

Ementário Judicial Tributário-Fiscal

187) Agravo de Instrumento – Mandado de segurança. Liminar. Indeferimento. Ausência de previsão legal específica de cabimento de agravo de instrumento

Ação mandamental de rito especial, célere e concentrado, incompatível com o rito comum do agravo de instrumento. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Ausência de elementos que evidenciem a existência de ilegalidade ou abuso de poder por parte do magistrado. De qualquer forma, descabida a pretensão da agravante em utilizar o crédito de precatórios para o pagamento de ICMS. Recurso não conhecido. (TJSP – AI n. 890.467-5/5-00/São Paulo).

188) Constitucional – Processual tributário. Recurso administrativo destinado à discussão da validade de dívida ativa da Fazenda Pública. Prejudicialidade em razão do ajuizamento de ação que também tenha por objetivo discutir a validade do mesmo crédito. Artigo 38, parágrafo único da Lei n. 6.830/80

O direito constitucional de petição e o princípio da legalidade não implicam a necessidade de esgotamento da via administrativa para discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa da Fazenda Pública.

É constitucional o artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 6.830/80 (Lei da Execução Fiscal – LEF), que dispõe que “a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo [ações destinadas à discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa] importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto”. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento. (STF – RE n. 233.582/RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – Rel. p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa – j. 16.08.2007). DJe, de 15.05.2008.

189) Constitucional – Tributário. Delimitação da competência tributária entre Estados e Municípios. ICMS e ISSQN. Critérios. Cartões telefônicos para “orelhão”

1. Segundo decorre do sistema normativo específico (arts. 155, II, § 2º, IX, “b” e 156, III, da CF, 2º, IV, da LC n. 87/96 e 1º, § 2º, da LC n. 116/2003), a delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente à incidência de ICMS e de ISSQN, está submetida aos seguintes critérios: (a) sobre operações de circulação de mercadorias e sobre serviços de transporte interestadual e internacional e de comunicações incide ICMS; (b) sobre operações de prestação de serviços compreendidos na lista de que trata a Lei Complementar n. 116/2003 (que sucedeu ao Dec.-Lei n. 406/68), incide ISSQN; e (c) sobre operações mistas, assim entendidas as que agregam mer-

cadorias e serviços, incide o ISSQN, sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a Lei Complementar n. 116/2003 e incide ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista. Precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal. 2. No caso concreto, examinando a prova dos autos, o acórdão recorrido assentou que o serviço incorporado no processo de industrialização do bem (cartões telefônicos para “orelhão”) não está incluído entre os previstos no item 77 da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68. Sendo inviável o reexame, em recurso especial, dos fatos da causa (Súmula n. 7 do STJ), fica afastada a incidência de ISSQN. 3. “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório” (Súmula n. 98 do STJ). 4. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – REsp n. 650.687/RJ (2004/0047496-5) – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – j. 02.09.2008).

190) Direito Processual Civil e Tributário – Recurso especial. Execução fiscal. Encargo de 20% previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69. Massa falida. Exigibilidade. Precedentes da 1ª Seção. Recurso representativo de controvérsia. Artigo 543-C do Código de Processo Civil e Resolução n. 8 do STJ

1. Hipótese em que se discute a exigibilidade do encargo de 20% previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69 nas execuções fiscais propostas contra massa falida, tendo em vista o

disposto no artigo 208, parágrafo 2º, da antiga Lei de Falências, segundo o qual “a massa não pagará custas a advogados dos credores e do falido”. 2. A 1ª Seção consolidou entendimento no sentido de que o encargo de 20%, imposto pelo artigo 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, pode ser exigido da massa falida. Precedentes: EREsp n. 668.253/PR, rel. Min. Herman Benjamin; EREsp n. 466.301/PR, rel. Min. Humberto Martins; EREsp n. 637.943/PR, rel. Min. Castro Meira e EREsp n. 448.115/PR, rel. Min. José Delgado. 3. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8 do STJ. 4. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.110.924/SP (2009/0016196-2) – Rel. Min. Benedito Gonçalves – j. 10.06.2009).

191) 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 parcelado 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 com 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 do ADCT, parágrafo 2º, 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 cessão, 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 com Revisão n. 8704955600 – 8ª Câmara de Direito Público – Rel. Rubens Rihl – j. 25.03.2009).

192) Medida Cautelar Fiscal – Decretação de indisponibilidade de bens. Prazo para a propositura da execução fiscal. Artigo 11 da Lei n. 8.397/92

I - O Tribunal *a quo*, nos autos de ação cautelar preparatória, entendeu que o prazo de 60 dias, contados da

data do trânsito em julgado da esfera administrativa, para a interposição da execução fiscal, importa na prática em deixar ao alvedrio da Administração pública a duração do decreto de indisponibilidade concedido naquela cautelar. Assim, julgou parcialmente provido o recurso da Fazenda para estabelecer um prazo de 6 meses para a conclusão do processo administrativo e o ajuizamento da correspondente execução fiscal. II - O artigo 11 da Lei n. 8.397/92 é claro ao determinar que, em sede de medida cautelar fiscal preparatória, a Fazenda Pública dispõe do prazo de 60 dias para a propositura da execução fiscal, a contar do trânsito em julgado da decisão no procedimento administrativo, o que somente ocorreria no caso dos autos após o exame de recurso administrativo na Câmara Superior de Recursos Fiscais. III - Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.026.474/RS (2008/0019648-0) – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 02.10.2008).

193) Prescrição e Decadência Tributárias – Matérias reservadas a lei complementar. Disciplina no Código Tributário Nacional. Natureza tributária das contribuições para a seguridade social. Inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77. Recurso extraordinário não provido. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Repercussão Geral. Mérito

I. Prescrição e decadência tributárias. Reserva de lei complementar. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, “b”, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. Disciplina prevista no Código Tributário Nacional. O Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. Natureza tributária das contribuições. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do artigo 149 da Constituição Federal de 1988. Precedentes. IV. Recurso extraordinário não provido. Inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91, por violação do artigo 146, III, “b”, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77, em face do parágrafo 1º do artigo 18 da

Constituição de 1967/69. V. Modulação dos efeitos da decisão. Segurança jurídica. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (STF – RE n. 560626/RS – Tribunal Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 12.06.2008). *DJe*, de 04.12.2008.

194) Processo Civil – Embargos de declaração. Recurso especial. Processo civil e processo judicial tributário. Execução fiscal. Foro competente para ajuizamento da ação. Critérios de fixação da competência. Súmula n. 58 do STJ. Artigos 87 e 578, do Código de Processo Civil. Mudança de domicílio da executada antes da propositura da demanda. Erro material. Execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública estadual. Dívida originada no Estado-membro exequente. Foro competente para ajuizamento da ação. Mudança de domicílio da executada para outro Estado-membro antes da propositura da demanda. Irrelevância. Artigo 578 do Código de Processo Civil. *Ratio essendi* da elasticidade da norma de competência *ratione personae* atinente à União

1. O artigo 87 do Código de Processo Civil consagrou a regra da *perpetuatio iurisdictionis*, ao preceituar que a competência é determinada no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando

suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia. 2. Por seu turno, o artigo 578 do Código Processual, inserto no Título II, referente ao processo de execução, dispõe que: “Artigo 578 - A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado. Parágrafo único - Na execução fiscal, a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar”. 3. *In casu*, cuida-se de execução fiscal ajuizada, em novembro de 2003, pelo Estado do Rio Grande do Sul para cobrança de benefício concedido pela Secretaria Estadual de Educação, tendo sido alegado, pelo exequente, que a remessa do feito para o Estado do Paraná, local atual da sede da empresa executada, causar-lhe-ia prejuízos “por não poder manter quadro de procuradores em outros Estados e por não ter condições de pagar diárias para procurador que lá atuasse”, a despeito da existência de “termo de cooperação entre procuradorias estaduais para acompanhamento de cartas precatórias por procuradores onde as mesmas estejam tramitando”, o que não vale para ajuizamento de ações. 4. Resta incontroverso nos autos que o fato

imponível ocorreu quando a executada, ora embargada, tinha sede na Comarca de Estrela, tendo sido inscrita o débito na dívida ativa em 03.10.2002. 5. Destarte, malgrado o ajuizamento do executivo fiscal ter ocorrido após a alteração do domicílio da executada para outro Estado da Federação, verifica-se a dissonância entre o entendimento esposado no acórdão embargado e a *ratio essendi* da elasticidade da competência de foro, *ratione personae*, para as demandas referentes à União. 6. Isto porque “a possibilidade de a União e suas entidades descentralizadas serem acionadas em qualquer capital decorre do princípio maior do acesso à justiça e do fato de que em todas elas há representação judicial da entidade pública através das suas procuradorias. Assim, obedecida a finalidade do dispositivo, se não houver a aludida representação judiciária em determinada capital, segue-se que a demanda deve ser aforada noutra mais próxima onde a houver. A referência apenas à União exclui da prerrogativa o Estado e a administração direta estadual salvo se houver disposição em contrário na lei de organização judiciária, uma vez que a lei processual civil, nessa parte, é omissa” (Luiz Fux, *Curso de direito processual civil*: processo de conhecimento, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 115). 7. Embargos de declaração do Estado do Rio Grande do Sul acolhidos, atribuindo-se-lhes efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso especial da empresa, mantendo-se o acórdão regional que reconheceu a competência

jurisdicional da Comarca de Estrela, que abrange o Município de Três Coroas, local onde ocorreu o fato que deu origem à dívida executada. (STJ – EREsp n. 818.435/RS (2006/0029531-8) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 10.02.2009).

195) Processo Civil – Tributário. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Termo inicial. Súmula n. 314 do STJ. Arguição pelo executado. Oitiva da Fazenda Pública. Inexistência. Contraditório. Desrespeito

1. A prescrição intercorrente, passível de ocorrência no bojo do processo executivo, conta-se da data do arquivamento da execução fiscal, após findo o prazo de um ano da suspensão determinada pelo magistrado. Inteligência da Súmula n. 314 do STJ. 2. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, e não só nas hipóteses de declaração da prescrição *ex officio*. 3. Cabível a prescrição intercorrente em execução fiscal desde que a Fazenda Pública seja previamente intimada do decreto que a declarar, para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição. 4. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 963.317/RS (2007/0144622-2) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 05.08.2008).

196) Processual Civil e Tributário – Mandado de segurança. Extinção sem julgamento do mérito. Depósito judicial – Levantamento pelo contribuinte. Impossibilidade. Conversão em renda da União

1. A 1ª Seção firmou entendimento de que, mesmo sendo extinto o feito sem julgamento do mérito, os depósitos para suspensão da exigibilidade do crédito tributário devem ser convertidos em renda da Fazenda Pública e não levantados pelo contribuinte. 2. Ressalva da posição da relatora. 3. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 901.415/SP (2006/0249532-3) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 27.05.2008).

197) Processual Civil – Tributário. Recurso especial. ICMS. Importação de aparelho de tomografia computadorizada após o advento da Emenda Constitucional n. 33/2001. Sociedade civil prestadora de serviços médicos. Natureza comercial da atividade profissional. Irrelevância

1. O contribuinte do ICMS, após a Emenda Constitucional n. 33/2001, que alterou a redação do artigo 155, IX, “a”, da Constituição Federal de 1988, é qualquer pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade, importe mercadorias do exterior, ainda que destinadas ao consumo próprio ou ao ativo permanente do estabelecimento, nos estritos termos do artigo 2º, I, da Lei Complementar n. 87/96 (Precedentes: REsp n. 1020919/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 16.12.2008, *DJe*, de 19.02.2009; REsp n. 1037640/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 07.10.2008, *DJe*, de 04.11.2008). 2. É o que dispõem os referidos diplomas legais. Constituição Federal: “Artigo 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela

EC n. 3/93) [...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela EC n. 3/93) [...] § 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela EC n. 3/93) I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; [...] IX - incidirá também: a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; (Redação dada pela EC n. 33/2001). Lei Complementar n. 87/96: “Artigo 2º - O imposto incide sobre: [...] § 1º - O imposto incide também: I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela LC n. 114, de 16.12.2002). Artigo 4º - Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de

serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Parágrafo único - É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial: (Redação dada pela LC n. 114, de 16.12.2002) I - importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela LC n. 114, de 16.12.2002) [...]”. 3. *In casu*, a importação de equipamento de tomografia computadorizada por sociedade prestadora de serviços médicos realizou-se em 09.07.2003, por isso deve incidir o ICMS sobre a operação. 4. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.068.579/RS (2008/0139718-4) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 16.04.2009).

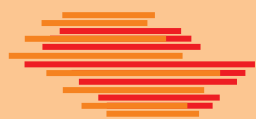
198) Tributário – Depósito convertido em renda. Mandado de segurança. Via imprópria para cobrança. Recurso especial improvido

1. Mandado de segurança impetrado contra ato coator, que lavrou a NFLD impondo à impetrante o pagamento de débito tributário na qualidade de sucessora comercial de Minerva Dimax Comércio Farmacêutico Ltda. Nas razões do *mandamus*, aduziu a impetrante que sua responsabilidade limitava-se aos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão. Pediu a concessão da segurança para tornar insubsistente a NFLD. Entretanto, antes de ajuizar o *mandamus*, a empresa havia se defendido administrativamente e, não logrando êxito, interpôs recurso hierárquico, depositando o

valor relativo à NFLD. Esgotadas as instâncias administrativas, e antes que fosse concedida a liminar, a autarquia converteu o depósito em renda. Diante desse desate, o juiz de 1º grau julgou extinto o mandado de segurança, sem apreciação de mérito, sendo confirmado pelo Tribunal porque, havendo sido o depósito convertido em renda, só caberia, em tese, o ressarcimento, a ser demandado por ação de cobrança, e não por mandado de segurança. 2. Acórdão regional que se mantém, porquanto tendo sido os depósitos convertidos em renda, à parte interessada resta a utilização dos institutos da repetição de indébito, da compensação ou ação de cobrança. O que é vedado é a utilização do presente *writ* no lugar de ação de cobrança, mormente por haver objeto distinto da finalidade que se pretende atribuir. Agravo regimental improvido. (STJ – AgR REsp n. 757.175/PR (2005/0094104-2) – Rel. Min. Humberto Martins – j. 05.08.2008).

199) Tributário – Recurso em Mandado de Segurança. Legalidade de decisão que revisara decisão de Conselho de Contribuintes. Artigo 124, III, do Decreto estadual n. 2.473/79. Razoabilidade

1. A jurisprudência é pacífica em reconhecer a constitucionalidade e a legalidade de norma estadual que preveja a possibilidade de revisão por secretário de Fazenda de decisão exarada por Conselho de Contribuintes estadual. Precedentes. 2. Revela-se regular a advocatária realizada pelo secretário de Fazenda que revisou decisão que reconheceu a decadência do crédito tributário – tema que se insere nos genéricos conceitos de “interesse de ordem pública, e à estrita observância da justiça fiscal e da legalidade dos atos” previstos no artigo 124 do Decreto fluminense n. 2.473/79. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (STJ – RMS n. 26.228/RJ (2008/0020759-2) – Rel. Min. Castro Meira – j. 15.04.2008).



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO