

Contencioso Fiscal

65) Mandado de Segurança – Compensação de débito tributário. Adesão ao PPI do ICMS. Impossibilidade

Mandado de segurança. Pretendida a compensação do débito tributário com os créditos decorrentes de cessão (precatórios judiciais) para fins de adesão ao PPI do ICMS. Impossibilidade. Ausência de direito líquido e certo. Inteligência dos artigos 78, parágrafo 2º, do ADCT e 170 do Código Tributário Nacional. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP – Apel. c/ Revisão n. 815.887.5/2-00 – 1ª Câm. Dir. Públ. – Rel. Des. Danilo Panizza – j. 24.03.2009).

66) Mandado de Segurança Preventivo – ICMS

Impetração objetivando que a autoridade fiscal se abstenha de exigir o tributo sobre a importação de equipamentos de rádio e televisão. Segurança concedida em primeiro grau. Decisório que não merece subsistir. Ausência de direito líquido e certo. Convênio CONFAZ n. 10/2007, ratificado pelo Governo Estadual através do Decreto n. 51.755/2007, que isenta algumas mercadorias do recolhimento

de ICMS. Necessária comprovação, no entanto, de que os produtos são isentos também de imposto de importação e de contribuições de PIS/PASEP e COFINS. Necessidade, outrossim, da inexistência de produto similar produzido no país, atestado por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor. Exigências não comprovadas. Denegação da ordem que se impõe. Sentença reformada. Reexame necessário (pertinente na espécie) e recurso voluntário da Fazenda Estadual providos. (TJSP – Apel. n.749.046.5/0-00/Guarulhos – 8ª Câm. Dir. Públ. – Rel. Des. Rubens Rihl – j. 27.05.2009).

67) Mandado de Segurança – PPI do ICMS

Pretensão da empresa executada de ver assegurado o direito de manter-se no programa instituído pelo Decreto n. 51.960/2007, mediante o abatimento dos débitos parcelados com depósitos judiciais decorrentes de precatório. Segurança concedida em primeiro grau. Decisório que não merece subsistir. Compensação. Somente lei pode atribuir à autoridade administrativa o poder de

deferir ou não a compensação entre créditos líquidos e certos com débitos vencidos ou vincendos (art. 170 do CTN). Decreto n. 51.960/2007 que, em momento algum, sinaliza a possibilidade de utilização de tais créditos para a compensação pretendida, não se tratando de moeda corrente, tampouco de depósitos judiciais efetivados em garantia do juízo referente a débitos incluídos no parcelamento (arts. 1º e 9º do Dec. n. 51.960/2007). Não subsiste, no mais, a tese de que a conversão em renda é possível com base no artigo 78, parágrafo 2º, do ADCT, que confere poder liberatório, caso não haja liquidação do débito até o final do exercício referente. Necessidade de legislação infraconstitucional traçando requisitos e possibilitando a compensação pretendida pela impetrante. Natureza alimentar dos precatórios, ademais, que deve ser levada em conta, até porque a previsão constitucional transitória não confere poder liberatório do pagamento de tributos para a entidade devedora, aos precatórios por créditos de natureza alimentícia, característica que não perdem só porque objeto de cessação, sob pena de afronta ao artigo 100 da Constituição Federal. Denegação da segurança que se impõe. Reexame necessário e recurso da Fazenda Pública providos. (TJSP – Apelação c/ Revisão n. 8704955600 – 8ª Câmara. Dir. Públ. – Rel. Des. Rubens Rihl – j. 25.03.2009).

68) Processual Civil e Tributário – Embargos de declaração. ICMS. Embargos à execução fiscal. Majoração de alíquota de 17% para 18% declarada inconstitucional. Exclusão da alíquota majorada. Validade da CDA. Contradição. Equívoco na parte dispositiva

1. Esta Corte entende que a exclusão da CDA do percentual equivalente à majoração da alíquota de ICMS declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não implica em sua nulidade, sendo perfeitamente destacável do valor executado. Precedentes. 2. Constatada a existência de contradição na parte dispositiva do julgado, merecem acolhida os embargos de declaração, para sanar equívoco, a fim de que conste “recurso especial parcialmente provido, somente para declarar a nulidade da CDA na parte em que visa à cobrança da inconstitucional majoração do ICMS”, ao invés de “recurso especial provido”. 3. Embargos de declaração acolhidos. (STJ – EREsp n. 855.017/SP (2006/0132823-6) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 02.04.2009).

69) Processual Civil e Tributário – Extinção do crédito. Compensação. Precatório. Prova preconstituída. Inexistência. Matéria controversa

1. Hipótese em que a impetrante pleiteia reconhecimento judicial da extinção de determinado crédito tributário, por conta da compensação

com precatório anteriormente apresentado à Secretaria da Receita Estadual. 2. O pedido refere-se a valor determinado. Não se trata de simples declaração da possibilidade de, em tese, extinguir crédito tributário por meio de compensação com precatório. 3. A inicial não foi instruída com prova da existência do precatório, essencial para a viabilidade do *mandamus*. A contribuinte junta apenas instrumento de cessão e apresenta-se como cessionária de parte de crédito relativo a precatório, sem demonstrar atraso em seu pagamento. 4. O próprio Tribunal de Justiça, que emite os precatórios contra o Estado, não reconhece a exigibilidade do crédito suscitado pela empresa. Questão controvertida que não pode ser dirimida no bojo do *writ*. 5. Não há falar em ofensa ao princípio da isonomia, pois cada ação é autônoma no que se refere à comprovação do direito líquido e certo e à adequada instrução do *writ*. 6. A extinção do presente *mandamus* não faz coisa julgada (art. 267, IV, do CPC), de modo que eventual direito pode ser pleiteado administrativa ou judicialmente, desde que devidamente comprovado. 7. Agravo regimental não provido. (STJ – AgR RMS n. 20.656/PR (2005/0150650-1) – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 07.05.2009).

70) Processual Civil e Tributário – Mandado de segurança. Negativa de autorização que objetiva registro

para efeito de inscrição estadual. Empresa impedida pela Administração ante o suposto débito que a sua sócia possui com o Fisco estadual. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Extinção do processo sem julgamento de mérito

1. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (1) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (2) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedentes: MS n. 12.149/DF, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.08.2008, *DJe*, de 15.09.2008; RMS n. 21.809/DF, 1ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, j. 11.11.2008, *DJe*, de 15.12.2008; RMS n. 24.927/RR, 1ª Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 02.12.2008, *DJe*, de 11.12.2008; RMS n. 22.383/DF, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 09.09.2008, *DJe*, de 29.10.2008. 2. *In casu*, o ato coator foi praticado pelo chefe de fiscalização fazendária estadual que indeferiu o pedido de inscrição estadual, ao fundamento de que a sócia da empresa requerente possuía débitos com o fisco estadual. O recorrido, por sua vez, apontou como autoridade coatora o secretário de Fazenda Estadual, sob o fundamento de que a Portaria n. 114/2002-SEFAZ,

emitida pela secretaria fazendária, é que aponta a necessidade de certidão negativa dos sócios para a almejada inscrição estadual. 3. A doutrina abalizada nos revela que: “Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concretamente e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o ministro ou o secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe sanções fiscais respectivas, usando o seu poder de decisão” (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular...*, 28. ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63). 4. A teoria da encampação é inaplicável no caso concreto, porquanto o secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso não defendeu o mérito do ato, limitando-se a declarar sua ilegitimidade passiva *ad causam*. Ademais, a correção do polo passivo enseja mudança na competência jurisdicional, uma vez que compete originariamente ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso o jul-

gamento do mandado de segurança contra secretário de Estado (art. 96, inc. I, “g”, da Constituição Estadual), prerrogativa não extensível ao servidor responsável pela fiscalização fazendária. 3. Recurso especial provido, determinando-se a extinção do mandado de segurança sem resolução do mérito. (STJ – REsp n. 997.623/MT (2007/0243877-0) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 02.06.2009).

71) Tributário – Recurso especial. ICMS. Importação de aeronave mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing). Novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Interpretação do artigo 155, inciso IX, parágrafo 2º, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. Artigo 3º, VIII, da Lei Complementar n. 87/96

1. O ICMS incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, *ex vi* do disposto no artigo 155, parágrafo 2º, IX, “a”, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 33/2001 (exegese consagrada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE n. 491.968/SP, rel. Min. Eros Grau, j. 30.05.2007, *DJ*, de 24.08.2007). 2. Deveras, restou assente na Excelsa

Corte que o arrendamento mercantil, contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, não constitui operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS, sendo certo que “o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias”.

3. Acerca da aparente dissonância entre o aludido julgado e aquele proferido nos autos do RE n. 206.069-1/SP, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, impende destacar excerto do voto condutor do acórdão da lavra do Min. Eros Grau: “E nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE n. 206.069, relatora a Ministra Ellen Gracie, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora. Tanto o precedente supõe essa compra que a eminente relatora a certo ponto do seu voto afirma: ‘eis porque, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do

bem que seja contribuinte do ICMS’. Daí também porque não se pode aplicar às prestadoras de serviços de transporte aéreo, em relação às quais não incide o ICMS, como foi decidido por esta Corte na ADI n. 1.600” (RE n. 461.968/SP).

4. Destarte, é certo que se encontra pacificado hodiernamente no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a incidência do ICMS, mesmo no caso de importação, pressupõe operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre nas hipóteses de arrendamento, em que há “mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário”. 5. Consecutivamente, impõe-se a submissão da orientação desta Corte ao julgado do Pretório Excelso, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do sistema da *common law* e que tem como desígnio a consagração da isonomia fiscal no caso *sub examine*, reiterando a jurisprudência desta Corte que, com base no artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar n. 87/96, propugna a não incidência de ICMS sobre operação de *leasing* em que não se efetivou transferência da titularidade do bem (circulação de mercadoria), quer o bem arrendado provenha do exterior, quer não. 6. A Súmula n. 293 do STJ consolidou a orientação jurisprudencial no sentido de que: “A cobrança antecipada do valor residual garanti-

do (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”. 7. Outrossim, é cediço na Primeira Seção que: “Tributário – Arrendamento mercantil. *Leasing*. Descaracterização do contrato. ICMS. Incidência na importação de bens em regime de *leasing*. Precedentes. 1. A jurisprudência tem entendido que o contrato de *leasing* deve ser respeitado como tal, em nome do princípio da liberdade de contratar. 2. Somente quando o *leasing* estiver contemplado em uma das situações de repúdio, previstas na Lei n. 6.099/74 (arts. 2º, 9º, 11, § 1º, 14 e 23), é que se tem autorização legal para a descaracterização do arrendamento mercantil e imputação das consequências. 3. O simples fato de haver concentração dos pagamentos nas primeiras prestações e um resíduo mínimo para pagamento nas demais não desnatura o instituto do arrendamento mercantil. 4. Posição remansosa desta Corte, em vários precedentes, quanto à não incidência de ICMS na importação de bem sob a modalidade de *leasing*.” (REsp n. 692.945/SP, 1ª Seção, rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.08.2006, DJ, de 11.09.2006). 8. *In casu*, consoante o Tribunal de origem: “Trata-se a toda de contrato de arrendamento operacional de aeronave, cuja natureza jurídica é de locação. Logo, transferência não há da propriedade do bem.

Mas ainda que se vislumbre, aí, um contrato de *leasing*, seja operacional,

seja financeiro, mesmo assim tem razão a recorrente. É que, em qualquer dessas modalidades, a transferência do domínio para a arrendatária só ocorre se e quando for feita efetivamente a opção de compra. (...) Ocorre que o bem importado pela apelante não fora por ela adquirido; a importação realizou-se mediante contrato de arrendamento operacional ou de *leasing*, que não se confunde com compra e venda a prazo.

A incidência desse tributo, destarte, só poderá ocorrer em caso da venda desse bem à apelante, o que ainda não aconteceu. Por outro lado, dadas as peculiaridades do arrendamento operacional, é certo que esse bem pode vir a ser devolvido ao arrendante até mesmo ao término do contrato; assim, não se mostra razoável admitir-se que possa ser consumido, tampouco incorporado ao patrimônio do arrendatário desde logo”. 9. Entrementes, o juízo singular assinalou que: “Conclui parte da doutrina que, não existindo a tríplice opção ao final do contrato, não se estará falando de um contrato de *leasing*. Desse modo, também é nítido que o contrato vastamente utilizado no financiamento de certos bens móveis no Brasil não é *leasing*, na medida que a compra do bem está decidida desde o momento da celebração do contrato. Conforme entendimento do próprio Tribunal de Justiça, deve ser considerado praticamente impossí-

vel, pelo menos à primeira vista, que um contrato no valor do presente, ou seja, de US\$ 4.000.000,00, para pagamento em 120 prestações iguais de US\$ 46.000,00, se intitule *leasing* ou arrendamento operacional, e não de compra e venda financiada”. 10. Desta sorte, tendo em vista a existência de indício de que a operação de importação de aeronave ocorreu mediante simulacro de arrendamento mercantil operacional sem opção de compra (na verdade, cuidar-se-ia

de compra e venda financiada), não se vislumbra o direito líquido e certo do impetrante, pressuposto da concessão da segurança pleiteada, razão pela qual deve ser restabelecido o entendimento exarado na sentença, o que não consubstancia contrariedade à Súmula n.293 do STJ ou à jurisprudência da Primeira Seção. 11. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 959.387/RJ (2007/0131635-0) – j. 18.06.2009 – Rel. Min. Denise Arruda – Rel. p/Acórdão Min. Luiz Fux).

