

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Galloti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Célio Borja.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

Luiz Tomimatsu
Secretário

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 5116 - SP

(Primeira Turma)

Recorrentes: Distribuidora de Bebidas Musarra Ltda, Fazenda do Estado de São Paulo e Alfredo C. Ricciardi

Recorridos: Os mesmos

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli

Mandado de segurança. Tributário. Agravo. Requisitos de admissibilidade do recurso especial. Particularização. Individualização. Dispositivos violados. Dissenso jurisprudencial. Demonstração. Circunstâncias. Trechos confrontados. Advogado. Induzimento do julgador em erro. Comportamento anti-ético-jurídico. Decadência. Prestação de ato sucessivo. Decisão "Ultra petita". Terceiro responsável. Crédito tributário. Comerciante atacadista e varejista. Constituição, art. 105, inciso III, letras A e C. Art. 26, parágrafo único da Lei nº 8038/90. RISTJ, art. 255, parágrafo único. Art. 18, da lei nº 1533/51. Art. 460, do CPC e art. 128, do CTN.

I - O provimento do agravo de instrumento que ataca o despacho de inadmissibilidade do recurso, não obsta o Tribunal de examinar ou considerar ultrapassados os requisitos de admissibilidade do recurso especial.

II - O recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, letra a, da Constituição, tem que trazer a particularização ou a individualização dos dispositivos reputados de violados, que de outro lado, a multiplicidade de disposições legais alegadas de violadas tornaria indispensável a oposição de embargos declaratórios. Quanto ao dissenso jurisprudencial o recurso especial tem que trazer a demonstração das circunstâncias e trechos que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados - art. 105, inciso III, letra c, da Constituição, c/c art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8038/90 e art. 255, parágrafo único, do RISTJ. Estes aspectos representam requisitos ou pressupostos de admissibilidade do recurso especial, que redundam num pré-conhecimento do recurso.

III - Advogado da recorrente que induz a todos os membros da Turma em erro, trazendo da tribuna elementos não condizentes com os autos, demonstra comportamento anti-ético-jurídico, questão esclarecida em voto complementar.

IV - Inocorrência da decadência do direito ao uso do mandado de segurança, por se tratar de prestações de trato sucessivo, cujos lançamentos ocorrem mês a mês - art. 18, da Lei nº 1533/51.

V - A decisão recorrida não contém decisão "ultra petita", para fazer nulificar o "decisum" a fim de que outra seja proferida nos limites do pedido e do alcance do mandado de segurança, porque o próprio Tribunal "a quo" colocou a r. sentença nos seus devidos termos - art. 460, do CPC.

VI - Atribuição a terceiro da condição de responsável pelo crédito tributário. O art. 128, do CTN, só permite essa atribuição se houver vinculação do terceiro ao fato gerador, pelo que não é possível atribuir ao industrial ou

comerciante atacadista, a responsabilidade pelo tributo devido pelo comerciante varejista.

VII - Vencido o Relator quanto a matéria do pré-conhecimento do recurso especial, a Turma não conheceu do recurso das empresas pelo fundamento da letra e do permissivo constitucional, em face de não ocorrência de violação do disposto no art. 128, do CTN, e do recurso da Fazenda Estadual relativo ao art. 18, da Lei nº 1533/51 e art. 460, do CPC. Quanto ao recurso pela letra c, dissídio jurisprudencial, nega-se provimento em face da tese do v. acórdão paradigma traçado no RE 77.462-MG, In DJ 09.04.75, do STF, estar na linha da decisão recorrida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, afastar preliminares e, no mérito, negar provimento aos recursos e ainda, por unanimidade, homologar a desistência de Cury & Cia Ltda, Distribuidora de Bebidas Mussara Ltda, Bremer & Cia Ltda, Comercial de Bebidas Nelli Ltda, Mercantil Pavanelli Ltda, Rebram, Comércio de Bebidas Branco Ltda, para que produza seus devidos e legais efeitos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 07 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro Pedro Aciole
Presidente e relator

RELATÓRIO

O Exmo Sr. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recursos extraordinários interpostos pela Fazenda do Estado de São Paulo e por Distribuidora de Bebidas Musarra Ltda, os quais foram transformados em recurso especial, sem o desdobramento, conforme despacho do Ministro Aldir Passarinho de fl. 395.

Diversas empresas distribuidoras de bebidas (no atacado), de refrigerantes, drogas e cervejas ajuizaram o mandado de segurança de que cuidam os presentes autos, objetivando ordem destinada a afastar o regime de recolhimento antecipado do ICM nas operações de saídas daquelas mercadorias, apontando-o como ilegal porque implantado com violação a inúmeros dispositivos do Decreto Lei nº 406/68 ou do CTN.

No juízo monocrático, a ordem foi parcialmente concedida, para excluir a possibilidade de aplicação do indigitado regime de recolhimento até a data de 31.12.83.

Recorrem os impetrantes e a Fazenda Estadual, cujo acórdão recorrido de fl. 277 está posto assim:

"ACORDAM, em Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, considerado como parte integrante deste o relatório de folhas, prover o apelo das impetrantes e, via de consequência, dar por prejudicados os de ofício e da Fazenda do Estado, em consonância com o bem lançado parecer da d. Procuradoria, o qual, após minuciosa e feliz síntese das questões controvertidas nos autos e ponderar, com inteira razão, não ter se cuidado de segurança contra lei em tese, tampouco padecer a sentença do vício que se lhe

irrogou nas razões de fls. 231/239, salientou que, ferido o princípio da legalidade, a segurança era de ser concedida nos termos da inicial, para que as impetrantes se eximissem da obrigação de sujeição ao regime de antecipação, enquanto não se fixasse o percentual acrescível na base de cálculo do ICM."

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento dos recursos - folhas 400/402.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. MINISTRO PEDRO ACIOLI (RELATOR): Faço destaque os seguintes fundamentos do r. despacho de inadmissibilidade dos recursos, proferido no Tribunal a quo - folhas 335/339:

" 2. Os recursos manifestados pelos litigantes não reúnem condições de prosperabilidade, segundo a alínea a do permissivo constitucional.

A razoabilidade do aresto atacado, lastreado no sólido parecer da Doutrina Procuradoria Geral da Justiça, impede, por esse fundamento, a abertura da instância extraordinária.

Como bem ressaltou o Órgão Ministerial, quatro foram os fundamentos da ordem rogada: a) a impossibilidade jurídica de unificação do regime de substituição tributária (posto que o art. 128 do CTN somente enseja a atribuição de responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação; b) a impossibilidade de exigência antecipada do ICM sem a ocorrência de fato gerador do tributo; c) a ilegalidade de fixação de base de cálculo mediante ato normativo hierarquicamente inferior à lei e d) ofensa ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICM.

Os dois primeiros fundamentos foram afastados pela previdência do entendimento de que o artigo 128 do CTN não foi revogado a partir da vigência da Lei Complementar nº 44/83 (folhas 267), que não se incompatibiliza, por seu turno, com o disposto no art. 113, § 1º daquele diploma complementar (folhas 268). O terceiro fundamento, examinado antecipadamente, foi acolhido pela Turma Julgadora, que reconheceu a infração ao princípio da legalidade, na medida em que a base de cálculo do ICM antecipado somente poderia incluir um percentual fixado em lei ou objeto de convênio, não em decreto ou portaria. E em face disso é que a segurança foi concedida (folhas 270/271). O derradeiro fundamento foi repellido por ter ficado assentado a inexistência de violação ao princípio constitucional da não cumulatividade do tributo estadual (fls. 269).

O posicionamento do acórdão, sobre não revelar violação aos dispositivos invocados pelas recorrentes, deu-lhes, verdadeiramente, interpretação razoável, o que configura óbice intransponível ao processamento dos apelos.

É oportuno lembrar que o artigo 18, § 3º da Lei Maior e também os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil não foram prequestionados (Súmulas 282 e 356), o mesmo ocorrendo com a questão envolvendo a Súmula 271 do Pretório Excelso. Já em relação ao enunciado da Súmula 266, observo que o aresto sempre fundado no parecer Ministerial, demonstrou, às claras, que a segurança não foi requerida contra lei em tese, mas em face de um ato concreto emanado da Autoridade Fiscal. Além

disso, não há que se falar em decadência, como assinalado na decisão singular, o que resulta na inexistência de violação ao art. 18 da Lei nº 1.533/51.

O segundo fundamento do recurso dos contribuintes (letra c) também não permite o seguimento do inconformismo, seja pela razoabilidade do julgado, já proclamada, seja porque a arguição só teria sentido se o aresto, pondo de lado a norma federal, resolvesse contra seus expressos termos. E isso, evidentemente, não ocorreu.

O dissídio pretoriano não ficou caracterizado nos dois apelos. É que os recorrentes não lograram satisfazer, como de rigor, os requisitos alinhados para tanto no art. 322 do RISTF, mormente no tocante à demonstração analítica das divergências.

3. Indefiro, assim, o processamento dos recursos interpostos pelos litigantes, sem prejuízo da formação do instrumento de relevância da questão federal suscitada pela Fazenda."

Ambos os recursos subiram por força de provimento dos agravos de instrumento que os recorrentes interuseram.

Devo destacar que o provimento do agravo de instrumento, que ataca o despacho de inadmissibilidade do recurso, não obsta o Tribunal examinar ou considerar ultrapassados os requisitos de admissibilidade do recurso especial.

Por isso, entendo não devo descurar desse exame.

Os impetrantes recorrem pela letra a e sustentam a negativa de vigência dos arts. 133, § 1º e 128, do CTN.

Tenho decidido, e a Turma me acompanhado, no fundamento de que o recurso tem que trazer a particularização ou a individualização dos dispositivos reputados de violados - RESP 10438 - SP, in DJ de 05.08.91; RESP 8722-AM; RESP 8745-AM, além de vários outros.

Como fiz questão de transcrever no relatório, o voto condutor da decisão recorrida nem sequer alude aos dispositivos, o que tornaria indispensável a oposição de embargos de declaração como prequestionamento.

Igual providência, não foi adotada quanto ao fundamento do recurso pela letra c, quer seja no recurso dos impetrantes, quer seja no recurso da Fazenda.

Os recursos quanto a esse fundamento, dissídio pretoriano, em momento algum atendem o disposto no art. 255, parágrafo único, do RISTJ c/c art. 26 parágrafo único da Lei n. 8038/90.

Assim, não conheço dos recursos por nenhum dos fundamentos.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: - Sr. Presidente, parece-me que o recurso deve ser conhecido, porque, pela explanação feita pelo Ilustre Advogado da Tribuna e pelo Dr. Subprocurador-Geral da República, os dispositivos foram citados, inclusive no recurso.

Pego vênias a V. Exa., para conhecer do recurso, porque tenho uma certa resistência em aplicar a Súmula 400 e, assim, conhecerá pela letra a.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (APARTE): Ministro Garcia Vieira, parece-me que o Sr. Ministro-Relator se fundamentou em que não era suficiente somente a indicação dos dispositivos legais, porventura malferidos pela decisão recorrida,

mas era necessário que o recorrente fizesse uma exposição justificadora, circunstanciada, e que apontasse em que circunstâncias estes dispositivos foram afrontados, para que o Tribunal pudesse conhecer pela letra "a" do permissivo constitucional.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas, a mim me parece que a exposição foi feita satisfatoriamente. Por isso, estou dando pelo conhecimento. A indicação e a argumentação feitas são suficientes para o conhecimento, para vencer o Juízo de admissibilidade.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (APARTE): Sr. Ministro Garcia Vieira, o único ponto duvidoso é esta questão de ter sido este tributo ou a sua antecipação feita através de portaria ou de instrução normativa, quando a Constituição determina que não há tributo ou isenção deste, sem a prévia cominação legal.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas, Ministro Demócrito Reinaldo, seria depois de vencido o Juízo de admissibilidade. Nós iríamos examinar os dispositivos, e já seria a questão do mérito.

Sr. Presidente, conheço do recurso.

OS SRS. MINISTROS DEMÓCRITO REINALDO E GOMES DE BARROS: De acordo (sem explicitação).

QUESTÃO DE ORDEM

MATÉRIA DE FATO

O DR. GASTÃO LUIZ F. DA GAMA LOBO D' EÇA (ADVOGADO): Sr. Presidente, como confere o Estatuto da OAB, *data venia*, no recurso ora interposto, estão claramente mencionados os dispositivos violados. No item II do recurso extraordinário inicialmente interposto - V. Exas. me desculpem - não entrei no aspecto do cabimento do recurso, não só em face dos bem lançados pareceres anteriores, que já repeliram todos os óbices para o cabimento do recurso do Ministério Público, mas também do próprio voto do Supremo Tribunal Federal, que acolheu o recurso através do agravo de instrumento interposto; mas, com a devida vênias, faço menção à petição original do recurso extraordinário, datada de 18 de janeiro, na qual existe a expressa menção dos dispositivos violados.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Essa petição que V. Ex.^a está lendo é do recurso especial ou extraordinário?

O DR. GASTÃO LUIZ F. DA GAMA LOBO D' EÇA (ADVOGADO): Exato, essa petição foi do recurso extraordinário.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Houve o desdobramento?

O DR. GASTÃO LUIZ F. DA GAMA LOBO D' EÇA (ADVOGADO): Houve o desdobramento na Suprema Corte. Não fui chamado nem notificado, à época do desdobramento, a apresentar razões de recurso especial. O recurso foi remetido imediatamente a esta Corte para ser julgado. Por essa razão, esclareço a V. Ex.^a que não entrei no cabimento do recurso, porque todas as preliminares de descabimento já tinham sido repelidas no voto exarado pelo Ministro Néri da Silveira, da Suprema Corte. Por essa razão, é que não adentrei nos aspectos que o Ministro-Relator adentrou sobre o cabimento do recurso, mas se V. Ex.^a compulsar os autos e verificar tanto a petição de recurso extraordinário inicialmente interposta no Tribunal *a quo*, como as razões de recurso extraordinário oportunamente interpostas, por ocasião da admissibilidade do recurso, pelo

Supremo Tribunal Federal, V. Ex^a constará que estão claramente enunciados os dispositivos violados, tal como, agora, na sustentação oral os enunciei, que seriam o § 1º do art. 113 do CTN, o art. 128 do CTN e o dispositivo da Lei Complementar Nº 406/68, que afeta o princípio da não cumulatividade do tributo. Então, com essa ressalva, peço vênias a V. Ex^a, para esclarecer essa matéria de fato, de alta relevância, uma vez que a Corte está entrando no cabimento do recurso, já repellido pela Suprema Corte, e que esses dispositivos foram explicitados e individualizados e analisados, inclusive, com pareceres de altos juristas, como o Dr. Geraldo Ataliba e Dr. Cleber Jardim, que já haviam analisado as violações, ora, aduzidas no presente recurso.

Assim sendo, Sr. Presidente, peço vênias, para fazer esse reparo, matéria de fato, sem querer adentrar ou sustentar novamente o recurso.

O SR. AMIR SARTI (SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA): Sr. Presidente, Eminentíssimos Ministros, tendo tomado conhecimento da discussão apenas agora e examinando parecer constante dos autos, da lavra do meu ilustre colega, Dr. Eduardo de Vasconcelos Barros, que opina pelo não conhecimento do recurso, pediria a máxima vênias para retificar em parte essa manifestação.

Ao que puder colher, o recurso dos contribuintes vem fundado nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional. Se é verdade, como consta desse parecer, que o acórdão apresentado como dissidente seria anterior à lei discutida no caso e que, portanto, ficaria descaracterizado como paradigma aceitável, por outro lado - e isso já venho sustentando há longo tempo perante esta Turma -, com fundamento na letra *a*, parece-me que, para o cabimento do recurso, basta a alegação pertinente da negativa de vigência da Lei, sem que se possa exigir que, para a admissão do recurso, primeiro tenha que se considerar procedente a alegação, o que implicaria na inversão da ordem racional de desenvolvimento do julgamento.

O recurso dos contribuintes, pelo menos pela letra *a*, porque alegada pertinentemente a violação dos diversos dispositivos do Código Tributário Nacional, merece ser conhecido. Louvando o brilho da sustentação formulada, embora sem ter examinado mais a fundo a questão, realmente, parece-me que o ICM não pode ser cobrado, a não ser quando ocorre efetivamente o fato gerador, e este não pode ser antecipado, sendo lançado a encargo de pessoa absolutamente desvinculada de eventuais futuras operações subsequentes.

Nesse sentido, conhecido o recurso, sob esse aspecto, peço vênias ao colega que lançou o parecer escrito nos autos e coloco-me ao lado de quanto foi sustentado na tribuna. Julgando-se procedente ou dando-se provimento ao recurso do contribuinte, fica automaticamente prejudicado o recurso da Fazenda Estadual. Mas se assim não for, se for entendido que a ex-ação questionada é devida, então, nessa hipótese o caso também se inverteria completamente para, aí, dar-se provimento, nessa hipótese, ao recurso da Fazenda, embora o parecer escrito tenha concluído pelo não conhecimento, também, do recurso fazendário, por falta de prequestionamento, porque, a ser improcedente a ação movida e desprovido o recurso, evidentemente o mandado de segurança não pode surtir efeitos patrimoniais em relação ao período pretérito, ou seja, anterior à impetração, que é o que aconteceu no caso dos autos.

Retifico o parecer constante dos autos. O pronunciamento do Ministério Público, conclusivamente, é o seguinte: que o recurso do contribuinte seja conhecido e, no mérito, que seja provido. Desprovendo-se o recurso dos contribuintes, que seja, então, conhecido e provido o recurso da Fazenda, para restringir-se a concessão da segurança apenas aos

períodos posteriores à impetração para que não se afronte a Súmula nº 371 do Supremo Tribunal Federal.

Sr. Presidente, apenas para colaborar com o Tribunal, tomo a liberdade para ler o item II do recurso extraordinário interposto, mencionado da tribuna:

"Conforme alegado e documentalmente comprovado com a inicial, os atos administrativos impugnados (Decreto nº 21.863/83, comb. com as Portarias CAT nº 54/83 e 13/82) consubstanciavam *normas de efeitos concretos e imediatos*, que traduzindo frontal violação da disposição do artigo 128 do Código Tributário Nacional (CTN-Lei Fed. nº 5.172/66) e da interpretação para ela consagrada pela *Jurisprudência da Corte Suprema* (Acórdãos do STF-Pleno nos RE nº 77.462 - MG in RTJ 73/507 e RE nº 77.885-MG in RTJ 73/530; 1ª turma no RE nº 84.707-CE in RTJ 82/260, etc), instituíram para as operações efetuadas pelas Impetrantes um *regime especial de tributação ANTECIPADA e EXACERBADA*, exigida sobre bases de cálculo ilegalmente *PREDETERMINADAS POR PORTARIAS ADMINISTRATIVAS*, regime este que, por essas características, violava concretamente o § 3º do artigo 18, o artigo 23 - II e os §§ 2º e 29 do artigo 153 do Estatuto Maior os preceitos dos artigos 97 - I a IV, 113 e 115, 139, 142, 144 e 148, todos do CTN." (fls 281/282).

VOTO

PRELIMINAR

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: - Sr. Presidente, estou inteiramente de acordo com V. Ex^a, inclusive a questão já é sumulada na Súmula nº 271 do Supremo Tribunal Federal.

VOTO - COMPLEMENTAR

O EXMº SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (RELATOR): O resultado do julgamento deste processo na sessão de 21.08.91 foi o seguinte:

"A Turma, por maioria, conheceu do recurso, vencido o Exmº Sr. Ministro-Relator, que do mesmo não conhecia, e dada a relevância da matéria, com fundamento no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, suspendeu o julgamento, para que, na próxima sessão, traga o voto-mérito."

Senhores Ministros. Naquela assentada de 21.08.91 proferi voto não conhecendo do recurso por nenhum dos fundamentos.

Não conheci do recurso pela letra *a*, porque se dele conhecer sob esse fundamento estar-se-ia admitindo a negativa de vigência da lei federal.

Na verdade entendi que não houve a negativa de vigência, por isso, não conheci do recurso.

Acentuo, por outro lado, que quanto ao fundamento da letra *c*, dissídio jurisprudencial, dele há de se conhecer por primeiro, ou seja, conhecer do recurso para reconhecer a divergência jurisprudencial para ao depois dizer qual a tese a prevalecer, a da decisão recorrida ou a do paradigma.

No caso, não conheci preliminarmente, quanto ao fundamento do recurso na letra *c*, por falta do atendimento dos requisitos indispensáveis previstos no art. 255, parágrafo único, do RI/STJ, c/c art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8038/90.

Portanto, nada tenho a acrescentar ao meu voto que está posto com muita firmeza, mas devo acentuar que o nobre advogado da recorrente induziu a todos em erro, trazendo da tribuna elementos não condizentes com os autos.

Depois de proferido o meu voto, concedi um aparte ao advogado da Recorrente quanto a matéria de fato, em atenção à sua classe, mas tal não merecia.

Digo com muita franqueza, o nobre advogado não sabe e nem conheceu todas as fases do processo.

Afirma da tribuna que houve "do próprio voto do STF, que acolheu o recurso através do agravo de instrumento interposto, afastados os óbices de cabimento do recurso, os quais foram repelidos pelo Ministério Público", é lamentável essa afirmação do causídico..

Sustenta que houve desdobraimento do recurso e que não foi chamado a apresentar razões do recurso especial, que houve voto do Min. Néri da Silveira afastando as preliminares de cabimento do recurso.

Digo eu, nada disso é verdade, nada disso existe nos autos, lamento profundamente o comportamento do advogado que nem sequer conhece o seu próprio processo.

Senhores Ministros. *Destaquei no meu relatório* que os recursos extraordinários interpostos, o da Fazenda Estadual e da Recorrente, foram processados por força de despacho proferido nos autos do agravo de instrumento em apenso - fl. 310 - do Min. Aldir Passarinho, em despacho singular: "Subam os autos do recurso extraordinário, devidamente processados, para melhor exame".

No STF os recursos extraordinários foram transformados em recurso especial, *sem o desdobraimento* conforme despacho do Min. Aldir Passarinho à fl. 395, e que para lá sejam remetidos os autos em havendo matéria residual do extraordinário propriamente dito.

Vê-se, com muita clareza e objetividade nos autos, que em nenhum momento foi examinada a questão do cabimento do recurso.

Em que pese as bem lançadas razões do Ministério Público Federal às fls. 400/402, os administrículos trazidos pelo ilustre representante do *paraquet*, com assento nesta Turma, foi na linha do advogado da Tribuna, bem como dos meus eminentes pares.

Esses esclarecimentos eram necessários em face do comportamento anti-ético-jurídico do advogado na tribuna.

Farei juntar às notas taquigráficas os pronunciamentos do advogado da tribuna, Dr. Fernando Luiz da Gama D' Eça, bem como do ilustre membro do Ministério Público Federal, Dr. Amir Sarti, para registro.

Nada tenho a acrescentar, mantenho o meu voto proferido na assentada de 21.08.92.

PRIMEIRA - PRELIMINAR

O EXM^o SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Frisei naquele voto, na realidade, um pré-conhecimento da admissibilidade do recurso especial pela letra *a*, do permissivo constitucional, ao argumento de que as recorrentes e a Fazenda Pública não trouxeram a particularização ou a individualização dos dispositivos reputados de violados, nessa linha indiquei vários precedentes do Tribunal.

Eu ainda disse: "como fiz questão de transcrever no relatório, o voto condutor da decisão recorrida nem sequer alude aos dispositivos, o que tornaria indispensável a oposição de embargos de declaração como prequestionamento."

Assim, entendi tanto em relação ao recurso das Recorrentes quanto ao da Fazenda do Estado de São Paulo.

Mas, admitindo que tenha eu sido vencido, neste particular de pré-conhecimento do recurso, quanto ao fundamento do mesmo pela letra *a*, estribei-me no *r.* despacho de admissibilidade do Tribunal *a quo* para, do recurso não conhecer, portanto, quanto ao mérito praticamente não tenho o que falar.

Em atenção aos meus pares, por outro lado, digo que as Empresas Recorrentes, no seu recurso extraordinário, *não desmembrado*, não particularizaram e nem individualizaram os dispositivos alegados de violados, puseram-nos implicitamente assim: fls.281/282:

"2. Conforme alegado e documentalmente comprovado com a inicial, os atos administrativos impugnados (Decreto nº 21.863/83, - comb. com as Portarias CAT nº 54/83 e 13/82) consubstanciavam *normas de efeitos concretos e imediatos*, que, traduzindo frontal violação da disposição do artigo 128 do Código Tributário Nacional (CTN - Lei Fed. nº 5.172/66) e da interpretação para ela consagrada pela *Jurisprudência da Corte Suprema* (Acórdãos do STF-Pleno nos RE nº 77.462-MG in RTJ 73/507 e RE nº 77.885-MG in RTJ 73/530; 1ª Turma no RE nº 84.707-CE in RTJ 82/260, etc.), instituírem para as operações efetuadas pelas Impetrantes um regime especial de tributação ANTECIPADA e EXACERBADA, exigida sobre bases de cálculo ilegalmente PREDETERMINADAS POR PORTARIAS ADMINISTRATIVAS, , regime este que, por essas características, violava concretamente o § 3º do artigo 18, o artigo 23 - II e os §§ 2º e 29 do artigo 153 do Estatuto Maior, os preceitos dos artigos 97 - I a IV, 113 e 115, 139, 142, 144 e 148 todos do CTN, além do artigo 2º do Decreto-Lei Federal nº 406/68, contrariando a *Jurisprudência firmada pela Suprema Corte interpretação dos dispositivos colacionados* (cf. Acórdãos STF no RE nº 68.971 - SP in RTJ 67/445; no RE 72.400-RN in RTJ 59/915; no RE nº 78.577-SP in RTJ 72/907; no RE nº 79.954-SP in RTJ 74/840; no RE nº 88.307-0-SC in RTJ 88/1053; no RE nº 92.636-3-SC in RTJ 95/923, no RE nº 92.679-8-ES in RTJ 96/884 e na *Representação nº 1097-0-BA - Plenário STF - in RTJ 101/503*), conseqüentemente VIOLANDO os direitos por eles assegurados às Impetrantes."

Como se vê, somente assim é que foi deduzido o recurso das empresas, sem a particularização ou a individualização dos dispositivos reputados de violados.

As empresas recorrentes citam como violados "os preceitos dos arts. 97, inciso I a IV, 113, 115, 128, 139, 142, 144 e 148, do CTN; além do art. 2º, do Dec. Lei nº 406/68, de forma não explicitada.

De mais a mais, são muitos artigos reputados de violados, basta que se veja à fl. 281 e à fl. 282.

É meio árduo, mas a Turma deu-me este ônus para particularizar e individualizar um a um dos artigos que as empresas Recorrentes reputam de violados, assim vou fazer, porque fiquei vencido e isso é atribuição e dever das empresas Recorrentes.

Primeiro vou fazer a transcrição da decisão recorrida, para ao depois particularizar os artigos concluindo se há ou não negativa de vigência dos mesmos.

"ACORDAM, em Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, considerado como parte integrante deste o

relatório de fls., prover o apelo das impetrantes e, via de consequência, dar por prejudicados os de ofício e da Fazenda do Estado, em consonância com o bem lançado parecer da doutra Procuradoria, o qual, após minuciosa e feliz síntese das questões controvertidas nos autos e ponderar, com inteira razão, não ter se cuidado de segurança contra lei em tese, tampouco padecer a sentença do vício que se lhe irrogou nas razões de fls. 231/239, salientou que, ferido o princípio da legalidade, a segurança era de ser concedida nos termos da inicial, para que as impetrantes se eximissem da obrigação de sujeição ao regime de antecipação, enquanto não se fixasse o percentual acrescível na base de cálculo de ICM."

Somente isso. Não houve embargos de declaração por parte das empresas Recorrentes.

O art. 97 e seus incisos, do CTN, está nos seguintes termos:

"Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do art. 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;"

O art. 113 está assim:

"Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º - A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela corrente.

§ 2º - A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º - A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente a penalidade pecuniária."

O art. 115, tem a seguinte redação:

"Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal."

Já o art. 128, está posto assim:

"Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

E o art. 139, nos seguintes termos:

"Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta."

Noutro passo o art. 142 assim:

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Também, o art. 144 nos seguintes termos:

"Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.

E finalmente o art. 148 do CTN nos seguintes termos:

"Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial."

Senhores Ministros, vejam como é de todo necessário a particularização e a individualização do dispositivo alegado de violado, porque citou a empresa Recorrente a negativa de vigência do art. 2º do Decreto-Lei 406/68, o qual contém seis (6) incisos, quatro (4) letras e dez (10) parágrafos, daí não tenho como saber quais os dispositivos específicos alegados de violados.

Como não houve embargos declaratórios, pelo r. despacho do Tribunal *a quo* entende-se que a violação está fulcrada no art. 113, § 1º e 128, do CTN.

Isso pelo recurso das empresas, já quanto ao recurso da Fazenda Estadual que sustenta a violação ao art. 128, do CTN; art. 460, do CPC; art. 18, da Lei nº 1.533/51, a Lei Complementar nº 44/83 e dissídio com as Súmulas 266 e 271, do STF.

Esses dispositivos alegados de violados pela Fazenda Estadual, também sequer foram particularizados ou individualizados, quer seja na apelação ou em via de embargos de declaração, que não foram opostos por ela.

Uma vez que fiquei vencido na Turma no voto de pré-conhecimento do recurso, também da Fazenda, tenho como obrigação particularizar esses dispositivos para descobrir qual teria sido violado ou não e o faço da seguinte forma.

O art. 460, do CPC, tem a seguinte redação:

"Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."

Já o art. 18, da Lei nº 1.533/51 estabelece o seguinte:

"Art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado."

O enunciado da Súmula 266, do STF, é o seguinte:

"Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

E o verbete da Súmula 272, do STF, está nos seguintes termos:

"Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".

Pois bem, posta a questão em todos os seus termos, verifico que o exame do recurso da Fazenda Pública de São Paulo, fulcrado no art. 18, da Lei nº 1.533/51, que fala do prazo decadencial do uso do mandado de segurança é prejudicial de toda a causa, por isso, examino-o no seu todo.

A impetração foi ajuizada em 09.02.84 atacando as Ports. CAT nº 54/83, de 23.08.83 - fl. 184; e a CAT nº 12/83, sem data e nem trazida aos autos, e tem, também, como ato atacado o Decreto Estadual nº 21.863/83, publicado no Diário Oficial do Estado de 31.12.83, o qual não se encontra na impetração de maneira nenhuma, visto folha à folha.

O único ato atacado que se faz presente nos autos é a Portaria 54, de 23.08.83, o qual extingue o credenciamento previsto na Portaria CAT 43/79, que aperfeiçoa o sistema de recolhimento antecipado do ICM.

Note-se que, nem posteriormente à impetração 09.02.84, foi juntado os demais atos atacados.

Do exame verifico que não houve a ocorrência do prazo decadencial do uso do mandado de segurança.

Tendo-se sobredita Portaria 54, de 23.08.83 efeitos concretos imediatos e sob esse prisma que a decisão recorrida examinou a questão, o mandado de segurança foi ajuizado antes de esgotado o prazo de 120 dias.

Por outro lado, tem razão a douta Subprocuradoria Geral da República, quando diz a fls. 338/339, *verbis*:

"Com efeito, sendo o I.C.M. imposto cujo lançamento se processa através de autolancamento pelo contribuinte, ou lançamento por homologação, toda vez que o mesmo emitir nota fiscal e lançar o imposto, segundo critérios ilegais estabelecidos pela autoridade fiscal, que lhe impõe tributação indevida, estaremos diante de um ato concreto de violação de direitos, a ensejar o *mandamus*.

Por fim, relativamente à negativa de vigência do art. 18, da Lei nº 1533/51, vê-se que a questão foi bem respondida pela r. setença de 1º grau, mantida, integralmente, *verbis*:

"Não ocorre, por outro lado, a alegada decadência do direito à impetração sustentada no douto parecer do Ministério Público.

A segurança foi impetrada em 9 de fevereiro de 1984 envolvendo operações que se desencaçaram mês a mês no exercício anterior." (fl. 49)

Ante o exposto, impõe-se a manutenção do r. despacho impugnado."

O outro ato atacado na impetração é o Decreto nº 21863/83, publicado no Diário Oficial do Estado de 31.12.83 - que não se encontra em parte nenhuma dos autos e o que não está nos autos não está submetido ao conhecimento do Juiz.

Assim, não conheço do recurso da Fazenda do Estado de São Paulo pela letra a, do permissivo constitucional, em face da não existência de negativa de vigência do art. 18, da Lei nº 1.533/51.

Submeto esta questão preliminar à Turma, pois se vencido, passarei ao exame das demais questões.

SEGUNDA-PRELIMINAR

Ultrapassada a preliminar de decadência, examino a infringência ao art. 460, do CPC, que é, também, prejudicial dos demais fundamentos dos recursos da própria Fazenda Estadual quanto das empresas recorrentes.

A decisão recorrida é singular e está posta à fl. 277 assim:

"ACORDAM, em Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade os votos, considerando como parte integrante deste o relatório de fls., prover o apelo das impetrantes e, via de consequência, dar por prejudicados os de ofício e da Fazenda do Estado, em consonância com o bem lançado parecer da douta Procuradoria, o qual após minuciosa e feliz síntese das questões controvertidas nos autos e ponderar, com inteira razão, não ter se cuidado de segurança contra lei em tese, tampouco padecer a sentença do vício que se lhe irrogou nas razões de fls. 231/239, salientou que, ferido o princípio da legalidade, a segurança era de ser concedida nos termos da inicial, para que as impetrantes se eximissem da obrigação de sujeição ao regime de antecipação, enquanto não se fixasse o percentual acrescível na base de cálculo do ICM."

O ditame do art. 460, do CPC, está expresso da seguinte forma:

"Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."

O pedido constante da inicial das empresas recorrentes é o seguinte - fl. 17/18:

"... *CONCEDER DEFINITIVAMENTE a ordem de segurança requerida, para assegurar às Impetrantes os direitos líquidos e certos violados pela ilegal tributação, decretando em consequência, a invalidade, a ineficácia e a inaplicabilidade das Portarias CAT nº 54/83 e nº 12/83 e do Decreto nº 21.863/83 (art. 1º - I e XIII e art. 3º - § 1º) e de suas normas em relação às operações efetuadas pelas Impetrantes e determinando à d. Autoridade Impetrada que tome as providências necessárias, inclusive junto àqueles fabricantes de bebidas deste Estado, para que em relação às Impetrantes seja restabelecido o regime tributário legal e para que não mais seja exigido antecipadamente das Impetrantes, por ocasião de suas aquisições de cervejas, chopes e refrigerantes, o imposto "retido" sobre as subseqüentes operações com os mesmos produtos.*

A sentença de primeiro grau concedeu a segurança parcialmente para livrar as empresas do recolhimento antecipado "até 31 de dezembro de 1983" ou seja deu efeito retroativo ao *mandamus*.

A Fazenda Pública Estadual destaca ter havido decisão *ultra-petita* frisando às fls. 314/315:

"As próprias recorridas, irresignadas com aquele decisório de 1º grau, em suas razões de apelação, afirmam textualmente às fls. 233, item 7;

'Pois, como se vê da inicial ajuizada em *fevereiro de 1984* e dos documentos que a instruem,

"as Impetrantes **NÃO REQUEREM** a concessão do Mandado de Segurança para "livrá-las" de uma exigência "ANTECIPADA" - ANTERIOR à impetração e que JÁ HAVIAM SATISFEITO, mas sim para livrá-las de uma exigência ATUAL que se repete a CADA OPERAÇÃO efetuada NO PRESENTE EXERCÍCIO, e nem se coadunam com a natureza do mandado de segurança, a sua impetração e a sua concessão para coibir uma, legalidade PRETÉRITA ou para a obtenção de efeitos "PRETÉRITOS" (grifos e destaques das próprias recorridas)

As impetrantes deixam cristalina e claramente os limites da lide.

'Não requeram a concessão do mandado de segurança para livrá-las de uma exigência antecipada anterior à impetração e que já haviam satisfeito..... e nem se coaduna com a natureza do mandado de segurança'.

Pretendem a segurança para eventuais operações (pois não as identificam), que venham a realizar no futuro.

6. A FAZENDA apelou pretendendo a denegação integral da segurança, apelo que, como se disse, foi julgado prejudicado pelo v. Acórdão ora hostilizado.

7. Inobstante os limites da lide estabelecidos pelas autoras, a Colenda Décima Câmara Cível, no v. decisório ora impugnado, entendeu por bem ampliar a segurança concedendo-a para o passado sem limite, mantendo a r. sentença do juízo a quo, e para o futuro, pelos fundamentos que passaremos a examinar."

A decisão recorrida não contém decisão *ultra petita*, para fazer nulificar o *decisum* a fim de que outra seja proferida nos limites do pedido e do alcance do mandado de segurança, porque o próprio Tribunal *a quo* colocou a r. sentença nos seus devidos termos.

Assim, não conheço do recurso da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, pelo fundamento da letra *a* do permissivo constitucional, em face da existência de ofensa ao art. 460, do CPC.

DESISTÊNCIA-HOMOLOGAÇÃO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (RELATOR: - No Recurso Especial nº 5116-SP, esclareço que foram as seguintes firmas que pediram desistência: *Cury e Cia. Ltda; Distribuidora de Bebidas Mussara Ltda; Bremer e Cia. Ltda; Comercial de Bebidas Nelli Ltda; Mercantil Pavanelli Ltda; Rebram Revendedora de Bebidas Ltda e Franchini e Cia.*, cujos pedidos de desistência do recurso especial homologo para que produza os seus jurídicos e legais efeitos.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: - A meu juízo, pela transcrição particularizada dos dispositivos que fiz nesta assentada, a partir da vigência da Lei Complementar nº 44/83 - fl. 267 - o art. 128, do CTN, não foi revogado, o qual não se incompatibiliza com o disposto no art. 113 § 1º, do CTN - fl. 268.

Tomo emprestado a seguinte passagem do Ministério Público Estadual, na apelação, às fls. 266/268:

"A volumosa documentação acostada à inicial bem demonstra os efeitos concretos decorrentes do impugnado regime de antecipação, inclusive onerando financeiramente as empresas interessadas.

Sob o aspecto de fundo, como bem acentuado pelo douto Promotor de Justiça oficiante e pelo culto Juiz "a quo", o enfoque da matéria em debate apresenta um marco divisório representado pela situação anterior a 01.01.84 e pelas operações realizadas posteriormente a essa data, isto tendo em conta as inovações trazidas pela Lei Complementar Federal nº 44/83, as quais embasaram as questionadas disposições regionais (Lei nº 3.991/83 e Decreto nº 21.863/83). Essas inovações superam, tranqüilamente, os dois primeiros fundamentos da tese defendida na inicial e especificados nas letras *a* e *b* (supra).

Revela-se equivocada essa tese na medida em que se afirma a não revogação, em face da LC nº 44/83, do artigo 128 do CTN, tudo isso a partir de uma interpretação conciliatória, buscada pelas empresas contribuintes, e versando os dispositivos de uma e outra lei.

A forma expressa não é a única para a revogação de uma norma jurídica, bastando a incompatibilidade entre a lei nova e a antiga.

Ora, o § 3º, letra *c*, acrescido, pelo artigo 3º da LC nº 44/83, ao artigo 6º do DL 406/68, expressamente viabiliza a atribuição da condição do responsável, ao produtor ou industrial, quanto ao imposto (ICM) devido pelo comerciante atacadista e pelo comerciante varejista.

Se a lei nova expressamente prevê essa transferência de sujeição passiva tributária (assumindo o produtor ou industrial a responsabilidade do imposto que seria devido pelo comerciante atacadista e pelo comerciante varejista) não se pode pretender, a pretexto de interpretação "conciliatória", que a lei antiga (no caso o artigo 128 do CTN) impediria a mesma transferência".

Não foi intenção do legislador da LC nº 44/83 revogar inteiramente o artigo 128 do CTN, mas apenas superar, em relação ao ICM, a restrição por este último dispositivo prevista.

Daí a ausência de revogação expressa do artigo 128 do CTN, mas já superado em matéria de ICM, tendo em conta a possibilidade legal, conferida pela nova disposição inserida pela LC nº 44/83 e traduzindo a substituição do responsável tributário independentemente de imediata vinculação com o fato gerador (a vinculação *mediata* pode, de qualquer modo, ser reconhecida, posto que mercadoria colocada em circulação pelo *varejista* será aquela mesma produzida pelo *industrial*, complementando-se o respectivo ciclo).

A incompatibilidade entre o artigo 128 do CTN (interpretado este como exigindo uma vinculação *imediata*) e o artigo 3º da LC nº 44/83 faz atuar a regra do artigo 2º § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. Registre-se que nem mesmo poderá ser invocado qualquer vício formal, pois se o Código Tributário Nacional (e em consequência do DL nº 406/68) mostra-se como de natureza *complementar*, assim também o é a LC nº 44/83, habilitando-a a promover a defendida revogação. Sob o mesmo prisma de revogação poderá igualmente ser enfocado o argumento versando o § 1º do artigo 113 do CTN, caso seja antevista eventual e inconciliável incompatibilidade desse mesmo dispositivo com a regra acrescida no focalizado artigo 3º da LC nº 44/83.

Na verdade, porém, inexistente a incompatibilidade proposta na tese das empresas apelantes."

No voto que proferi na assentada de 21.08.91, a respeito do dissídio jurisprudencial, acentuei que em momento algum as empresas Recorrentes e a Fazenda Pública Estadual não atenderam o disposto no art. 255, parágrafo único, do RISTJ, c/c art. 26 parágrafo único, da Lei 8038/90, porque não houve, como de fato não há, qualquer demonstração ou circunstâncias que configurassem dissídio com o v. acórdão paradigma, por parte de nenhum dos recursos.

As empresas recorrentes simplesmente juntaram ao recurso extraordinário cópia do v. acórdão proferido pelo STF no RE 77.462-MG, in DJ 09.04.75, ementado assim às fls. 286:

"ICM. Atribuição a terceiro da condição de responsável pelo crédito tributário. O art. 128 do CTN, ainda vigente, só a permite se houver vinculação do terceiro ao fato gerador, pelo que já não é possível, em consequência da revogação do art. 58, § 2º, II do mesmo Código, pelo Decreto-Lei nº 406/68, atribuir ao industrial ou comerciante atacadista, a responsabilidade pelo tributo devido pelo comerciante varejista. Reexame e retificação do entendimento do Supremo Tribunal no julgamento da Representação nº 848, do Ceará. Recurso extraordinário não conhecido."

Esse acórdão foi proferido pelo Plenário do STF, no qual o Min. Bilac Pinto, Relator vencido, disse - fl. 290:

"A matéria que aqui se discute é a de se saber se o legislador estadual pode, mesmo diante da revogação do art. 58 do Código Tributário Nacional, emitir normas atribuindo a condição de contribuinte substituto do ICM, aos industriais e comerciantes atacadistas em relação às vendas efetuadas aos comerciantes varejistas, inclusive feirantes e ambulantes.

A resposta a essa questão já foi dada pelo Tribunal Pleno, ao julgar a Representação nº 848, do Ceará, relatada pelo ilustre Ministro THOMPSON FLORES, na qual se arguia a inconstitucionalidade de normas legais cearenses, em tudo idênticas às leis e decretos mineiros, impugnados nesta ação.

O acórdão proferido em 19.2.1971, considerou improcedente a aludida Representação nº 848, por entender que os textos legais impugnados não padeciam do vício de inconstitucionalidade, e continuavam em pleno vigor, amparados que estavam pelo art. 128 do Código Tributário Nacional.

Isto posto, como já antecipei, conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar a segurança.

O Ministro Aliomar Baleeiro, vencido, disse em seu voto - fl. 298:

"É que o Código Tributário Nacional exige que a *substituição* seja feita por lei, o que exclui a validade de ato normativo de Executivo para esse fim:

'Art. 128 - Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação'.

Por isso pedi vista. Verifiquei que o próprio Recorrido admite que o Dec. 13.251 está calcado na Lei Estadual 4.337, de 30.12.1966, citada nos *consideranda*, daquele regulamento.

O dispositivo essencial está transcrito a f. 120.

Tranquilizado quanto a este ponto, acompanho o voto do nobre Relator.

A generalização da prática da "substituição" de contribuinte pelo "responsável", pode constituir má política fiscal, estorvando o comércio do importador, produtor e grossistas, que necessitarão de maior capital ou maior apelo ao crédito. Mas para isso não há remédios nos Tribunais. Os contribuintes ajustem contas com seus representantes parlamentares ou com os seus Partidos nas próximas eleições."

O voto condutor do acórdão do STF é do Ministro Xavier de Albuquerque que fez a seguinte colocação - fl. 303:

"Vê-se, pois, que esse preceito impõe condição inafastável, isto é, a de estar a terceira pessoa, à qual se deva atribuir a responsabilidade pelo crédito tributário, "vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação."

"O ilustre Dr. José Guilherme Vilela, advogado da recorrida, pondera, no memorial que elaborou para o julgamento deste recurso:

'Prevista, pois, o art. 58, por razões de comodidade administrativa da arrecadação, a possibilidade de transferência do gravame às pessoas enumeradas naquele artigo, as quais, naturalmente, se ressarciam através da repercussão para trás (v. ALIOMAR BALEEIRO, op. cit., p. 230). Com a revogação expressa do artigo 58, só duas das situações previstas poderiam subsistir por efeito da regra genérica do art. 128, isto é, as das letras *a e c*, porquanto as pessoas que recebem a mercadoria ficam vinculadas ao fato gerador do ICM. Já o atacadista, como se disse, não está de nenhum modo vinculado à venda futura, e até incerta, a ser feita pelo varejista ao consumidor final.'

Parece-me, novamente refletindo sobre a questão, que o ilustre patrono da recorrida tem integral razão. Aliás, relendo a passagem do Mestre Baleeiro, verifico que as considerações que desfecham na conclusão só têm em conta aquelas duas outras hipóteses, saída do produtor para o comerciante ou industrial, ou para cooperativa, esta última isenta pelo art. 1, § 4º do Decreto-Lei nº 406/68, - e não a de que se cuida,

isto é, saída de mercadoria do estabelecimento varejista, à qual não está vinculado o atacadista, comerciante ou produtor, que lhe vendeu.

Além disso, como também observa o memorial do Dr. Villela, a tributação da saída do estabelecimento varejista, no momento, obviamente anterior, da saída do estabelecimento atacadista, para aquele, constitui antecipação vetada por acórdão do Supremo Tribunal, da lavra do eminente Ministro Aliomar Baleeiro, como se vê da respectiva ementa (RE 68.971, RTJ 67/445):

'Instituir antecipação de pagamento de imposto antes de constituir-se o crédito respectivo, porque ainda não ocorreu o fato gerador da obrigação fiscal, é o mesmo que decretar o Estado empréstimo compulsório inconstitucional, porque negado à sua competência (C.F., artigo 18, § 3º).'

O Ministro Cordeiro Guerra acentou em seu voto fl. 307 que "O atacadista não está de nenhum modo vinculado à venda futura e até incerta, a ser feita pelo varejista ao consumidor final".

Portanto, como não comporta mais qualquer questão atinente ao pré-conhecimento dos recursos, tão somente, dizer da existência ou não de negativa de vigência de lei federal e qual a tese de que deva prevalecer.

Assim, não conheço do recurso das empresas, pelo fundamento da letra a do permissivo constitucional, em face da não ocorrência de violação do disposto no art. 128, do CTN, e, pela letra c, dissídio jurisprudencial, nego-lhe provimento, em face da tese do v. acórdão paradigma traçada no RE 77.462-MG, in DJ 09.04.75, do STF, estar na linha da decisão recorrida.

Nego provimento ao recurso da Fazenda Pública Estadual.

É como voto.

EXTRATO DE MINUTA

Resp. Nº 5116 - SP (9092248). Relator: Ministro PEDRO ACIOLI. Recorrentes: Distribuidora de Bebidas Mussara Ltda e Fazenda do Estado de São Paulo e Alfredo C. Ricciardi. Recorridos: Os mesmos. Advogados: Drs. Gastão Luiz F. da Gama D'êça e outro e Daniel Carajescov.

DECISÃO: A Turma, por maioria, conheceu do recurso, vencido o Exmo. Sr. Ministro-Relator, que do mesmo não conhecia, e dada a relevância da matéria, com fundamento no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, suspendeu o julgamento, para que, na próxima sessão, traga o voto-mérito (em 21.08.91 - 1ª turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli.

Maria Ionilce C. Azevedo
Oficial de Gabinete

EXTRATO DE MINUTA

Resp. Nº 5116 - SP (9092248). Relator: Ministro PEDRO ACIOLI. Recorrentes: Distribuidora de Bebidas Mussara Ltda e Fazenda do Estado de São Paulo e Alfredo C.

Ricciardi. Recorridos: Os mesmos. Advogados: Drs. Gastão Luiz F. da Gama Lobo D eca e outro e Daniel Carajescov.

DECISÃO: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, afastou preliminares e, no mérito, negou provimento aos recursos e ainda, por unanimidade, homologou a desistência de Cury & Cia. Ltda, Distribuidora de Bebidas Mussara Ltda, Bremer & Cia. Ltda, Comercial de Bebidas Nelli Ltda, Mercantil Pavanelli Ltda, Rebram, Comércio de Bebidas Branco Ltda, para que produza seus devidos e legais efeitos (em 07.10.91 - 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli.

Maria Ionilce C. Azevedo
Oficial de Gabinete