, IV.

CC 7.488-6-RS (3ª S 19.05.94 — DJ 13.06.94)

CC 11.492-6-SP (3ª S 04.05.95 — DJ 05.06.95)

CC 13.406-SP (3ª S 17.08.95 — DJ 02.10.95)

CC 14.508-SP (3ª S 07.12.95 — DJ 11.03.96)

Terceira Seção, em 14.08.96.

DJ 23.08.96, p. 29.382
Rep. 02.09.96, p. 31.141

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.488-6 — RS
(Registro nº 94.0003085-1)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Autora: *Justiça Pública*

Advogado: *Celso Pacheco da Luz*

Suscitante: *Juízo Federal da Vara Única de Santa Maria SJ/RS*

Suscitado: *Juízo de Direito de Santa Maria-RS*

EMENTA: *Constitucional e Penal. Anotações em CTPS. Competência.*

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho praticado perante à Justiça do Trabalho.

2. A Justiça Comum do Estado é competente para processar e julgar crime consistente em inserir declaração ideologicamente falsa em CTPS, concernente à relação empregatícia, posto que não envolve bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos vo-

tos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito de Santa Maria-RS. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, Adhe-

mar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas e Pedro Acioli. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Min. Assis Toledo. Licenciado o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 19 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro JESUS COSTA LIMA, Relator.

Publicado no DJ de 13-06-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Conflito negativo de competência estabelecido entre o Juízo Federal da Vara Única de Santa Maria-RS e o Juízo de Direito da comarca, que se recusam a processar e julgar cidadão que teria prestado depoimento falso perante a Justiça Trabalhista como testemunha e/ou de orientar a reclamada a inserir declaração falsa na Carteira de Trabalho da reclamante com o fim de frustrar direito trabalhista desta.

Opina a Dra. Delza Curvello Rocha, ilustrada Subprocuradora-Geral da República, pela competência da Justiça Estadual, suscitada, à falta de interesse da União Federal (fls. 34/38).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): A Justiça Federal é

competente para processar e julgar crime contra bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas — art. 109, IV da Constituição.

2. No julgamento de conflito de competência não se pode adiantar juízo sobre a imputação que, futuramente, poderá vir a ser formulada pelo Ministério Público. Portanto, não posso dizer ter ocorrido falso testemunho praticado perante a Justiça do Trabalho. Considero, entanto, que a hipótese foi arredada tanto pelo Ministério Público Estadual quanto pelo Federal.

3. Ficou consignado que a hipótese é de inserção ideologicamente falsa em Carteira do Trabalho e Previdência Social — CTPS em detrimento do empregado.

4. Perante o extinto Tribunal Federal de Recursos — anotou o parecer da Dra. Delza Curvello Rocha — a matéria foi examinada pelo eminente Ministro José Cândido de Carvalho Filho:

“A objetividade jurídica do dispositivo penal é a proteção à legislação do Trabalho. Se o delito se resume à relação de emprego, como na hipótese em julgamento, a competência é da Justiça Estadual. Se, ao contrário, envolve as instituições que cuidam da organização e da segurança do trabalho, o seu julgamento cabe à Justiça Federal (art. 125, VI, da CF). Hipótese em que houve fraude do empregador em relação ao seu empregado. Competência da Justiça Estadual” (fl. 37).

5. Nesta Terceira Seção (CC nº 2.437-SP, DJU, 06.04.92, pág. 4.464) sobre o falso testemunho, assim se manifestou o eminente Ministro José Dantas:

“Penal. Processual. Falso testemunho. Justiça Eleitoral.

— Competência. À minguia de conexão com qualquer crime eleito-

ral, o processo por falso testemunho, prestado em detrimento da administração da Justiça Eleitoral, compete à Justiça Federal”.

Considerando o exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito da Comarca de Santa Maria-RS.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 11.492-6 — SP
(Registro nº 94.0036419-9)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Autora: *Justiça Pública*

Réus: *Valentim Martins e Osvaldo Baia*

Suscitante: *Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Catanduva-SP*

Suscitado: *Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto — SJ/SP*

EMENTA: *Competência. Falso testemunho perante Juiz do Trabalho.*

1. O crime de falso testemunho em depoimento perante Juiz do Trabalho atenta contra a administração da Justiça especializada da União Federal. (CF, art. 109, IV).

2. Conflito conhecido, competência do suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Sus-

citado, Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto — SJ/SP, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, Vicente Leal, José Dantas, Jesus Costa Lima e Assis Toledo.

Brasília, 04 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 05-06-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: A Justiça Federal não quis processar e julgar os Réus destes autos, indiciados em Inquérito da Polícia Federal por crime de falso testemunho (CP, art. 342) em depoimento perante a Justiça do Trabalho.

Entendeu o Magistrado federal, acolhendo opinião do Ministério Público, que o crime em tese de falso testemunho teria sido praticado para frustrar pagamento de créditos trabalhistas e que, por isso, não há prejuízo a interesse, bem ou serviço da União Federal. Por isso, declinou da competência para a Justiça Estadual.

O Juiz Estadual, por sua vez, encampou a opinião do Promotor de Jus-

tiça segundo a qual a competência é da Justiça Federal porque o crime em tese de falso testemunho em depoimento prestado perante a Justiça do Trabalho atenta contra a administração da Justiça da União Federal, no caso a Justiça Trabalhista.

O Ministério Público Federal, nesta instância, opina pela competência da Justiça Federal.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, não há dúvida de que o crime de falso testemunho em depoimento perante a Justiça do Trabalho atenta contra a administração da Justiça da União Federal, sendo, por isso, competente a Justiça Federal. (CF, art. 109, IV).

Conheço do conflito e declaro competente a Justiça Federal, suscitada.

É o voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 13.406 — SP

(Registro nº 95.0018438-9)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Autora: *Justiça Pública*

Réus: *Antônio Nogueira e Geraldo Vieira Lima*

Suscitante: *Juízo de Direito da 3ª Vara de Jales-SP*

Suscitado: *Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto — SJ/SP*

EMENTA: Processual Penal. Falso testemunho em reclamação trabalhista.

Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho praticado perante a Justiça do Trabalho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto — SJ/SP, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Ministros Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, Vicente Leal, José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini. Ausente, justificadamente, o Ministro William Patterson.

Brasília, 17 de agosto de 1995 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

Publicado no DJ de 02-10-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Nos autos do inquérito policial instaurado para apurar a prática do crime de falso testemunho ocorrido em reclamação trabalhista proposta contra a Prefeitura Municipal de Uruânia-SP, o MM. Juiz Federal da

1ª Vara de São José do Rio Preto-SP declinou de sua competência em favor da Justiça comum estadual, por não vislumbrar lesão a interesses ou serviços da União, nem ofensa à organização geral do trabalho ou direito dos trabalhadores coletivamente considerados.

Esta última suscitou conflito negativo de competência.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra da Dra. Delza Curvello Rocha, opina pela competência da Justiça Federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Tratando-se de crime de falso testemunho praticado perante a Justiça do Trabalho, a jurisprudência desta Seção é pacífica no sentido de ser competente a Justiça Federal, consoante se pode observar, entre outras, das seguintes ementas:

“Constitucional e Penal. Anotações em CTPS. Competência.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho praticado perante a Justiça do Trabalho.

2. A Justiça Comum do Estado é competente para processar e julgar

gar crime consistente em inserir declaração ideologicamente falsa em CTPS, concernente à relação empregatícia, posto que não envolve bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas.” (CC 7.488-6-RS, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ 15/06/94).

“Competência. Falso testemunho perante Juiz do Trabalho.

1. O crime de falso testemunho em depoimento perante Juiz do

Trabalho atenta contra a administração da Justiça especializada da União Federal. (CF, art. 109, IV).

2. Conflito conhecido, competência do suscitado.” (CC 11.492-6-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 05/06/95).

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto-SP, suscitado.

É o voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 14.508 — SP
(Registro nº 95.0037359-9)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Autora: *Justiça Pública*

Réu: *Mauro Roberto de Almeida*

Suscitante: *Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Catanduva-SP*

Suscitado: *Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto — SJ/SP*

EMENTA: *Processual Penal. Competência. Falso testemunho perante Juiz do Trabalho.*

1. O crime de falso testemunho em depoimento prestado perante Juiz do Trabalho atenta contra a Administração da Justiça Especializada da União.

2. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto-SP, o suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal

de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juí-

zo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto — SJ/SP, o suscitado. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, José Dantas, William Patterson, Cid Flaquer Scartezzini e Adhemar Maciel. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Edson Vidigal e Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 07 de dezembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro ASSIS TOLEDO, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

Publicado no DJ de 11-03-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Mauro Roberto de Almeida foi denunciado pela Procuradoria da República em São Paulo por crime de falso testemunho consumado perante a Justiça do Trabalho — Primeira Junta de Conciliação e Julgamento de Catanduva-SP, no Processo de nº 679/92, onde figurou como reclamante Valdeci Vieira Santana e reclamado Luís Carlos da Silva e outro.

O Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto-SP rejeitou a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal e declinou da competência em prol do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Catanduva-SP. Este, por sua vez, argüiu incompetência e suscitou o presente conflito negativo de competência ao argumento de que:

“Não há motivos para que a eventual ação penal seja processada perante o Juízo Estadual. O crime de falso testemunho tem como objeto jurídico a administração da justiça e se o crime foi cometido, supostamente, em processo da competência dos Tribunais e Juízes Federais, o sujeito passivo do ilícito é a administração da Justiça Federal. Não há razão para crer inexistir interesses da União na demanda vez que o crime foi praticado contra um órgão federal da Justiça, no âmbito de sua competência. Conforme torrencial jurisprudência, os delitos praticados nos autos de reclamação trabalhista são de competência do Juízo Federal, sob pena de ser, posteriormente, declarado nulo **ab initio** o processo.”

O Ministério Público Federal em parecer da Subprocuradoria Geral da República opina pela competência da Justiça Federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Sobre a matéria, assim opinou a ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha:

“Sobre a fixação da competência para julgar o testemunho mendaz, a jurisprudência dessa Colenda Corte é pacífica, firmando-se no seguinte sentido:

“Competência. Falso testemunho perante Juiz do Trabalho.

1. O crime de falso testemunho em depoimento perante juiz do trabalho atenta contra a administração da justiça especializada da União Federal. (CF, art. 109, IV).

2. Conflito conhecido, competência do suscitado.

Por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto/SJ.” (CC nº 11.492, Rel. Min. Edson Vidigal, in DJ 05.06.95)

“Processual Penal. Falso testemunho em Reclamação Trabalhista. Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de

falso testemunho praticado perante a Justiça do Trabalho.” (CC nº 13.406, Rel. Exmo. Sr. Min. Assis Toledo, in DJ 02.10.95)

Assim, diante do exposto, opina o Ministro Público Federal pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o Juízo Federal, ora suscitado. (fls. 77/78)

Adoto e acolho, como fundamento do meu voto, o parecer acima transcrito.

Conheço do conflito e declaro competente o Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto — SJ/SP, o suscitado.

É o voto.

SÚMULA Nº 166

Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Referência:

— Dec.-lei nº 406, de 31.12.68, art. 1º, I, §§ 2º e 6º, e art. 6º, § 2º.

REsp 9.933-0-SP (2ª T 07.10.92 — DJ 26.10.92)

REsp 32.203-4-RJ (1ª T 06.03.95 — DJ 27.03.95)

REsp 36.060-9-MS (1ª T 10.08.94 — DJ 05.09.94)

REsp 37.842-7-SP (2ª T 24.11.93 — DJ 13.12.93)

Primeira Seção, em 14.08.96.

DJ 23.08.96, p. 29.382

RECURSO ESPECIAL Nº 9.933-0 — SP
(Registro nº 91.0006766-0)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Nino Oliveira Toldo e outro*

Recorrida: *Companhia Brasileira de Tratores*

Advogados: *Drs. Alberto Borges Queiroz Mergulhão e outros*

EMENTA: Tributário. ICM. Transferências de mercadorias da filial para a matriz e vice-versa.

I — O simples deslocamento da mercadoria pelo seu proprietário, sem implicar circulação econômica ou jurídica, não legitima a incidência do ICM.

II — Inocorrência de ofensa ao art. 6º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68.

III — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas ta-

quigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Ausente, ocasionalmente, o Senhor Ministro Américo Luz.

Brasília, 07 de outubro de 1992
(data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA
RIBEIRO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 26-10-92.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A Fazenda Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, letra a, da Constituição Federal, contra o v. acórdão do Tribunal de Justiça local que, confirmando a sentença, entendeu ser indevida a exigência de recolhimento do ICM, em hipótese de mero deslocamento físico da mercadoria, como ocorre na transferência da filial para a matriz e vice-versa.

Alega negativa de vigência ao art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68.

Inadmitido (fls. 97-98), foi o recurso processado em face do provimento do agravo (fls. 106).

Com contra-razões (fls. 116-122), subiram os autos que me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao confirmar a sentença, que julgou procedente ação declaratória proposta por contribuinte do ICM, visando ao reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária entre ela e

a ré quanto à transferência de mercadorias da filial para matriz e vice-versa, argumentou o acórdão recorrido (fls. 80-81):

“Em hipótese de mero deslocamento físico da mercadoria, como ocorre na transferência da filial para a matriz e vice-versa, indevida é a existência do imposto, visto incorrer aí a circulação econômica ou jurídica. Nesse sentido alinha-se a doutrina (**José Souto Maior Borges, in RDA v. 103, página 42**), bem como a jurisprudência de nossos Pretórios (RDA 114/71; RTJ 104/284, 105/164 e 113/28; RJTJESP 101/113). Tal orientação não impede que cada estabelecimento da empresa mantenha uma escrituração fisco-contábil, de molde a permitir o exercício regular da fiscalização, em consonância do que rezam os arts. 6º, § 2º, do Decreto-lei nº 406, de 1968, e 9º, § 1º, da Lei Estadual nº 440/74”.

Como se depreende, o transcrito decisório não negou vigência ao art. 6º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68. A propósito, decidiu a Segunda Turma do Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 93.523-AM, de que foi Relator o eminente Ministro Cordeiro Guerra, na consonância da seguinte ementa (RTJ 105/164):

“O simples deslocamento físico da mercadoria pelo seu proprietário, sem circulação econômica ou jurídica, não legitima a incidência do ICM.

Recurso extraordinário não conhecido”.

Isto posto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.203-4 — RJ

(Registro nº 93.0003542-8)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Bob's Indústria e Comércio Ltda.*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Fernando Alberto de Santana e outros, e Hugo Maurício Sigelmann e outro*

EMENTA: Tributário — ICM — Transferência de mercadoria da fábrica para as lojas — Decreto-Lei 406/68 (arts. 1º, I, e 2º, § 6º).

1. O simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para o outro, do mesmo contribuinte, sem tipificar ato de mercancia, não legitima a incidência do ICM.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de março de 1995 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 27-03-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Trata-se de Recurso Especial, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, malferindo o v. aresto do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“ICM.

Repetição de indébito.

Sem a prova da transferência para o contribuinte de fato não terá êxito a pretensão de restituição.

Inocorrência de coisa julgada pois o tributo é de período anterior, não abrangido pelo pronunciamento jurisdicional” (fl. 178).

Sustenta, em síntese, a Recorrente violação ao artigo 166, do Código Tributário Nacional, contrariedade ao artigo 1º, § 1º, inciso I, do Decreto-Lei 406/68, bem como divergência com julgados da Suprema Corte.

Disse o Recorrido, em suas contra-razões, que a prova da não transferência do ônus está ausente dos autos, afastando assim o conhecimento do Recurso. Além disso o paradigma apresentado não destoa da Súmula 546/STF.

O recurso foi admitido nos seguintes termos:

“6. No que respeita ao permissivo da alínea **a**, observa-se que somente a matéria referente à transferência e pagamento do tributo é que restou ventilada e que pertine ao apelo especial, já que a Recorrente cuida, ainda, da ocorrência de coisa julgada, com violação a dispositivo constitucional (matéria estranha ao presente recurso) e a Planos econômicos de tabelamento de preços, sobre os quais não versou o Julgado em tela, não tendo sido interpostos sequer embargos de declaração.

7. No tocante ao permissivo da alínea **c** (dissídio jurisprudencial) este apresentou-se bem evidenciado, desde a peça exordial e ainda nesse derradeiro apelo” (fl. 224).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Em ação de repetição de indébito, no horizonte recursal, como renunciado no relatório, descortina-se inconformismo com o v. acórdão sumariado na seguinte ementa:

“Repetição de indébito.

Sem a prova da transferência para o contribuinte de fato não terá êxito a pretensão de restituição.

Inocorrência de coisa julgada pois o tributo é de período anterior, não abrangido pelo pronunciamento jurisdicional”.

As afirmações recursais, além do dissídio jurisprudencial, estão arriçadas na coisa julgada e que houve contrariedade ao art. 166, CTN, e ao art. 1º, parágrafo 1º, I, Decreto-Lei 406/68, sustentando o cabimento do recurso no art. 105, III, **a, c**, Constituição Federal.

Nos limites objetivos da admissibilidade reconhecida (fls. 223 a 225), decisão irrecorrida, prende-se o exame do recurso, cujos antecedentes foram assim noticiados:

omissis

“3. Nas operações de transferências das mercadorias do estabelecimento — fábrica para os estabelecimentos — lojas localizadas no Rio de Janeiro, a Requerente, por exigência do Fisco Estadual, era obrigada a efetuar o paga-

mento do ICM (Imposto de Circulação de Mercadorias), calculado sobre o valor das mercadorias transferidas”.

.....
“5. Em síntese, a pretensão fazendária ofendia as disposições do art. 23, II, da Constituição Federal precedente e do art. 1º, I, do Decreto-Lei 406/68. É que, de acordo com tais dispositivos, o ICM não era devido por não haver circulação econômica das mercadorias, visto que as mesmas não mudaram de dono ou de possuidor quando da transferência”.

Como foi alçado, o fulcro da questão prende-se em saber se ocorre o fato gerador do ICM na transferência das mercadorias do estabelecimento central — fábrica —, do mesmo contribuinte para as suas lojas de venda no varejo, localizadas na mesma cidade.

Nessa perspectiva, com os olhos de bem se ver, no caso, aconteceu simples deslocamento de um estabelecimento para os outros da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, configurando operações, da fábrica para as lojas, sem a natureza de ato mercantil: ocorreu simples movimentação do produto acabado para a venda, sem a aludida operação, que, se evidenciasse a circulação econômica, então, consubstanciaria o fato gerador do ICM (art. 1º, § 1º, I, Dec.-Lei 406/68).

Desse modo, não se constituindo operação econômica tributável a

transferência dos produtos acabados às lojas que suportam o respectivo encargo tributário, descabe a exigência fiscal aprisionada à multicidada operação. A incidência estaria legitimada pela legalidade, caso o primeiro estabelecimento agisse autonomamente comercializando os produtos da sua fabricação. Quanto ao tema, os precedentes abonam as considerações feitas; p. exemplo:

— “Tributário. ICM. Transferência de mercadorias da filial para a matriz e vice-versa.

I — O simples deslocamento da mercadoria pelo seu proprietário, sem implicar circulação econômica ou jurídica, não legitima a incidência do ICM.

II — Inocorrência de ofensa ao art. 6º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68.

III — Recurso Especial não conhecido” (REsp 9.933-SP — Rel. Min. Pádua Ribeiro).

— “Tributário. ICMS. Transferência de mercadorias da filial para a matriz.

I — O simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro, do mesmo contribuinte, sem tipificar ato de mercancia, não legitima a incidência do ICMS.

II — Precedentes do Excelso Pretório e desta Corte.

III — Agravo Regimental improvido” (Ag. Reg. 10.998-0-MG — 1ª Turma STJ — julgado em 05.05.93).

Confluyente ao exposto, nos limites objetivos do exame admitido, no caso, reconhecendo a não incidência do questionado ICM no deslocamento fi-

sico da fábrica para as lojas que assumiram o conseqüente encargo financeiro, voto provendo o recurso. É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.060-9 — MS

(Registro nº 93.0016947-5)

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

Recorrente: *Cimento Tupi S/A*

Recorrido: *Estado de Minas Gerais (Fazenda Estadual)*

Advogados: *Drs. George Eduardo Ripper Vianna e outros, e Izabel Rodrigues de Souza e outros*

Sustentação Oral: *Dr. Hugo Sigelmann, pelo recorrente*

EMENTA: *Tributário — ICMS — Transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro, do mesmo titular — Ilegitimidade.*

1. O deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro não configura circulação econômica, em ordem a ensejar imposição tributária relativa ao ICMS. Para que incida o ICM é necessária a prática de negócio jurídico mercantil. Precedentes.

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 ao recurso. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 10 de agosto de 1994 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 05-09-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Cuida-se de recurso especial interposto por Cimento Tupi S.A., com amparo nas alíneas a e c do permissivo, contra

acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, lavrado nos termos seguintes:

“Mandado de Segurança — Imposto de Circulação de Mercadorias — Transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular — Fato econômico tributável — Base de cálculo — Inteligência do art. 21, I e II do Decreto 24.224/84 — Observação da ordem seqüencial — Ocorrência — Ausência de ilegalidade — Apelo desprovido.” (fls. 127/128).

A recorrente argumenta com vulneração ao art. 2º, I, do Decreto-Lei 406/68 e dissídio pretoriano.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O acórdão recorrido entendeu que a transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular, situado em Estado diverso, expressa operação econômica tributável, a ensejar a cobrança de ICMS.

A recorrente afirma que o mero deslocamento físico da mercadoria não configura circulação econômica, pelo que ilegítima a imposição tributária.

A questão resta superada na jurisprudência das duas Turmas especializadas que compõem a Primeira Seção. É o que deflui das decisões a seguir ementadas:

“Tributário — ICMS — Transferência de mercadorias da filial para a matriz.

1. O simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro, do mesmo contribuinte, sem tipificar ato de mercancia, não legitima a incidência do ICMS.

2. Precedentes do Excelso Pretório e desta Corte.

3. Agravo regimental improvido.” (AGA 10.998, DJ 07-06-93, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, no mesmo sentido: REsp 9.916, DJ 02-08-93).

“Tributário — ICM — Transferência de produtos industrializados do estabelecimento matriz à filial.

I — Já decidiu ambas as Turmas que compõem a Egrégia Primeira Seção desta Corte, no sentido da não incidência do ICMS no caso de simples transferência de mercadorias do estabelecimento matriz para a filial da mesma empresa. Precedentes.

II — Recurso conhecido e provido, com remessa dos autos ao Pretório Excelso.” (REsp 37.842, DJ de 13-12-93, Rel. Min. José de Jesus. Na mesma trilha: REsp 9.933-0, DJ 26-10-92, Rel. Min. Pádua Ribeiro).

Com efeito, para que incida o ICM é necessária a prática de negócio jurídico mercantil. Negócio que pressupõe a existência de mais de uma pessoa.

Dou provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, esta questão que foi posta tem sido debatida não só nesta Turma como na egrégia Segunda Turma, e também na Seção. São três hipóteses distintas: uma se refere à transferência de matéria-prima da matriz para a filial para manufaturar determinado produto; a segunda, quando se transfere de um Estado para outro, da matriz para a filial, o produto já manufaturado, mas sem a operação de mercancia; a terceira, quando produzido em um Estado e o comprador é de outro e a mercadoria é transferida para o Estado onde está domiciliado o comprador.

No Agravo no REsp nº 8.063-MG, julgamos uma das hipóteses, ficando o acórdão assim ementado: (lê)

“Se em Minas Gerais
.....
Recurso não conhecido”.

No Agravo nº 10.998, também por mim relatado, sintetizei assim o julgado: (lê)

“Tributário. Transferência. ...
..... desta Corte”.

Na linha destes precedentes e consentâneo com o caso concreto, pelo que apreendi, não há engano neste aspecto, porque houve o deslocamento de mercadoria de um estabelecimento a outro, mas do mesmo contribuinte, sem o ato de mercancia, quer dizer, sem a compra e venda. Portanto, no caso, não há operação de mercancia, conforme definida na lei.

Sendo assim, acompanho, no caso concreto, o eminente Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, tenho voto no sentido de que, para haver a saída, precisa haver a saída física e a jurídica. Neste caso, disse o Eminentíssimo Relator que o cimento saiu de um estabelecimento comercial e deu entrada em um outro estabelecimento comercial. Então, não houve a venda. Portanto, não houve circulação de mercadoria.

Acompanho o Eminentíssimo Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.842-7 — SP
(Registro nº 93.0023043-3)

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

Recorrente: *Mitutoyo do Brasil Indústria e Comércio Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Eliete de Luca Miranda e outros, e Maria Mafalda Tinti*

EMENTA: *Tributário. ICM. Transferência de produtos industrializados do estabelecimento matriz à filial.*

I — Já decidiram ambas as Turmas que compõem a egrégia Primeira Seção desta Corte, no sentido da não incidência do ICMS no caso de simples transferência de mercadorias do estabelecimento matriz para a filial da mesma empresa. Precedentes.

II — Recurso conhecido e provido, com remessa dos autos ao Pretório Excelso.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Pádua Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

Publicado no DJ de 13-12-93.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de recurso especial interposto por Mitutoyo do Brasil Indústria e Comércio Ltda., com fundamento no art. 105, III, alíneas a e c, do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pela Décima Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou mandado de segurança impetrado com o objetivo de excluir a incidência de ICM na transferência de produtos industrializados do estabelecimento matriz para a filial.

Sustenta a recorrente, em síntese, violação ao princípio da não cumulatividade do imposto em tela, previsto no art. 23, II, da Magna Carta anterior (atual 155, I, § 2º) e Decreto-

lei nº 406/68, bem como divergência jurisprudencial.

Às fls. 211/224, recurso extraordinário.

Admitidos ambos os recursos, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A matéria já é conhecida desta Corte, estando pacificada pelas duas Turmas que compõem a egrégia Primeira Seção, no sentido da não incidência do ICMS no caso de simples transferência de mercadorias da filial para a matriz e vice-versa.

É o que se colhe, por exemplo, dos seguintes precedentes:

“Tributário. ICM. Transferências de mercadorias da filial para a matriz e vice-versa.

1. O simples deslocamento da mercadoria pelo seu proprietário, sem implicar circulação econômi-

ca ou jurídica, não legitima a incidência do ICM.

2. Inocorrência de ofensa ao art. 6º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 9.933-SP, Rel. Ministro Pádua Ribeiro, in DJ de 26.10.92)

“Tributário — ICM — Transferência de matéria-prima da matriz para a filial — Decreto-lei 406/68 — Art. 23, II, C.F.

1. A simples movimentação de matéria-prima do estabelecimento matriz para a filial do mesmo contribuinte, como fase preparatória de manufatura, sem tipificar ato de mercancia (ato mercantil), por si, não legitima a incidência do ICM.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso improvido.” (REsp nº 9.916-0/SP, Rel. Ministro Milton Pereira, in DJ de 02.08.93, pág. 14.215).

Isto posto, por compartilhar da mesma linha jurisprudencial é que conheço do recurso e dou-lhe provimento e determino a remessa dos autos ao Pretório Excelso.

É o meu voto.

A

- PrCv Acórdão paradigma de Turma ou Seção que já perdeu a competência para a matéria — **Embargos de divergência** — Súmula nº 158. RSTJ 86/193.
- Trbt Aeronave — Importação — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Incidência — Pessoa física — Uso próprio — Súmula nº 155. RSTJ 86/113.

B

- Trbt Bares — Restaurantes — Estabelecimentos similares — Fornecimento de mercadorias — Prestação de serviços — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Fato gerador — Súmula nº 163. RSTJ 86/301.
- Pv **Benefício acidentário** — Cálculo — Remuneração variável — Súmula nº 159. RSTJ 86/213.
- Trbt Bens salvados de sinistros — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Incidência — Segurador — Venda. Súmula nº 152. RSTJ 86/41.

C

- Pv Cálculo — **Benefício acidentário** — Remuneração variável — Súmula nº 159. RSTJ 86/213.
- Trbt Cobrança pelo município — Ilegitimidade — **Taxa de renovação de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial**. Súmula nº 157. RSTJ 86/163.
- PrPn **Competência** — Crime de contrabando ou descaminho — Justiça Federal — Súmula nº 151. RSTJ 86/17.
- PrPn **Competência** — Crime de falso testemunho — Processo trabalhista — Justiça Federal — Súmula nº 165. RSTJ 86/413.

- PrCv **Competência** — Falecimento do titular — Justiça Estadual — PIS — PASEP — FGTS — Levantamento — Autorização — Súmula nº 161. RSTJ 86/267.
- Trbt Correção monetária — Incidência — Pagamento indevido — **Repetição do indébito** — Súmula nº 162. RSTJ 86/281.
- PrPn Crime de contrabando ou descaminho — **Competência** — Justiça Federal — Súmula nº 151. RSTJ 86/17.
- PrPn Crime de falso testemunho — Processo trabalhista — **Competência** — Justiça Federal — Súmula nº 165. RSTJ 86/413.

D

- Pn Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º — Prefeito municipal — Extinção do mandato — **Responsabilidade penal** — Súmula nº 164. RSTJ 86/373.

E

- PrCv **Embargos de divergência** — Acórdão paradigma de Turma ou Seção que já perdeu a competência para a matéria — Súmula nº 158. RSTJ 86/193.
- PrCv **Execução fiscal** — Desistência — Sucumbência — Encargos — Súmula nº 153. RSTJ 86/59.

F

- PrCv Falecimento do titular — **Competência** — Justiça Estadual — PIS — PASEP — FGTS — Levantamento — Autorização — Súmula nº 161. RSTJ 86/267.
- Trbt Fornecimento de mercadorias — Prestação de serviços — Bares — Restaurantes — Estabelecimentos similares — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Fato gerador — Súmula nº 163. RSTJ 86/301.
- Adm **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** — Optantes — Juros — Taxa progressiva — Lei nº 5.107/66, art. 4º — Lei nº 5.958/73 — Súmula nº 154. RSTJ 86/83.

I

- Trbt **Importação — Aeronave — Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Incidência — Pessoa física — Uso próprio — Súmula nº 155. RSTJ 86/113.**
- Trbt **Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) — Atualização por decreto — Município — Súmula nº 160. RSTJ 86/227.**
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Fato gerador — Bares — Restaurantes — Estabelecimentos similares — Fornecimento de mercadorias — Prestação de serviços — Súmula nº 163. RSTJ 86/301.**
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Incidência — Aeronave — Importação — Pessoa física — Uso próprio — Súmula nº 155. RSTJ 86/115.**
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Incidência — Bens salvados de sinistros — Segurador — Venda. Súmula nº 152. RSTJ 86/41.**
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — Não incidência — Mercadoria — Deslocamento de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte — Súmula nº 166. RSTJ 86/423.**
- Trbt **Imposto Sobre Serviços (ISS) — Incidência — Serviço de composição gráfica — Súmula nº 156. RSTJ 86/135.**

J

- Adm **Juros — Taxa progressiva — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) — Optantes — Lei nº 5.107/66, art. 4º — Lei nº 5.958/73 — Súmula nº 154. RSTJ 86/83.**
- PrCv **Justiça Estadual — Competência — Falecimento do titular — PIS — PASEP — FGTS — Levantamento — Autorização — Súmula nº 161. RSTJ 86/267.**
- PrPn **Justiça Federal — Competência — Crime de contrabando ou descaminho — Súmula nº 151. RSTJ 86/17.**
- PrPn **Justiça Federal — Competência — Crime de falso testemunho — Processo trabalhista — Súmula nº 165. RSTJ 86/413.**

L

- Adm Lei nº 5.107/66, art. 4º — **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** — Optantes — Juros — Taxa progressiva — Lei nº 5.958/73 — Súmula nº 154. RSTJ 86/83.
- Adm Lei nº 5.958/73 — **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** — Optantes — Juros — Taxa progressiva — Lei nº 5.107/66, art. 4º — Súmula nº 154. RSTJ 86/83.

M

- Trbt Mercadoria — Deslocamento de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Não incidência — Súmula nº 166. RSTJ 86/423.
- Trbt Município — **Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU)** — Atualização por decreto — Súmula nº 160. RSTJ 86/227.

P

- Trbt Pessoa física — Uso próprio — Aeronave — Importação — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Incidência — Súmula nº 155. RSTJ 86/113.
- PrCv PIS — PASEP — FGTS — Levantamento — Autorização — **Competência** — Falecimento do titular — Justiça Estadual — Súmula nº 161. RSTJ 86/267.
- Pn Prefeito municipal — Extinção do mandato — Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º — **Responsabilidade penal** — Súmula nº 164. RSTJ 86/373.

R

- Pv Remuneração variável — **Benefício acidentário** — Cálculo — Súmula nº 159. RSTJ 86/213.
- Trbt **Repetição do indébito** — Correção monetária — Incidência — Pagamento indevido — Súmula nº 162. RSTJ 86/281.
- Pn **Responsabilidade penal** — Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º — Prefeito municipal — Extinção do mandato — Súmula nº 164. RSTJ 86/373.

S

- Trbt Segurador — Bens salvados de sinistros — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Incidência — Venda. Súmula nº 152. RSTJ 86/41.
- Trbt Serviço de composição gráfica — **Imposto Sobre Serviços (ISS)** — Incidência — Súmula nº 156. RSTJ 86/135.
- PrCv Sucumbência — Encargos — **Execução fiscal** — Desistência — Súmula nº 153. RSTJ 86/59.
- PrPn Súmula nº 151-STJ — **Competência** — Crime de contrabando ou descaminho — Justiça Federal. RSTJ 86/17.
- Trbt Súmula nº 152-STJ — Bens salvados de sinistros — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Incidência — Segurador — Venda. RSTJ 86/41.
- PrCv Súmula nº 153-STJ — **Execução fiscal** — Desistência — Sucumbência — Encargos. RSTJ 86/59.
- Adm Súmula nº 154-STJ — **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** — Optantes — Juros — Taxa progressiva — Lei nº 5.107/66, art. 4º — Lei nº 5.958/73. RSTJ 86/83.
- Trbt Súmula nº 155-STJ — Aeronave — Importação — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Incidência — Pessoa física — Uso próprio. RSTJ 86/113.
- Trbt Súmula nº 156-STJ — **Imposto Sobre Serviços (ISS)** — Incidência — Serviço de composição gráfica. RSTJ 86/135.
- Trbt Súmula nº 157-STJ — Cobrança pelo município — Ilegitimidade — **Taxa de renovação de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial**. RSTJ 86/163.
- PrCv Súmula nº 158-STJ — Acórdão paradigma de Turma ou Seção que já perdeu a competência para a matéria — **Embargos de divergência**. RSTJ 86/193.
- Pv Súmula nº 159-STJ — **Benefício acidentário** — Cálculo — Remuneração variável. RSTJ 86/213.
- Trbt Súmula nº 160-STJ — **Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU)** — Atualização por decreto — Município. RSTJ 86/227.
- PrCv Súmula nº 161-STJ — **Competência** — Falecimento do titular — Justiça Estadual — PIS — PASEP — FGTS — Levantamento — Autorização. RSTJ 86/267.

- Trbt Súmula nº 162-STJ — Correção monetária — Incidência — Pagamento indevido — **Repetição do indébito**. RSTJ 86/281.
- Trbt Súmula nº 163-STJ — Bares — Restaurantes — Estabelecimentos similares — Fornecimento de mercadorias — Prestação de serviços — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Fato gerador. RSTJ 86/301.
- Pn Súmula nº 164-STJ — Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º — Prefeito municipal — Extinção do mandato — **Responsabilidade penal**. RSTJ 86/373.
- PrPn Súmula nº 165-STJ — **Competência** — Crime de falso testemunho — Processo trabalhista — Justiça Federal. RSTJ 86/413.
- Trbt Súmula nº 166-STJ — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Não incidência — Mercadoria — Deslocamento de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. RSTJ 86/423.

T

- Trbt **Taxa de renovação de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial** — Cobrança pelo município — Ilegitimidade — Súmula nº 157. RSTJ 86/163.

V

- Trbt Venda — Bens salvados de sinistros — **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** — Incidência — Segurador — Súmula nº 152. RSTJ 86/41.

I — JURISPRUDÊNCIA

SÚMULA Nº 151

CC	9.075-0-PR	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 86/19
CC	11.067-0-PR	Rel. Min. Adhemar Maciel	RSTJ 86/21
CC	11.236-2-PR	Rel. Min. Anselmo Santiago	RSTJ 86/26
CC	12.257-0-PR	Rel. Min. Vicente Leal	RSTJ 86/27
CC	13.278-9-PR	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 86/31
CC	13.483-8-PR	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 86/33
CC	13.522-2-PR	Rel. Min. Jesus Costa Lima	RSTJ 86/34
CC	13.767-5-PR	Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro	RSTJ 86/37

SÚMULA Nº 152

REsp	45.911-5-SP	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 86/43
REsp	30.973-0-RJ	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 86/48
REsp	43.689-3-RJ	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 86/50
REsp	45.911-7-SP	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 86/54

SÚMULA Nº 153

REsp	7.361-0-SP	Rel. Min. Ilmar Galvão	RSTJ 86/61
REsp	7.816-0-SP	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 86/63
REsp	8.589-0-SP	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 86/65
REsp	17.102-0-SP	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 86/67
REsp	19.085-0-SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 86/69
REsp	31.961-8-RJ	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 86/73
REsp	46.952-0-SP	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..	RSTJ 86/76
REsp	61.351-5-SP	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 86/78
REsp	64.175-6-SP	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 86/80

SÚMULA Nº 154

AgRg no Ag	48.996-5-RJ	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 86/85
REsp	11.254-0-PE	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 86/86
REsp	11.445-0-MG	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 86/90
REsp	26.872-6-RJ	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 86/94
REsp	39.052-4-RJ	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..	RSTJ 86/97
REsp	41.060-6-RJ	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 86/99

REsp	41.152-1-RJ	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 86/101
REsp	41.956-5-RJ	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 86/103
REsp	48.023-0-RJ	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 86/107

SÚMULA Nº 155

REsp	21.559-0-SP	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 86/115
REsp	30.573-0-SP	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 86/120
REsp	30.655-7-SP	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 86/123
REsp	37.648-3-SP	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 86/127
REsp	53.569-7-SP	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 86/130

SÚMULA Nº 156

REsp	1.235-0-SP	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 86/137
REsp	5.808-0-SP	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..	RSTJ 86/140
REsp	18.992-0-SP	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 86/143
REsp	33.414-0-SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 86/146
REsp	37.548-7-SC	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 86/149
REsp	37.967-9-SP	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 86/154
REsp	44.892-1-SP	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 86/158
REsp	61.914-9-RS	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 86/160

SÚMULA Nº 157

REsp	2.714-0-SP	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 86/165
REsp	39.308-6-SP	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..	RSTJ 86/169
REsp	41.182-3-SP	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 86/171
REsp	50.679-4-ES	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 86/174
REsp	50.961-0-SP	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 86/178
REsp	52.317-6-SP	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 86/180
REsp	56.136-1-RJ	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 86/182
REsp	56.270-8-RJ	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 86/186
REsp	66.795-0-RJ	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 86/188

SÚMULA Nº 158

AgRg nos			
EREsp	42.280-0-RJ	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 86/195
EREsp	35.314-3-SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 86/197
EREsp	43.239-6-SP	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 86/200
EREsp	50.442-0-SP	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 86/210

SÚMULA Nº 159

EREsp	50.722-1-SP	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 86/215
EREsp	53.423-7-SP	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 86/217
REsp	43.787-0-SP	Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini	RSTJ 86/220

REsp	60.790-0-SP	Rel. Min. William Patterson	RSTJ 86/222
REsp	69.177-0-SP	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 86/224

SÚMULA Nº 160

REsp	3.188-0-PR	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 86/229
REsp	5.395-0-PA	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 86/234
REsp	11.266-0-CE	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 86/239
REsp	21.776-7-MS	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 86/243
REsp	29.295-9-MS	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 86/245
REsp	35.117-4-RS	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 86/249
REsp	36.902-9-MG	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 86/253
REsp	37.029-9-RS	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 86/255
REsp	47.230-0-RS	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..	RSTJ 86/258
REsp	49.022-7-MG	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 86/262

SÚMULA Nº 161

CC	4.142-8-AL	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 86/269
CC	7.594-7-SC	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 86/271
CC	8.417-2-SC	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 86/273
CC	8.457-1-SC	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 86/275
CC	8.852-6-SC	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..	RSTJ 86/277
CC	10.912-4-SP	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 86/279

SÚMULA Nº 162

REsp	62.153-4-SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 86/283
REsp	67.282-0-SP	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..	RSTJ 86/285
REsp	68.117-0-SP	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 86/286
REsp	69.597-0-SP	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 86/288
REsp	70.382-0-SP	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 86/291
REsp	71.030-0-SP	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 86/294
REsp	72.648-0-SP	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 86/296
REsp	74.519-0-SP	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 86/297

SÚMULA Nº 163

AgRg no Ag	65.932-0-RJ	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 86/303
EResp	24.193-4-SP	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 86/305
EResp	38.315-1-RS	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 86/319
EResp	45.407-5-SP	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 86/327
REsp	26.082-0-SP	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 86/332
REsp	45.576-6-SP	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 86/353
REsp	61.355-8-SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 86/362
REsp	61.771-5-PR	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 86/368

SÚMULA Nº 164

HC	969-0-RS	Rel. Min. Costa Leite	RSTJ 86/375
HC	3.112-1-MG	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 86/377
HC	3.261-6-CE	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 86/380
HC	3.404-0-PA	Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro	RSTJ 86/381
REsp	38.469-9-SC	Rel. Min. Vicente Leal	RSTJ 86/383
REsp	46.748-9-MG	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 86/387
REsp	52.803-8-RS	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 86/390
REsp	54.827-6-RS	Rel. Min. Jesus Costa Lima	RSTJ 86/401
REsp	57.736-5-MG	Rel. Min. Anselmo Santiago	RSTJ 86/410

SÚMULA Nº 165

CC	7.488-6-RS	Rel. Min. Jesus Costa Lima	RSTJ 86/415
CC	11.492-6-SP	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 86/417
CC	13.406-0-SP	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 86/418
CC	14.508-0-SP	Rel. Min. Anselmo Santiago	RSTJ 86/420

SÚMULA Nº 166

REsp	9.933-0-SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 86/425
REsp	32.203-4-RJ	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 86/427
REsp	36.060-9-MS	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..	RSTJ 86/430
REsp	37.842-7-SP	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 86/433

ABREVIATURAS E SIGLAS

Sigla	Nome
AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg na APn	Agravo Regimental na Ação Penal
AgRg na AR	Agravo Regimental na Ação Rescisória
AgRg na MC	Agravo Regimental na Medida Cautelar
AgRg na Pet	Agravo Regimental na Petição
AgRg na Rcl	Agravo Regimental na Reclamação
AgRg na Rp	Agravo Regimental na Representação
AgRg na RvCr	Agravo Regimental na Revisão Criminal
AgRg na SS	Agravo Regimental na Suspensão de Segurança
AgRg no Ag	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg no AgRg no Ag	Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg no CAAt	Agravo Regimental no Conflito de Atribuições
AgRg no CC	Agravo Regimental no Conflito de Competência
AgRg no HC	Agravo Regimental no Habeas Corpus
AgRg no Inq	Agravo Regimental no Inquérito
AgRg no MI	Agravo Regimental no Mandado de Injunção
AgRg no MS	Agravo Regimental no Mandado de Segurança
AgRg no Prc	Agravo Regimental no Precatório
AgRg no REsp	Agravo Regimental no Recurso Especial
AgRg no RHC	Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus

AgRg no RMS	Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança
AgRg nos EDcl no HC	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus
AgRg nos EDcl no RHC	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso em Habeas Corpus
AgRg nos EREsp	Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial
AI no RMS	Argüição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado de Segurança
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CTN	Código Tributário Nacional
Cm	Comercial
Com	Comunicação
Ct	Constitucional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente

EDcl e AgRg no REsp	Embargos de Declaração e Agravo Regimental no Recurso Especial
EDcl na MC	Embargos de Declaração na Medida Cautelar
EDcl na Rp	Embargos de Declaração na Representação
EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no CAT	Embargos de Declaração no Conflito de Atribuições
EDcl no CC	Embargos de Declaração no Conflito de Competência
EDcl no HC	Embargos de Declaração no Habeas Corpus
EDcl no MS	Embargos de Declaração no Mandado de Segurança
EDcl no REsp	Embargos de Declaração no Recurso Especial
EDcl no RHC	Embargos de Declaração no Recurso em Habeas Corpus
EDcl no RMS	Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança
EDcl nos EDcl na IF	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração na Intervenção Federal
EDcl nos EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl nos EDcl no REsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
EDcl nos EREsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Recurso Especial
EI	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
HC	Habeas Corpus
HD	Habeas Data
IExec na APn	Incidente de Execução na Ação Penal

IF	Intervenção Federal
Inq	Inquérito
IUJ no AgRg no Ag	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
IUJ no REsp	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso Especial
LC	Lei Complementar
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RE	Petição de Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RHD	Petição de Recurso Ordinário em Habeas Data
RMI	Petição de Recurso Ordinário em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula
SS	Suspensão de Segurança
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

LEX — JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA — editada pela Lex Editora S/A	nº 1
REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO — editada pela Fundação Getúlio Vargas	nº 2
REVISTA LTr — editada pela LTr Editora Ltda.	nº 3
JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA — editada pela Juruá Editora Ltda.	nº 4
JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES — editada por Jurid Vellenich Ltda.	nº 5
REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DF E DOS TERRITÓRIOS	nº 6
REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	nº 7
REVISTA JURÍDICA MINEIRA — editada pela Interlivros de Minas Gerais Ltda.	nº 8
REVISTA JURÍDICA — editada pela Editora Síntese Ltda.	nº 9
JULGADOS DO TRIBUNAL DE ALÇADA DO RIO GRANDE DO SUL	nº 10
REVISTA DE PROCESSO — editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda.	nº 11
REVISTA DE DIREITO CIVIL — editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda.	nº 12
REVISTA DOS TRIBUNAIS — editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda.	nº 13
REVISTA DE DIREITO PÚBLICO — editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda.	nº 14
REVISTA CIÊNCIA JURÍDICA — editada pela Editora Ciência Jurídica	nº 15
REVISTA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA — editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	nº 16

REVISTA DE JULGADOS DO TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS	nº 17
JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE — editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina	nº 18
REVISTA SÍNTESE TRABALHISTA — editada pela Editora Síntese Ltda.	nº 19
LEX — JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO — editada pela Lex Editora S/A	nº 20
REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO — editada pela Lex Editora S/A	nº 21
LEX — JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — editada pela Lex Editora S/A	nº 22
REVISTA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL — editada pela LTr Editora Ltda.	nº 23
REVISTA FORENSE — editada pela Editora Forense	nº 24
REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS — editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda.	nº 25
SÉRIE — JURISPRUDÊNCIA ADCOAS	nº 26
REVISTA ATA — ARQUIVOS DOS TRIBUNAIS DE ALÇADA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — editada pela Editora Espaço Jurídico	nº 27
REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO — editada pela Livraria do Advogado Ltda.	nº 28
REVISTA DE DIREITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	nº 29
GENESIS — REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO — editada pela Genesis Editora	nº 30
DECISÓRIO TRABALHISTA — editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda.	nº 31
REVISTA DE JULGADOS E DOCTRINA DO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO	nº 32
REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO	nº 33
LEX — JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS — editada pela Lex Editora S/A	nº 34
REVISTA DE DIREITO RENOVAR — editada pela Editora Renovar Ltda.	nº 35

Impresso pelo Depto Gráfico do
CENTRO DE ESTUDOS VIDA E CONSCIÊNCIA EDITORA LTDA
R. Santo Irineu, 170 / F.: 549-8344

