

OBSERVAÇÃO

Como neste volume são publicados retro os pareceres sobre ICM e a COISA SOBERANAMENTE JULGADA, de autoria dos Profs. Ruy Barbosa Nogueira (págs.563 a 610) e Antonio Carlos de Araujo Cintra (págs.611 e segs.), para maior informação aos leitores, a seguir também é publicado o inteiro teor da sentença do M.M. Juiz Dr. Antonio Carlos Villen que, acolhendo ambos pareceres, concedeu integralmente a ordem de Mandado de Segurança impetrado, anulando o Auto de Infração lavrado.

SENTENÇA

Proc. n. 1391/83

4a. VARA DA FAZENDA ESTADUAL

Vistos, etc..

ELUMA S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO impetrou MANDADO DE SEGURANÇA contra ato do DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DA GRANDE SÃO PAULO. Alega que, nos termos de seus atos constitutivos, dedica-se, entre outras atividades, à produção de bens resultantes da transformação de diversas matérias-primas, entre as quais sucatas de metais não ferrosos. Em 1977, ajuizou, perante o Juízo da 7a. Vara da Fazenda Estadual, uma ação declaratória, visando lhe fosse

assegurado o direito de creditar-se do montante do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias correspondente às aquisições de sucatas por ela utilizadas em processo de industrialização. O pedido se fundamentava no fato de, nos termos da legislação em vigor, o lançamento do ICM nas entradas das mencionadas sucatas ser diferido para o momento da saída dos produtos com elas fabricadas. A ação foi julgada parcialmente procedente, tendo a sentença reconhecido o direito da impetrante de efetuar os créditos referentes às aquisições pretéritas, respeitada a prescrição quinquenal, e futuras. Confirmada a decisão em grau de recurso, e transitada em julgado, passou a impetrante a lançar os créditos referidos. Em 1º de janeiro de 1980, entrou em vigor a Lei Estadual n.2252/79, que alterou diversos dispositivos da Lei n.440/74. A nova lei manteve o já mencionado diferimento, embora não utilizando esta expressão. A impetrante prosseguiu no lançamento dos créditos, mas, em 05 de setembro de 1983, agentes fiscais do Estado, agindo por determinação do impetrado, lavraram contra ela o auto de infração de fls. 46/50, alegando serem os créditos indevidos. O auto de infração configura afronta manifesta à coisa julgada e, por isso, é nulo. Pede, portanto, seja

declarada a ilegalidade do ato praticado pelo Fisco.

Indeferido o pedido de liminar (fls.156), vieram aos autos as informações de fls. 165/176. Nelas, o impetrado alega, preliminarmente, que a impetrante é carecedora da ação, nos termos do disposto no art.5º, I, da Lei n.1533/51. No mérito, alega que a sentença proferida na ação declaratória não pode projetar seus efeitos sobre relações posteriores a ela. Outro não é o sentido da súmula 239 do Supremo Tribunal Federal. Não bastasse isso, a lei n.2252/79, ao dar nova redação ao art. 11 da Lei n. 440/74, elegeu o industrial adquirente sujeito passivo por substituição, alterando, portanto, o estado de direito então existente. Por isso, de qualquer modo, não poderia a impetrante, como fez, prosseguir no lançamento dos créditos após a alteração legislativa. Daí a legalidade do auto de infração em questão.

O representante do Ministério Público opinou (fls.202) pela rejeição da preliminar arguida pelo impetrado. No mérito, opinou pela denegação da segurança, em virtude da alteração legislativa ocorrida.

RELATEI E DECIDO.

1. A preliminar arguida pelo impetrado não pode prosperar. Com efeito, a proibição do art. 5º, I, da Lei n.1533/51 - incide quando existe pelo menos a possibilidade de o interessado oferecer defesa administrativa com efeito suspensivo, independentemente de caução. No caso concreto, a propositura da ação se deu quando já esgotado o prazo para oferecimento daquela defesa - o auto de infração foi lavrado no dia 05 de setembro de 1983 e a ação foi distribuída no dia 17 de outubro. Não se pode, portanto, como quer o impetrado, falar em falta de interesse de agir. Neste sentido, a seguinte nota de THEOTÔNIO NEGRÃO, em seu "Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor", 10a. edição: "admite-se mandado de segurança contra ato administrativo, se o interessado deixou escoar o prazo de recurso com efeito suspensivo e preferiu a impetração do writ" (nota "3" ao art.5º da Lei n.1533).

Rejeito, portanto, a preliminar.

2. No mérito, o primeiro ponto em discussão respeita aos efeitos da decisão judicial que declarou o direito da impetrante de creditar-se do ICM correspondente às aquisi

ções de sucatas de metais por ela empregadas em processos de industrialização (fls. 38/42 e 43/44). Em outras palavras, cabe examinar se procede a argumentação do impetrado de que "a sentença proferida em ação declaratória não poderia projetar seus efeitos sobre relações futuras".

Adoto, neste ponto, as ponderações tecidas nos pareceres subscritos pelos ilustres Professores Antonio Carlos de Araujo Cintra e Ruy Barbosa Nogueira (fls. 52/80 e 179/200) para rejeitar a alegação do impetrado.

De fato, tendo a referida decisão judicial decidido sobre relação de direito tributário material, tendo, mais declarado expressamente que o direito aos créditos abrangia também as relações futuras, não pode socorrer o impetrado a súmula n.239 do Supremo Tribunal Federal. Frise-se, a decisão, em seu dispositivo, foi expressa ao declarar o direito aos créditos referentes às operações futuras. Logo, transitada em julgado, passou a regular tais relações, nos precisos termos do art. 468 do Código de Processo Civil. Não obstante isso, vale menção aqui, pela adequada interpretação que conferem à aludida súmula 239, aos acórdãos transcritos no parecer do Profes-

sor Antonio Carlos de Araujo Cintra (conf.fl.s. 62 e 63).

Entendo, pelo que foi exposto, que não se pode aceitar a restrição que o impetrado procura fazer aos efeitos da coisa julgada.

Note-se, finalmente, que a própria Administração aceitou a legitimidade dos créditos referentes a operações posteriores à data da sentença, mas anteriores à data da entrada em vigor da Lei Estadual n.2252/79, eis que eles não foram objeto do auto de infração cuja legalidade se discute.

3. Ponto fundamental para a solução da lide consiste justamente em saber se pela superveniência da Lei n.2252, que revogou o art.37 e alterou a redação do art.11, ambos da Lei n. 440/74, houve modificação no estado de direito das relações jurídicas posteriores à sentença. Resposta afirmativa à questão implicaria reconhecer que os créditos da impetrante referentes a operações posteriores ao advento da referida lei deixaram de ser amparados pela coisa julgada e, consequência última, a ilegalidade do ato impugnado, sob os fundamentos que embasam o pedido, não poderia ser reconhecida.

É importante transcrever aqui,

nos pontos que interessam à composição da lide, o art. 37 da Lei n. 440/74, ora revogado, e o art. 11 do mesmo diploma, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 2252 de 1979:

Art. 37 - O lançamento do imposto incidente nas sucessivas saídas de:

I - papel usado e aparas de papel; sucata de metais; cacos de vidros; retalhos; fragmentos e resíduos de plásticos ou de tecidos, promovidas por quaisquer estabelecimentos, fica diferido para o momento em que ocorrer:

a) a saída dos produtos fabricados com aquelas matérias-primas, quando o seu industrializador esteja localizado neste Estado.

Art. 11 - São sujeitos passivos por substituição:

V - o contribuinte que realizar as operações abaixo indicadas, relativamente ao imposto devido nas anteriores saídas de papel usado e aparas de papel, sucatas de metais, cacos de vidro, retalhos, fragmentos e

resíduos de plásticos, de borracha ou de tecido, promovidas por quaisquer estabelecimentos:

a) saída de produtos fabricados com essas mercadorias.

O que importa examinar aqui é se o diferimento continua a existir, não obstante sob nova redação legal, ou se cedeu lugar a instituto diverso, o da substituição do sujeito passivo. Entendo, não obstante o parecer contrário do eminente Alcides Jorge Costa (fls. 219/241), que a primeira hipótese é a verdadeira.

Para assim se concluir, é preciso de início, considerar que, nos termos do art. 121 do CTN, o sujeito da obrigação tributária pode ser: o contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; o responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

De outro lado, o art. 128 do mesmo código dispõe: "Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo ex-

presso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-se a este caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação".

Ora, tendo em vista estes dispositivos e considerando que o ICM tem como fato gerador "a saída de mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor" (art. 1º, I, do Decreto-lei n. 406/68), é tranquila a conclusão de que a lei estadual só, podia diferir o lançamento do imposto para o momento da saída de produtos industrializados, como previsto no revogado art.37 e atualmente no referido art.11, tendo por fundamento o disposto no art.128 do CTN. Com efeito, a responsabilidade daquele que adquire as sucatas só pode decorrer de substituição prevista neste artigo, eis que o adquirente, embora tenha vinculação, não tem relação pessoal e direta com o fato gerador.

Essa linha de raciocínio me leva a aceitar a conclusão do Professor Ruy Barbosa Nogueira no sentido de que os dispositivos da Lei n. 2252/79 vieram apenas confirmar o sistema de diferimento já existente na legislação

anterior (art.37 da Lei n.440/74). Este sistema não foi revogado ou alterado pela legislação em vigor.

4. Da mesma forma, entendo que as alterações introduzidas pela Lei n. 2252/79 no art.38 da Lei n.440/74 não acarretaram modificações no estado de direito das relações posteriores à sentença.

Neste ponto, entendo que a palavra "cobrado" introduzida pela nova legislação representa simples sinônimo do "pago" empregado na antiga redação do "caput" do dispositivo. Neste sentido, veja-se o ensinamento do próprio Alcides Jorge Costa transcrito as fls. 76 e 195.

Evidencia-se, de outro lado, a natureza interpretativa das normas contidas nos parágrafos acrescentados pela Lei n. 2252 ao art.38. Mas, o importante aqui é que o decisório favorável à impetrante se fundamentou basicamente no princípio constitucional da não-cumulatividade do ICM, que não foi, e nem poderia ser preterido ou modificado pela nova lei estadual.

5. Em remate, entendo que a coisa

julgada continua a reger as relações jurídicas mencionadas na inicial, que não sofrerem alteração em seu estado de direito. Logo, subsiste o direito da impetrante aos créditos correspondentes às aquisições de sucatas de metais empregadas na industrialização de seus produtos, conforme declarado no julgado.

6. Ante o exposto, CONCEDO a segurança, para declarar a ilegalidade do crédito consubstanciado no auto de infração de fls. 46/50, conforme pleiteado na inicial.

Não cabe condenação em honorários advocatícios, em virtude da natureza da ação (Súmula n.512 do STF).

Custas na forma da Lei.

Oportunamente, remetam-se ao Egrégio Tribunal de Justiça para o reexame necessário.

P.R.I.

São Paulo, 15 de março de 1984

ANTONIO CARLOS VILLEN
Juiz de Direito