— Apesar de conhecida pelo Tribunal, a divergência de julgados deve ser argüida e comprovada, para ser decidida.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Embargantes: Benedito Ferreira Lopes e outros. Embargado: Município de Mogi da Cruzes.
(Tribunal Pleno)
Embargo no Recurso Extraordinário nº 74 818 — SP — Relator: Sr. Ministro OSWALDO TRIGUEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ocordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer dos embargos.

Brasília, 6 de novembro de 1974. — *Eloy da Rocha,* Presidente. — *Oswaldo Trigueiro,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministros Oswaldo Trigueiro: — Benedito Ferreira Lopes e outros impetraram segurança contra o Município de Mogi das Cruzes, Estado de São Paulo, para não serem compelidos a pagar, no exercício de 1970, os impostos predial e territorial urbano, com base no Código Tributário (Lei municipal nº 1 848/69) e no decreto que o regulamentou (nº 3 956, datado de 1969, mas somente publicado em fevereiro do ano seguinte).

A medida foi denegada em primeira instância, porém concedida pelo Tribunal de Alçada Cível, *ut* acórdão de fls. 242, assim fundamentado:

"Bem mais séria a invocação da vulneração do princípio da anualidade do tributo, porque os impetrantes alegam que o decreto regulamentador não se limitou a uma simples atualização do valor monetário da base de cálculo, mas fixou as bases deste, como citam, através de diversos capítulos da referida lei.

Assim, o art. 12 determina o processo para obter-se a avaliação do valor venal do imóvel, a ser conseguido pela multiplicação de sua área, pelo valor-base do metro quadrado, fixado pelo "Índice Genérico de Terreno", Tabela 1, anexo ao presente decreto.

Igualmente, a avaliação do prédio será determinada pela "multiplicação de sua área construída pelo valor-base do metro quadrado de construção, enquadrado em um dos tipos, constantes do "Índice Genérico das Construções, Tabela 2, anexa do presente decreto".

Sobre tal base, aplicar-se-ia a alíquota de 1% fixada pelo Código Tributário do Município, art. 135, o qual, no art. 138, determina a apuração do valor venal, com base nos dados fornecidos pelo Cadastro Imobiliário, citando em seus diversos números a maneira de determinação de tal valor.

Prevê ainda o Código, art. 139, que o processo de avaliação será estabelecido pelo Executivo, o qual fixará anualmente o preço unitário do metro quadrado de terreno.

Vê-se, portanto, que o Código Tributário determinou expressamente a maneira de se apurar o valor venal do metro quadrado, o que vale tanto para o imposto territorial como para o predial urbano.

Discrepa a Lei nº 1 848 de seu próprio regulamento, o qual já contém "dois índices genéricos de terrenos e construções", anexos ao decreto regulamentador e que, pela elevação dos impostos que acarretou, como demonstrado nos autos, não eram as bases do ano anterior, nem as determinadas pelo próprio Código Tributário.

Assim é que o Decreto Regulamentador nos seus "índices genéricos de valores", tomou novas bases de cálculo, que não eram as da lei que visava a regulamentar, acarretando majoração indevida de impostos.

Ora, embora pudesse o município rever suas bases de cálculo para concretizar com a alíquota o fato gerador do imposto, jamais poderia tornar efetiva essa elevação no mesmo exercício financeiro.

Diz o art. 253, § 29, da Magna Carta:

"Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro...

No caso, o Código Tributário de Mogi das Cruzes consubstanciou-se na Lei nº 1 848, de 26.11.69. Mas, a despeito de publicado em 1969, não entrara em vigor antes do exercício seguinte, a que dizem respeito os impostos inquinados de ilegais. É que dependia de regulamentação, para o que se fixara mesmo, em seu art. 278, um prazo de 90 dias. Somente a partir de 17.2.70, com a publicação do decreto de sua regulamentação, é que passou a ter vigência.

Leciona Aliomar Baleeiro: "Às vezes, a lei condiciona a sua vigência à data da publicação do regulamento. Mesmo que não o faça, ela só entrará em vigor com a expedição do regulamento, se este for imprescindível à sua aplicação. Não assim quando a lei, por sua natureza, for auto-aplicável, porque independe de medidas complementares sobre pormenores (*Dir. Trib. Brasileiro*, p. 365).

Portanto, as novas bases de cálculo, das quais dependia o Código Tributário, foram publicadas no mesmo ano financeiro em que deveriam vigir, contrariando o princípio da anualidade.

Além disso, sendo a base do cálculo um dos elementos do fato gerador do imposto, representa, segundo ensina Ruy Barbosa Nogueira (*Dir. Fin.*, 3ª ed., p. 119), o valor, grandeza ou expressão numérica do fato gerador; é, por assim dizer, um dos lados ou modo de ser do fato gerador".

É tão importante, continua o mestre, este aspecto do fato gerador para os efeitos da tributação que o C.T.N. o destacou, não só para estabelecer que a base de cálculo somente pode ser fixada por lei, mas ainda que, sendo exigida lei para aumento do tributo, equipara-se à majoração a modificação da sua base de cálculo, que importa em torná-lo mais oneroso (art. 97, II, IV e § 1º).

Torna-se indubitável, no presente caso, que o decreto regulamentador do Código Tributário excedeu a este, no determinar a nova maneira de se apurar o valor venal, como o contrariou, no adotar os elementos atualizados nos "índices genéricos dos imóveis e construções", acarretando a vultosa majoração, ainda dentro do próprio exercício financeiro a que se destinava.

Essa proibição é expressa no próprio Código Tributário de Mogi das Cruzes, desde que o art. 142 se lê: "O lançamento do imposto territorial terá por base a situação existente ao encerrar-se o exercício anterior, prevalecendo para o exercício subseqüente enquanto não for modificado ou alterado, no caso de forma prevista em leis e regulamentos".

O mesmo se dá com o imposto predial e urbano, desde que o art. 155 reza: "Os lançamentos do imposto predial urbano poderão ser revistos anualmente e valerão unicamente para o exercício imediatamente posterior, quando então deverão ser comunicados aos contribuintes".

Repetindo-se. Ao Município, tornando efetiva a promulgação do Decreto Regulamentador apenas em princípio de 1970, com novas e majoradas bases de cálculo, era proibido lançamento dos impostos nelas fundamentados, vulnerando o princípio da anualidade.

Não se tratou de simples atualização de valores e profunda alteração na elaboração de dados que, determinando novas bases de cálculos, não podiam vigorar no mesmo exercício.

Acolhe-se diante dessas razões, contra o voto do segundo juiz, o mandado de segurança, reformando-se a sentença e anulando-se os lançamentos de que se queixam os impetrantes sem prejuízo de outros que se façam legalmente".

O recurso extraordinário da parte vencida foi admitido pelo despacho de fls. 285 que, em sua conclusão diz o seguinte:

"A matéria é relevante, mormente considerando-se que, *ultima ratio*, está em perquirição se "somente a lei necessariamente deve obedecer o princípio da anualidade e nunca um decreto regulamentador". É verdade que o acórdão recorrido refere-se ao decreto complementar como alterador valorativo do imposto; menos certo, porém, não é que o § 2º do art. 97 do C.T.N., enfatiza que "não constitui majoração de tributos, para fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base do cálculo". O tema, pois, autoriza, a meu ver, o seu reexame pela via extraordinária, tal como justificado na petição de interposição. O simples confronto da fundamentação jurídica da sentença de primeira instância (com esta síntese decisória) — "Pouco importa, assim, que o Decreto municipal nº 3 956, de 31.12.69, tenha sido publicado já no exercício de 1970, em órgão da imprensa local. O princípio da anualidade fora atendido com a publicação, em 26.11.69, da Lei municipal nº 1 848, dispondo sobre o Código Tributário do Município de Mogi das Cruzes, e o decreto regulamentador nada mais fez do que cingir-se ao seu conteúdo, estabelecendo a forma de apuração do valor dos imóveis, para a aplicação das alíquotas fixadas na lei" (fls. 196-7) com a do acórdão recorrido (já transcrito) mostra posição exegética da Constituição e do Código Tributário Nacional que reclamam o pronunciamento qualificado do Pretório Excelso".

A Segunda Turma do Supremo Tribunal, pelo acórdão de fls. 343, deu provimento ao recurso, cassando a segurança, pelas razões constantes do voto do relator (fls. 338), in *verbis*:

"Conheço do recurso pela letra *a*.

O Código Tributário do Município de Mogi das Cruzes (Lei nº 1 848, de 26.11.69) estabeleceu as alíquotas e as bases de cálculo do imposto sobre a propriedade territorial urbana (artigos 136-140) e do imposto predial urbano (arts. 149-153).

A lei tributária observou as regras contidas nos arts. 19, I, e 153, § 29 da Constituição e no art. 97, IV do C.T.N.

Ao respectivo regulamento foi deixada apenas a aplicação dos *standards* fixados na lei formal.

O Decreto nº 3 956, de 31.12.69, expedido pela Prefeitura Municipal para regulamentar a aplicação da lei fiscal, no que concerne à fixação do valor venal das propriedades sujeitas aos impostos sobre a propriedade territorial urbana e predial urbana, limitou-se a aplicar os critérios fixados no art. 138 e seus incisos do Código Tributário local.

Quanto ao seu conteúdo e alcance, o regulamento seguiu as diretrizes legais, situando-se nos limites fixados pelo art. 99 do C.T.N.

Tenho como juridicamente irrelevante a circunstância de ter sido o regulamento publicado em princípio de 1970 como com acerto assinalou a decisão de primeira instância:

"Pouco importa, assim, que o Decreto municipal nº 3 956, de 31.12.69, tenha sido publicado já no exercício de 1970, em órgão da imprensa local. O princípio da anualidade fora atendido com a publicação, em 26.11.69, da Lei municipal nº 1 848 dispondo sobre o Código Tributário do Município de Mogi das Cruzes, e o decreto regulamentador nada mais fez do que cingir-se ao seu conteúdo, estabelecendo a forma de apuração do valor venal dos imóveis para a aplicação das alíquotas fixadas na lei" (fls. 196-7).

Comentando o art. 99 do C.T.N., o ilustre Professor Aliomar Baleeiro revela a doutrina dominante sobre a matéria, distinguindo o campo reservado à lei e a função ancilar do regulamento assinalando que, às vezes, a lei condiciona sua vigência à data da publicação do regulamento e que mesmo que não o faça, ela só entrará em vigor com a expedição do regulamento, se este for imprescindível à sua aplicação.

Esta passagem da lição do eminente mestre do direito tributário não pode ser interpretada como envolvendo o princípio da anualidade, que somente se refere à lei tributária formal".

Inconformados, os impetrantes opuseram os embargos de fls. 344, que foram admitidos (fls. 361-v.) e regularmente processados.

VOTO

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator): — O presente caso é rigorosamente idêntico ao do RE 77 934, de que fui relator na Primeira Turma. Em ambos, impugnou-se a validade da cobrança do imposto territorial urbano, exigido pela Prefeitura de Mogi das Cruzes, alegando-se que a regulamentação da lei, que majorara aquele tributo, foi editado no curso do exercício da cobrança. Os resultados, porém, foram antagônicos.

No caso presente, o Tribunal de Alçada Cível, de acordo com os pareceres do Ministério Público, concedeu a segurança impetrada, mas a Segunda Turma do Supremo Tribunal decidiu que o im-

posto era devido e por unanimidade reformou o julgado estadual.

No RE 77 934, tudo correu de modo diametralmente oposto. O Tribunal de Alçada denegou a segurança, mas a Primeira Turma, também por unanimidade, reformou o julgado, para concedê-la.

A Procuradoria-Geral da República incorreu na mesma contradição: num caso opinou a favor do contribuinte; no outro opinou contra.

Dificilmente se encontrará caso tão típico de divergência entre as Turmas, que ao Tribunal Pleno incumbe dirimir. Mas, regimentalmente, parece não tem como fazê-lo. Isso certamente configura um absurdo que não deve passar despercebido aos que estão incumbidos de reformar a Justiça, para corrigir-lhe as imperfeições mais sensíveis.

É que a divergência, apesar de notória, não foi argüida nos embargos. Estes foram opostos em 22.11.73, enquanto que o acórdão da Primeira Turma é de 19 de março do corrente ano.

É certo que os embargos alegam divergência com a *Súmula* 283, porque — tendo o acórdão do Tribunal *a quo* dois fundamentos suficientes, o recurso atacara somente um deles, não podendo, por isso, ser conhecido. Mas, essa alegação foi apreciada pela Turma, que a repeliu. Assim, de acordo com entendimento que a maioria do Tribunal tem mantido, reiteradamente, a reapreciação do tema já não é possível, porque teria caráter infringente.

Lamento ter de submeter-me a esse ilogismo e de contribuir, num ou noutro caso, para uma injustiça que levara os litigantes a um compreensível estado de perplexidade. Mas, como devo, antes de tudo, acatar as normas regimentais, enquanto vigentes, não conheço dos embargos.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Presidente): — Houve caso em que o Tribunal Pleno, reconhecendo divergência notória, conheceu dos embargos.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro: — O eminente Ministro Amaral Santos sustentou essa tese várias vezes.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Presidente): — Dei meu voto de adesão ao conhecimento dos embargos, naquele caso. Inexiste prova mais evidente de divergência, do que a notoriedade, no próprio Tribunal Pleno, que aprecia a preliminar de conhecimento dos embargos. Parece-me, *data venia*, demasia exigir-se do embargante que traga a prova, quando o Tribunal declara notória a divergência, pela forma como o fez o eminente Relator, agora, no relatório e no voto, dizendo, até, que, dificilmente, haverá contradição tão clara, tão evidente. Depois de tudo isso, não conhecer dos embargos, parece-me que seria aplicação farisaica do pressuposto regimental.

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator): — *De jure constituendo*, estaria de acordo, mas a verdade é que, ainda recentemente, o Tribunal Pleno examinou este aspecto regimental, num caso muito conhecido, que é o da nulidade das resoluções do Conselho de Política Aduaneira, quando não fundamentadas. Dissenti do eminente Ministro Thompson Flores, porque, aplicando-se rigosamente o Regimento, a divergência não estaria demonstrada. Entretanto, não poderia haver divergência mais notória, porque o Supremo Tribunal tem, em sentido contrário àquele acórdão, não só uma decisão, mas vinte ou trinta. Fui vencido, porque a maioria entendeu que não estava formalizada a divergência.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Presidente): — O Tribunal conheceu do recurso.

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator): — Mas foi uma exceção, que não se repetiu.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Presidente): — Repete-se agora.

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator): — Agora sim.

O Sr. M'nistro Eloy da Rocha (Presidente): — Quando há divergência gritante.

O Sr. Ministro Bilac Pinto: — Permita-me uma intervenção.

Sendo gritante a divergência, se o Plenário examinar o caso e entender de manter a decisão, a divergência continua?

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Presidente): — O Tribunal resolve a divergência.

O Sr. Ministro Bilac Pinto: — Não resolve. O outro caso já está julgado.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Presidente): — O Supremo resolve a divergência, no caso. É o resultado do conhecimento dos embargos. Admitida a divergência, examina-se o mérito.

O Sr. Ministro Bilac Pinto: — Essa abertura de um novo caso de embargos de divergência notória é uma coisa difícil.

O Sr. Ministro Djaci Falcão: — Há de se ponderar, a meu ver, o seguinte óbice: o que dispõe o § 1º do art. 309, (a divergência será comprovada, na forma do art. 305) em primeiro lugar, e, em segundo lugar, que o acórdão indicado como paradigma é posterior ao que foi objeto dos embargos. Como, assim, conhecer-se do recurso?

Ter-se-ia, então, de introduzir uma modificação no Regimento.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro: — Sr. Presidente, *data venia*, isso leva a um absurdo frontal. Então, por amor à forma, que deve proteger o fundo, devemos sacrificar o fundo? Deixamos de cumprir a nossa missão por que o Regimento não fala em resolver esta hipótese? Aqui, o eminente Ministro Amaral Santos, que, indiscutivelmente, é o mestre do Direito Processual, do qual eu fujo a "botas de sete léguas", sustentou sempre a tese, baseando-se, aliás, no Direito Processual Alemão, de que, quando o dissídio é conhecido do juiz, porque ocorrido no Tribunal de que faz parte, pode ser conhecido.

Ora, nós devemos ser presumidamente os conhecedores da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Confesso que a minha memória e os meus apontamentos não bastam para abarcar os 300 000 ou 400 000 acórdãos que o Supremo já proferiu na sua existência. Porém, num caso concreto, que se conhece, e em que a contradição é estridente, como diziam os antigos Ministros do Supremo Tribunal, há que se conhecer.

EXTRATO DA ATA

ERE 74 818 — SP — Rel., Ministro Oswaldo Trigueiro. Embtes. Benedito Ferreira Lopes e outros (Advogado, Celio Silva). Embdo., Município de Mogi das Cruzes (Adv., Luiz Carlos Bettiol). (Dec. embda., Segunda Turma, 17.9.73).

Decisão: Adiado o julgamento, pelo pedido de vista do Ministro Rodrigues Alckmim, após o voto do Relator não conhecendo dos embargos.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Senhores Ministros Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmim e Leitão de Abreu. Procurador-Geral da República, o Prof. José Carlos Moreira Alves.

Brasília, 28 de agosto de 1974. — *Álvaro Ferreira dos Santos*, Diretor do Departamento Judiciário.

VOTO

O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim: Nestes embargos, o acórdão da Segunda Turma entendeu que merecia conhecido e provido o recurso extraordinário porque a Lei Tributária local observou as regras contidas na Constituição e no C.T.N. E irrelevante era a publicação do regulamento já no exercício em que se operou o lançamento.

Os embargos de divergência suscitam, como teses dissidentemente interpretadas, as de que, se o julgado local recorrido contém dois fundamentos e somente um deles se impugna, o extraordinário é incabível; e se a ofensa é direito local. não cabe extraordinário.

3. Não conheço dos embargos o eminente Relator, Ministro Oswaldo Trigueiro dizendo em seu douto voto: (*lê*).

Nos ERE 78 140 proferi voto ponderando que, por força do princípio dispositivo, inexistente iniciativa de ofício em recurso extraordinário, não podem, os juízes dele, aditar fundamentos às postulações — é tarefa processual exclusiva dos litigantes fazê-lo.

No caso, com relação a embargos de divergência, o litigante é que tem o ônus processual de suscitar a tese dissidentemente interpretada pelas Turmas e comprovar o dissídio. Este último ônus pode ser aliviado pela notoriedade da divergência. Não o primeiro, que é ato de postulação da parte.

Assim, como aqui o tema se não restringe à prova do dissídio (mas à não invocação de tese que teria sido divergentemente interpretada), também não conheço dos embargos, como o eminente Relator.

E quanto à perplexidade dos litigantes com relação a decisões doutrinariamente contraditórias, decorrerá ela da inafastável aplicação do princípio dispositivo que não permite ao juiz, de ofício, com surpresa para uma das partes e desatenção possível ao contraditório, ao direito de defesa, ou de contraditar, suscitar questões que o interessado não suscitou.

Não se trata de mera questão formal, mas de obediência a princípio que a todos garante contra excesso do poder inquisitivo ou de iniciativa oficial por parte do Judiciário, tão relevante no âmbito penal quanto no âmbito civil.

No direito brasileiro, os magistrados não podem adicionar ou substituir pedidos ou fundamentos às pretensões dos litigantes.

Não conheço, pois, do recurso.

EXTRATO DA ATA

ERE 74 818 — SP — Rel., Ministro Oswaldo Trigueiro. Embtes., Benedito Ferreira Lopes e outros (Advogado, Celio Silva). Embdo., Município de Mogi das Cruzes (Adv., Luiz Carlos Bettiol). (Dec. embda., Segunda Turma, 17.9.73).

Decisão: Não conhecidos, unanimemente. Não tomou parte no julgamento o Ministro Cordeiro Guerra.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Srs. Ministros Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmim, Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra. Procurador-Geral da República, o Prof. José Carlos Moreira Alves.

Brasília, 6 de novembro de 1974. *Alberto Veronese Aguiar*, Diretor do Departamento Judiciário.