

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO
DE INSTRUMENTO N. 268.044 – RJ**

(Registro n. 99.00960319-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Agravante: Município do Rio de Janeiro
Advogado: Eduardo Braga Tavares Paes
Agravado: Agro Imobiliária Primavera S/A
Advogados: Ruy Meireles Magalhães e outro

EMENTA: Processual Civil – Agravo – Tombamento – Indenização – Possibilidade – Acórdão que dissente da jurisprudência do STJ – Recurso especial provido (art. 557, § 1^a-A, do CPC) – Decisão monocrática mantida.

1. Nega-se provimento ao regimental, quando, em suas razões, o agravante não logra infirmar os fundamentos da decisão agravada, no sentido de que o acórdão recorrido adotara orientação contrária à jurisprudência desta Corte, ensejando o provimento do recurso especial, na forma do disposto no art. 557, § 1^a-A, do CPC.

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Nancy Andrighi e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 4 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

Publicado no DJ de 28.8.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Ao examinar o agravo regimental

interposto por Agro Imobiliária Primavera Ltda, em juízo de retratação, certa de que configurado o dissídio jurisprudencial, conheci do recurso, pela letra c, e dei provimento ao especial, na forma do disposto no art. 557, § 1^a-A, do CPC, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que fosse re julgada a causa, considerando-se válido o pedido de indenização de que se cuida (decisão de fls. 232/235).

Inconformado, o Município do Rio de Janeiro maneja novo agravo, argüindo que, além de deduzir pela ilegitimidade da indenização em caso de tombamento, o Tribunal **a quo** analisou os demais requisitos ensejadores da reparação, concluindo pela inoportunidade de apossamento administrativo, equiparável à desapropriação indireta; de depreciação do valor dos imóveis; e, finalmente, que o tombamento não acarretara despesas extras para a empresa. Assim, seria despicienda a deliberação acerca da matéria já julgada.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Ao entender que não cabia indenização por tombamento, para proteção do patrimônio histórico, por ocorrer apenas limitação ao uso da propriedade; porque o tombamento não constitui apossamento administrativo, equiparado à desapropriação indireta; e, finalmente, pela inexistência de previsão legal de indenização nesta hipótese, o acórdão fustigado expressou entendimento contrário à jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de que a restrição ao uso da propriedade particular, imposta pelo Estado, ainda que não configure apossamento administrativo, dá ensejo à indenização, na medida em que esvazia o conteúdo econômico da propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem.

São exemplos dessa orientação, além do precedente citado na decisão impugnada, REsp n. 28.239-SP, os seguintes arestos, de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, cujos acórdãos consignaram por suas ementas:

“Administrativo. Desapropriação indireta. Declaração de utilidade pública. Florestas nativas declaradas de preservação permanente. Limitação administrativa. Recurso provido por decisão do Relator.

I – A criação da reserva florestal “Parque Marumbi” não importou em apossamento administrativo, no entanto, esvaziou o conteúdo

econômico da propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem.

II – ‘Deixar de indenizar as florestas seria punir quem as preservou, homenageando aqueles que as destruíram’ (REsp n. 77.359/Humberto).” (REsp n. 188.781-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, por maioria, DJ de 29.11.1999, p. 125).

“Recurso especial. Administrativo e Civil. Leis Estaduais n. 898/1975, 1.172/1976. Preservação ambiental. Restrição ao uso da propriedade particular. Ação de indenização por desapropriação. Prescrição vintenária. Recurso desprovido.

1. A jurisprudência vem firmando o entendimento de que as restrições de uso de propriedade particular impostas pela Administração, para fins de proteção ambiental, constituem desapropriação indireta, devendo a indenização ser buscada mediante ação de natureza real, cujo prazo prescricional é vintenário.

2. Recurso especial desprovido.” (REsp n. 149.834-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Ministro José Delgado, por maioria, DJ de 29.3.1999, p. 81).

“Processo Civil. Recurso especial. Cabimento. Desapropriação. Juros moratórios. Súmula n. 70-STJ.

1. Para efeito de prequestionamento, não importa o artigo de lei, e sim a tese jurídica que leva à desarmonia com a norma federal. Pquestionamento explícito da tese jurídica.

2. Questão da ilegitimidade do Estado do Paraná não apreciada por falta de prequestionamento.

3. Decretos estaduais que, ao estabelecerem limite de uso da propriedade, acabaram por inviabilizar a utilização econômica do imóvel.

4. Juros moratórios fixados em testilha com a Súmula n. 70-STJ.

5. Correção para incidir os juros moratórios a partir do trânsito em julgado.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (REsp n. 184.900-PR, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, Segunda Turma, por maioria, DJ de 13.12.1999, p. 134).

Diante dessa discrepância de entendimento, impunha-se o provimento do recurso, a teor do disposto no art. 557, § 1^a-A, do CPC.

Mantêm-se, pois, os fundamentos da decisão agravada.

Nego provimento ao agravo regimental.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO
REGIMENTAL NO RECURSO
ESPECIAL N. 87.823 – SP**

(Registro n. 96.0008564-1)

Relatora: Ministra Nancy Andrichi

Embargante: Fazenda do Estado de São Paulo

Advogados: José Ramos Nogueira Neto e outros

Embargado: Ipaussu Indústria e Comércio Ltda

Advogados: Walter Gazzano dos Santos Filho e outros

EMENTA: Processo Civil – Embargos de declaração com efeitos modificativos – Contraditório constitucional – Abertura de vista para a parte-embargada apresentar contra-razões – Certidão de dívida ativa – Parcela incontroversa – Possibilidade de prosseguimento da execução, sem desconstituição do título executivo.

I – É possível o acolhimento de embargos de declaração, com efeito modificativo, desde que oportunizado o contraditório, determinando a intimação da parte contrária para apresentar contra-razões.

II – O processo de execução fiscal deve prosseguir pelo valor incontroverso, sem desconstituição do título executivo, quando possível a subtração de parcela impugnada referente à fixação de critério para apuração de base de cálculo, tida como incorreta.

III – Embargos acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, com efeitos modificativos, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Sra. Ministra-Relatora os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Paulo Gallotti e Franciulli Netto. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 17 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Nancy Andrighi, Relatora.

Publicado no DJ de 18.9.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de embargos de declaração em face de v. acórdão, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

“Processo Civil. Agravo no recurso especial. Decisão do Relator que dá provimento ao recurso especial. Possibilidade. Artigo 557, § 1^o-A, do Código de Processo Civil.

O art. 557, § 1^o-A, do Código de Processo Civil, autoriza o Relator do recurso a dar-lhe provimento quando ‘a decisão recorrida estiver em manifesto confronto’ com ‘jurisprudência dominante’ ‘de Tribunal Superior’.”

Sustenta que “o recurso partiu do pressuposto (falso) de que os débitos fiscais inscritos e ajuizados, em suas totalidades, fossem baseados, exclusivamente, nas ‘pautas fiscais’.

... trata-se de débitos inscritos e ajuizados, provenientes de declarações de próprio punho da devedora, que se presume encontrarem-se com os valores corretos...

... constata-se que, mesmo admitindo-se que o ICM cobrado não se incluía a base de cálculo baseada nas tabelas do IAA – como exigia a legislação do Estado de São Paulo – à época do débito – há base de cálculo válida, com os valores da efetiva entrada da cana-de-açúcar na usina, como estabelecido na perícia, cujos valores são os acima informados, que, sem sombra de dúvida, persistem ...

... a procedência do recurso especial da devedora deve se restringir à diminuição dos valores, conforme apontados na perícia, para a base de cálculo que efetivamente ocorreu, com a entrada da cana-de-açúcar no estabelecimento; e não como se poderia imaginar, para invalidar as certidões da dívida ativa, pois que, como é sabido, a diminuição dos valores do título não torna ilícida a certidão da dívida ativa”.

E que, merece “a verba honorária ser modificada para que a Executada pague a dívida relativa aos títulos que embasam as execuções, excluindo-se apenas os valores relativos à base de cálculo que restou não aceita; devendo os honorários serem fixados sobre o valor do débito remanescente, em percentual, como estabelece o artigo 20 do Código de Processo Civil”.

Intimada a Embargada, sustentou que “os valores executados, constantes da Certidão de Dívida Ativa, são absolutamente dissociados do valor da efetiva entrada da cana no estabelecimento da Suplicante, pois levam em conta apenas o preço do litro de álcool e o índice de rendimento industrial da usina! Tanto é assim que a perícia realizada comprovou que os valores do imposto decorrentes da utilização da pauta fiscal sempre foram superiores aos que seriam devidos acaso tivessem sido adotados como base de cálculo do ICM o valor real da operação tributada (aquisição de cana), conforme se verifica dos quadros comparativos transcritos nos próprios embargos de declaração ora impugnados”.

É a exposição.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): Melhor examinando a matéria, vislumbra-se a desnecessidade de desconstituição da certidão de dívida ativa, uma vez que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça vem admitindo a exclusão dos valores indevidamente incluídos, sem que a Fazenda Pública tenha que promover nova autuação fiscal, lançamento e só afinal, constituir definitivamente o crédito tributário, quanto à parcela incontroversa. Veja-se:

“Processo Civil. Execução fiscal. Iliquidez do título.

O reconhecimento de que o credor está cobrando mais do que é devido não implica a nulidade do título executivo extrajudicial, desde que a poda do excesso possa ser realizada nos próprios autos, mediante a supressão da parcela destacável da certidão de dívida ativa ou

por meio de simples cálculos aritméticos; não é esse o caso quando, excluído da base de cálculo do ICMS o valor da contribuição ao IAA, há necessidade de novo lançamento fiscal para a apuração do tributo efetivamente devido. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 193.663, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 19.4.1999).

“Execução fiscal. Pagamento parcial. Cálculos. Erro de atualização. Iliquidez da CDA. Inocorrência. Continuidade da execução. Precedentes.

2. Pagamento parcial do débito com base em cálculo incorreto apenas em relação à correção monetária, permanecendo certos os valores relativos ao principal, não torna ilíquida a certidão da dívida ativa, dando-se continuidade ao processo executivo pelo saldo remanescente.” (REsp n. 85.756, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 17.5.1999).

Portanto, determinada vista à parte-embargada, que apresentou suas contra-razões, e observado o contraditório constitucional, *acolho os embargos de declaração, com efeitos modificativos*, para, sanando omissão na apreciação da parte incontroversa da dívida tributária, *dar parcial provimento ao recurso especial e julgar parcialmente procedente o pedido de embargos à execução fiscal* para que, mantida a executividade do título executivo, sejam subtraídos, da certidão de dívida ativa, os valores correspondentes à adoção conjugada dos critérios de preço por tonelada e o índice de rendimento industrial, em conformidade com o laudo pericial (fl. 259), prosseguindo-se o processo de execução na esteira do devido processo legal.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu patrono e custas processuais **pro rata**.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 8.462 – DF

(Registro n. 97.0026548-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Associação das Empresas de Refeição e Alimentação
Convênio para o Trabalhador – Assert

Advogado: João Agripino de Vasconcelos Maia

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Impetrado: Governador do Distrito Federal

Recorrido: Distrito Federal

Advogados: Walfredo Siqueira Dias e outros

Recorrido: Banco de Brasília S/A – BRB

EMENTA: Administrativo – Convênio – GDF e BRB – Vales-refeição/alimentação – Servidores públicos.

1. Inexistência de ilegalidade na Lei n. 786/1994 que facultou a instituição de vales-refeição/alimentação, firmando convênio com o BRB para a sua operacionalização.

2. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Franciulli Netto, Nancy Andrighi e Eliana Calmon. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

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

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 1.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A Associação das Empresas de Refeição e Alimentação Convênio para o Trabalhador – Assert interpõe recurso ordinário contra acórdão assim ementado:

“Administrativo. Vale-refeição. Convênio firmado entre o Distrito Federal e o BRB. Preliminares: lei em tese e ilegitimidade passiva do Governador. Mérito: ilegalidade inexistente.

1. Não configura lei em tese, obstativa do uso de mandado de segurança, o decreto governamental gerador de efeitos concretos.

2. A autoridade governamental subscritora de decreto produtor de efeitos concretos é parte legítima para ocupar o pólo passivo da ação de segurança contra ela impetrado.

3. Inexiste ilegalidade ou abuso de poder no convênio firmado entre o Distrito Federal e o BRB – Banco de Brasília S/A com vistas à implementação do benefício-alimentação a seus servidores.

4. O BRB – Banco de Brasília S/A é considerado o banco oficial do Governo local, na condição de agente financeiro do Tesouro do Distrito Federal, apto a operacionalizar o sistema do benefício-refeição.

5. Preliminares rejeitadas. Unânime. Segurança denegada. Maioria.” (fls. 158/159).

Sustenta a Recorrente, em síntese, que “ao tomar a decisão de transferir ao BRB, sociedade de economia mista, equiparada constitucionalmente à empresa privada, a competência para emitir e comercializar vales-refeição/alimentação, em detrimento das empresas estabelecidas no ramo, e inexistindo licitação nesse procedimento, o Governador fez letra morta da lei que disciplina os contratos celebrados pela Administração Pública”. (fl. 222).

Contra-razões às fls. 253/266.

Nesta Instância, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Insurge-se a Recorrente contra o convênio celebrado entre o Governo do Distrito Federal e o BRB, em que se atribuiu ao estabelecimento bancário a operacionalização do fornecimento de vales-refeição/alimentação aos servidores do Distrito Federal.

Não penso ter havido a alegada intervenção indevida no domínio econômico, nem invasão de competência no decreto governamental que disciplinou esse importante benefício que se concede aos servidores públicos.

Relevante observar, também, a distinção entre os institutos discutidos nos autos – contrato administrativo e convênio – que, embora com características comuns, não se confundem, vez que consoante acentuado nas contra-razões da Procuradoria do Distrito Federal, com base na lição de **Hely Lopes Meirelles**, naquele, no contrato, as partes têm interesses diversos e opostos, enquanto no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes.

No contrato, via de regra, a licitação se faz imprescindível. Já o convênio, face à mútua colaboração, prescinde da licitação.

Vale a transcrição do seguinte trecho do voto-condutor do acórdão:

“No caso destes autos, o convênio que está sendo alvo de impugnação lastreou-se na Lei n. 786/1994. Essa lei, em seu art. 2º, facultou a instituição do benefício, alternativamente, por duas modalidades:

- a) pela concessão de tíquetes ou
- b) pela contratação de serviços de terceiros.

A Administração local optou pelo sistema de concessão e, a seguir, para a sua aplicação, baixou o Decreto n. 16.674, de 10 de agosto de 1995, que o regulamentou.

Evidente que, da emissão, credenciamento, recebimento e processamento do vale-alimentação/refeição, haveria de ser encarregado um órgão ou setor da Administração. Para isso, portanto, foi firmado o convênio com o BRB – Banco de Brasília S/A, que se tornou a instituição encarregada de operacionalizar o sistema.

Se, ao invés do BRB – Banco de Brasília S/A – a operacionalização houvesse ficado a cargo de um departamento da Secretaria de Administração, por exemplo, certo que o ato não seria passível de impugnação.

Ocorre, no entanto, que o Banco de Brasília S/A é um banco oficial do Governo local, que se constitui no seu acionista majoritário e, por disposição expressa da Lei Orgânica, tal banco é considerado o agente financeiro do Tesouro do Distrito Federal e o organismo

fundamental de fomento da região; portanto, nessa parte, integra a Administração descentralizada do GDF.

Assim, não faz diferença a sua utilização no lugar de uma Secretaria de Estado. Pelo contrário, a sua especialização como agente financeiro há de facilitar e flexibilizar o sistema, tornando-o mais dinâmico e acessível.

Não vejo ilegalidade, nem abuso de poder, nem imoralidade, nem lesão ao interesse coletivo, no ato impugnado, que justifiquem correção pelo Poder Judiciário.” (fls. 200/201).

É bom registrar que o Presidente do STJ suspendeu a liminar concedida no Tribunal de origem, dizendo, no que interessa:

“Considero ponderáveis as razões do Requerente. Merece destaque o fato de que o BRB – Banco de Brasília S/A (agente financeiro do Tesouro do Distrito Federal) não receberá remuneração alguma pelos encargos estabelecidos no Decreto n. 16.674, *ex vi* do disposto no art. 2º, § 2º, desse diploma legal. Essa circunstância, só por si, evidencia o atendimento do interesse público na celebração do convênio para operacionalização do benefício-alimentação.

Ademais, a escolha da instituição se encontra no movediço terreno da discricionariedade administrativa, segundo se infere da faculdade contida no artigo 2º da Lei Distrital n. 786/1994.

Nesse contexto, a ingerência do Poder Judiciário é quase sempre ruínosa e tumultuária, especialmente quando profere decisão liminar, de cognoscibilidade limitada e precária.” (fls. 125/126).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.425 – GO

(Registro n. 98.0091621-0)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Rincon e Machado Ltda

Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Impetrado: Secretário da Fazenda do Estado de Goiás
Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Goiás
Advogados: Jordi Machado e outros
Sustentação oral: José Eduardo Rangel Alckmin (pelo recorrente)

EMENTA: Mandado de segurança – Substituição tributária – ICMS – Restituição ao substituído – Base de cálculo presumida – Operação realizada a menor – Possibilidade – Artigo 150, § 7º, CF/1988 – Lei Complementar n. 87/1996 – Recurso conhecido e provido.

A previsão constitucional, regulamentada na Lei Complementar n. 87/1996, resguarda o direito do contribuinte de não pagar o imposto quando não ocorrido o fato gerador. O entendimento deve estender-se às hipóteses em que o fato gerador ocorreu a menor do que o valor previsto, valor este que serviu de base de cálculo para o recolhimento antecipado da exação, sob pena de o substituído arcar com o pagamento de tributo indevido.

Recurso conhecido e provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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, 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. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 5 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso ordinário interposto por Rincon e Machado Ltda, com base no artigo 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que denegou mandado de segurança em questão relativa à restituição de ICMS pago antecipadamente, no regime de substituição tributária “para frente”.

A ora recorrente, concessionária de veículos, impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário da Fazenda do Estado de Goiás, que indeferiu pedido de compensação dos valores pagos antecipadamente a título de ICMS.

A segurança foi denegada. Entendeu o Tribunal **a quo** no sentido de que a permissão legal para a restituição faz-se somente quando não se verifica a ocorrência do fato gerador. Uma vez realizada a operação de venda ao consumidor final, mesmo que a preço menor do que aquele que serviu para o cálculo do imposto, não restaria satisfeito o requisito exigido pela lei. Salientou, ainda, a inexistência de direito líquido e certo a amparar a utilização do **mandamus**.

Irresignada, interpõe a parte o presente recurso ordinário constitucional, aduzindo estar o pleito de restituição amparado na Constituição Federal, em seu artigo 155, § 7^º, introduzido pela Emenda Constitucional n. 3/1993. Aduz que a interpretação do preceito não se limita à inoccorrência do fato gerador, mas também se faz aplicável na hipótese de pagamento a maior.

Contra-razões à fl. 176.

Em parecer, opina a Subprocuradoria Geral da República pelo improvimento do recurso (fls. 1.784/1.787).

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Rincon e Machado Ltda interpõe o presente recurso ordinário, pleiteando o reconhecimento do direito à restituição dos valores excedentes relativos a recolhimento antecipado de ICMS, no regime de substituição tributária.

No egrégio Tribunal **a quo** assentou-se o entendimento de que a previsão legal para a restituição restringe-se à hipótese de não-ocorrência do

fato gerador, e não como, **in casu**, em que o fato gerador ocorreu a menor do que o previsto. O v. acórdão recorrido encontra-se ementado nos seguintes termos (fl. 1.737):

“A lei prevê a restituição do ICMS, na hipótese de substituição tributária, somente quando o fato gerador presumido não se realizar, ou seja, quando não ocorrer operação ou prestação subsequente à cobrança do mencionado imposto. Segurança denegada.”

A irresignação merece prosperar.

O questionamento refere-se à existência do direito do substituído de pleitear restituição da quantia paga de ICMS no recolhimento antecipado, ante a circunstância de que a mercadoria foi vendida por valor inferior àquele previsto, e sobre o qual foi calculado o imposto.

Cinge-se a discussão, neste passo, à interpretação adequada do disposto no texto constitucional – artigo 150, § 7^o, regulamentado pela Lei Complementar n. 87/1996, no sentido de que se refere à restituição somente nos casos de não-ocorrência do fato gerador, ou se a hipótese de venda realizada por preço menor do que o previsto, e com base no qual foi feita a antecipação do tributo, igualmente ensejaria a devolução.

Inclina-se o entendimento doutrinário em sentido favorável à restituição quando a venda for realizada a preço menor do que o previsto, sob pena de se cobrar mais do que o devido, para o que não há previsão constitucional.

Comunga desta opinião **Marco Aurélio Greco**, comentando a matéria nos seguintes termos:

“Questão que se pode ser levantada é saber se a previsão constitucional alcança apenas as hipóteses em que o fato gerador não se realizar (dicção literal do dispositivo) ou se também se aplica às hipóteses em que ele ocorrer, mas não tiver a dimensão prevista ao ensejo do recolhimento por antecipação (não ocorrer tal como previsto). O sentido do dispositivo constitucional é claramente o de proteger o contribuinte contra exigências maiores do que as que resultam da aplicação do modelo clássico do fato gerador da obrigação tributária. Não há uma autorização constitucional para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente ao

ensejo da ocorrência do fato legalmente previsto (fato gerador). Antecipa-se o imposto devido; não se antecipara para arrecadar mais do que o devido. Portanto, a devolução é de rigor sempre que o fato não se realizar ou, realizando-se, não se der na dimensão originalmente prevista. O excesso tem a natureza de uma cobrança indevida e a Constituição não está legitimando o indébito.” (Substituição Tributária: ICMS – IPI – PIS – Cofins, IOB Informações Objetivas, 1998. p. 22).

Tal posição encontra concordância com o que vem decidindo a Segunda Turma desta Corte de Justiça. Vale citar excerto do voto do Relator, Ex.^{mo} Sr. Ministro Ari Pargendler, ao apreciar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 9.380-MS:

“Do ponto de vista legal, na cláusula ‘caso não se realize o fato gerador presumido’, incluem-se tanto a hipótese em que o fato material não se realiza quanto a hipótese de eventual saída de mercadorias por preço inferior àquele que serviu de base de cálculo para o imposto. Só a reunião de seus vários aspectos (material, pessoal, espacial, temporal) configura o fato gerador (**Geraldo Ataliba**, Hipótese de Incidência Tributária, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, p. 68). Se o fato gerador previsto pelo regime de substituição tributária pressupunha ‘x’ como base de cálculo, ele efetivamente não se realiza numa operação consumada pelo preço ‘x-y’.”

No mesmo sentido o seguinte julgado:

“Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Substituição tributária. Operações de venda de veículos novos. Antecipação do recolhimento. Importância paga a maior. Legitimidade do substituído para requerer a restituição/compensação. Inadequação da via eleita. Inocorrência. Lei Complementar n. 87/1996, art. 10. CNT, art. 150. Precedentes STJ.

– A partir da edição da Lei Complementar n. 87/1996, o contribuinte ‘substituído’ está legitimado para requerer a repetição do ICMS pago a maior, em regime de ‘substituição tributária para frente’, quando o preço estimado é superior ao valor efetivo da operação.

– O mandado de segurança é via adequada para pleitear a declaração do direito à restituição ou compensação das importâncias pagas a maior, por isso que constitui questão apenas de direito.

– Recurso conhecido e parcialmente provido.” (ROMS n. 9.627-MS, DJ de 1.8.2000, p. 216, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins).

Deste modo, assiste ao substituído o direito à restituição do que foi pago a maior, em virtude do descompasso entre o que fora calculado com base em fato gerador presumido, e o montante devido pelo que efetivamente foi praticado na venda do bem.

Recurso conhecido e provido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 58.845 – SP

(Registro n. 95.0000975-7)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Renata Machado de Assis Forelli Nicolau e outros
Recorrido: Quimbrasil Química Industrial Brasileira S/A
Advogados: Sônia Regina Brianezi e outros

EMENTA: Tributário – ICM – Venda de mercadoria com isenção condicional: uréia e fosfato – Art. 111 do CTN.

1. Pelo mecanismo dos impostos indiretos, a relação jurídica que se estabelece é entre o contribuinte de direito e o Fisco.

2. Responsabilidade do contribuinte de direito (vendedor), pelo desvio de finalidade dado à mercadoria.

3. Possibilidade de vir o contribuinte de direito (vendedor) a ingressar com direito de regresso pelo desfalque contra o contribuinte de direito (o comprador).

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Nancy Andrighi e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 2 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

Publicado no DJ de 28.8.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo TJSP que deu provimento à apelação da empresa Quimbrasil Química Industrial Brasileira S/A, para anular o auto de infração decorrente do não-recolhimento de ICMS sobre operações de saída de insumos para indústrias de açúcar e álcool, indevidamente considerados isentos.

Entendeu o Tribunal **a quo** que a vendedora, apelante, promoveu as vendas de uréia agrícola e fosfato monoamônico, alertando que estavam isentas do tributo para serem empregados em atividades agropecuárias, e por conseguinte não poderia ser responsabilizada pelo desvio de finalidade do emprego dos insumos pelo comprador.

Com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional, alega a Fazenda do Estado de São Paulo que houve violação ao art. 111 do CTN.

Opinou o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): A Fazenda do Estado de São Paulo diz que houve violação ao art. 111 do CTN, assim redigido:

“Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.”

O artigo fora invocado quando da interposição dos embargos de declaração, oportunidade em que, a ora recorrente, disse ser indispensável a abordagem.

O Tribunal de Justiça analisou os arts. 123 e 136 do CTN e entendeu desnecessário o indicado pela então embargante, ora recorrente.

Argumenta que a isenção prevista no art. 5^a, inciso XI, **b**, do Decreto n. 17.727/1981, estabelece determinada condição para ser concedida: emprego do produto, exclusivamente em atividade agrícola.

Não cumprida a condição, revogado ficou o favor fiscal, passando a ser exigido o tributo. Como é a empresa vendedora a contribuinte de direito, revogada a isenção, cabe-lhe a responsabilidade pelo recolhimento do ICM.

Em princípio, parece absurdo pensar em responsabilizar-se a vendedora pelo desvio de finalidade dado pela compradora.

Entretanto, pelo mecanismo de cobrança do ICM, tem-se como contribuinte, relacionada com o Fisco, a empresa-vendedora, a quem cabe recolher o tributo, no momento em que se torna devido, pelo não-cumprimento da condição estabelecida para a concessão do favor fiscal.

Observe-se que a adquirente da uréia agrícola e do fosfato monoamônico nunca esteve relacionada com o Fisco, o qual nem poderia dela exigir o tributo.

Dentro do manejo de responsabilidade que se estabelece para os impostos indiretos, somente a vendedora poderia sofrer, por via reflexa, a responsabilidade pelo recolhimento, com direito de regresso perante a adquirente, para dela reaver o desfalque.

Assim, e em conclusão, considero como malferido o art. 111 do CTN, razão pela qual conheço do recurso especial, dando-lhe provimento para restaurar a sentença de 1^a grau.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 70.691 – MS

(Registro n. 95.0036688-6)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrentes: Adventor Dornas Pereira e cônjuge

Advogados: Evandro Ferreira de Vianna Bandeira e outros

Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul

Advogada: Miriam Noronha Mota Gimenez

EMENTA: Processual Civil – Ação de indenização – Perda do domínio – Arrematação – Nulidade – Cancelamento do registro imobiliário – Averbação – Prescrição – Termo a quo – Violação a dispositivos infraconstitucionais não configurada – Verba honorária – Reexame – Impossibilidade – Súmula n. 7-STJ – Decreto n. 20.910/1932, art. 1º.

– Prescreve em cinco anos a ação de indenização contra a Fazenda Pública pela perda do domínio sobre imóvel arrematado em hasta pública, a contar do trânsito em julgado da decisão definitiva que julga procedente a ação anulatória de carta de arrematação.

– Se o acórdão confirmatório da sentença que decretou a nulidade da arrematação é de 14 de março de 1983, o prazo para a ação de ressarcimento de danos expirou-se em 14 de março de 1988, prescrevendo o direito do autor, que somente em 21 de junho de 1990 ajuizou a referida ação.

– A reapreciação dos critérios fáticos que levaram o juiz a fixar o percentual (10%) para a verba honorária é incabível em sede de recurso especial, a teor da jurisprudência sumulada desta egrégia Corte.

– Não se configura a violação aos preceitos das leis federais indicados, se o Tribunal decidiu a lide com fundamento em legislação distinta e não foram opostos os embargos de declaração que teriam o condão de suscitar o debate sobre os temas omitidos.

– Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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 Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 3 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 30.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Tratam os autos, originariamente, de ação de ressarcimento de danos aforada em 20.6.1990, por Adventor Dornas Pereira e cônjuge contra o Estado do Mato Grosso do Sul.

Consta que o Autor arrematou, em hasta pública, imóvel pertencente a incapaz, depositando em juízo o valor da arrematação. Posteriormente, a parte interessada ajuizou ação declaratória de nulidade daquele ato e obteve em 1.6.1981 sentença favorável, a qual proibiu o Arrematante de levantar o depósito enquanto não fossem satisfeitas as custas e os honorários da parte contrária. Apelou o Arrematante obtendo parcial provimento, apenas para liberar, em seu favor, a quantia depositada. Em 14.3.1983 transitou em julgado o acórdão que manteve a sentença deferitória do cancelamento do registro imobiliário. Em 3.5.1983 foi averbado o cancelamento da transcrição no registro de imóveis e, determinada em 20.3.1989 a retificação daquela averbação somente para constar que a quantia depositada poderia ser levantada pelo Arrematante, independente do pagamento das custas e honorários.

Julgando a ação de ressarcimento, a sentença de 1ª grau acolheu a ocorrência da prescrição e extinguiu o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, cominado com o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, carregando, ainda o Autor as custas processuais e a verba honorária arbitrada em 10% sobre o valor da causa nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Em sede de apelação o Tribunal, por unanimidade, confirmou a sentença de 1ª grau ao fundamento de que o termo inicial para o cômputo do prazo prescricional (cinco anos) deve ser a data do trânsito em julgado da sentença que decretou a nulidade da arrematação, no caso 14.3.1983 e não da data em que foi procedida a última averbação, em 11.4.1989. No tocante à verba honorária, fundamenta que apesar de a ação não possuir natureza condenatória e devesse ser fixada em quantia certa, não afasta a possibilidade de ser arbitrada em percentual sobre o valor da causa.

Daí o apelo especial em que Adventor Dornas Pereira e cônjuge alegam ter o aresto violado os artigos 530, I, do Código Civil, e 172, parte final, da Lei n. 6.015/1973, 1ª do Decreto n. 20.910/1932 e 512 do CPC, quando considerou o termo inicial do prazo prescricional a partir da data do trânsito em julgado da sentença; violado, ainda, o artigo 20, § 4ª, do CPC, quando arbitrou elevados honorários advocatícios em ato judicial meramente declaratório.

O recurso não foi admitido pelo Tribunal **a quo**. Contra o despacho denegatório do apelo especial foi interposto o cabível agravo de instrumento, a que dei provimento.

Dispensei o parecer do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Adventor Dornas Pereira e cônjuge arremataram, em 17 de novembro de 1971, o imóvel rural “Santa Rosa”, Município de Coxim, pertencente a Izailda Maria Soares de Oliveira, àquele tempo, menor. Parte do preço pago em dinheiro foi recolhida à agência do Banco do Brasil, sujeita aos juros legais e correção monetária até que a menor Izailde atingisse a capacidade civil. O restante do valor, em nota promissória, com vencimento para 15.11.1972, também recolhida à agência do Banco do Brasil de Coxim.

Os Arrematantes receberam, em 23 de fevereiro de 1973, a carta de arrematação, levando-a ao registro imobiliário da Comarca de Rio Verde.

Em 10 de setembro de 1979, Milton Gomes de Oliveira e sua mulher ajuizaram ação anulatória de carta de arrematação c.c. cancelamento do registro imobiliário contra os arrematantes, Adventor Dornas Pereira e sua mulher.

Julgada em grau de apelação pelo Tribunal de Justiça estadual, o acórdão manteve a sentença de 1ª grau, parcialmente, declarando nulo o título aquisitivo de propriedade e o cancelamento do seu registro e mandou que a importância total do valor pago fosse levantada em benefício dos Autores, independentemente do pagamento das custas e honorários advocatícios, modificando, nesta parte, a sentença.

Daí a ação ordinária promovida por Adventor Dornas Pereira e cônjuge, visando ao ressarcimento do dano emergente correspondente ao valor

atual do bem imóvel, incluídas as benfeitorias e acessões realizadas; e do lucro cessante, decorrente do arrendamento pecuário do mesmo imóvel, desde a data da perda da posse do imóvel, mais custas processuais, honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação, correção monetária, juros legais, etc.

O MM. Juiz de Direito, sentenciando, decidiu acolher a preliminar de prescrição suscitada pelo Estado-réu; julgando extinto o feito, nos termos do art. 269, IV, c.c. o art. 1^a do Decreto n. 20.910/1932 e condenando o Autor às custas e verba honorária, nos termos do art. 20, § 4^a, do CPC, arbitrada em 10% sobre o valor da causa.

Da sentença transcrevo, por elucidativo, o seguinte trecho, à fl. 66 do vol. 1:

“Com efeito, a divergência das partes sobre a prescrição se assenta, única e exclusivamente, na data para a contagem do prazo. Sustenta o Réu que o termo inicial deve ser contado da data do trânsito em julgado da sentença que decretou a nulidade da arrematação, no caso, 14 de março de 1983. O Autor, por seu entendimento, sustenta que o termo inicial, no caso, deve ser contado da data em que perdeu o domínio sobre o imóvel, ou seja, da data em que a transcrição, no registro imobiliário, foi cancelada, tal como determinou a sentença.

Entendo que a razão está com o Réu, a seguir a orientação do dispositivo que regula a prescrição – art. 1^a do Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, porquanto é expresso que o prazo inicial deve ser contado da data do ato ou fato do qual se originou o direito invocado. **Verbis:**

‘... prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.’

No entanto, ainda que se adotasse o entendimento do Autor, ou seja, de que o termo inicial do prazo prescricional fosse contado da data do cancelamento da transcrição imobiliária, quando o mesmo perdeu o domínio sobre o imóvel a razão estaria, a rigor, com o Réu, eis que, como atesta a certidão de fl. 422 dos autos 1.107/79, 2^a vol. em apenso, o cancelamento se deu em 5 de maio de 1983 e não em 11 de abril de 1989, como pretendeu induzir, o Autor, em sua manifestação de fl. 35.

Em 11 de abril de 1989, o Autor já não tinha o domínio e a averbação feita naquela data era apenas no sentido de constar que a quantia de Cr\$ 36.656,00, depositada no Banco do Brasil S/A, poderia ser levantada pelos réus (agora autor), independentemente do pagamento das custas e honorários.

Portanto, se o prazo prescricional for contado da data do trânsito em julgado do acórdão que manteve a sentença que determinou o cancelamento do registro imobiliário – 14 de março de 1983, ou da data do cancelamento desse registro – 5 de maio de 1983, o autor deveria ter ajuizado a ação até o dia 5 de maio de 1988, no máximo, pena de não mais poder exercitar esse direito, ante a ocorrência da prescrição.

Ora, a ação foi proposta no dia 21 de junho de 1990, ou seja, dois anos depois de já ter prescrito o direito de ação, eis que não resultou comprovada a existência de causa que indicasse a interrupção do lapso prescricional.”

Inconformados, apelam os Autores para o Tribunal de Justiça estadual pleiteando o afastamento da prescrição e a redução da honorária, em percentual inferior a 10%.

Decidiu a Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao recurso, em acórdão resumido na ementa de teor seguinte (fl. 111):

“Ação de indenização contra Fazenda Pública. Perda do domínio sobre imóvel adquirido em hasta pública. Prescrição.

Prescreve em cinco anos a ação de indenização contra a Fazenda Pública, pela perda do domínio sobre imóvel adquirido em hasta pública, contados da data do trânsito em julgado da sentença que julga procedente ação anulatória de carta de arrematação.

Honorários advocatícios. Redução pretendida.

Embora não se trate de sentença condenatória, mantém-se a condenação em percentual sobre o valor da causa se o recorrente, em suas razões, não se insurge contra o critério utilizado pelo juiz de 1ª grau, rejeitando-se o pedido de redução da verba honorária já fixada no mínimo legal.”

Recorrem especialmente Adventor Dornas Pereira e cônjuge com fundamento na letra **a** do autorizativo constitucional, alegando que o v. acórdão impugnado contrariou e negou vigência às normas do art. 530, I, do Código Civil, pois o dano a ser reparado decorreu da perda da propriedade imobiliária, ou seja, no momento do registro do título com eficácia para produzir aquele resultado; ou seja, ainda, da averbação do acórdão em seu inteiro teor no registro imobiliário (11.4.1989), contrariando assim, o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, o art. 512 do CPC c.c. o 172, parte final, da Lei n. 6.015, de 31.12.1973 (Registros Imobiliários).

Aduz ter o v. acórdão contrariado, ainda, o art. 20, § 4º, do CPC, ao aplicar o § 3º do mesmo artigo, inobstante o acolhimento da prescrição tratar-se de ato judicial eminentemente declaratório e não condenatório.

Não vislumbro violados os preceitos legais apontados.

A uma, porque o Tribunal decidiu a lide com apoio no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, para determinar que o termo inicial para contagem do prazo quinquenal é a data do trânsito em julgado da sentença que decretou a nulidade da arrematação (14 de março de 1983). Assinalo que o acórdão manteve a sentença e a averbação do cancelamento do registro imobiliário se deu em 5.5.1983. A averbação feita em 11 de abril de 1989, data apontada pelo Recorrente como sendo do cancelamento, teve o condão, apenas, de fazer constar que a quantia depositada no Banco do Brasil poderia ser levantada pelos então autores, independente do pagamento das custas e honorários.

Assim, a data do ato do qual se originou o direito invocado pelos Autores é aquela em que se confirmou a sentença, agora transitada em julgado (14.3.1983).

E, como ficou assentado no v. aresto hostilizado, mesmo que o termo inicial da prescrição fosse contado da data da averbação do cancelamento da transcrição imobiliária, em 5 de maio de 1983, o ajuizamento da ação não poderia ocorrer após 5 de maio de 1988; e a ação foi proposta em 21 de junho de 1990.

A duas, porque os preceitos legais questionados sequer foram ventilados pelo aresto hostilizado. E não foram opostos os embargos de declaração cabíveis, para suscitar o debate do tema pelo aresto recorrido, carecendo o recurso de requisito indispensável à sua admissibilidade – o prequestionamento. Incidem, na hipótese, as Súmulas n. 282 e 356-STF, aplicadas por analogia.

Vale referir que o art. 530 do Código Civil não socorre o recorrente especial, por isso que dispõe sobre a aquisição da propriedade do imóvel e, não a perda do bem, como na hipótese em comento.

Os arts.12 do CPC e 172 do Código Civil não tratam da prescrição e, muito menos, de seu termo inicial.

Quanto ao primeiro, não resta qualquer dúvida no que toca à sua observância, uma vez que o v. acórdão manteve a sentença deferitória do cancelamento do registro imobiliário (3.5.1983), transitando em julgado a decisão em 14.3.1983.

Quanto ao preceito da Lei dos Registros Públicos, igualmente não se configura qualquer violação.

Inobstante a ausência do prequestionamento viabilizador da Instância Superior, apenas a título de esclarecimento, impõe-se assinalar que o mencionado dispositivo legal trata de matéria estranha à que se discute nos autos. O referido preceito legal explicita os títulos ou atos que deverão ser registrados e averbados no Registro de Imóveis, sem qualquer alusão ao instituto da prescrição e o seu termo **a quo**, matéria objeto da controvérsia neste feito.

Pleiteia, ainda, o Recorrente, a fixação da verba honorária em percentual inferior a 10%, como previsto no § 4º do art. 20 do CPC.

Ainda quanto ao tema, o direito não socorre os Recorrentes.

A irresignação quanto ao percentual estabelecido pelo Tribunal, atendendo ao § 3º do art. 20, considerou os itens **a**, **b** e **c** do mesmo parágrafo; equivale dizer que o juiz formou sua convicção a partir dos elementos fáticos trazidos aos autos, que não cabe a este STJ reexaminar, em sede de recurso especial. Igualmente, no que concerne à aplicação do § 4º do mesmo artigo da lei processual. Incide, na hipótese, a Súmula n. 7-STJ.

Por todo o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 112.058 – BA

(Registro n. 96.0068586-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrentes: Ademir Verdugo e outros

Advogados: Marcelo Cintra Zarif e outros
Recorridas: União e Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Zoni Ferreira Vargas e outros
Recorrido: Banco do Estado da Bahia S/A – Baneb

EMENTA: Processo Civil – Litisconsórcio ativo facultativo – Limitação do número de autores – Art. 46, parágrafo único, do CPC – Descumprimento da determinação do juiz – Preclusão.

1. O juiz pode determinar a limitação dos litisconsortes ativos facultativos, em benefício do bom andamento do processo e facilitar a defesa.

2. Não tendo a parte cumprido tal determinação e sem impugnar, a tempo e modo, preclui o direito de recorrer da sentença posterior sobre a mesma matéria.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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 Srs. Ministros Eliana Calmon e Franciulli Netto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 19 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 30.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Ademir Verdugo e outros, num total de 30 litisconsortes ativos, acionaram a Fazenda Nacional, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Estado da Bahia pleiteando o cômputo das diferenças entre o BTNF e IPC, no período de 1990, na correção dos depósitos de suas contas vinculadas ao FGTS.

Desatendido o despacho que determinou a limitação dos litisconsortes

ao número máximo de cinco, a fim de facilitar a marcha processual, *ex vi* dos arts. 46, parágrafo único; e 125, II, do CPC (fl. 126), o juiz indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo, nos termos dos arts. 46, parágrafo único; 267, I; e 284, parágrafo único, do CPC (fl. 129).

Os Autores apelaram dessa decisão não obtendo êxito no TRF da 1ª Região, pelos motivos expostos no acórdão de fls. 150/155, assim resumidos na ementa:

“Processo Civil. Litisconsórcio ativo facultativo. Restrição do número de autores. Determinação. Não cumprimento. Se a parte, ao invés de agravar do despacho que determina a restrição do número de litisconsortes (litisconsórcio facultativo), pede reconsideração, não pode, posteriormente, apelar, se o processo vem a ser extinto, por falta de cumprimento da determinação dada. Ocorrência de preclusão.”

Rejeitados os embargos declaratórios, os Autores manifestaram recurso especial pelo fundamento da letra **a**, alegando violação a dispositivos de lei federal (arts. 46, parágrafo único; 267, § 3º; e 535, I, do CPC), insurgindo-se inclusive contra a rejeição dos embargos declaratórios.

A Fazenda Nacional requereu fosse reconhecida sua ilegitimidade passiva **ad causam**.

Oferecidas contra-razões pela CEF e pela União, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte, cabendo-me relatá-lo.

Dispensado o pronunciamento do Ministério Público Federal nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Alegando violação a dispositivos do CPC (arts. 46, parágrafo único; 267, § 3º; e 535, I), os Recorrentes impugnam acórdão do TRF/1ª Região que negou provimento à apelação por eles interposta.

Após transcrever o despacho do juiz que determinou a limitação do litisconsórcio facultativo a cinco autores, a teor dos arts. 46, parágrafo único; e 125, II, do CP, e a subsequente decisão que, face ao não-cumprimento da determinação anterior, extinguiu o protesto com base no já referido art. 46

e nos arts. 267, I; e 284, parágrafo único, também do CPC, o acórdão recorrido está assim fundamentado:

“Irresignados, apelam. Mas, não têm razão. Deixaram a questão precluir, pois não agravaram do despacho que lhes determinou que restringissem o número de litisconsortes.

Cabe ao juiz, como presidente do processo, limitar o número de litisconsortes, no litisconsórcio facultativo. Não há necessidade que a parte contrária requeira. A decisão, outrossim, está fundamentada, conforme se viu na transcrição acima feita.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.” (fl. 153).

Os declaratórios foram rejeitados pelos motivos constantes do julgado de fls. 166/169 com a ementa seguinte:

“Processo Civil. Embargos de declaração. O objetivo dos embargos é tornar claro o que está obscuro, certo o que está duvidoso, desfazer contradição e suprir omissão. Os presentes embargos, na verdade, não querem esclarecimento, e sim um novo reexame da causa.”

Embora sucinto, o acórdão recorrido não precisaria dizer mais do que disse.

O parágrafo único do CPC faculta ao juiz limitar o número de litisconsortes facultativos em benefício da celeridade processual. Determinada a limitação, cumpria aos Autores impugnar a decisão, a tempo e modo, e não simplesmente pedir sua reconsideração. Não o tendo feito, é inequívoca a preclusão apontada no acórdão recorrido. Os embargos declaratórios oferecidos, na verdade, constituem tentativa de suprir a não-interposição do agravo contra o despacho do juiz, buscando novo julgamento da questão por meio impróprio e inadequado, como afirmou a decisão integrativa do acórdão principal.

Por tais motivos, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 121.021 – PR

(Registro n. 97.0013246-3)

Relatora: Ministra Nancy Andrichi

Recorrentes: Osny Miguel dos Santos e outros

Advogados: Tony Alves e outro

Recorrida: Fazenda Pública do Estado do Paraná

Advogados: Márcia Dieguez Leuzinger e outros

EMENTA: Tributário e Processual Civil – ICMS – Execução fiscal – Redirecionamento – Sócios de sociedade por quotas – Responsabilidade societária – Art. 135, III, CTN.

I – A responsabilidade tributária prevista no art. 135, III, do CTN, imposta ao sócio-gerente, ao administrador ou ao diretor de empresa comercial, só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova a prática de atos de abuso de gestão ou de violação da lei ou do contrato.

II – Os sócios da sociedade de responsabilidade por cotas não respondem objetivamente pela dívida fiscal apurada em período contemporâneo à sua gestão, pelo simples fato da sociedade não recolher a contento o tributo devido, visto que o não-cumprimento da obrigação principal, sem dolo ou fraude, apenas representa mora da empresa-contribuinte e não “infração legal” deflagradora da responsabilidade pessoal e direta do sócio da empresa.

III – Não comprovados os pressupostos para a responsabilidade solidária do sócio da sociedade de responsabilidade limitada há que se primeiro verificar a capacidade societária para solver o débito fiscal, para só então, supletivamente, alcançar seus bens.

IV – Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Sra. Ministra-Relatora os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 15 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministra Nancy Andrichi, Relatora.

Publicado no DJ de 11.9.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recurso especial interposto por Osny Miguel dos Santos e outros contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim ementado:

“Execução fiscal. Sociedade por quotas. Responsabilidade do sócio-gerente. Legitimidade passiva (CTN, art. 135, III).

‘Os sócios-gerentes de sociedade por quotas são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias concernentes a ICM declarado e não pago, resultante de atos praticados com infração à lei. Infringe a lei quem recebe o imposto de seus clientes (embutido no preço de seus produtos) e não recolhe no tempo, forma e lugar determinados.’ (colendo Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma).

Legitimados passivos, os sócios-gerentes da empresa devedora, pois.”

Historiam os autos que tendo sido movida execução fiscal contra a empresa Anjos Melo e Garcia Ltda e penhorados bens de sua propriedade (vasos de barro cozido) levados a leilão, não houve nenhum licitante, oportunidade em que a Fazenda requereu com êxito, que se penhorasse bens que encontrassem compradores e caso fosse esses inexistentes, que o oficial descrevesse os bens que guarnecem o estabelecimento da devedora.

Pela oportunidade, certificou este que deixou de intimar o representante legal da Firma Anjos Melo & Cia Ltda, em virtude de que o mesmo fechou sua fábrica e mudou-se para a cidade de Iporã-PR.

Gizando a controvérsia a respeito da legitimidade dos sócios da Empresa-executada decidiu o julgador monocrático por condicionar a responsabilidade dos sócios contra os quais foi redirecionada a execução a prova inequívoca do encerramento das atividades da Empresa e da inexistência de bens para garantir a dívida.

Por sua vez, instado a pronunciar-se o Tribunal **a quo** entendeu que o

simples não-recolhimento do ICMS é suficiente para desencadear a responsabilidade pessoal dos sócios, visto que se constitui em apropriação que infringe a lei tributária e, portanto, subsumível ao art. 135, III, do CTN.

A Recorrente, por sua vez, em sede de recurso especial, afirma que nada consta a respeito da inatividade ou dissolução da forma irregular da sociedade, nem mesmo que os bens da pessoa jurídica sejam insuficientes para garantir o juízo da execução, motivo pelo qual entende não ser aplicável ao caso em apreço o disposto no art. 135, III, do CTN, sendo parte manifestamente ilegítima para a causa.

É a sucinta exposição.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): A controvérsia posta **sub judice** tem em destaque o disposto no art. 135 do Código Tributário Nacional (“São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”) visto que a pretensão que subjaz a lide conclama o reconhecimento da ilegitimidade passiva **ad causam** dos sócios da Empresa-executada baseado no entendimento de que sua responsabilidade apenas é deflagrada na hipótese de dissolução irregular da sociedade ou de impossibilidade de garantir-se adequadamente a execução pela penhora dos bens da Empresa-executada, hipótese que, no entendimento do Recorrente, não se encontra presente no caso em apreço.

Portanto, o desate da lide perpassa à indagação a respeito do alcance do art. 135, III, do CTN e a exata compreensão da expressão “resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, ou seja, saber se o não-recolhimento do tributo, por si só, desencadeia responsabilidade objetiva, por substituição do sócio, por ser considerada “infração da lei” ou se esta para vincular aquele se subordina à prova da prática de atos dolosos, fraudulentos, ou de má-fé.

Dispõe o art. 10 do Decreto n. 3.708/1919, **verbis**:

“Os sócios-gerentes ou os que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.”

Em matéria de responsabilidade tributária, respondem os sócios que praticam atos gerenciais pelos débitos contraídos pela Empresa, principalmente nas sociedades por cotas limitadas. Tal responsabilidade tem amparo legal no art. 135 do CTN:

“São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

Neste caso, ensina **Aliomar Baleeiro**¹ “As pessoas indicadas passam a ser responsáveis em lugar do contribuinte”, pelo que a responsabilidade é pessoal, direta, por substituição da sociedade.

A responsabilidade tributária, nessa hipótese, em sua acurada observação² “repousa na presunção de que as pessoas nele indicadas empregarão o máximo de sua diligência para uma atitude leal em relação ao Fisco nas declarações, informações, pagamentos dos tributos, etc.”.

Evidentemente, o não-recolhimento de um tributo configura ato contrário à lei, uma vez que prejudica o próprio fim social a que se destina a arrecadação.

Todavia, há que se delimitar o exato sentido da expressão “infração legal”, pois, a falta de pagamento do tributo ou não configura violação legal e é irrelevante falar-se em responsabilidade ou constitui violação da lei e, por conseguinte, nas precisas palavras do eminente doutrinador **Sasha Calmon** “os sócios seriam sempre os responsáveis pelas dívidas da sociedade, quer nas relações de Direito Público, quer nos negócios jurídicos de Direito Privado, pois o inadimplemento de qualquer obrigação constitui ofensa à lei”.

Não nos parece seja esta a melhor exegese, visto que o mero descumprimento da obrigação principal, sem dolo ou fraude, constitui simples mora da empresa-contribuinte, que contém nas normas tributárias pertinentes as respectivas sanções, mas não ato que, por si só, viole a lei ou o estatuto social, a que deve observância os sócios-cotistas.

Ademais, no âmbito da responsabilidade do sócio não há que se perder

1 Direito Tributário Brasileiro, 6ª ed., Forense, 1974, p. 435.

2 Direito Tributário Brasileiro, 5ª ed., Forense, 1974, p. 433.

de vista o princípio da separação patrimonial das pessoas física e jurídica nem a necessária diferenciação que deve ser feita entre a responsabilidade por infração praticada pela sociedade e a infração de lei praticada com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos praticada pelo sócio.

Ensina **Mizabel Abreu Machado Derzi**, na atualização da obra intitulada *Direito Tributário Brasileiro*³, da lavra do eminente tributarista **Aliomar Baleeiro** que:

“Certa doutrina entende que a responsabilidade pessoal e exclusiva dos terceiros arrolados no art. 135, se desencadearia com a simples ausência de recolhimento do tributo devido – sem dúvida um ilícito ou infração de lei. Mas se assim fosse, qual seria a diferença entre os arts. 134 e 135? Observe-se que as mesmas pessoas, mencionadas no art. 134, estão repetidas no art. 135, I. Por quê?

Ora, o art. 134, ao contrário do art. 135, mantém no pólo passivo da relação em favor da Fazenda Pública tanto o contribuinte, como o responsável; o primeiro, em caráter preferencial, o segundo, subsidiariamente, bastando para isso o descumprimento do dever de pagar o tributo devido pelo contribuinte ou a negligência na fiscalização do pagamento. A infringência de tais deveres de fiscalização de representação e de boa administração que devem ser exercidos com diligência e zelo, desencadeia a responsabilidade do terceiro. Por isso que hipótese de singelo não pagamento do tributo a cargo de terceiro se enquadra no art. 134 e não no art. 135.

Já o art. 135 transfere o débito, nascido em nome do contribuinte, exclusivamente para o responsável, que o substitui, inclusive em relação às hipóteses mencionadas no art. 134. A única justificativa para a liberação do contribuinte, que não integra o pólo passivo, nas hipóteses do art. 135, está no fato de que os créditos ali mencionados correspondem a ‘obrigações resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infrações de lei, contrato social ou estatuto’. O ilícito é assim prévio ou concomitante ao surgimento da obrigação (mas exterior à norma tributária) e não posterior, como seria o caso do não-pagamento do tributo. A lei que se infringe é a lei comercial ou civil, não

3 *Direito Tributário Brasileiro*, Editora Forense, 11ª ed.

a lei tributária, agindo o terceiro contra o interesse do contribuinte. Daí se explica que, no pólo passivo se mantenha apenas a figura do responsável, não mais a do contribuinte, que viu, em seu nome, surgir dívida não autorizada, quer pelo contrato social, quer pelo estatuto.”

Sobre o tema revela-se oportuna a abalizada lição de **Hugo de Brito Machado**⁴, cujo excerto pedimos vênias para transcrever:

“Não se pode admitir que o não-pagamento do tributo configure a infração de lei, capaz de ensejar tal responsabilidade, porque isto levará a suprimir-se a regra, fazendo prevalecer, em todos os casos, a exceção. O não-cumprimento de uma obrigação qualquer, e não apenas de uma obrigação tributária, provocaria a responsabilidade do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado inadimplente. Mas tal conclusão é evidentemente insustentável. O que a lei estabelece como regra, isto é, a limitação da responsabilidade dos diretores ou administradores dessas pessoas jurídicas, não pode ser anulado por esse desmedido elastério, dado à exceção.

...

Em conclusão, a questão em exame pode ser assim resumida: (a) os sócios-gerentes, diretores e administradores de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, ou anônimas, em princípio não são pessoalmente responsáveis pelas dívidas tributárias destas; (b) **omissis**; (c) relativamente aos demais tributos, a responsabilidade em questão só existirá quando a pessoa jurídica tenha ficado sem condições econômicas para responder pela dívida, em decorrência de atos praticados com excesso de poderes, ou violação da lei, do contrato ou do estatuto; (d) a liquidação irregular da sociedade gera a presunção da prática desses atos abusivos ou ilegais.

Em síntese, os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, aos quais se reporta o art. 135, III, do CTN, são aqueles atos em virtude dos quais a pessoa jurídica tornou-se insolvente.”

4 Responsabilidade Tributária e Infração da Lei. Repertório IOB de Jurisprudência n. 15/1994.

Por tal razão, afirma **Carlos Celso Orcesi da Costa**⁵:

“Devemos entender por ‘atos ilegais’ ou por ‘atos em violação do contrato social’, aqueles dolosamente praticados e dirigidos para deliberadamente prejudicar terceiros. Assim, não pagar um fornecedor é ato ilegal; constitui uma falta. Mas, para os fins dos princípios da responsabilidade o ‘não pagar’ pode configurar ou não uma violação da lei ou do contrato social. Se a sociedade não paga por estar impossibilitada, por motivo justo, o credor pode cobrar da empresa, mas não há infração dolosa, nem responsabilidade contingente. Se a sociedade devia numerário e ‘não paga’ ou se em estado pré-falimentar, sai por aí comprando sem lastro, evidencia-se o dolo e, conseqüentemente, haveria responsabilidade.”

Portanto, para que se configure a responsabilidade excepcional do sócio, é preciso que a este seja realmente imputável o ato legal.

Do contrário, afirma o suso mencionado autor:

“... para sanar uma injustiça contra o Estado, contra o Fisco, cometer-se-ia uma outra injustiça maior: a responsabilidade do sócio (ainda que gerente de direito) que não cometeu qualquer ato ilegal. Cabe-lhe o ônus da prova, mas indiscutivelmente não pode responder por fraude cometida, praticada, realizada, gerenciada, por terceiro.

...

Apenas quem pratica o ato gerencial fraudulento, ilegal, pode validamente ser responsabilizado. Interessa à organização social como um todo, que a responsabilidade nos negócios seja, como o nome o indica, ‘limitada’.

Em todo o negócio há um risco. Quem comercia com uma sociedade inidônea, de certa forma também está a cometer um equívoco, a (mau) assumir o risco. Não há razão para que, por existirem maus comerciantes, se elimine a garantia institucional da responsabilidade limitada, que protege o comerciante de boa-fé, a família, terceiros, contra os riscos naturais dos negócios.”

5 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro/56, Ed. Revista dos Tribunais, p.p. 64/75.

Neste diapasão, oportunas são as palavras do eminente Ministro Ari Pargendler⁶:

“Quer dizer, não basta para tipificar a responsabilidade do sócio-gerente, o inadimplemento da sociedade, porque este pode decorrer do risco natural aos negócios – risco, aliás, pressuposto na própria natureza da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Até essa data, a responsabilidade que o recorrente lhe quer imputar decorre de não ter a sociedade pago ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, responsabilidade inexistente, porque – como visto – a falta de pagamento de tributos, quando resulta da álea natural aos negócios, não pode ser assimilada à infração prevista no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Esta é modalidade restrita de infração à lei, aquela em que o sócio-gerente da pessoa jurídica, através de procedimentos ilícitos, visa a encobrir a própria obrigação tributária (v.g., falta de escrituração regular) ou a diminuir as garantias de crédito tributário (v.g. dissolução irregular da sociedade).”

Assim, não é o mero não recolhimento do tributo sob a gestão do sócio que determina a sua responsabilidade pelo pagamento de tributos não recolhidos. Haverá este de responder, sim, pelos débitos fiscais do período em que exerceu a administração da sociedade se ficar provado que agiu com dolo ou fraude e haja prova de que a sociedade em razão de dificuldade econômica não pôde cumprir com o débito fiscal que lhe competia por obrigação.

Corroboram este entendimento, os seguintes julgados:

“Tributário. Débitos de sociedade de responsabilidade limitada sob execução fiscal. Expedição de Certidão Negativa de Débito – CND para sócio-gerente. Responsabilidade tributária. Art. 135, III, CTN. Ausência de prova de infração à lei ou estatuto.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.

6 REsp n. 1.674-0-GO.

2. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

3. Inexistência de responsabilidade tributária do sócio.

4. Agravo de instrumento improvido.”

“Tributário e Processual Civil. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a embargos de divergência em recurso especial. Sociedade limitada. Dissolução. Sócio-gerente. Responsabilidade tributária. Limites. Precedentes.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que, com base na jurisprudência remansosa desta Casa, entendeu não emprestar caminhada a EREsp, negando-lhe, assim, seguimento.

2. Cuida o presente caso de se buscar definição acerca da possibilidade de se cobrar integralmente de ex-sócio de uma empresa tributo por ela não recolhido, quando o mesmo já não exercia mais atos de administração da mesma, reclamando-se ofensa ao art. 135 do CTN.

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. A solidariedade do sócio pela dívida da sociedade só se manifesta, todavia, quando comprovado que, no exercício de sua administração, praticou os atos elencados na forma do art. 135, **caput**, do CTN. Há impossibilidade, pois, de se cogitar na atribuição de tal responsabilidade substitutiva quando sequer estava o sócio investido das funções diretivas da sociedade.

5. **In casu**, a execução abrange período anterior à época de responsabilidade do embargado e as dívidas anteriores (ou posteriores) à permanência do sócio na empresa não podem, via de regra, atingi-lo, até mesmo porque ausente qualquer prova de liame entre o embargado e os fatos geradores dos períodos restantes.

6. Não se encontra ultrapassado o posicionamento esposado no

decisório guerreado, mas, sim, o julgado citado do ano de 1996 que não mais se amolda ao entendimento desta Corte Superior. Precedentes.

7. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EREsp n. 109.639-RS, DJ de 28.2.2000, Rel. Min. José Delgado).”

In casu, partindo-se da convicção firmada nos autos, não há prova de que os sócios tenham praticado infração à lei nem tampouco é possível inferir-se da certidão do oficial de Justiça, constante à fl. 26 dos autos de execução em apenso, que a Empresa-executada tenha sido dissolvida irregularmente ou mesmo que se encontre na inatividade.

Deste modo, não é possível invocar-se o art. 135, III, do CTN nem a responsabilidade, por substituição que a norma encerra.

Resta, por conseguinte, a responsabilidade supletiva dos Embargantes.

Entretanto, houve penhora válida nos autos em valor compatível ao débito exequendo, o que denuncia, a princípio, a capacidade da Empresa-executada em solver o débito fiscal, tanto que os bens constritos foram objeto de leilão, não obstante não tenha sido encontrado licitante interessado no seu lance.

Igualmente, o que foi estabelecido na sentença e não infirmado no acórdão recorrido é que o fechamento da fábrica noticiado na certidão do oficial de Justiça não significa dissolução da sociedade, o que fez o julgador monocrático asseverar que “competia à credora requerer a expedição de carta precatória, ultimando a execução. Se, e somente se, não localizada a empresa ou os bens já penhorados à fl. 11, ou outros até a suficiência da satisfação creditícia, então sim, e somente então, poderia a Fazenda cobrar seu crédito dos representantes da empresa desativada ou sem bens com suficiência para a garantia da dívida”.

Correto o entendimento esposado em 1^a grau de jurisdição, sob pena de violação ao art. 135, III, do CTN.

Forte nestas razões, *dou provimento* ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 140.652 – MG

(Registro n. 97.0049869-7)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte
Advogados: Cristiana Rodrigues Gontijo e outros
Recorrida: Sociedade Incorporadora e Construtora Ltda – Soinco
Advogada: Flávia Caldeira Brant Ribeiro

EMENTA: Recurso especial – Tributário – IPTU – Lançamento – Revisão – Ausência de notificação do sujeito passivo – Irregularidade que acarreta a nulidade do procedimento – Alegada contrariedade ao artigo 149 do CTN – Não ocorrência – Recurso especial não conhecido.

– Consoante ensina **Bernardo Ribeiro de Moraes**, “feita a revisão do lançamento tributário o sujeito passivo deve ser notificado do mesmo. O lançamento revisto não deixa de ser um lançamento e, como tal, deve ser de conhecimento do contribuinte”. (cf. *Compendio de Direito Tributário*, Ed. Forense, p. 772).

– Não ocorrendo hipótese de contrariedade ao artigo 149 do Código Tributário Nacional, não merece conhecimento o recurso especial.

– Recurso não conhecido pela alínea a do permissivo constitucional. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do 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. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 15 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial ajuizado pela Municipalidade de Belo Horizonte contra Soinco – Sociedade Incorporadora e Construtora Ltda, com fundamento no artigo 105, III, alínea a, da Magna Carta, tendo por objeto desconstituir v. acórdão oriundo do colendo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Dessume-se dos autos que a ora recorrida ajuizou ação anulatória de débito fiscal contra a Fazenda Municipal de Belo Horizonte, insurgindo-se contra o não-fornecimento de certidão negativa de débito de Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, tendo em vista constar pendência no pagamento do imposto em comento, relativo ao ano de 1992. Afirmou a Recorrida que conquanto tenha efetuado o pagamento do tributo em 1992, a Municipalidade acabou por rever o lançamento efetuado anteriormente, originando o débito que até então desconhecia.

Com lastro nesses fatos, o douto Juízo de 1^o grau acolheu a pretensão deduzida, julgando procedente a ação para declarar nulo o crédito tributário instituído pela Municipalidade de Belo Horizonte, decorrente de revisão do IPTU de 1992 (fls. 95/98).

Ao reexame necessário somou-se o apelo da Fazenda municipal, objetivando a reforma integral do julgado.

A colenda Corte de origem manteve o r. julgado de 1^a instância, asseverando a ausência de procedimento administrativo quando do novo lançamento, razão por que não houve instauração do necessário contraditório, exigido **in specie** (fls. 128/131).

Ainda irresignada, a Fazenda Municipal interpôs o presente recurso especial. Alega, em suma, que houve afronta ao disposto no artigo 149, inciso VIII, do Código Tributário Nacional, pois que a lei federal autoriza a Municipalidade a rever o lançamento “quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior”. Argumenta, também, que embora seja previsto o contraditório na Carta Política, o certo é que não possui a força de anular lançamento decorrente de revisão válida.

Apresentadas contra-razões (fls. 141/145), o douto Ministério Público do Estado de Minas Gerais opinou no sentido da não-admissão do recurso especial (fls. 148/150).

O egrégio Tribunal **a quo** não admitiu a subida do recurso especial

(fls. 152/153), o que provocou a interposição de agravo de instrumento pela Municipalidade. Admito, por meio de r. decisão da lavra do ilustre Ministro Demócrito Reinaldo, foi determinada a subida dos autos a este Sodalício (fl. 94 do apenso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Antes de penetrar do busílis da questão, é de todo conveniente trazer à balha os principais relanços da controvérsia.

A Recorrida, nos idos de 1991, adquiriu um imóvel que possuía alvará para construção de prédio residencial, estabelecido o prazo de 6 (seis) meses para o início das obras.

Requerida e autorizada a demolição do prédio existente no terreno, foi dado início à construção, comunicando a Municipalidade de Belo Horizonte.

Em seguida, foi a Recorrida notificada para o pagamento do IPTU referente ao exercício de 1992. No ano seguinte, objetivou certidão negativa de débito referente ao mencionado imóvel, constatando, todavia, existir débito decorrente do ano de 1992 já inscrito na dívida ativa, em razão de revisão de ofício do lançamento.

Sobreveio, então, ação anulatória objetivando a nulidade do lançamento.

O juízo de 1^o grau julgou procedente a demanda e consignou que o processo administrativo de revisão do lançamento é nulo e ineficaz, dada a ausência de notificação do sujeito passivo. Nessa mesma linha, assim foi o pronunciamento do egrégio Tribunal de origem, merecendo ser reproduzido, na parte em que interessa:

“O lançamento tributário, ora em exame, deu-se em virtude de permissivo legal, consubstanciado nos arts. 149 do CTN e 131 da Lei n. 5.641/1969, e refere-se a complemento levantado de ofício pelo Fisco municipal.

Entretanto, ao efetuar o lançamento por revisão, não cuidou o Fisco de notificar o lançamento ao contribuinte, fixando-lhe prazo para defesa administrativa, instaurando o necessário contraditório, nem

tampouco fixou prazo para o pagamento complementar, conforme comando do art. 145 do CTN.” (fl. 129).

Infere-se, pois, que o v. julgado demonstra que o lançamento se deu em decorrência de autorização legal, ou seja, com base no comando insculpido no artigo 149 do Código Tributário Nacional. A ausência da notificação maculou o sobredito lançamento, a ponto de torná-lo nulo.

A despeito disso, aduz a Recorrente que o v. acórdão entendeu de maneira diversa à lei federal, tendo em vista que o lançamento é legal. Por essa razão, em suma, entende que não poderia ter sido declarado nulo.

É de elementar inferência que o Tribunal de origem deixa consignado que a revisão do lançamento foi levada a efeito de ofício pela autoridade administrativa. Ocorre, porém, que após realizada, fazia-se mister que o sujeito passivo fosse notificado a fim de que, em querendo, pudesse impugná-lo ou, ainda, pagar o valor devido.

Estabelece o artigo 145 do Código Tributário Nacional que:

“O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I – impugnação do sujeito passivo;

II – recurso de ofício;

III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149.”

Bernardo Ribeiro de Moraes lembra que a finalidade da notificação “é dar conhecimento do conteúdo de um ato, no caso, ato administrativo do lançamento tributário”. (cf. *Compêndio de Direito Tributário*, Ed. Forense, p. 766).

Desta feita, vem a calhar, novamente, a lição do festejado mestre no sentido de que “uma vez feita a revisão do lançamento tributário, o sujeito passivo deve ser notificado do mesmo. O lançamento revisto não deixa de ser um lançamento e, como tal, deve ser de conhecimento do contribuinte” (ob. cit., p. 772).

Diante disso, ausente de fomento jurídico o argumento da Fazenda municipal no sentido de que a ausência do contraditório não possui a força de anular o lançamento decorrente de revisão.

Deflui, pois, inexistir a alegada ofensa ao comando inserto no artigo

149 do Código Tributário Nacional, que foi aplicado corretamente pelo colendo Tribunal de origem ao reconhecer a irregularidade na revisão do lançamento do IPTU do imóvel da ora recorrida.

Pelo que precede, não conheço do recurso especial interposto pela Municipalidade de Belo Horizonte.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 189.107 – SP

(Registro n. 98.0069626-1)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Joaquim Pereira Fontes
Advogados: Marco Antônio Pezzolato e outros
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Márcia Ferreira Couto e outros

EMENTA: Execução fiscal – Credor solvente – Preferência de crédito tributário sobre crédito quirografário – Arts. 186/CTN e 711/CPC – Não conhecimento do agravo – Preliminar rejeitada.

1. Contendo o traslado elementos suficientes à identificação do advogado do agravado e seu endereço, bem como tendo este suprido a deficiência quanto à procuração outorgada ao seu patrono e sendo os procuradores dos órgãos públicos dispensados da exibição do instrumento do mandato, rejeita-se a preliminar de que o agravo de instrumento não poderia ser conhecido pelo Tribunal **a quo**.

2. Ressalvados os créditos trabalhistas, o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a sua natureza e o tempo da sua constituição.

3. Na execução contra credor solvente, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução quando não houver título legal de preferência, como é o caso dos créditos tributários.

4. Inteligência dos arts. 186/CTN e 711/CPC.

5. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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 negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon e Franciulli Netto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 19 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 16.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial apoiado nos permissivos **a** e **c**, interposto por Joaquim Pereira Fontes contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido em agravo de instrumento da Fazenda estadual, cuja ementa assim resume o julgado:

“Agravo. Execução fiscal. Preferência da Fazenda estadual diante de credor quirografário, em virtude do disposto no artigo 186 do Código Tributário Nacional. Aplicação da preferência mesmo em se tratando de execução contra devedor solvente. Privilégio do direito material preservado diante do crédito quirografário. Agravo provido.” (fl. 73).

Alega o Recorrente contrariedade aos arts. 524, III; 525, I; 711 e 690 do CPC e, também ao art. 186 do CTN, bem como divergência com as decisões indicadas como paradigmas, argüindo preliminarmente que o agravo de instrumento não podia ser conhecido porque não atendidos os requisitos necessários à sua interposição; insistindo em que a preferência da Fazenda só poderia ser reconhecida com a abertura do concurso universal de credores e pedindo o provimento do recurso, para que seja reformado o acórdão.

Oferecidas contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte, cabendo-me relatá-lo.

Dispensado o pronunciamento do Ministério Público Federal nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Joaquim Pereira Fontes, invocando os permissivos **a** e **c** do art. 105, III, da CF, impugna acórdão do TJESP que acolheu agravo de instrumento da Fazenda estadual contra decisão de 1ª grau indeferitória de pedidos de preferência de créditos tributários, representados por títulos objeto de execução fiscal, sobre crédito quirografário do Recorrente, e de anulação do auto de arrematação.

Reiterando a preliminar sobre a impossibilidade do agravo da Fazenda ser conhecido por falta de indicação do nome e endereço completos do patrono do Agravado e cópias das procurações dos representantes processuais das partes, alega contrariedade aos arts. 524, III; 525, I; e 711 do CPC e 186 do CTN, bem como divergência com as decisões apontadas como paradigmas.

O acórdão rechaçou a preliminar de não conhecimento do agravo porque, a despeito das possíveis irregularidades, “tem-se quadro documental seguro para enfoque das matérias trazidas pelo recurso” e o próprio Agravado supriu o defeito referente à sua representação.

Observe-se que a então agravante incorporou ao traslado cópia da petição do Arrematante, ora recorrente, em papel timbrado do seu advogado, onde constam o nome e endereço completos deste (fl. 9); ademais, na contraminuta ao agravo está anexada a procuração outorgando-lhe os necessários poderes (fls. 51/58). Por outro lado, é consabido que os procuradores dos órgãos estão dispensados de exibir procuração.

Quanto ao mérito, a decisão de 1ª grau indeferiu o pedido de preferência da Fazenda porque só poderia ser reconhecido em concurso universal de credores, que não é o caso e, sendo o devedor solvente, o critério a ser observado é o da anterioridade da penhora do Arrematante (fls. 41/42).

O art. 186/CTN dispõe:

“O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.”

Temos, assim, que somente os créditos trabalhistas se sobrepõem aos tributários, como afirma **Carlos Valder do Nascimento**: “Ressalvado o crédito trabalhista, o de índole tributária tem preferência sobre qualquer outro, seja qual for a sua natureza.” (cf. Comentários ao CTN, Forense, 3ª ed., p. 474).

Já o art. 711/CPC preceitua:

“Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; *não havendo título legal à preferência*, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora.” (grifei).

Com base nesses dispositivos o acórdão decidiu com precisão e clareza:

“Não se tratava, realmente, de concurso universal decorrente da insolvência (CPC, arts. 748 e seguintes), para que houvesse manifestação de preferências (CPC, art. 768) e organização de quadro geral de credores diante delas (CPC, art. 769). Mas não importa, pois, mesmo em se tratando de execução contra devedor solvente, deve ser observada a preferência, decorrente de norma material, como, no caso, o art. 186 do Código Tributário Nacional, em virtude do disposto no art. 711 do Código de Processo Civil.”

Acrescentando, após transcrever o mencionado art. 711/CPC:

“Interpretando esse dispositivo, julgou-se: ‘A classificação dos credores para pagamento será feita com a observância dos seguintes critérios: a) independentemente de penhora, devem ser satisfeitos, em primeiro lugar, os que tiverem título legal de preferência, e possuírem, naturalmente, título executivo (Fisco, credores de custas, credores com garantia real, etc.); b) não havendo preferências legais anteriores, ou depois de satisfeitas estas, os demais credores serão escalonados segundo a ordem cronológica das penhoras’. (Bol. AASP, m.v.).

A Agravante sem dúvida tinha preferência decorrente do art. 186 do Código Tributário Nacional. (...)

A propósito, **Araken de Assis** explicou que a preferência emanada da penhora, ora amparada pelo art. 613 do Código de Processo Civil, submete-se à não-ocorrência de privilégios oriundos do direito material, porque para ela são necessários dois pressupostos, um deles atinente à inexistência de preferência: ‘Dois pressupostos extrínsecos à própria penhora governam a utilidade da preferência outorgada pela penhora: a) a solvência do executado; b) a inexistência de preferência ou de privilégio hauridos do direito material’ (Manual do Processo de Execução, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed., 1997, p. 545).

Esse o privilégio, tipicamente de direito material, que se preserva diante dos créditos quirografários, ainda que se trate de execução contra devedor solvente.” (fls. 76/78).

Considerando que o acórdão interpretou e aplicou corretamente os dispositivos legais pertinentes à causa, nego provimento ao recurso que, com pequenas modificações, reproduz argumentos expendidos na impugnação ao agravo da Fazenda (fls. 51/55), todos eles repelidos pelo aresto hostilizado.

RECURSO ESPECIAL N. 221.076 – RN

(Registro n. 99.0057898-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrente: União
Recorrida: Odete Roselli Garcia Maranhão
Advogados: Diógenes da Cunha Lima Neto e outros

EMENTA: Responsabilidade civil – União – Indenização – Tortura e morte de preso político – Regime militar – Período de exceção – Matéria de prova.

1. A convicção do julgador das instâncias ordinárias é formada com base na avaliação das provas produzidas na instrução do processo, cabendo-lhe dizer de sua suficiência.

2. A teor do contido na Súmula n. 7 do STJ, não é possível o exame de matéria fática no recurso especial.

3. Provada a responsabilidade da União pela prática de ato ilícito, no caso o desaparecimento, tortura e morte de preso político, é devida a indenização por dano moral.

4. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Franciulli Netto, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.

Brasília-DF, 24 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 18.12.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A União interpõe recurso especial, fundamentado na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado:

“Direito Civil. Indenização. Dano moral. Desaparecido político. Prescrição não verificada.

Enquanto não houver o reconhecimento oficial da morte do desaparecido político não se poderá ter como iniciado o prazo prescricional da ação indenizatória correspondente, pois a prescrição só começa a correr a partir do momento em que a família da vítima toma ciência inequívoca do falecimento dela.

Por se tratar de um fato que teve amplíssima divulgação na mídia nacional e internacional, é desnecessária a produção de outras provas, por ser considerado um fato público e notório (art. 334, inciso I, do Código de Processo Civil). Assim, não se deve considerar a irresignação da União contra a aplicação da Teoria do Risco Administrativo ao caso **sub judice**, posto que o nexo de causalidade entre a ação do

Estado e o desaparecimento e morte do esposo da promovente, elemento imprescindível à caracterização dessa teoria, encontra-se suficientemente provado nos autos.

Impossibilidade de ser alterado o **quantum** da indenização, tendo em vista que os inúmeros critérios que devem ser utilizados para a sua fixação, tais como a expectativa de vida frustrada, o patrimônio que a vítima poderia vir a possuir, etc., foram considerados, bem como também porque qualquer majoração indevida da verba indenizatória refletirá sobre os investimentos destinados às áreas como saúde, segurança e educação, em prejuízo dos interesses da sociedade.

Preliminar de prescrição rejeitada.

Apelações e remessa oficial improvidas.” (fl. 142).

Sustenta a Recorrente violação aos arts. 333, I; 334, IV; 1.159 a 1.169 do Código de Processo Civil, e 6ª da Lei n. 6.683/1979, tendo em conta que o acórdão recorrido está baseado em simples presunção, o que não é aceito por nosso ordenamento jurídico.

Aduz que não há nos autos qualquer comprovação do nexos causal entre a ação do Estado e o desaparecimento e morte da vítima, não se aplicando a Teoria do Risco Administrativo.

Alega, ainda, a ocorrência da prescrição quinquenal, em 1.11.1984, conforme o disposto na Lei da Anistia.

Sem contra-razões (fl. 170), o recurso foi admitido, fl. 172, vindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República opinou em parecer resumido na seguinte ementa:

“Desaparecimento político. Danos morais. Prescrição. Inexistência. Reexame de prova (Súmula n. 7-STJ). Impossibilidade. Indenização constitucionalmente assegurada (CF/1988, art. 5º, V, c.c. o art. 37, § 6º).

1. Não é o recurso especial a via idônea para o reexame do conjunto probatório dos autos, consoante a Súmula n. 7 deste Sodalício.

2. Ainda que se trate de ação condenatória, não há que se falar em prescrição, no caso de desaparecido político, enquanto os familiares da vítima desaparecida não tiverem tomado ciência definitiva e oficial, por

parte do Estado, da morte de seu parente perseguido na época do regime de exceção constitucional.

3. O desaparecimento de perseguido político, injustificadamente, simplesmente por motivos político-ideológicos, confere direito aos seus familiares à indenização por danos morais, conforme expressamente disposto na Carta Magna (art. 5^ª, V, c.c. o art. 37, § 6^º).

4. Pelo não-conhecimento parcial do presente recurso, e pelo seu improvimento na parte conhecida.” (fl. 178).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Trata-se de ação de indenização por dano moral movida pela viúva de Luiz Ignácio Maranhão Filho contra a União.

Extraí-se do processado que a vítima exercia a função de tesoureiro do Partido Comunista, em 1974, durante o regime militar de exceção então vigente, quando foi preso.

Após a prisão do marido, a Autora envidou, sem êxito, todos os esforços no sentido de obter notícias de seu paradeiro, o que somente veio a ocorrer em 18.11.1992, através de matéria veiculada na revista Veja, como se vê do seguinte trecho da exordial:

“Uma reportagem recente publicada pela revista Veja confirmou a suspeita da ora autora, de que seu marido teria sido torturado e morto pelo Destacamento de Operações Internas – DOI – em São Paulo. O ex-Sargento Marival Dias Chaves, que trabalhou dezessete anos como agente do DOI-Codi, em São Paulo, e no Centro de Informações do Exército, em Brasília, prestou depoimento à revista afirmando que o Dr. Luís Ignácio Maranhão Filho foi morto com uma injeção de matar cavalo, após ser barbaramente torturado.” (fl. 8).

A irresignação da União não merece guarida.

Ao contrário do alegado, o julgado recorrido aplicou corretamente os dispositivos legais tidos como violados.

A preliminar de prescrição foi acertadamente afastada, ante a ausência de qualquer declaração oficial do Estado acerca do desaparecimento da vítima, valendo transcrever-se:

“A própria jurisprudência pátria, a exemplo deste egrégio Tribunal, tem entendido que o prazo de prescrição somente tem início quando a ação possa ser ajuizada, ou melhor, quando os familiares da vítima desaparecida tomam ciência definitiva da morte do seu ente querido, através do reconhecimento oficial, por parte do Estado, deste fato. Esse o entendimento exposto a seguir nos acórdãos proferidos na AC n. 588.844-RN, cujo Relator foi o Ex.^{mo} Juiz Araken Mariz, e na AC n. 578.370-RN, da lavra do Ex.^{mo} Juiz Castro Meira.

‘Civil. Indenização. Dano moral. Desaparecimento político.

Inexiste litisconsórcio passivo necessário dos Estados-membros da União em caso de pedido de indenização por desaparecimento de familiar causado por agentes de órgãos federais.

A falta de reconhecimento oficial da morte do ‘desaparecido político’ impede que se tenha como iniciado o prazo prescricional da ação de indenização correspondente.

Em se considerando que o fato que se pretende provar teve larga divulgação na mídia nacional e internacional, foi reconhecido por entidades como a OAB e a Anistia Internacional, além de registrado em livro escrito sobre a época da ditadura militar, é de se dispensar a necessidade de produção de outras provas e acatá-lo como fato público e notório.

Em não se tratando a União de uma pessoa comum, a majoração do **quantum** indenizatório refletia, não como uma forma de punição do infrator, mas na diminuição de investimentos em prol do interesse público. Mantido o valor estabelecido na sentença, que é razoável, sem ser exorbitante.

Preliminares rejeitadas.

Apelações improvidas.’

‘Civil. Indenização por dano moral. Desaparecido político. Prescrição. Inocorrência.

Preliminar de prescrição rejeitada: o prazo prescricional tem

seu transcurso iniciado quando a ação passa a poder ser ajuizada, ou seja, ao tomarem os familiares do desaparecido definitiva ciência da morte do ente querido.

Fatos notórios: ampla divulgação pela mídia em níveis nacional e internacional. Suficiência probatória.

Redução do valor da indenização: o pagamento, pela União Federal, de quantias exorbitantes acarretaria o desfalque de verbas cuja destinação a áreas como saúde, educação, segurança e outras é pressuposto para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária.

Vencido, nesta parte, o Relator.

Precedentes na egrégia Segunda Turma: AC n. 88.844-RN, Relator Juiz Araken Mariz.

Apelação e remessa oficial improvidas.’

Desta forma, não se verificou o termo inicial do prazo prescricional, pelo que o direito da parte-autora resta incólume.” (fls. 135/136).

Ademais, a viúva de Luiz Ignácio Maranhão Filho, em nenhum momento se quedou inerte, como quer fazer crer a Recorrente. Pelo contrário, buscou através de todos os meios possíveis, inclusive na área militar, desvendar as causas do desaparecimento de seu marido.

Importante a menção, no ponto, de trecho do parecer ministerial:

“Quanto ao art. 6^a, alegado como violado em vista da Autora não ter providenciado a declaração de ausência no prazo de 1 (um) ano a partir da Lei n. 6.683/1979, e que já decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, não há como prosperar este argumento, como dito e redito, pelas autoridades judiciárias e pelo MPF, que sequer o prazo de prescrição desta ação condenatória foi iniciado. As razões deste entendimento estariam na ausência de declaração, pelo Estado, mesmo instado a fazê-lo, do falecimento do Sr. Luiz Ignácio Maranhão Filho.” (fl. 181).

Também não tem razão a União ao afirmar que o acórdão recorrido está ancorado tão-somente na presunção de morte do marido da Autora.

A convicção do julgador das instâncias ordinárias é formada com base na avaliação das provas produzidas na instrução do processo, cabendo-lhe dizer de sua suficiência.

No caso em exame, como se vê às fls. 136/137, a prova existente nos autos foi considerada bastante:

“Na realidade, é público e notório que o regime de exceção fez inúmeras vítimas, fato este amplamente divulgado pela mídia nacional durante e após o término desse período. Tanto é assim que a revista *Veja*, através da reportagem exibida em novembro de 1992, acima mencionada, denunciou a prisão arbitrária do Sr. Luiz Maranhão, a qual culminou com a sua morte, denotando o caráter abusivo desse ato praticado pelo Estado. E, conforme orientação traçada pelos tribunais pátrios, a exemplo da ementa dantes transcrita, contrariamente ao argumentado pela Ré-recorrente, a ampla divulgação de um fato notório pela mídia em níveis nacional e internacional é considerada suficiente probatoriamente.

Ademais, conforme disciplinado pelo art. 334, inciso I, do Código de Processo Civil Brasileiro, face aos caracteres da publicidade e da notoriedade, tanto a prisão como o falecimento do esposo da Postulante prescindiriam de provas. E, se tal não bastasse, a exigência imposta pela Lei n. 6.683/1979, quanto à necessidade de declaração de ausência de pessoa envolvida em atividades políticas que estejam, até a data da vigência desta lei, desaparecidas do seu domicílio há mais de um ano, se dirige apenas para os fins de dissolução de casamento e de abertura de sucessão definitiva, conforme prescrito no § 4º do art. 6º do mesmo diploma legal.”

Extrai-se daí, pois, que o aresto impugnado resultou da convicção da Turma julgadora, não podendo ser reexaminado sem que se adentre no conjunto fático-probatório, o que é vedado nesta Instância, a teor do Verbete n. 7 de nossa Súmula.

Ainda que superado esse óbice, o recurso não teria solução diversa, visto que é devida a indenização em hipóteses como a aqui retratada, quando se reconheceu a responsabilidade do Estado pela prisão, tortura e conseqüente morte da vítima, responsabilidade essa decorrente da Teoria do Risco Administrativo, como se vê dos precedentes do antigo Tribunal Federal de Recursos, **verbis**:

A – “Responsabilidade civil. Prisão. Morte. Causa. Dano material. Dano moral.

A teor do princípio inserto no § 14 do artigo 153 da Constituição Federal, impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

Constatada a morte do preso, em dependências policiais (DOI/Codi), seja por força de torturas ou sevícias, ou decorrente de suicídio com nexo de causalidade, forçoso é reconhecer a responsabilidade do Estado, nos moldes da preceituação contida no artigo 107 da lei fundamental.”

(...) (AC n. 70.756-SP, Relator o Ministro William Patterson, DJU de 1.10.1987).

B – “Responsabilidade civil. Prisão. Morte. Dano moral.

1. Inépcia da petição inicial (CPC, art. 295, I, e parágrafo único, III). Improcedência da alegação.

2. Apuradas a ilegalidade da prisão e a morte do preso, no cárcere, em decorrência de torturas ou sevícias, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade do Estado, a teor do art. 107 da Constituição.

3. De todas as autoridades, sem exceção portanto, exige-se o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, **ut** art. 153, § 14, da Constituição.

4. É inacumulável a indenização do dano material com a do dano moral. Precedentes do TFR.

5. Apelação provida, em parte.” (AC. n. 75.601-RJ, Relator o Ministro Nilson Naves, DJU de 30.6.1988).

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 249.326 – SP

(Registro n. 2000.0175056-6)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Mônica de Melo e outros
Recorrida: Pezpan Comércio Internacional Ltda
Advogados: Peter Fredy Alexandrakis e outros

EMENTA: Processual Civil e Tributário – Função constitucional do Superior Tribunal de Justiça – Valoração e reapreciação de prova – Incidência de ICMS na importação de merluza – Matéria controvertida nas instâncias ordinárias – Súmula n. 7-STJ.

1. Não é o Superior Tribunal de Justiça 3ª instância, sendo sua função constitucional uniformizar a interpretação da legislação federal, preservando sua correta aplicação, motivo pelo qual o recurso especial reveste-se de tecnicidade, cujas hipóteses de admissibilidade estão previstas no art. 105, inciso III, da CF/1988, devendo ser observados os pressupostos recursais genéricos e específicos para sua admissão.

2. A valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica do campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte.

3. O reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, constituindo matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, insuscetível de revisão no recurso especial.

4. As teses em torno da incidência de ICMS na importação de merluza de país signatário do GATT podem encontrar soluções diversas nesta Corte, em razão de não estar uniformizado, nas instâncias ordinárias, soberanas quanto ao exame da prova, o entendimento quanto à existência ou não de merluza ou similar desta em território nacional.

5. Recurso especial não conhecido por ambas as alíneas, mediante aplicação da Súmula n. 7-STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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 especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Francisco Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

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

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

Publicado no DJ de 9.10.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento à apelação, para reformar a sentença e conceder mandado de segurança impetrado pela empresa Pezpan Comércio Internacional Ltda, visando à isenção de ICMS sobre merluza importada da Argentina.

Alegando violação aos arts. 111, II, do CTN; 1^a da Lei n. 1.533/1951; e 267, IV e VI, do CPC; assim como contrariedade às Súmulas n. 20 e 71-STJ e 575-STF, além de dissídio com decisões do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, sustenta, em síntese, o seguinte:

• o acórdão violou o art. 1^a da Lei n. 1.533/1951 e o art. 267, IV e VI, do CPC, porque não comprovadas de plano a liquidez e a certeza do direito pleiteado, por depender de dilação probatória para se demonstrar que a merluza não é pescada nas águas territoriais brasileiras, em escala comercial, e que o produto importado não seria industrializado, destinando-se à revenda imediata. Isto porque o Convênio ICMS n. 60/1991, com vigência prorrogada pelo Convênio n. 125/1995, até 30.4.1998, em sua cláusula primeira, afasta expressamente a merluza nacional da isenção desse tributo, prevendo, ainda, que o benefício só seria aplicado quando o pescado se destinasse à industrialização. Como somente o direito líquido e certo há de ser protegido pelo *writ*, não se compatibilizando com o rito da ação mandamental a elasticidade de prova, impunha-se a extinção do feito, sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, IV e VI, do CPC, por ser a Impetrante carecedora de ação;

• restaram malferidas as Súmulas n. 575-STF e 20-STJ, aplicadas indevidamente, pois prevêm elas isenção do ICMS para mercadoria importada de país signatário do GATT ou membro da Alalc, quando o similar nacional também é isento, o que não ocorre na hipótese, uma vez que a merluza nacional é tributada, na forma do Convênio ICMS n. 60/1991. Assim, o acórdão concedeu tratamento privilegiado ao produto estrangeiro, afrontando o tratado internacional do Aladi, a norma deste convênio e o art. 111, II, do CTN, que prevê interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção;

• o art. 111, II, do CTN foi ofendido, também, porque o acórdão aplicou analogicamente a Súmula n. 71-STJ, dirigida ao bacalhau, contrariando, da mesma forma, as disposições desta súmula;

• estabeleceu-se o dissídio com julgado do STF, não admitindo elasticidade de prova em mandado de segurança, e com aresto desta Corte, que não reconheceu o direito à isenção de ICMS sobre a merluza importada, ante a conclusão de que a mesma pode ser pescada em águas territoriais brasileiras, sendo sujeita à tributação.

Postula o provimento do recurso, para que se denegue a ordem ou se julgue a Impetrante carecedora de ação.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Entendo oportuno prestar alguns esclarecimentos, a fim de evitar-se perplexidade às partes, diante da possibilidade de teses jurídicas semelhantes terem soluções diversas nesta Corte, em razão de decisões divergentes no tribunal recorrido, decorrentes da análise probatória.

Não é esta Corte 3ª instância, sendo sua função constitucional uniformizar a interpretação da legislação federal, preservando sua correta aplicação, motivo pelo qual o recurso especial reveste-se de tecnicidade, cujas hipóteses de admissibilidade estão previstas no art. 105, inciso III, da CF/1988, devendo ser observados os pressupostos recursais genéricos e específicos para sua admissão.

Outro ponto que merece destaque é a diferença entre valoração e reexame de prova.

A *valoração da prova* refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou

não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica no campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte.

Diversamente, o *reexame da prova* implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias de jurisdição e insuscetível de revisão no recurso especial.

Após estas considerações, verifica-se que a solução da controvérsia exigiria aprofundado reexame da prova, pois, indubitavelmente, o argumento fundamental a respaldar a pretensão é no sentido de que não foram comprovadas de plano a liquidez e certeza do direito pleiteado no *writ*, por depender de produção de provas.

A matéria em exame encontrará soluções diversas nesta Corte em função de não estar uniformizado, nas instâncias ordinárias, soberanas quanto à prova, o entendimento no que diz respeito à existência ou não de merluza ou similar desta em território nacional.

Não desconheço os diferentes enfoques nesta Corte sobre o assunto, contudo, como declarado em preliminar, não pode este Tribunal, observada sua função constitucional, imiscuir-se em matéria de índole probatória para contrariar a conclusão do acórdão recorrido em torno da existência ou não de merluza ou similar no País, o que configuraria reapreciação e não valoração de prova, como explicitado anteriormente.

No caso em exame, não há como prosperar o recurso especial, inclusive no que diz respeito à comprovação imediata da liquidez e certeza do direito, aspecto analisado soberanamente pelo tribunal recorrido, em mandado de segurança, através da prova pré-constituída, permanecendo, assim, o óbice da Súmula n. 7-STJ, aplicável à admissão do especial tanto pela letra **a** quanto pela letra **c** do permissivo constitucional.

Em conclusão, não conheço do recurso especial por ambas as alíneas.

RECURSO ESPECIAL N. 256.208 – MG

(Registro n. 2000.0039516-1)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Procuradores: Alberto Guimarães Andrade e outros

Recorrido: Nivaldo Pimenta

Advogados: José Guaraci Garcia Reis e outro

EMENTA: Servidor público estadual – Férias-prêmio não gozadas e convertidas em pecúnia – Imposto de Renda – Não incidência – Súmula n. 136 do STJ.

A indenização pecuniária relativa a férias-prêmio não gozadas por opção do servidor não constitui fato gerador para que incida sobre ela o imposto sobre a renda.

“O fato de a conversão ter se dado por opção do servidor e não por necessidade de serviço não descaracteriza a natureza indenizatória do pagamento, pois o que afasta a incidência tributária não é a necessidade de serviço, mas sim o caráter indenizatório das férias, o fato de não podermos considerá-la como ‘renda’ ou ‘acréscimo pecuniário’.” (Ag n. 157.735-MG, Relator o Ministro Hélio Mosimann, DJU de 5.3.1998).

Precedentes.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Franciulli Netto, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

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

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 11.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Com apoio nas alíneas a e c do

permissivo constitucional, a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais manifesta recurso especial contra acórdão assim ementado:

“Férias-prêmio. Conversão em espécie. Desconto de Imposto de Renda na fonte. Natureza indenizatória da verba. Não incidência. Competência da Justiça estadual. Ausência de interesse da União. Inteligência do art. 157, I, da Carta Magna.

O equivalente pecuniário da conversão de licença-prêmio não gozada reveste-se de natureza indenizatória, e, como tal, não constitui rendimento tributável pelo Imposto de Renda na fonte.” (fl. 74).

Alega que “a decisão recorrida descumpriu o disposto nas seguintes Leis Federais: Lei n. 4.506/1964, art. 16; Lei n. 7.713/1988, art. 30, § 4^a, combinado com o art. 7^a, I; e Lei n. 8.383/1991, art. 74”. Afirma, ainda, divergência com julgados deste Tribunal e com a Súmula n. 136-STJ.

Aduz, também, que, embora admita a natureza indenizatória das férias-prêmio convertidas em espécie, defende a incidência do imposto de renda, quando não gozadas por vontade do servidor.

Recurso admitido (fls. 104/105).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A irresignação não merece acolhimento.

A questão consiste em saber se a indenização pecuniária relativa a férias-prêmio não gozadas por opção do servidor constitui fato gerador para que sobre ela incida o imposto sobre a renda.

Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que “o pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito ao imposto de renda” (Súmula n. 136-STJ).

Quanto à alegação de que “o não-afastamento há que ser por obstáculo oposto pela Administração, sem o que não se caracteriza o direito à não-incidência do imposto de renda”, tem proclamado este Tribunal que “o fato de a conversão ter se dado por opção do servidor e não por necessidade de serviço não descaracteriza a natureza indenizatória do pagamento, pois o que afasta a incidência tributária não é a necessidade de serviço, mas sim

o caráter indenizatório das férias, o fato de não podermos considerá-la como 'renda' ou 'acréscimo pecuniário'". (Ag n. 157.735-MG, Relator o Ministro Hélio Mosimann, DJU de 5.3.1998).

No mesmo sentido: REsp n. 245.658-MG, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 31.3.2000; Ag. n. 276.772-MG, Relator o Ministro Milton Luiz Pereira, DJU de 28.2.2000; Ag n. 262.061, Relator o Ministro José Delgado, DJU de 17.12.1999; e Ag n. 270.327, Relator o Ministro Garcia Vieira, DJU de 13.12.1999.

Do exposto, não conheço do recurso.