

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial nº 148.072/RJ (Primeira Turma)

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Distribuidora de Bebidas Botafogo Ltda.
Relator: O Senhor Ministro José Delgado

Tributário. Processual Civil. Tutela Antecipada. ICMS. Fazenda Pública.

1 - O instituto da tutela antecipada só deve ser prestigiado pelo juiz quando presentes estão todos os pressupostos exigidos pelo art. 273, do CPC, para sua concessão.

2 - Não vinga concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública para se determinar repetição do indébito de ICMS cobrado em regime de substituição tributária, onde se pretende reaver imposto que se entende ter sido pago a maior.

3 - A tutela antecipada contra a Fazenda Pública só tem lugar quando se tratar de dívida alimentícia necessária à sobrevivência do necessitado e com base em precedentes jurisprudenciais ou quando, no campo tributário, há entendimento largamente uniformizado no campo jurisprudencial sobre a relação jurídica em debate. Nesta situação, não cabe a transferência definitiva de domínio, sem a garantia legal.

4 - Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Brasília, 27 de novembro de 1997 (data do Julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros
Presidente

Ministro José Delgado
Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO:

O Estado do Rio de Janeiro insurge-se, via recurso especial, contra acórdão que confirmou sentença de primeiro grau onde se concedeu tutela antecipada em benefício da recorrida, nos termos em que foi requerida e que são os seguintes (fls. 44/45):

“12.1 *Ex positis*, propõe a autora a presente ação de rito originário, objetivando assegurar seu direito de:

a) estornarem perante a Antártica os excessos do ICMS cobrado no regime de substituição tributária, sempre que a base de cálculo arbitrada for superior ao valor real da operação subsequente, ficando esse estorno sujeito a posterior homologação por parte da autoridade administrativa, dando-se, assim, fiel cumprimento à EC. nº 3/93, para o que deve ser o réu compelido a admitir esse estorno em suas escritas fiscais, sem impor-lhes quaisquer sanções;

b) corrigirem monetariamente os excessos pretéritos, pelos índices oficiais da inflação, acrescidos de juros de 1% ao mês, contados sobre o indébito corrigido, tudo a partir de cada cobrança indevida e igualmente os estornarem, sujeita essa operação, também, à homologação da autoridade fazendária estadual.

12.2 Requerem, outrossim, a tutela antecipada (CPC, art. 273), no sentido de serem autorizadas a proceder, desde já, o estorno dos excessos referidos.”

A recorrente entende, primeiramente, que, por não ter havido apreciação quanto ao mérito dos embargos declaratórios que interpôs, houve, por parte do acórdão recorrido, violação ao art. 535, I do CPC.

A seguir, aponta como violados os arts. 472 e 273, do CPC.

A parte recorrida apresentou contra-razões.

É o relatório.

Tributário. Processual Civil. Tutela antecipada. ICMS. Fazenda Pública.

1 - O instituto da tutela antecipada só deve ser prestigiado pelo juiz quando presentes estão todos os pressupostos exigidos pelo art. 273, do CPC, para a sua concessão.

2 - Não vinga concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública para se determinar repetição do indébito de ICMS cobrado em regime de substituição tributária, onde se pretende reaver imposto que se entende ter sido pago a maior.

3 - A tutela antecipada contra a Fazenda Pública só tem lugar quando se tratar de dívida alimentícia necessária à sobrevivência do necessitado e com base em precedentes jurisprudenciais ou quando, no campo tributário, há entendimento largamente uniformizado no campo jurisprudencial sobre a relação jurídica em debate. Nesta situação, não cabe a transferência definitiva de domínio, sem a garantia legal.

4 - Recurso provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR):

Nos embargos de declaração interpostos pela recorrente foram questionados os aspectos seguintes (fls. 182-183):

"Nas razões recursais, ponderou o Embargante que o direito alegado pela Embargada careceria de verossimilhança, a que alude o artigo 273, do CPC, uma vez que requereu ela provimento jurisdicional destinado a disciplinar relação jurídica com terceiro (no caso a Antártica) e a desse terceiro com o Estado.

Note-se que o terceiro (no caso a Antártica) sequer figura no pólo passivo da relação processual, o que vulneraria o artigo 472, do CPC, que disciplina os limites subjetivos da coisa julgada.

Alegou, ainda, o Embargante, que eventuais direitos da Embargada em face da Antártica deveriam contra ela serem postulados e, se a Antártica tem algum direito contra o Estado, caberia a ela propor contra o Embargante tendente à defesa de seu direito.

Por seu turno, ponderou também o Embargante que o pedido deduzido, qual seja, restituição de indébito, sob forma de reconhecimento de crédito e direito de estornar o crédito contra terceiro que não é parte no processo, violou o artigo 273, § 2º, do CPC, matéria essa também não ventilada no V. acórdão recorrido.

Os embargos foram rejeitados com os fundamentos seguintes (fls. 186-187):

"Contra o v. acórdão de fls. 175-180 investem os embargantes, objetivando esclarecimentos.

Não traz, entretanto, nas suas alegações nenhuma circunstância daquelas contempladas na lei processual que ensejem a declaração pretendida.

Daí porque, rejeitam-se os embargos."

O acórdão principal e embargado, por sua vez, assim está arrazoado (fls. 177-180):

"Há evidente excesso na colocação do Estado.

O que se discute neste agravo é tão somente a ilegalidade da decisão concessiva da tutela antecipatória.

Nesse plano, a decisão nos parece correta, sendo desprovidas de fundamentos as objeções formuladas.

Como está na decisão atacada (fls. 87):

"Verifica-se do exame dos autos que toda a matéria de fato alegada na inicial está comprovada com os documentos de fls. 35/71, o que me convence de sua verossimilhança.

A autora demonstra os excessos praticados no arbitramento do valor da base de cálculo, que deveria ser a mais aproximada da realidade, excessos estes como, v.g.: a) inclusão do valor do IPI na base de cálculo do ICMS; b) inclusão indevida na planilha de parcela relativa a serviços de carreto, que são prestados, no caso presente, dentro da área territorial do município do Rio de Janeiro, sujeitos, portanto, ao ISS municipal; c) inclusão indevida do valor do frete, como demonstrado a fls. 14; d) suposição de que todas as operações efetuadas pela autora têm etapa posterior tributável, quando está comprovado nos autos que diversas vendas são efetuadas para consumidores finais, sem a interveniência de varejistas (bares, restaurantes, etc.), o que reduz o valor final da operação."

E ainda (fls. 90):

"Estou convencido, também, de que há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tal como exige o inciso I do art. 273 do CPC, como requisito para a concessão da tutela antecipada. Por outro lado, inexistente perigo de irreversibilidade deste provimento

antecipado, tendo em vista que, como a própria autora afirma, o "estorno que se pretende efetuar é, por sua vez, igualmente estornável, sem prejuízo de eventual lançamento tributário pela autoridade administrativa em caso de erro".

Para nós é o quanto basta.

Isto é, estão presentes os elementos necessários para aferição do bom direito de um lado e do outro o *periculum in mora* decorrente do imposto indevido a par da reversibilidade do estorno, como na operação contábil regular, fato que inviabiliza, desde logo, os protestos do Estado quanto ao deferimento da tutela e da prestação da caução.

O resto é matéria de mérito a ser decidida a final.

De registrar ainda que, já incluído o recurso em pauta para o julgamento, vieram ao nosso conhecimento, através de memorial apresentado pela douta Procuradoria Geral do Estado, notícias sobre irregularidades que estariam ocorrendo relativamente aos lançamentos estornados.

Trata-se, como é óbvio, de matéria que transcende os limites deste agravo, onde se examinou apenas a legalidade da concessão da tutela antecipada.

Os eventuais desdobramentos quanto à execução dos estornos é matéria insita à atividade fiscalizadora do Estado.

Por isso, não vamos considerá-los nesta sede."

Entendo que, por o acórdão haver afirmado que, apenas, apreciava a questão vinculada ao deferimento de tutela antecipada, reservando-se a Câmara para analisar os demais questionamentos quando do julgamento da apelação não houve qualquer infringência ao art. 535, I, com rejeição dos embargos declaratórios.

Na verdade, qualquer antecipação a respeito da matéria central da demanda acarretaria um pronunciamento prévio do mérito, o que não se admite em nosso sistema recursal.

No particular, embora conheça do recurso, nego-lhe provimento.

Melhor sorte aguarda a apontada violação ao art. 273, do CPC.

Na verdade, os pressupostos para a concessão da tutela antecipada não estão presentes, especialmente, no tocante à determinação de que os seus efeitos patrimoniais se consolidem.

Tenha-se em relevo que a ação de conhecimento então foi ajuizada por sociedade cuja atividade é o comércio atacadista de cerveja, refrigerante, chope e produtos correlatos, mercadorias estas sujeitas ao regime de substituição tributária.

A autora, exercendo as atividades de distribuidora de produtos fabricados pela Antártica, embora não tenha questionado a validade do regime de substituição tributária, levanta pretensão de discutir a base de cálculo utilizada pelo fabricante para cálculo do imposto, pedindo a restituição do ICMS que, segundo ela, a Antártica teria pago indevidamente nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Na complexidade desse relacionamento e na vivência de tais fatos, foi-lhe deferida antecipação de tutela para que ela, distribuidora, passe a cobrar da Antártica o ICMS que a mesma teria recolhido indevidamente aos cofres públicos e repassado à autora, bem como, que seja autorizada a deduzir do ICMS a ser recolhido do Estado do Rio de Janeiro o *quantum* restituído à autora.

Ora, há, de modo incontestável, em análise superficial, a se definir como sendo difícil a verossimilhança do direito alegado e a caracterização de prova inequívoca.

Outrossim, é precipitado o posicionamento de não ter se chamado a Antártica para integrar a lide, haja vista a possibilidade de ter interesse jurídico a proteger com relação ao litígio, tudo decorrente do seu posicionamento na relação jurídica tributária em análise.

Não deve, portanto, ao meu pensar, prosperar a tutela antecipada, não só por causa da ausência dos pressupostos acima especificados, mas, também, pelo fato de ter sido concedida contra a Fazenda Pública em situação não excepcional e vinculada à necessidade alimentar ou o posicionamento jurídico já definido pelos Tribunais, como tenho defendido.

A tutela antecipada, na forma concedida, desconheceu os efeitos do duplo grau de jurisdição obrigatório, quando vencido o Estado, produzindo conseqüências muito mais elásticas de que a própria sentença e o seu trânsito em julgado.

Esse fundamento é suficiente, na minha compreensão, para reformar o acórdão hostilizado.

Dou, portanto, provimento ao recurso.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA TURMA

Nº Registro: 97/0064643-2

Pauta: 27.11.1997

Julgado: 27.11.1997

Relator

Exmo. Sr. Min. José Delgado

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. Humberto Gomes de Barros

Secretário (a)

Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha Soato

AUTUAÇÃO

Recte: Estado do Rio de Janeiro

Advogado: Alde Santos Júnior e outros

Recdo: Distribuidora de Bebidas Botafogo Ltda.

Advogado: Carlos Alberto Calumby Lisboa e outros

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente o Dr. Alde Santos Júnior, pelo recorrente.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 27 de novembro de 1997

Maria Auxiliadora R. R. Soato

Secretária