



Como pesquisar

As sentenças estão dispostas no sumário em ordem alfabética, preponderantemente a partir do nome da ação. Para acessar o inteiro teor com maior celeridade, clique sobre a titulação desejada com o botão esquerdo do mouse.

Sumário

Ação anulatória – Certidão de dívida ativa – IPTU – Instituição religiosa – Parcelamento de crédito tributário – Confissão de dívida – Homologação do acordo	5
Ação anulatória – IPTU – Alíquota progressiva – Revisão do lançamento - Procedência.....	8
Ação anulatória – ISS – Serviços bancários – Lista de serviços – Caráter taxativo – Interpretação extensiva - Serviços acessório – Não incidência – Procedência em parte	12
Ação anulatória – Lançamento tributário - Notificação por edital – Necessidade de notificação pessoal – Princípio da Ampla Defesa – Princípio do Contraditório.....	19
Ação anulatória de débito fiscal – ICMS - Empresa de construção civil – Transmissão de propriedade de mercadoria - Improcedência	23
Ação anulatória de débito fiscal – ISS – Sociedade de Advogados – Base de cálculo – Regime especial – Alíquota fixa - Procedência em parte do pedido.....	27
Ação anulatória de débito fiscal – Mercadoria desacompanhada de nota fiscal - Improcedência	35
Ação anulatória de lançamento fiscal - Declaração de crédito tributário – Cumulação de pedidos – ISS – Serviços notariais e de registro – Serviço de caráter unipessoal – Não configuração - Alíquota fixa – Impossibilidade – Lançamento por estimativa – Improcedência dos pedidos	40
Ação civil pública – Taxa de iluminação pública – Relação jurídica tributária - Direito individual disponível – Ilegitimidade ativa do Ministério Público – Improriedade da via eleita - Extinção do processo sem resolução de mérito	51
Ação de restituição – Imposto de renda retido na fonte – Repasse – Massa falida – Concurso de credores - Crédito da União – Preferência relativa – Procedência em parte	59

Ação declaratória – Alienação de veículo – Ausência de comunicação ao DETRAN – Antigo proprietário - Responsabilidade tributária solidária – Improcedência	65
Ação declaratória – Impugnação ao valor da causa – ICMS - Improcedência	69
Ação declaratória – Inexistência de relação jurídico-tributária – Ex-sócio – Procedência do pedido	74
Ação declaratória - Inexistência de relação jurídico-tributária – Repetição de indébito – Indenização por dano moral – Antecipação de tutela – Cumulação de pedidos - Taxa de Conservação de Rodovia – Inconstitucionalidade – Procedência em parte dos pedidos.....	78
Ação declaratória – IPTU – Pagamento com redução do valor – Lançamento consoante decisão do tribunal - Procedência.....	83
Ação declaratória – IPVA – Progressividade – Veículo usado -Alíquotas diferenciadas - Improcedência.....	86
Ação declaratória – ISS – Laboratório – Base de cálculo – Incidência sobre o faturamento – Sociedade empresária - Improcedência.....	93
Ação declaratória – Repetição de indébito – Cumulação de pedidos – IPTU - Entidade religiosa – Imunidade tributária – Imóveis locados a terceiros - Improcedência	96
Ação declaratória de ilegalidade de cobrança – Repetição do indébito – Cumulação de pedidos - Repasse de PIS e COFINS ao consumidor – Conta de energia elétrica – Possibilidade – Precedente do STJ – Improcedência	102
Ação declaratória de nulidade – Ato jurídico - DETRAN – Ausência de personalidade jurídica – Ilegitimidade passiva – Multas de trânsito – Tributos em atraso - Alienação de veículo – Ausência de prova - Improcedência.....	113
Ação ordinária – ICMS – Valor adicionado fiscal – Usina hidrelétrica – Parcela devida ao município gerador da energia elétrica – Improcedência do pedido.....	118
Embargos à execução fiscal – Ação de compensação de débito fiscal – Conexão – Ausência – Contribuição previdenciária - Taxa SELIC – Improcedência	128
Embargos à execução fiscal – Contribuição de iluminação pública – Lançamento tributário – Notificação por edital – Ausência de notificação pessoal - Princípio do Contraditório – Princípio da Ampla Defesa – Certidão da dívida ativa - Nulidade - Procedência	132
Embargos à execução fiscal – COPASA – Sociedade de economia mista – Prestação de serviço público - IPTU - Imunidade tributária recíproca – Taxa de coleta de lixo – Taxa de expedição da guia de IPTU - Isenção tributária – Revogação unilateral - Procedência	150
Embargos à execução fiscal - Dívida ativa não tributária – Prescrição quinquenal - Procedência	160
Embargos à execução fiscal – ICMS – Gás liquefeito de petróleo – Substituição tributária – Base de cálculo – Taxa SELIC - Improcedência	163
Embargos à execução fiscal – ICMS – Notas fiscais consideradas inidôneas pelo fisco – Demonstração da efetividade da operação comercial - Procedência	171

Embargos à execução fiscal – ICMS – Saída de mercadoria – Operação interestadual – Procedência do pedido.....	178
Embargos a execução fiscal – ICMS – Substituição tributária – Não incidência sobre insumo para a industrialização de cimento e cal - Improcedência.....	184
Embargos à execução fiscal – Imposto sobre lucro presumido – Taxa SELIC - Cumulação com outro índice de correção monetária ou juros de mora – Impossibilidade – Procedência em parte.....	188
Embargos à Execução Fiscal – Instituto Estadual de Florestas – Transporte irregular de madeira – Multa ambiental – Responsabilidade do motorista - Improcedência.....	195
Embargos à Execução Fiscal – IPTU – Imóvel inexistente – Nulidade do título executivo – Procedência do pedido.....	199
Embargos à execução fiscal – IPTU – Taxas – Coobrigado – Prescrição – Extinção da execução	202
Embargos à execução fiscal – Massa falida – Multa fiscal – Inexigibilidade – Juros de mora – Período posterior à quebra – Possibilidade apenas se o ativo for suficiente para o pagamento dos credores – Procedência em parte	207
Embargos à execução fiscal – Sociedade - Ex-sócios – Ilegitimidade passiva – Responsabilidade tributária – Não configuração – Débito tributário contraído após a retirada da sociedade – Procedência do pedido.....	211
Embargos à execução fiscal – Taxa de coleta de resíduos – Lançamento tributário – Notificação por edital – Invalidade – Notificação pessoal – Necessidade – Vícios formal e substancial na CDA - Procedência.....	214
Embargos à execução fiscal – Taxa de limpeza pública – Inconstitucionalidade - Taxa de coleta de resíduos – Lançamento tributário – Ausência de notificação pessoal - Procedência.....	225
Embargos à execução fiscal – Transporte de DVD's - Ausência de destaque de ICMS - Improcedência.....	236
Exceção de pré-executividade – IPTU - Rejeição.....	241
Execução fiscal – IPTU – Progressividade – Taxa de Limpeza Urbana – Serviço inespecífico e indivisível – Declaração inconstitucional de constitucionalidade – Nulidade das CDA's – Extinção da execução	246
Execução fiscal – Prescrição intercorrente – Decretação de ofício	266
Execução fiscal – Serviço de fornecimento de água e coleta de esgoto – Remuneração – Natureza jurídica de taxa – Compulsoriedade – Serviço essencial - Decadência – Prescrição – Declaração de ofício	270
Mandado de segurança – Contribuição sindical – Período pretérito – Repasse de valores em atraso - Não cabimento – Denegação da ordem	277
Mandado de segurança – Execução fiscal - Inadequação da via eleita – Prazo decadencial – Denegação da ordem	280

Mandado de segurança – Inscrição estadual em cadastro de ICMS – Negativa em razão de débito fiscal – Liberdade de exercício da atividade econômica – Ofensa a direito líquido e certo - Concessão da ordem.....	284
Mandado de segurança – Serviços notariais e de registro - ISS – Base de cálculo – Preço do serviço - Denegação da ordem.....	290
Repetição de indébito – IPSEMG – Contribuição social para custeio da saúde – Caráter compulsório – Inconstitucionalidade - Procedência	295
Repetição de indébito – IPTU – Imóvel situado em zona urbana – Imóvel rural – Não configuração – Critério para caracterização – Destinação econômica do imóvel – Irrelevância – Localização – Improcedência do pedido	303

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação anulatória – Certidão de dívida ativa – IPTU – Instituição religiosa – Parcelamento de crédito tributário – Confissão de dívida – Homologação do acordo		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Carlos Frederico Braga da Silva		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0024.09.653710-5	DATA DA SENTENÇA:	29/07/2010
REQUERENTE(S):	Igreja Batista Maanaim de Belo Horizonte		
REQUERIDO(S):	Município de Belo Horizonte		

1. Suma do pedido.

A autora requereu a anulação das CDAs e a suspensão do leilão já designado no processo de nº. 0024.04.471461-6. Disse que é uma instituição religiosa, sem fins lucrativos e que desenvolve trabalhos sociais que auxiliam a comunidade. Aduziu que possui imunidade tributária e que a requerida age de modo ilegal e abusivo ao exigir a cobrança de IPTU. Juntou documentos (f. 07/33).

2. Suma da resposta.

O réu apresentou a contestação de f. 43/61 e disse que a autora não possui interesse processual, porquanto somente poderia ajuizar embargos à execução. Alegou que o prazo a ser observado para o ajuizamento das ações anulatórias é o quinquenal, bem como que se operou a prescrição. Sustentou que o ajuizamento de ação anulatória não importa a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, no caso de não estar acompanhada do depósito integral e em dinheiro do crédito que se visa anular. Ressaltou que a discussão em torno da cobrança do IPTU é relativa ao imóvel de índice cadastral 957024007001. Acrescentou que a autora não produziu qualquer prova de que o imóvel devesse fazer jus à imunidade à época da ocorrência dos fatos geradores dos tributos cobrados. Juntou documentos (f. 62/70).

3. Principais ocorrências.

A credora informou que a autora aderiu ao parcelamento do crédito tributário objeto deste processo, que está sendo exigido na execução fiscal mencionada na petição de f. 77.

A autora impugnou a contestação e reiterou o pedido inicial (f. 71/83).

As partes tiveram a oportunidade processual para indicarem as provas a serem produzidas (f. 78).

4. Fundamentos.

É adequado o julgamento da lide no estado em que se encontra o processo, porquanto se trata de matéria de direito que não demanda a produção de qualquer outra prova (1) .

Considerando o teor da manifestação da autora de f.77, declaro, por sentença, que a requerente, ao aderir ao parcelamento proposto, reconheceu a dívida fiscal contra a qual se insurgiu, tanto que a execução fiscal que visa ao recebimento do crédito tributário questionado neste processo foi suspensa por decisão judicial.

Isto porque o STJ (2) já decidiu que o parcelamento, causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, equivale à confissão de dívida e, conseqüentemente, reconhecimento da procedência da pretensão da Fazenda Pública credora. É o exato caso dos autos. Ora, é defeso à autora pretender uma solução de mérito neste processo, porquanto já reconheceu a regularidade da exigência fiscal feita pela Fazenda Pública em outra ação, que tem o mesmo objeto. Não se olvide que o Poder Judiciário não é órgão de parecer e somente se manifesta sobre questões controvertidas, com o escopo de decidi-las. Quando as partes chegam a um consenso, não deve o Juiz intervir.

5. Dispositivo.

Posto isso, resolvo o mérito do processo e homologo o acordo de vontades, para que produza os seus jurídicos efeitos, condenando a autora a pagar as custas processuais e os honorários de advogado, que fixo em R\$ 1.000,00, com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

P.R.I.C. Belo Horizonte, 29 de julho de 2010.

Carlos Frederico Braga da Silva

30º Juiz de Direito Auxiliar da Capital

NOTAS

1. Artigo 330,I do Código de Processo Civil.

2. REsp 1076830/MG, Relator o Ministro HERMAN BENJAMIN, j. pela Segunda Turma em 21/10/2008, DJe de 19/12/2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação anulatória – IPTU – Alíquota progressiva – Revisão do lançamento - Procedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	-		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	1.02.879172-1	DATA DA SENTENÇA:	21/09/2005
REQUERENTE(S):	Hemisfério Holding Ltda.		
REQUERIDO(S):	Município de Belo Horizonte		

Vistos, etc.

HEMISFÉRIO HOLDING LTDA. ajuizou ação anulatória contra a FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE, alegando ser proprietária de quatro imóveis nesta Capital e ter requerido a revisão dos cinco lançamentos do IPTU correspondente aos exercícios de 2000 e 2001; a ré deferiu a pretensão com relação a três dos imóveis, indeferindo-a quanto aos dois restantes (?); houve injustificável aumento do imposto em relação aos anteriores exercícios, com alteração da alíquota de 1% para 3%, o que caracteriza a progressividade do tributo em razão da localização, natureza, utilização e melhorias, o que não é admitido pela Constituição Federal, que estabelece como única hipótese da progressividade o cumprimento da função social da propriedade. A seguir, a autora teceu considerações outras, negou a existência de três melhoramentos urbanos e requereu a anulação dos lançamentos que especificou.

Citada, a ré contestou a ação, alegando que a legislação municipal vigente a partir de 1999 estabeleceu a alíquota de 1% para terrenos não edificados situados em logradouros com menos de três melhoramentos e a alíquota de 3% para terrenos com três ou mais melhoramentos; não se trata da progressividade referida na CF, a qual constitui medida punitiva, conforme estabelecido no artigo 156, da Carta da República. Seguiram-se considerações diversas e o requerimento de improcedência da ação.

Replicou a autora e requereu a apresentação dos Processos Tributários Administrativos pertinentes, os quais vieram para os autos (fl. 161). Determinada a especificação de provas, o magistrado deferiu perícia e nomeou perito (fl. 168). Veio para os autos o laudo pericial de fls. 218/260, seguindo-se parecer do assistente técnico da autora (fl. 265) e memoriais das partes.

É o sucinto relatório.

DECIDO.

Trata-se, na verdade, o objeto dos lançamentos de IPTU impugnados, de um único imóvel, matriculado sob o n176607 e com descrição retificada conforme a averbação AV-2, contendo a área de 231.854,84 m2, como se vê na certidão de fl. 38v., do Cartório do 11º Ofício do Registro de Imóveis de Belo Horizonte. Tal imóvel, por motivos não esclarecidos (e que não estão em discussão), tem dois índices cadastrais, relativos a uma gleba de 211.941,34 m2 (fl. 50) e a outra de 19.913,50 m2 (fl. 53).

O IPTU foi lançado pela Fazenda sobre cada uma das duas glebas, em 1999, pela alíquota de 1% (fls. 50 e 53) e, em 2000 e 2001, pela alíquota de 3% (fls. 99, 101, 105 e 106).

É de se destacar que o inconformismo da autora não se dirige contra o valor venal do imóvel objeto dos lançamentos impugnados, mas, sim, contra a alíquota de 3% aplicada pelo Fisco e que, no entendimento da suplicante, deve ser de 1%, quer por ser inconstitucional a progressividade do IPTU, quer por não possuir o imóvel o mínimo de três melhoramentos urbanos.

Não tem amparo legal a discordância da autora quanto a ser o imóvel considerado pelo Fisco como tendo frente para a BR-356, porque é essa a determinação da Lei 5.641/89, verbis:

Artigo 93 - Para fins de inscrição no Cadastro Imobiliário, considera-se situado o imóvel no logradouro correspondente à sua frente efetiva.

§1º - No caso de imóvel não construído, com duas ou mais esquinas ou com duas ou mais frentes, será considerado o logradouro relativo à frente indicada no título de propriedade ou, na falta deste, o logradouro que confira ao imóvel maior valorização.

Quanto à alegada progressividade do tributo, vê-se que a mesma Lei 5641/89 estabelecia alíquotas as mais variadas para o IPTU, em razão de fatores diversos. Todavia, a Lei 7242/96 e, posteriormente, a Lei 7638/98 vieram a estabelecer as alíquotas de 1% e de 3% para terrenos não edificados situados em logradouros com menos de três melhoramentos e com três ou mais melhoramentos, respectivamente.

Pois bem. Quanto ao primeiro argumento, tem-se que a progressividade do IPTU só podia, mesmo, se aplicar à hipótese de função social da propriedade, todavia a Emenda Constitucional n. 29, de 13.9.2000, veio a admiti-la em outros casos, tanto que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 668, no seguinte teor:

É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Ora, o lançamento do IPTU/2000 sobre o imóvel da autora ocorreu em 1.1.00, ou seja, antes da edição da EC 29/00, pelo que só poderia ser utilizada a menor alíquota, de um por cento, face à inconstitucionalidade declarada pelo STF. A mesma conclusão, no entanto, não se aplica ao lançamento do IPTU/2001, posto que fundado na Lei 8147, de 29 de dezembro de 2000, posterior à EC 29/00.

Quanto ao segundo argumento, observa-se que os melhoramentos considerados para o efeito do lançamento do IPTU são, na forma estabelecida pela Lei 5641/89, os contidos no Mapa de Valores Genéricos, a saber, conforme os Decretos 10.106/99 e 10.447/00:

Art. 41 - Para efeito de aplicação do Fator de Melhorias Públicas (FMP), são considerados os seguintes melhoramentos e respectivos índices de decréscimos:

I rede de água	0,15
II rede de esgoto	0,10
III rede de energia elétrica	0,20
IV meio fio e canalização pluvial....	0,10
V pavimentação	0,30
VI rede telefônica	0,05
VII arborização	0,01

Na esfera administrativa, concluiu o Fisco, em instância final, pela existência de rede de iluminação pública, meio-fio, canalização pluvial, pavimentação e escola primária, mantendo a alíquota de três por cento (fls. 163,167 e 189 do PTA apenso). Ocorre que, como se viu, escola primária não é considerada como melhoramento pela legislação municipal, tampouco iluminação pública, mas, sim, energia elétrica, enquanto meio-fio e canalização pluvial constituem um único melhoramento.

Observe-se, por outro lado, que a exigência legal é a presença de melhoramentos no logradouro (Lei 8147/2000, Tabela III, item II), pelo que é irrelevante que os melhoramentos existentes não beneficiem diretamente o terreno da autora, como quer o laudo de vistoria judicial, que constatou a efetiva existência, na BR-356, de canalização pluvial com meio-fio (fls. 224 e 228), iluminação pública (fl. 225) e pavimentação (fl. 227)

Está provada, por declaração da CEMIG, a inexistência de rede elétrica no logradouro (fl. 118). Como consequência, os únicos melhoramentos considerados pela legislação municipal para o efeito do lançamento do IPTU, comprovadamente existentes no logradouro em que se situa o imóvel da autora (BR-356), são pavimentação e meio-fio e canalização pluvial. Ou seja, existem apenas dois melhoramentos, e não três, logo, a alíquota do IPTU aplicada sobre o valor venal do imóvel nos exercícios de 2000 e 2001 deveria ter sido de um por cento, e não de três por cento, como o foi.

Isto posto, julgo procedente o pedido para anular os lançamentos do IPTU nos exercícios de 2000 (dois mil) e 2001 (dois mil e um) relativos ao imóvel da autora que tem os índices cadastrais 475.000.000.950-9 e 475.000.000.951-7, em razão da utilização da alíquota de 3% (três por cento) em vez da alíquota de 1% (um por cento) efetivamente aplicável.

Condeno a ré nas despesas do processo (exceto custas) e nos honorários de advogado da autora, os quais arbitro em R\$500,00 (quinhentos reais) (CPC, art. 20, ' 41).

Decorrido o prazo para o recurso voluntário, subam os autos ao TJMG por força do duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, I).

P.R.I.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação anulatória – ISS – Serviços bancários – Lista de serviços – Caráter taxativo – Interpretação extensiva - Serviços acessório – Não incidência – Procedência em parte		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Alyrio Ramos		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	106.003092-1	DATA DA SENTENÇA:	26/06/2009
REQUERENTE(S):	BRB – Banco de Brasília S.A.		
REQUERIDO(S):	Município de Belo Horizonte		

Vistos, etc.

BRB - BANCO DE BRASÍLIA S.A. propôs Ação anulatória contra o MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE, alegando ter sido autuada pela ré por falta de recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) no total atualizado de R\$111.005,43, tendo sido esgotada a via administrativa; o auto de infração é nulo, porquanto não há indicação correta e completa da descrição do fato; os fatos geradores do tributo lançado ocorreram entre junho de 1999 e outubro de 2001, não lhes sendo aplicáveis as disposições da LC 116/2003 e da Lei Municipal 8.725/2003; a Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 56/87 é taxativa; as atividades constantes dos itens 44, 46 e 48 só são tributáveis quando realizadas por entidades não sujeitas à autorização do Banco Central; o autor sempre recolheu o ISS sobre as atividades previstas nos itens 24, 95 e 96; não são tributáveis os serviços bancários acessórios; a multa aplicada é abusiva e tem caráter confiscatório Desenvolveu argumentação, transcreveu doutrina e jurisprudência em prol de suas assertivas e requereu o reconhecimento da nulidade do auto de infração requerendo, sucessivamente, o cancelamento da CDA e da multa, ou redução da última. Requereu, finalmente, a sustação in limine da exigibilidade do crédito tributário.

Indeferi a medida cautelar requerida a título de antecipação de tutela (fl. 681), ensejando o Agravo de Instrumento noticiado à fl. 686, ao qual o TJMG negou provimento.

Citado, o réu contestou a ação na qual alegou a regularidade do auto de infração, refutando os argumentos do embargante e afirmando não estar tributando serviços constantes do item 44.

Determinada a especificação de provas, foi deferida perícia contábil e nomeado perito, vindo para os autos o laudo de fls. 758/801, do qual as partes tiveram vista e sobre o qual se

manifestaram. Indeferi quesitos suplementares das partes, dando ensejo ao agravo retido de fl. 818.

As partes ofereceram alegações finais.

É o relatório.

DECIDO.

Trata-se de tributação por meio do ISS, procedida pelo Município de Belo Horizonte sobre serviços bancários prestados pelo suplicante no período de junho de 1999 a outubro de 2001 (fl. 217).

Estabelece o art. 142 do CTN:

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.

Pois bem. O Auto de Infração e Termo de Intimação, de fl. 627, traduz o lançamento do crédito tributário e contém todos os passos mencionados no dispositivo legal supra transcrito, constando claramente a especificação do enquadramento, dita pelo autor como incorreta e incompleta, no Anexo I (fls. 609/614) do Termo de Verificação Fiscal (fls. 615/616), juntado aos autos pelo próprio suplicante. Ademais, o contribuinte foi regularmente notificado da autuação e a impugnou amplamente, não tendo alegado nenhum defeito ou dificuldade para defender-se (fls. 632/636).

Rejeito a arguição de nulidade do auto de infração.

No que se refere à alegada não incidência do ISS sobre serviços não elencados na lista de serviços anexa à LC 56/87, é de ser considerado, em primeiro lugar, que a jurisprudência dominante entende, sim, como taxativa a referida lista de serviços, porém, admite a sua interpretação extensiva, conforme já decidido pelo TJMG:

Número do processo: 1.0000.00.323829 2/001(1) Relator: DUARTE DE PAULA Data do acórdão: 10/03/2005 Data da publicação: 01/07/2005 Ementa: TRIBUTÁRIO - ISS - TRIBUTAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS - LISTA DE SERVIÇOS - CARÁTER TAXATIVO - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA ADMISSIBILIDADE. Embora taxativa, a lista de serviços anexa à Lei Complementar n 156/87, admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a exata compreensão da natureza da atividade exercida e das nomenclaturas para elas adotadas e, desse modo, possibilitar a incidência do ISS sobre serviços correlatos àqueles expressamente previstos,

como serviços bancários. Inadmissível é a interpretação extensiva exorbitante e inovadora da própria lista de serviços, pautada no princípio da razoabilidade.

Da mesma forma, decidiu o STJ:

REsp 728126 / PR ; RECURSO ESPECIAL 2005/0031603 1 Relator Ministro CASTRO MEIRA
Órgão Julgador SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 24/05/2005 Data da
Publicação/Fonte DJ 15.08.2005 p. 289 Ementa: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ART. 535
DO CPC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO
EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. 1. O Tribunal de origem de modo claro e preciso solucionou a
controvérsia posta em debate. Não configura violação ao art. 535 do CPC o fato do acórdão ter
solucionado a questão em orientação contrária à pretensão do recorrente. 2. A jurisprudência
desta Corte sedimentou-se no sentido de que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68
para efeito de incidência de ISS sobre serviços bancários é taxativa, admitindo-se, contudo,
uma leitura ampla e analógica de cada item, a fim de enquadrar-se serviços idênticos aos
expressamente previstos. 3. Recurso especial provido.

Foram as seguintes as receitas tributadas pelo Fisco Municipal e respectivas hipóteses de incidência, conforme fls. 609/614:

1) ADIANTAMENTOS A DEPOSITANTES - TARIFAS

- Itens 24 e 96 da Lista de Serviços

2) BRB/CAPITALIZAÇÃO

- Item 46 da Lista de Serviços

3) CDC

- Item 24 e 96 da Lista de Serviços

4) CHEQUES AVULSOS

- Item 96 da Lista de Serviços

5) CHEQUE BRASÍLIA

- Item 24 e 96 da Lista de Serviços

6) CHEQUE DEPOSITADO PARA COMPENSAÇÃO

- Item 24 e 96 da Lista de Serviços

7) COMPENSAÇÃO DE CHEQUE PEQUENO VALOR

- Item 96 da Lista de Serviços

8) DOCUMENTOS/CARNÊS E ASSEMELHADOS

- Item 95 da Lista de Serviços

9) DUPLICATAS/NP

- Item 95 da Lista de Serviços

10) ECC

- Item 24 e 96 da Lista de Serviços

11) ERP

- Item 24 e 96 da Lista de Serviços

12) RECUPERAÇÃO DE PONTO DE EQUILÍBRIO

- Itens 24 e 96 da Lista de Serviços

13) MANUTENÇÃO DE CONTAS INATIVAS

- Item 24 da Lista de Serviços

14) MANUTENÇÃO DE CONTAS INATIVAS POUPANÇA

- Item 24 da Lista de Serviços

15) OUTRAS CONTRATAÇÕES/RENOVAÇÕES

- Item 24 e 96 da Lista de Serviços

16) TARIFAS/ACATAMENTO DE CHEQUE

- Itens 24 e 96 da Lista de Serviços

17) TROCA DE SENHA

- Itens 24 e 96 da Lista de Serviços

18) RESSARCIMENTO DE DESPESAS - BRB CORRETORA

- Item 46 da Lista de Serviços

19) FIANÇA

- Item 24 e 96 da Lista de Serviços

20) ARRECADAÇÕES

- Item 95 da Lista de Serviços

Como se vê, segundo o Fisco Municipal, todas essas atividades enquadrar-se-iam nos seguintes itens da Lista de Serviços da LC-56/87, verbis:

A24 - Análises, inclusive de sistemas, exames, pesquisas e informações, coleta e processamento de dados de qualquer natureza;

46 - Agenciamento, corretagem, ou intermediação de títulos quaisquer (exceto a realizada por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central)

95 - cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos não pagos, manutenção de títulos

vencidos, fornecimento de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos de cobrança (este item abrange também os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central).

96 - Instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central: fornecimento de talão de cheques; emissão de cheques administrativos; transferência de fundos; devolução de cheques; sustação de pagamento de cheques; ordens de pagamento e de crédito, por qualquer meio; emissão e renovação de cartões magnéticos; consultas em terminais eletrônicos; pagamentos por conta de terceiros, inclusive os feitos fora do estabelecimento; elaboração de ficha cadastral; aluguel de cofres; fornecimento de segunda via de avisos de lançamento de extrato de contas; emissão de carnês (neste item não está abrangido o ressarcimento, a instituições financeiras, de gastos com portes do Correio, telegramas, telex e teleprocessamento, necessários à prestação dos serviços);

Em primeiro lugar, salta aos olhos que o item 24 não se aplica às instituições financeiras, que exercem as atividades ali previstas em caráter acessório, isto é, como meio de viabilizar as atividades bancárias e que, então, não sofrem a incidência do ISS, conforme já decidiu o TJMG:

Número do processo: 1.0024.01.053781 9/002(1) - Relator: EDILSON FERNANDES - Relator do Acórdão: EDILSON FERNANDES - Data do acórdão: 14/11/2006 - Data da publicação: 05/12/2006 - EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES MATÉRIA DE DIVERGÊNCIA ISSQN LISTA DE SERVIÇOS TAXATIVIDADE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA POSSIBILIDADE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ATIVIDADE TRIBUTADA DE NÍTIDO CARÁTER ACESSÓRIO ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA. Embora a lista de serviços anexa ao Decreto Lei 406/68 seja taxativa quanto ao gênero dos serviços ali constantes, admite-se a sua interpretação extensiva para abrigar serviços específicos com a mesma natureza jurídica dos expressamente consignados. Mas não incide ISSQN sobre os serviços acessórios prestados pelas instituições financeiras, por não possuírem caráter autônomo, sendo executados na intenção de viabilizar as suas atividades precípuas.

Desta forma, a receita proveniente do serviço listado no item 4 supra corresponde ao fornecimento de talão de cheques (item 96 da lista de serviços); as dos itens 6 e 7 (compensação de cheques) equivalem a transferência de fundos (item 96 da lista de serviços); as dos itens 8, 9 e 20 (cobrança e recebimento de títulos de outros bancos; cobrança de duplicatas e notas promissórias; arrecadações para terceiros) se enquadram em cobranças e recebimentos por conta de terceiros e em outros serviços correlatos de cobrança ou recebimento (item 95 da lista de serviços);

Outrossim, a exclusão das entidades financeiras da incidência da tributação pelo ISS sobre a corretagem de títulos (item 46 da Lista de Serviços da LC 56/87) não foi recepcionada pela Constituição de 1988 e tal exceção foi expurgada da Lei Municipal 5.641/89 pela Lei 6.299/92, pelo que incide o tributo sobre as receitas das operações relacionadas nos itens 2 e 18 supra.

Quanto às receitas dos serviços mencionados nos itens 1 (abertura de crédito em conta-corrente), 3 (contratação de crédito direto ao consumidor), 5 (contratação de cheque

especial), 10 (empréstimo em conta-corrente), 11 (empréstimo pessoal), 12 (abertura de crédito para cobertura de conta-corrente negativa), 13 e 14 (manutenção de contas inativas), 15 (abertura de crédito em geral), 16 (acatamento de cheques sem fundo), 17 (mudança de senha) e 19 (concessão de aval, fiança, aval e garantia), não se inserem, nem por semelhança ou derivação, entre aquelas listadas nos itens da lista de serviços da LC 56/87, acima transcritos, pelo que não têm amparo legal os lançamentos feitos a tais títulos e, conseqüentemente, são indevidos os créditos tributários correspondentes.

Finalmente, no que se refere ao percentual da multa aplicada, que é de setenta por cento sobre o principal e, não, de mais de cem por cento, como quer fazer crer o autor, está legalmente prevista e, como é cediço, não é tributo, logo, não pode ser inquinada de Atributo confiscatório, não havendo amparo legal para sua exclusão ou redução pelo Poder Judiciário.

Isto posto, considerando os pedidos sucessivamente formulados, julgo improcedentes o primeiro e o terceiro e julgo parcialmente procedente o segundo, para determinar o cancelamento da CDA correspondente à guia de recolhimento de fl. 42, diante da necessidade da alteração do lançamento em decorrência da presente decisão.

As despesas do processo serão suportadas igualmente pelas partes, isento o réu quanto às custas. Honorários de advogado, de R\$5.000,00, de parte a parte, se compensam, extinguindo-se (CPC, art. 21).

P.R.I.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2009.

Alyrio Ramos

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação anulatória – Lançamento tributário - Notificação por edital – Necessidade de notificação pessoal – Princípio da Ampla Defesa – Princípio do Contraditório		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Carlos Frederico Braga da Silva		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0024.07.765925-8	DATA DA SENTENÇA:	10/02/2010
REQUERENTE(S):	MZ Produções Ltda.		
REQUERIDO(S):	Município de Belo Horizonte		

Sentença

1. Suma do pedido.

A autora pediu a declaração da nulidade dos lançamentos consubstanciados nas certidões da dívida ativa que instruem a execução em apenso, porquanto ela não foi pessoalmente notificada do lançamento do crédito tributário. Aduziu que é empresa situada em Rio Acima e que realizava a locação de bens móveis. Disse que não é contribuinte dos tributos cobrados porque nunca teve sede em Belo Horizonte e que não se submete ao poder de polícia da Capital, sendo incabível a cobrança da taxa de fiscalização e funcionamento. Alegou que base de cálculo da taxa é a mesma do IPTU. Aduziu que é indevido o ISSQN sobre a locação de bens móveis, especialmente porque a sua sede é em Rio Acima. Impugnou as multas e juntou documentos (f. 38/138).

2. Suma da resposta.

Preliminarmente, o Município arguiu a falta de interesse de agir, uma vez que já ajuizada a execução fiscal e passado o prazo para o oferecimento de embargos à execução. Disse que a notificação do infrator sobre a autuação se deu por edital, nos termos do Código Tributário do

Município. Argumentou que é legal a cobrança da taxa de fiscalização e funcionamento, bem como que não há identidade entre a base de cálculo do IPTU e da taxa de fiscalização e funcionamento. Afirma que incide ISSQN sobre a locação de bens móveis e que não houve equívoco na constituição do crédito tributário. Aduziu que restou apurado na fiscalização que a autora se sediava em Belo Horizonte e não em Rio Acima e postulou a improcedência do requerimento de ingresso. Juntou documentos (f. 168/178).

3. Principais ocorrências.

A autora impugnou a contestação e reiterou o pedido inicial (f. 204/210).

A decisão de f. 228 homologou a desistência da prova pericial.

A autora apresentou memorial de razões finais e trouxe aos autos inúmeras cópias de notas fiscais.

4. Fundamentos.

A preliminar de falta de interesse de agir arguida pelo réu não merece prosperar, pois a Constituição da República assegura ao jurisdicionado o direito de acesso ao Poder Judiciário, quando se alega lesão a direito (1) . A requerente pode impugnar o crédito tributário que lhe é cobrado mediante o ajuizamento da presente ação anulatória, especialmente para que se concretize o estabelecido na Constituição do Brasil.

Adiciono que o STJ já decidiu que o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de Embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva (2) .

O autor tem razão ao impugnar o lançamento por edital dos tributos que lhe estão sendo cobrados.

Embora o art. 204 do CTN estabeleça que CDA se reveste de presunção de certeza e liquidez, uma vez questionada a observância dos requisitos legais cumpre ao exequente o ônus de provar que esses requisitos foram observados.

Não se pode olvidar que a CDA é título executivo extrajudicial e que na ação questionando a validade na constituição do crédito se admitirá a cognição plena, com o intuito de aferir se houve alguma nulidade.

Nesse sentido, cumpre à Fazenda Pública provar que no processo de formação do crédito tributário houve a notificação válida do lançamento; devendo ser provado seu envio ao

endereço do contribuinte, aplicando-se a mesma regra prevista para os casos de citação judicial prevista no art. 8, II da Lei nº 6.830/80.

Embora o Código Tributário Municipal (Lei nº 1.310/66) estabeleça no seu artigo 21:

Art. 1º O lançamento dos tributos e suas modificações serão comunicadas aos contribuintes, individual ou globalmente, a critério da administração;

I – através de notificação direta, feita com aviso, para servir como guia de recolhimento;

II – através de edital publicado no órgão oficial;

III – através de edital afixado na Prefeitura”;

O entendimento de que a autoridade fazendária possui discricionariedade para realizar alternativamente a notificação pessoal ou por edital ofende ao princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LV).

É sabido que as publicações nos Diários Oficiais ou mesmo a publicação de editais em jornais constituem ato de mera formalidade contemplada pela teoria da ficção, que não constitui efetiva ciência da comunicação a que se destina.

Assim, para sustentar a regularidade da CDA, cabe à Fazenda Pública o ônus da prova sobre a notificação pessoal ou mediante a remessa de correspondência informando da instauração do procedimento administrativo ou do lançamento tributário para possibilitar o exercício da defesa.

A notificação editalícia somente se admite em casos excepcionais quando for infrutífera a tentativa de notificação pessoal. Não basta a expedição de edital. Cabe à Fazenda Pública provar que a guia de lançamento efetivamente foi entregue no domicílio do contribuinte inclusive com a advertência quanto ao prazo para defesa.

Ora, extrai-se do caderno probatório que a autora é uma empresa sediada em Rio Acima, conforme contrato social e cartão do CNPJ. Porém, de acordo com o réu, teria havido uma sucessão de fraudes que autorizaram a fiscalização do Município a concluir que o endereço da requerente, em verdade, é na cidade de Belo Horizonte. Ou seja, a fiscalização impõe ao autor a pecha de falsário.

A cópia de comprovante de aviso de recebimento de f. 178 comprova que a autuação elaborada contra a autora foi entregue em endereço totalmente diferente do local em que era a sede da requerente, para uma pessoa diferente do representante legal da autora.

No caso, o processo administrativo tributário que deu ensejo à emissão das certidões da dívida ativa executadas decorre de séria alegação de fraude de endereço, inclusive, bem como da afirmação de que a empresa devedora teria mentido ao afirmar que a sua sede era em Rio Acima; porém, o réu não demonstrou que a requerente teve a efetiva oportunidade de apresentar a sua versão sobre os fatos que embasaram a autuação fiscal, mediante notificação pessoal, antes da formação da certidão da dívida ativa. Não se podem olvidar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa na seara administrativa (3) .

O STJ tem o entendimento de que a notificação por edital do lançamento do crédito tributário só se justifica quando o sujeito passivo se encontra em local incerto e não sabido, devendo, nos demais casos, ser realizada pessoalmente e por escrito, segundo inteligência do artigo 145 do CTN, o qual exige a notificação regular do contribuinte (4) .

5. Dispositivo.

Posto isso, julgo procedente, em parte, o pedido inicial, exatamente como se encontra redigido o item “C.1” de f. 36. Custas, pela lei. Julgo improcedente o pedido “C.2”, porque não se provou a irregularidade da inscrição, a ser apurada em processo administrativo tributário.

Condeno o réu a pagar as custas processuais os honorários de advogado, que fixo em R\$ 5.100,00, com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Não é o caso de reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2010.

Carlos Frederico Braga da Silva

30º Juiz de Direito Auxiliar da Capital

NOTAS

1. Constituição da República, art. 5º, XXXV.
2. AgRg no Ag 1138012 / RJ, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27/08/2009.
3. Art. 5º, inciso LV.
4. AgRg no Ag 749485/MG, Relator o Ministro Luiz Fux, j. pela Primeira Turma em 03/05/2007, DJ de 31/05/2007 p. 337; AgRg no AG 670.408/MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 08.08.2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação anulatória de débito fiscal – ICMS - Empresa de construção civil – Transmissão de propriedade de mercadoria - Improcedência		
COMARCA:	Formiga		
JUIZ DE DIREITO:	Marcos Alberto Ferreira		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	-
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	-		

Vistos, etc...

..... promoveu a presente ação anulatória de débito fiscal contra o, alegando, em síntese, o quanto segue:

- que a autora é empresa do ramo da construção civil e foi contratada pelo Banco para reforma da agência, 3º andar, o que se efetivou no período de 10/01/2005 a 18/01/2006;
- que, dentre outros itens, a autora efetivou a troca de carpete e piso de granito;
- que a autora adquiriu 1.000 metros quadrados de carpete e houve uma sobra de aproximadamente 300 metros quadrados;
- que também houve sobra de 300 metros quadrados de granito;
- que, para trazer a sobra para sua sede, a autora emitiu nota fiscal constando, como natureza da operação, a “simples remessa” e nela fez consignar que o material estava em trânsito para
- que, quando o caminhão passou pelo Posto Fiscal de, na BR-....., teve a mercadoria apreendida, sob a alegação de que a nota fiscal era inábil para o transporte da mercadoria, em razão de divergência do local de procedência e destino;
- que a mercadoria foi liberada três dias depois, com a expedição de nota fiscal avulsa para o seu transporte;
- que, desta situação, gerou-se o PTA nº, incluindo a autora na condição de coobrigada;

- que apresentou defesa na seara administrativa, contudo, foi julgado procedente o lançamento, sem possibilidade de apresentação de recurso;
- que, em razão disso, a autora não consegue mais obter, junto ao Fisco Estadual, certidão negativa ou positiva com efeitos negativos, documento necessário para que possa participar de certames licitatórios;
- que o agente fiscal considerou três irregularidades na Nota Fiscal: a especificação da origem, tanto com relação à cidade como à empresa, e a existência de rasura nos campos de valor unitário e descrição dos produtos;
- que, embora tenha ocorrido irregularidade no preenchimento da nota fiscal, não houve qualquer ilegalidade e a operação não gerou qualquer prejuízo para o Estado réu;
- que houve ilegalidade na apreensão da mercadoria, pois a nota fiscal não era falsa nem ideologicamente falsa;
- que a operação efetuada não gera incidência do imposto cobrado; e,
- que o auto de infração também é nulo.

Requeru o reconhecimento de ilegalidade da apreensão da mercadoria e de que o fato não gera a incidência de ICMS, bem como a determinação de desconstituição das exigências fiscais objetos do PTA nº, com a conseqüente liberação do munus da condição de depositária dos bens apreendidos.

A petição inicial veio acompanhada de documentos.

O despacho inicial concedeu liminar, determinando ao réu o fornecimento de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa.

O réu foi regularmente citado e apresentou contestação, com documentos, alegando o seguinte:

- que a autora não procedeu ao depósito integral do débito inscrito em dívida ativa;
- que a execução fiscal encontra-se em andamento, mas não houve penhora naqueles autos;
- que a autora foi autuada por fazer transitar mercadorias desacobertas de documento fiscal;
- que a nota fiscal nº, datada de 20/01/2006, que ensejou a autuação, havia sido emitida pela autora, em Formiga, tendo o mesmo destino;
- que não havia razão para a mercadoria se encontrar em, na Rod. BR, transitando no sentido/interior;
- que o motorista do caminhão também apresentou para o senhor fiscal meia folha de papel, onde constava que as mercadorias haviam saído do Banco, na rua, em

- que, através da conferência física, constatou-se que o carpete era novo e o granito era usado, mas em bom estado de conservação;
- que a nota fiscal em questão também apresentava rasura nos campos “valor unitário” e “descrição dos produtos”;
- que a nota fiscal foi considerada inidônea para o transporte da mercadoria referida, que foi apreendida;
- que foram lavrados o Termo de Apreensão de Mercadorias e Auto de Infração e, após regular tramitação do processo tributário administrativo, inclusive com apresentação de defesa, o lançamento foi julgado procedente pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais;
- que é obrigação de todo contribuinte fazer a circulação de mercadorias somente acompanhadas de notas fiscais hábeis, ainda que da operação não haja incidência de impostos;
- que a nota fiscal não era hábil para transporte de mercadorias naquelas condições, o que caracteriza ilegalidade; e,
- que não há irregularidade na lavratura do auto de infração nem na apreensão das mercadorias.

Requeru a improcedência do pedido inicial.

Ambas as partes pugnaram pelo julgamento antecipado da lide.

É o relatório. Decido.

É certo que o anexo IX do RICMS preceitua, em seu artigo 183, que “a empresa de construção civil emitirá nota fiscal, ainda que a operação seja isenta ou não sujeita ao imposto, sempre que movimentar material ou outro bem móvel entre estabelecimentos do mesmo titular, entre estes e a obra ou de uma para outra obra”.

Ocorre que, no presente caso, os elementos dos autos demonstram que a operação não era isenta do recolhimento do ICMS. Tal isenção se dá somente quando não há transmissão de propriedade da mercadoria, mas apenas transferência de mercadoria já pertencente à empresa construtora, seja de um para outro canteiro de obras, ou de um deles para qualquer outro estabelecimento da mesma empresa.

No caso em tela, a autora afirmou que adquiriu um mil metros quadrados de carpete e que, tendo sobrado trezentos metros, emitiu a nota nº apenas para documentar o recolhimento de tal mercadoria em seu depósito.

Ocorre, no entanto, que a própria autora apresentou, às fls. 24, a nota fiscal de aquisição do carpete. Referido documento noticia fato diverso do que consta da exordial. O carpete em questão não foi adquirido pela autora, mas pelo Banco, conforme consta da referida nota fiscal.

De outra face, vejo que a autora não cuidou de demonstrar a aquisição do piso de granito. Contudo, pelo termo de apreensão (fls. 26), vê-se que se trata de mercadoria usada.

Não é crível que uma agência bancária em reforma tenha instalado piso de granito usado, o que leva à conclusão de que o piso apreendido não era sobra de mercadoria adquirida para instalação na obra citada. À míngua de provas produzidas pela autora, que demonstrem que tal mercadoria já era de sua propriedade quando se iniciou o transporte, é de se presumir que se trata de piso removido da reforma da agência bancária e que, portanto, pertencia ao Banco

Portanto, além das irregularidades apontadas na nota fiscal de transporte, confessadas na inicial, é de se considerar que a operação efetivada por ela não caracterizou “simples remessa”. Houve, na realidade, a transmissão da propriedade da mercadoria, inicialmente pertencente ao Banco, para a autora.

E, se houve transmissão de propriedade da mercadoria, não há que se falar em isenção de ICMS, o que impõe a conclusão de que são devidos todos os tributos, acessórios e penalidades exigidas pelo réu.

ISSO POSTO, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL E, POR CONSEQÜÊNCIA, REVOGO A LIMINAR CONCEDIDA ÀS FLS. 60/61 E CONDENO A AUTORA NO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE ARBITRO EM 10% (DEZ POR CENTO) DO VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA.

Oficie-se ao DD. Relator do agravo noticiado nos autos, informando sobre a revogação da liminar.

P., R., e I.

Formiga, XXX, 0 de XXX de 0000

MARCOS ALBERTO FERREIRA

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação anulatória de débito fiscal – ISS – Sociedade de Advogados – Base de cálculo – Regime especial – Alíquota fixa - Procedência em parte do pedido		
COMARCA:	Conceição das Alagoas		
JUIZ DE DIREITO:	Daniel Teodoro Mattos da Silva		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0000053-30.2011	DATA DA SENTENÇA:	12/05/2014
REQUERENTE(S):	Paixão e Roque Advogados		
REQUERIDO(S):	Município de Conceição das Alagoas – Fazenda Pública		

SENTENÇA

Vistos,

1 – Relatório

Paixão e Roque Advogados propôs a presente Ação Anulatória de Débito Fiscal em face do Município de Conceição das Alagoas, alegando, em suma, que:

Constitui-se de uma sociedade de advogados, sendo que os seus sócios, em 04/07/2010, constituíram uma outra sociedade, qual seja, a empresa Paixão e Roque Serviços e Apoio Administrativo Ltda.

A requerente foi notificada a apresentar blocos de notas fiscais para apuração do ISSQN, oportunidade em que alegou a ilegalidade da cobrança deste imposto na forma como pretendida.

Foi emitido o Documento de Arrecadação Municipal – D.A.M. nº 374090 -, no valor de R\$ 167.114,60, para pagamento em 29/12/2010.

Sustenta a nulidade do D.A.M., por não ter aguardado a conclusão do Processo Administrativo nº 4834 (que teria como objetivo o enquadramento tributário da empresa autora); o lançamento tributário foi baseado em uma nota fiscal da empresa Paixão e Roque Serviços e Apoio Administrativo Ltda; não concessão de prazo para pagamento e discussão do tributo; ser

indevida a multa por não haver notificação anterior e por não ter sido notificada anteriormente para pagar qualquer imposto.

Alega a ilegalidade da exigência do ISS com base na alíquota de 2% do faturamento, o qual deveria incidir sobre cada profissional que preste o serviço, sendo ilegal a Lei Complementar do Município de Conceição das Alagoas nº 1.736/2005.

Aduz a inconstitucionalidade da exigência do ISSQN sobre o faturamento das sociedades profissionais prestadoras de serviços pelo Município de Conceição das Alagoas, diante da vigência do parágrafo 3º do art. 9º do Decreto Lei nº 406/68 e por desrespeitar os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

Ao final, requereu a declaração de nulidade do título D.A.M. nº 374090, a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora a recolher o ISSQN sobre o seu faturamento no percentual de 2% e a manutenção da cobrança do ISSQN na forma do parágrafo 3º do Decreto Lei nº 406/68.

Juntou documentos às ff. 31/35.

Concedida tutela antecipada às ff. 124/129.

Devidamente citado, o requerido apresentou contestação e documentos às ff. 136/285, alegando, em apertada síntese, que os serviços de advocacia prestados pela requerente encontram-se dispostos no item 17.13 da lista anexa à Lei Municipal nº 1736/05, tendo como base de cálculo para a incidência do ISS o preço do serviço e a alíquota de 2%; que a requerente é sociedade empresária limitada, devendo incidir o ISS sobre o seu faturamento a uma alíquota de 2%; agiu de acordo com a lei de regência.

Noticiou que o DAM nº 374090 já fora, na esfera administrativa, cancelado e o crédito nele lançado declarado nulo, pleiteando a perda do objeto quanto a este item.

Requereu a improcedência a pretensão da autora.

Impugnação às ff. 287/289.

Intimadas a especificarem as provas, ambas as partes pugnaram pelo julgamento antecipado da lide.

Relatados. Decido.

2 – Fundamentação

Feito em ordem, sem preliminares a serem apreciadas, portanto, apto ao provimento jurisdicional final.

Cinge-se o pedido do presente feito à declaração de nulidade do título D.A.M. nº 374090 e à determinação da forma do recolhimento do ISSQN pela atividade da prestação de serviços

advocatícios da requerente, se ela deveria se dar no percentual de 2% sobre o faturamento/preço do serviço ou de acordo com o previsto no parágrafo 3º do art. 9º do Decreto Lei nº 406/68.

Verifico que o primeiro pedido da requerente perdeu o seu objeto, já que da análise da documentação acostada aos autos, nota-se às ff. 156/160 que o crédito tributário materializado no DAM nº 374090 foi cancelado, com a conseqüente declaração de sua nulidade, ao fundamento de que foi utilizada nota fiscal de outra empresa para tributar a requerente.

Pendente, portanto, apenas a questão à forma que deverá incidir a tributação da prestação dos serviços advocatícios por parte da requerente no que toca ao ISSQN.

Versam os autos, basicamente, sobre a revogação, ou não, do art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto Lei 406/68 pela Lei Complementar Federal 116/2003 e, conseqüentemente, estabelecer a base de cálculo para a tributação do ISSQN, em se tratando de sociedade de advocacia.

A Lei Complementar nº 116/2003, em seu art. 10, revogou expressamente os artigos 8º, 10, 11 e 12 do Decreto Lei nº 406/68, com a seguinte redação:

Art. 10. Ficam revogados os arts. 8º, 10, 11 e 12 do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968; os incisos III, IV, V e VII do art. 3º do Decreto-Lei nº 834, de 8 de setembro de 1969; a Lei Complementar nº 22, de 9 de dezembro de 1974; a Lei nº 7.192, de 5 de junho de 1984; a Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987; e a Lei Complementar nº 100, de 22 de dezembro de 1999.

A intenção legislativa em manter o conteúdo do art. 9º do Decreto Lei nº 406/68 é evidente. Não houve menção expressa ao artigo 9º do mesmo Decreto Lei e não há como sequer cogitar a possibilidade de lapso legislativo quanto à omissão do art. 9º e §§, que foi claramente propositada. Por qual outro motivo a lei revogaria expressamente os artigos que circundam o artigo 9º do Decreto sem abrangê-lo?

Por outro lado, também não há que se falar em revogação tácita, já que inexistente conflito material entre ambas, que podem conviver harmoniosamente no sistema jurídico atual. Nesse sentido, o TJMG:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - COBRANÇA DE ISS - SOCIEDADE COM RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO PELA NATUREZA DO SERVIÇO - SERVIÇOS MÉDICOS - TRIBUTAÇÃO DIFERIDA - SENTENÇA MANTIDA.

1. Os parágrafos 1º e 3º do artigo 9º do Decreto-Lei nº 406/68 não foram revogados pela LC nº 116/03, que deu nova disciplina ao ISS, uma vez que, além de não ter havido a revogação expressa como se fez com outros dispositivos, a nova legislação não disciplinou inteiramente a matéria, ao que se acresce a ausência de incompatibilidade entre as referidas normas.

2. Quando os sócios da sociedade de responsabilidade limitada ao capital social forem profissionais habilitados e prestarem os serviços pessoalmente e com responsabilidade

própria, o ISSQN deverá ser calculado em relação a cada profissional, e não com base no valor dos serviços prestados pela empresa.”.

(Apelação Cível 1.0647.11.007929-8/001, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/11/2012, publicação da súmula em 20/11/2012)

O art. 9º, §§ 1º e 3º, do Dec-Lei 406/68 dispõem que:

Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. § 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho. § 3º.. Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da Lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável. (Redação dada ao parágrafo pela Lei Complementar nº 56, de 15.12.1987, DOU 16.12.1987).

A Lei Complementar nº 166/2003, ao elencar no item a atividade de advocacia como fato gerador do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, não excluiu a forma de incidência do tributo, prevista nos dispositivos transcritos acima.

Por isso, como a LC nº 116/03 fixou a base de cálculo do ISS de forma genérica e não revogou expressamente a base de cálculo para as sociedades de profissionais liberais prevista na lei anterior, é forçoso concluir que o cálculo do ISS devido por tais sociedades continua regulado pelos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406/68, não havendo incompatibilidade entre os preceitos, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (RESP 1.016.688, RESP 897.813 e AgRg no Ag 923122).

Tendo o DL nº 406/68 sido recepcionado com nível de lei complementar (o próprio § 3º do art. 9º já fora acrescido pela LC nº 56/87), o regime nela estabelecido, com as alterações impostas pela LC nº 116/03, é de aplicação obrigatória pelos Municípios, restando inválida, por violação aos artigos 146, III, 'a', e 156, § 1º, da CF, a legislação municipal que disponha em sentido contrário.

O art. 7º da Lei Complementar tem a mesma redação que o art. 9º do Decreto Lei 406: A base de cálculo do imposto é o preço do serviço, de modo que um não exclui o outro. A única diferença, mantida pela LC, é o modo de incidência do tributo, que sobre as sociedades uniprofissionais incide de forma menor onerosa.

Apenas para concluir, o caso concreto amolda-se perfeitamente ao previsto nos §§ 1º e 3º do DL 406/68, já que o objeto da sociedade, segundo dispõe a cláusula primeira do Contrato Social (f. 33), é “a sociedade de advogados que aqui se encontra constituída (...) tem por objetivo, prestar todos os serviços inerentes à profissão de maneira conjunta ou individualmente, realizando desta forma, colaboração profissional recíproca. Os serviços inerentes à advocacia e reservados no Estatuto dos Advogados serão exercidos individualmente ou em conjunto pelos sócios, mesmo que os honorários se revertam em

benefício do patrimônio social desta sociedade.”. Nesse sentido, é farta a jurisprudência do TJMG:

“EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - PRELIMINARES REJEITADAS - ISSQN - ART. 9º, §§ 1º e 3º, DECRETO-LEI 406/68 - PRIVILÉGIO FISCAL DAS SOCIEDADES SIMPLES - SOCIEDADE DE ADVOGADOS - INCIDÊNCIA - RECOLHIMENTO COM BASE NO NÚMERO DE PROFISSIONAIS - SENTENÇA CONFIRMADA.

- As sociedades de advogados constituem-se como sociedades simples, sem caráter empresarial, objetivando a prestação de serviços especializados e com responsabilidade pessoal, subsidiária e ilimitada perante terceiros.

- No que se refere à base de cálculo do ISSQN, as sociedades de advogados fazem jus ao regime calculado com base no número de profissionais habilitados que a integram, e não com base em seu faturamento, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68.

- Sentença confirmada, no reexame necessário.”.

(Reexame Necessário-Cv 1.0232.11.002308-1/002, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/04/2014, publicação da súmula em 25/04/2014)

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ISSQN - SOCIEDADE DE ADVOGADOS - NATUREZA SIMPLES - ART. 16 DA LEI FEDERAL N. 8.906/94 - REGIME ESPECIAL - ALÍQUOTA FIXA - ART. 9º, §§ 1º E 3º DO DECRETO-LEI N. 406/68 - ORDEM CONCEDIDA.

- Insculpida ex vi legis, a natureza simples das sociedades de advogados, com fulcro no art. 16 da Lei Federal n. 8.906/94, de se assegurar, à impetrante, o tratamento fiscal diferenciado nos termos do art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-lei n. 406/68, independentemente do conteúdo do seu contrato social.

V.V. APELAÇÃO CÍVEL - LEI MUNICIPAL QUE AMPLIA OS REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL - DECRETO-LEI N. 406/68 - AFASTAMENTO DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL - RESERVA DE PLENÁRIO - SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO STF - CONSTITUCIONALIDADE QUESTIONADA - RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR PREVISTA NO ART. 146, III, "A" DA CF/88 - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO DE OFÍCIO

- Viola a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da CF a decisão de órgão fracionário de Tribunal que afasta a aplicabilidade de lei ou ato normativo.

- Suscitar, de ofício, incidente de inconstitucionalidade.”.

(Apelação Cível 1.0702.12.008551-0/002, Relator(a): Des.(a) Versiani Penna , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/04/2013, publicação da súmula em 03/05/2013)

“EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - ISSQN - SOCIEDADE DE ADVOGADOS - TRATAMENTO FISCAL DIFERENCIADO PREVISTO NO ARTIGO 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI Nº 406/1968 - INCIDÊNCIA - RECOLHIMENTO COM BASE EM

VALOR FIXO ANUAL - PRECEDENTES - SEGURANÇA CONCEDIDA - SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

- No que se refere à base de cálculo do ISSQN, as sociedades de advogados fazem jus ao regime fixo anual calculado com base no número de profissionais habilitados que a integram, e não com base em seu faturamento.”.

(Ap Cível/Reex Necessário 1.0707.12.000222-5/001, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/02/2013, publicação da súmula em 01/03/2013)

Também não assiste razão à tese de que a requerente seria uma sociedade empresária, porque tal informação constaria no Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (“Cartão CNPJ”) de f. 31.

Ora não é o Cartão CNPJ que determina qual a natureza jurídica de uma sociedade, mas sim o seu objeto e contrato social.

Como já dito, a requerente é uma sociedade de advogados, a qual possui natureza jurídica de sociedade simples, sendo, inclusive, vedado o registro de tais sociedades caso apresentem forma ou características mercantis (art. 16 da Lei nº 8.906/94). Ademais, da simples leitura do referido contrato social, constata-se na sua cláusula 3ª que a responsabilidade dos sócios é solidária, de modo que a requerente não é nem empresária e, muito menos, de responsabilidade limitada.

Acerca da natureza jurídica da sociedade de advogados, o TJMG já decidiu:

“EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - PRELIMINARES REJEITADAS - ISSQN - ART. 9º, §§ 1º e 3º, DECRETO-LEI 406/68 - PRIVILÉGIO FISCAL DAS SOCIEDADES SIMPLES - SOCIEDADE DE ADVOGADOS - INCIDÊNCIA - RECOLHIMENTO COM BASE NO NÚMERO DE PROFISSIONAIS - SENTENÇA CONFIRMADA.

- As sociedades de advogados constituem-se como sociedades simples, sem caráter empresarial, objetivando a prestação de serviços especializados e com responsabilidade pessoal, subsidiária e ilimitada perante terceiros.

- No que se refere à base de cálculo do ISSQN, as sociedades de advogados fazem jus ao regime calculado com base no número de profissionais habilitados que a integram, e não com base em seu faturamento, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68.

- Sentença confirmada, no reexame necessário.”.

(Reexame Necessário-Cv 1.0232.11.002308-1/002, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/04/2014, publicação da súmula em 25/04/2014)

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ISSQN - SOCIEDADE DE ADVOGADOS - NATUREZA SIMPLES - ART. 16 DA LEI FEDERAL N. 8.906/94 - REGIME ESPECIAL - ALÍQUOTA FIXA - ART. 9º, §§ 1º E 3º DO DECRETO-LEI N. 406/68 - ORDEM CONCEDIDA.

- Insculpida ex vi legis, a natureza simples das sociedades de advogados, com fulcro no art. 16 da Lei Federal n. 8.906/94, de se assegurar, à impetrante, o tratamento fiscal diferenciado nos termos do art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-lei n. 406/68, independentemente do conteúdo do seu contrato social.

V.V. APELAÇÃO CÍVEL - LEI MUNICIPAL QUE AMPLIA OS REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL - DECRETO-LEI N. 406/68 - AFASTAMENTO DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL - RESERVA DE PLENÁRIO - SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO STF - CONSTITUCIONALIDADE QUESTIONADA - RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR PREVISTA NO ART. 146, III, "A" DA CF/88 - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO DE OFÍCIO

- Viola a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da CF a decisão de órgão fracionário de Tribunal que afasta a aplicabilidade de lei ou ato normativo.

- Suscitar, de ofício, incidente de inconstitucionalidade.”.

(Apelação Cível 1.0702.12.008551-0/002, Relator(a): Des.(a) Versiani Penna , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/04/2013, publicação da súmula em 03/05/2013)

No tocante aos honorários advocatícios, com relação ao pedido em que teve a perda do objeto, em observância ao princípio da causalidade, entendo que o Município réu deu causa ao ajuizamento da presente ação, ao realizar o cancelamento do crédito tributário somente após o ingresso da parte autora em juízo.

Neste sentido é a jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, na hipótese de extinção do feito por perda de objeto decorrente de fato superveniente, a verba honorária deve ser arbitrada observando-se o princípio da causalidade. Este determina a imposição da verba honorária à parte que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual.

2. O Tribunal a quo decidiu que o ora recorrente deu causa à instauração do processo. Ora, para afastar a responsabilidade da recorrente pelo ajuizamento da ação, conforme consignado pelo acórdão recorrido, faz-se necessário adentrar no conjunto fático- probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial não conhecido.”.

(REsp 1262419/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 13/06/2012)

Assim, não há que se falar em sucumbência recíproca, diante da perda do objeto de parte dos pedidos e a procedência dos demais, mas sim que a verba honorária deverá embasar como se a parte autora fosse vencedora na sua integralidade.

3 – Dispositivo

Ante o exposto, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC, julgo parcialmente procedentes os pedidos exordiais para o fim de declarar a inexistência de relação tributária entre a requerente e o Município de Conceição das Alagoas que a obrigue a recolher imposto sobre serviços calculado sobre o faturamento no percentual de 2% (dois por cento), bem como, de declarar que a requerente deve pagar, e a requerida cobrar, o imposto sobre serviços em valor fixo, calculado sobre o número de profissionais que integram seu quadro social, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n. 406/68.

Condeno o requerido em honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais), face a complexidade e a natureza da demanda, nos termos do art. 20, §4º do CPC.

Condeno também o requerido ao pagamento das custas processuais, isentando-o, contudo, do recolhimento, de acordo com o art. 10, I, da Lei Estadual nº 14.939/03.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Após o trânsito em julgado, cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Conceição das Alagoas/MG, 12 de maio de 2014

Daniel Teodoro Mattos da Silva

Juiz de Direito Substituto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação anulatória de débito fiscal – Mercadoria desacompanhada de nota fiscal - Improcedência		
COMARCA:	Resplendor		
JUIZ DE DIREITO:	Edson Alfredo Sossai Regonini		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0543.09.008657-9	DATA DA SENTENÇA:	18/02/2011
REQUERENTE(S):	Scherrer & Merklein Industria		
REQUERIDO(S):	Estado de Minas Gerais		

SENTENÇA

Vistos etc.

I - RELATÓRIO

SCHERRER & MERKLEIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA – ME, sociedade empresária limitada, inscrita no CNPJ sob o nº 03.206.697/0001-40, com sede na Fazenda Boa Vista, Município de Resplendor - MG, propôs AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL com pedido de liminar em desfavor do ESTADO DE MINAS GERAIS, pessoa jurídica de direito público interno, alegando que o réu equivocadamente apurou suposta quantidade de mercadorias cuja saída foi desacobertada de nota fiscal, gerando um passivo fiscal.

Aduz que em trabalho de fiscalização, o Estado de Minas Gerais constatou infrações ao artigo 16 da Lei estadual 6.763 nas atividades desenvolvidas pela ré, pois essa supostamente promoveu a saída de 1.239.463 galões de 20L de água mineral desacobertados de nota fiscal.

Assevera que o auto de infração do Estado de Minas Gerais culminou com um crédito tributário para o réu no valor de R\$ 1.994.650,51, após recurso administrativo.

Afirma que houve equívocos quanto ao trabalho do fisco, pois se baseou tão-somente em um único item, qual seja, número de lacres, que deixa margens para consideradas dúvidas, para

mensurar a quantidade de galões que foram vendidos pela autora desacompanhados de nota fiscal.

Postulou que seja declarada a nulidade do lançamento fiscal.

A inicial veio acompanhada dos documentos de ff. 34/182.

O Estado de Minas Gerais apresentou contestação (ff. 201/212) alegando que não houve qualquer equívoco quanto ao trabalho do fisco, pois o autor não emitiu qualquer nota fiscal de venda de sucata de tampas, bem como por inexistir tampas inutilizadas em seu estabelecimento no dia da contagem física das mercadorias em estoque e, ainda, por não ter o Fisco elementos que permitissem arbitrar qualquer percentual de perdas.

Em petição de ff. 316/319 a parte autora apresentou impugnação a contestação.

Intimadas para se manifestarem acerca das provas que pretendem produzir, o Estado de Minas Gerais requereu o julgamento antecipado da lide (f. 326vº).

A parte autora, por sua vez, manifestou-se às ff. 323/325 e 327, pugnando pelo deferimento da liminar, mas não requereu a produção de nenhuma prova.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Tendo em vista que as partes devidamente intimadas não postularam a produção de nenhuma prova, passo ao julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330, I do Código de Processo Civil.

Não há qualquer questão preliminar a ser analisada, razão pela qual passo a análise do mérito do pedido.

Através desta demanda, a parte autora postula a declaração da nulidade do lançamento fiscal que a parte ré fez em seu desfavor que gerou para a mesma um débito tributário no valor de R\$ 1.994.650,51 (um milhão, novecentos e noventa e quatro mil, seiscentos e cinquenta reais e cinquenta e um centavos).

Argumenta, em síntese, que para mensuração dos galões que saíram desacobertados por nota fiscal o réu utilizou como único parâmetro as tampas, o que deixa margens consideráveis de dúvida, pois poderia ter utilizado outros insumos.

Alega, também, que a produção que foi idealizada pelo réu não seria possível de ser atingida.

O réu alega que a certidão de dívida ativa goza de presunção de certeza e liquidez, bem como que o levantamento quantitativo da produção da autora foi feito de forma correta pelos agentes fiscais.

Na forma do artigo 333, I do Código de Processo Civil, constituiu ônus processual da parte autora, a prova do fato constitutivo de seu direito. Veja-se:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

(...)

Logo, na hipótese presente, incumbe ao autor provar que a produção idealizada pelo fisco é impossível de ser atingida, bem como o equívoco no método por ela utilizado.

Não há nos autos qualquer dúvida de que no período compreendido entre janeiro de 2006 e março de 2008 a parte autora procedeu a saída de galões de água mineral de 20L desacompanhadas de nota fiscal. A autora em suas alegações em nenhum momento contesta esse fato.

Há, contudo, controvérsia em relação a quantidade de galões que saíram desacobertados de nota fiscal.

O Estado de Minas Gerais, em sua atuação fiscal tributária, entendeu que saíram 1.239.463 (um milhão, duzentos e trinta e nove mil, quatrocentos e sessenta e três) galões desacobertados.

O autor trouxe aos autos expedientes contendo a informação de que a capacidade máxima de vazão é de 4.500 Litros/hora, sendo que desse montante 30% é perdido para lavagem dos galões e assepsia da indústria.

Para comprovar a impossibilidade física da saída da quantidade de galões imaginados pelo réu, o autor fez contas multiplicando o numero de horas trabalhadas por dia durante o ano pela quantidade de vazão de água mineral. Contudo, há dois equívocos nas contas efetuadas pelo autor.

O primeiro é que o autor não trouxe provas robustas de que a empresa somente trabalhou nos dias úteis indicados, bem como não comprovou que efetivamente trabalhou apenas nove horas diárias.

O segundo dado, conforme levantado pelo réu, é que o autor possui dois reservatórios que armazenam água no período em que a indústria não está em atividade.

Assim, não pairam dúvidas de que também deveria ser incluído no cálculo efetuado pela parte autora, além da vazão de 4.500 litros/horas, toda a água que foi armazenada nos reservatórios.

Diante desses dados, entendo que a parte autora não fez prova concreta da impossibilidade de se atingir o quantitativo atribuído pelo fisco.

Registro que consta dos expedientes de ff. 277/278 a informação de que a indústria possui capacidade de envasar de 800 a 1000 garrafas de 20L, por hora.

Importante consignar que em nenhum momento de suas considerações, a parte autora expressa claramente qual realmente foi a quantidade de galões que tiveram saída da indústria desacobertados de nota fiscal, no período de janeiro de 2006 a março de 2008.

Deveria a parte autora, à luz do princípio da boa-fé, utilizar no presente caso, ainda que por analogia, o artigo 475-L, § 2º do CPC.

No que toca ao questionamento referente ao método empregado pelo fisco - número de tampas - para atribuir o número de galões que saíram desacobertados de nota fiscal, não há nos autos qualquer prova que o método é equivocado.

Evidentemente, todo galão de água mineral que saiu da indústria autora para o comércio estava tampado. É certo, ainda, que todo galão contém apenas uma única tampa.

Os documentos juntados pela parte autora às ff. 54/73 não me convenceram do equívoco do fisco na mensuração do número de galões que saíram desacobertados.

Frise-se que no julgamento de recurso administrativo, o conselho de contribuintes entendeu por bem dar parcial provimento ao recurso da autora para reconhecer a perda de 10% das tampas ao longo do processo produtivo da empresa.

Desta feita, a parte autora não fez nos autos prova dos fatos constitutivos de seu direito. Repito, não fez prova da impossibilidade da produção estimada de água mineral pelo fisco, tampouco do equívoco no método utilizado. Ressalte-se que incumbia a autora a prova do fato constitutivo do seu direito. Nesse sentido, a jurisprudência:

INDENIZAÇÃO - ÔNUS DA PROVA - FATO CONSTITUTIVO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - ART. 333, INCISO I DO CPC. Compete à autora, a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito, a teor da norma inserida no inciso I, do Artigo 333 do CPC. A doutrina do ônus da prova repousa no princípio de que, visando a sua vitória na causa, cabe à parte o encargo de produzir provas capazes de formar em seu favor, a convicção do juiz. (Apelação Cível nº 1.0145.08.490382-5/001(1), 12ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Nilo Lacerda. j. 11.02.2009, unânime, Publ. 09.03.2009).

Outrossim, a CDA, conforme pacífica posição jurisprudência, possui presunção de certeza e liquidez, atribuindo ao executado/devedor elidir essa presunção. A esse respeito, confira-se o julgado do egrégio Tribunal de Justiça deste Estado:

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. PRELIMINARES. NULIDADE DA CDA. IRREGULARIDADE FORMAL DO TÍTULO. INOCORRÊNCIA. IRREGULARIDADES NO PTA. REJEIÇÃO. LEGITIMIDADE DO TRANSPORTADOR. MULTAS ISOLADA E DE REVALIDAÇÃO. LEGALIDADE. Cabe ao contribuinte-executado elidir a presunção de certeza e liquidez que dimana da Certidão de Dívida Ativa (CDA), sob pena de prevalência desta, ex vi da exegese do artigo 204 do CTN. (...) (Apelação Cível nº 1.0701.07.197462-3/001(1), 3ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Silas Vieira. j. 11.12.2008, unânime, Publ. 03.02.2009).

Dessa forma, ante o acima expandido o pedido formulado na exordial não pode ser acolhido.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE o pedido formulado na inicial, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I do Código de Processo Civil.

Condeno a parte autora no pagamento das custas processuais e no pagamento dos honorários sucumbenciais que fixo em R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), tendo em vista que a presente sentença é meramente declaratória, na forma do artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, considerando os trabalhos realizados e o tempo exigido para o serviço.

Revogo a decisão proferida à f. 197 dos autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transcorrido o prazo recursal e não havendo qualquer requerimento, archive-se com as cautelas de estilo.

Resplendor, 18 de fevereiro de 2011.

Edson Alfredo Sossai Regonini

Juiz de Direito Substituto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação anulatória de lançamento fiscal - Declaração de crédito tributário – Cumulação de pedidos – ISS – Serviços notariais e de registro – Serviço de caráter unipessoal – Não configuração - Alíquota fixa – Impossibilidade – Lançamento por estimativa – Improcedência dos pedidos		
COMARCA:	Conselheiro Pena		
JUIZ DE DIREITO:	Marco Antônio de Oliveira Roberto		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0034000-73.2010	DATA DA SENTENÇA:	04/06/2014
REQUERENTE(S):	Líbia Félix Pereira Silva		
REQUERIDO(S):	Município de Conselheiro Pena		

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se de ação anulatória de lançamento fiscal c/c declaração de crédito tributário, com pedido de tutela antecipada, processada pelo rito comum ordinário, proposta por LÍBIA FÉLIX PEREIRA SILVA, em face do MUNICÍPIO DE CONSELHEIRO PENA, ambos qualificados nos autos.

Alega a autora, em síntese: a) ser Oficiala do Registro de Imóveis da Comarca de Conselheiro Pena, em razão do que presta serviço público qualificado, de caráter pessoal, decorrendo contraprestação tipificada em lei; b) nos meses de outubro a dezembro de 2010, foi notificada pelo réu para pagar o ISSQN, no valor de R\$ 900,00 (novecentos reais), o qual foi tributado com alíquota de 3%, tendo por base de cálculo o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), relacionado à renda anual obtida pela serventia; c) em se tratando de serviços notariais e de registro, o ISSQN possui alíquota fixa, uma vez que ditos serviços são prestados por profissionais liberais e de forma pessoal, de modo que a tributação levada a efeito pelo réu é manifestamente ilegal; d) o réu efetuou o lançamento através de mera estimativa, pois arbitrou a base de cálculo no estúpido valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), sem que fosse observado o devido processo legal, notadamente o contraditório e a ampla defesa, que incidem no bojo do processo administrativo fiscal, tendo havido, ainda, descumprimento às disposições do próprio Código Tributário Municipal; e) assim sendo, acaso devido o tributo nos moldes cobrados pelo réu, tem-se a nulidade de seu lançamento, por inobservância ao

postulado do devido processo legal. Requer a concessão de tutela antecipada, para suspender a exigibilidade do crédito tributário e determinar a intimação do réu no sentido de abster-se de praticar quaisquer atos de cobrança e execução, além de dar quitação para pagamento do ISSQN com alíquota fixa. Requer, ao final, a procedência dos pedidos, para: i) anular o lançamento levado a efeito pelo réu; ii) conseqüentemente, declarar o crédito tributário, a ser pago ao réu, de acordo com a alíquota fixa mensal, no valor de R\$ 32,75 (trinta e dois reais e setenta e cinco centavos), na forma do art. 48, §1º, do Código Tributário Municipal; iii) eventualmente, a declaração de nulidade do lançamento por estimativa levado a efeito pelo réu. Com a inicial de fls. 02/25, vieram os documentos de fls. 27/170.

Por decisão de fl. 172, da lavra da magistrada titular da então Vara Única desta comarca, o pedido de tutela antecipada teve a apreciação postergada após a apresentação da defesa.

O réu, regularmente citado (fls. 175/176), apresentou contestação (fls. 184/201), alegando, em resumo: a) ser possível a cobrança do ISSQN, sobre os serviços notariais e de registro, com a alíquota variável, uma vez que, a despeito de a legislação de regência estatuir que é prestado em caráter pessoal, o que costuma ocorrer é a contratação de escreventes e auxiliares, que ficam sob supervisão do notário/registrator, ou seja, há uma delegação, sendo um serviço padronizado e massificado; b) desta feita, não há que se falar na incidência de alíquota fixa, eis que, como dito, os serviços notariais e de registro não são prestados de forma unipessoal; c) não há bitributação, eis que as atividades em comento possuem verdadeira característica de uma atividade empresarial, com escopo de lucro, razão por que o ISSQN, como seu próprio nomen juris, visa tributar os serviços prestados, e não a renda deles provenientes; d) é possível o lançamento por estimativa/arbitramento, uma vez que a própria autora, ao recusar a exibição dos livros, com base nas alegações contidas na inicial, deu causa à adoção forçada de tal modalidade, haja vista o descumprimento das obrigações acessórias; e) em caso de lançamento por estimativa/arbitramento, cabe ao contribuinte o ônus de provar que os valores apurados pelo sujeito ativo não condizem com a realidade, em sede de regular procedimento administrativo, não havendo que se falar, pois, em afronta ao postulado do devido processo legal; f) via de consequência, resta incabível a tutela antecipada pretendida, pois ausentes os requisitos legais. Requer a improcedência dos pedidos. Juntou documentos às fls. 202/214.

A autora impugnou os termos da contestação e reiterou o pedido de tutela antecipada, enfatizando o entendimento adotado pela CGJ/RS, no sentido de que a base de cálculo do ISSQN incidente sobre os serviços notariais e de registro depende de exame jurisdicional, haja vista a fiscalização pelo Poder Judiciário (fls. 217/225).

O MP reputou desnecessária sua intervenção (fls. 230/232).

Instadas as partes pelo juízo (fl. 235), a autora requereu a produção de prova documental, consistente na expedição de ofício ao réu, para que traga aos autos cópia integral do processo administrativo fiscal (fl. 236), ao passo que o réu pugnou pelo julgamento antecipado da lide (fls. 237/239).

É o relatório.

Fundamento e decido.

É caso de julgamento antecipado da lide, uma vez que a matéria versada nos autos é de direito e de fato, não havendo a necessidade de dilação probatória em audiência ou produção de outras provas para a formação da convicção judicial (art. 330, inciso I, do CPC).

Sem preliminares ou questões prejudiciais. Partes legítimas e bem representadas. Pedido juridicamente possível, pois previsto no ordenamento jurídico, concorrendo à autora o interesse de agir, pois necessitou de acionar a via jurisdicional adequada, a fim de obter provimento útil. Presentes, pois, as condições da ação e os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Passo à análise do mérito.

A controvérsia versada nos autos cinge-se em aferir se o ISSQN, incidente sobre serviços notariais e de registro, deve ser tributado com alíquota fixa, nos moldes do Decreto-Lei 406/1968, ou com alíquota variável, haja vista serem prestados sem o atributo da unipessoalidade, bem como a validade do processo administrativo fiscal que culminou com o lançamento e a posterior cobrança efetuada pelo réu.

De início, cumpre-me consignar que, nos termos do art. 236, da CRFB, os serviços notariais e de registros são prestados em caráter privado, através de delegação do Poder Público, em que a investidura dos notários e registradores dá-se através de concurso público de provas e títulos – de forma a acabar com a praxe, outrora existente, de que tais atividades eram verdadeiros negócios familiares, em que o exercício passava de geração para geração -, com assídua fiscalização a cargo do Poder Judiciário, através de suas Corregedorias, na forma disciplinada pela Lei de Organização Judiciária de cada entidade federativa (arts. 37 e 38, da Lei 8.935/1994).

Com efeito, os serviços notariais e de registros são dotados de organização técnica e administrativa e têm por escopo o atendimento aos princípios da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (arts. 1º, da Lei 8.935/1994, e 1º, da Lei 6.015/1973).

Serviço, de um modo geral e simplista, pode ser conceituado como um bem imaterial, de conteúdo econômico, prestado a terceiros. Trata-se de uma comodidade material fruível e, em sendo uma prestação, pressupõe uma obrigação de fazer por parte do prestador, ou seja, um comportamento, um ato, um gesto.

Vale dizer, o cerne da modalidade de hipótese de incidência do imposto em comento não se circunscreve a 'serviço', compreendendo um negócio jurídico, mas a uma prestação de serviço, compreendendo um negócio jurídico pertinente e atrelado a uma obrigação de fazer, de conformidade com os postulados e diretrizes do direito privado – e do direito público, se a titularidade da prestação for de pessoa jurídica de direito público, cuja execução pode ser delegada, com regência das normas desse ramo do direito.

E, considerando que o direito tributário constitui um direito de superposição, incidindo sobre realidades postas por outros ramos do direito (civil, comercial etc.), torna-se imprescindível

buscar o conceito das espécies básicas de obrigações (dar e fazer), para delimitar o âmbito do ISSQN, confrontando com os âmbitos do IPI e do ICMS.

Trata-se, pois, de uma exegese do art. 109, do CTN, segundo o qual o direito tributário pode basear-se nos princípios e institutos de direito privado para buscar a definição e o alcance, de modo a aferir a ocorrência, ou não, do fato gerador, que nada mais é do que uma situação de fato que se subsume a uma disposição legal, com o condão de fazer nascer a obrigação tributária principal.

Assim sendo, indubitável a incidência do ISSQN sobre os serviços notariais e de registros, pois basta que o oficial ou notário pratique algum ato, que consista em serviço (ex. Lavratura de uma escritura pública, de uma ata notarial, de uma certidão, de um registro ou averbação em matrícula imobiliária etc.), para configurar o denominado aspecto material ou substancial do fato gerador, dando azo, assim, ao nascimento da obrigação tributária principal, que é uma relação jurídica.

Deveras, os serviços notariais e de registro encontram-se expressamente previstos no item 21, subitem 21.01, da Tabela Anexa à Lei Complementar 116/2003, o qual se considera prestado, para fins de delimitação da competência tributária, ou seja, aspecto espacial do fato gerador, no local do estabelecimento do prestador, no caso, da sede da serventia registral, conforme se depreende do art. 3º, caput, da Lei Complementar 116/2003.

Forçoso consignar que o ISSQN, de competência municipal, tem matriz constitucional e tem sua disciplina, através de normas gerais, por lei complementar, no caso, a citada Lei Complementar 116/2003, sendo facultada aos municípios a edição de leis específicas para dispor sobre a matéria, desde que não colidam com a lei complementar, sob pena de inconstitucionalidade (art. 156, inciso III, e §3º, da CRFB).

Trata-se, pois, de um poder-dever do município, que, se optar por não exercer a competência tributária, em desrespeito ao princípio da responsabilidade na gestão fiscal (art. 11, da Lei Complementar 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal), poderá fazer com que seu gestor incorra em renúncia indevida de receitas, tipificada, inclusive, como ato de improbidade administrativa (art. 10, caput e inciso X, da Lei 8.429/1992).

E o STF já proclamou a constitucionalidade da incidência do ISSQN sobre os serviços notariais e de registros, conforme julgado abaixo colacionado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ITENS 21 E 21.1. DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN SOBRE SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. CONSTITUCIONALIDADE. Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que permitem a tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN. Alegada violação dos arts. 145, II, 156, III, e 236, caput, da Constituição, porquanto a matriz constitucional do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza permitiria a incidência do tributo tão-somente sobre a prestação de serviços de índole privada. Ademais, a tributação da prestação dos serviços notariais também ofenderia o

art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição, na medida em que tais serviços públicos são imunes à tributação recíproca pelos entes federados. As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva. A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente. (ADI 3089, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-02 PP-00265 RTJ VOL-00209-01 PP-00069 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 25-58)

Tecidas as considerações supra, importantes para a melhor compreensão da controvérsia, passo a analisar o seu cerne, qual seja, se os serviços em comento são tributados com alíquota fixa ou variável.

Primeiramente, forçoso consignar que o c. STF, em reiterados julgados, entendeu inexistir repercussão geral imediata no que concerne à forma de tributação dos serviços notariais e de registros, uma vez que a ADI 3089, supramencionada, limitou-se a reputar constitucional tal tributação, razão por que se infere que a discussão objeto destes autos é relegada para a análise da legislação infraconstitucional, cabendo, assim, ao STJ, como seu guardião, dar a interpretação final sobre o tema.

A propósito:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ISS. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS PÚBLICOS. REGIME DE APURAÇÃO. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. A Pretensão deduzida pretende o enquadramento da atividade notarial no regime de alíquotas fixas (art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406/1968). A jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de não reconhecer repercussão constitucional imediata com relação à controvérsia. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 715827 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 13-05-2014 PUBLIC 14-05-2014)

EMENTA Recurso extraordinário com agravo. Tabelionato de Registro Civil. Sujeição ao ISS. Cálculo do tributo. Exegese das normas dos arts. 9º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68 e 7º, caput, da Lei Complementar nº 116/03. Matéria eminentemente infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Não conhecimento do recurso. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto a delimitação da base de cálculo do ISS devido por tabeliões, versa sobre matéria infraconstitucional. (ARE 699362 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 28/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013)

Pois bem, não se olvida que a questão em apreço está longe de ser pacificada, havendo entendimentos jurisprudenciais e doutrinários em ambos os sentidos, inclusive de renomados juristas, como os advogados Sacha Calmon e Misabel Derzi, subscritores do judicioso parecer elaborado para o Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de Minas Gerais – SINOREG/MG e acostado aos autos (fls. 130/170).

Pessoalmente, filio-me ao entendimento de que os serviços notariais e de registros são prestados em caráter pessoal e sob o atributo da unipessoalidade, uma vez que o notário ou o oficial possui a independência funcional de desempenhá-lo, vale dizer, uma verdadeira independência jurídica, observando-se, é claro, as disposições legais e regulamentares, bem como as normas técnicas expedidas pelo juízo competente, no exercício da competência correicional.

É notório que, nos tempos mais remotos, o desempenho das atividades notariais e de registro não dependiam da aprovação em difícil concurso público – como ocorreu no caso da autora -, mas, sim, de meras nomeações, na maioria das vezes com base no apadrinhamento político, infelizmente tão comum nestes rincões do Estado e do país.

Aliás, era comum a acumulação das serventias judicial e extrajudicial, como ocorria nesta comarca até a década de 1980, o que se tornava, por certo, verdadeiro negócio de família, em total detrimento da qualidade dos serviços, já que, em não raras vezes, os tabeliães e registradores eram totalmente desprovidos de conhecimentos técnico-jurídicos.

Eis, aí, a razão de inúmeras dificuldades vivenciadas até os dias de hoje na comarca, em especial no que concerne à regularização fundiária de diversos imóveis urbanos e rurais, o que faz com que as pessoas, ao adquirirem um imóvel, encontrem enormes dificuldades em registrá-los, em virtude das exigências, devidamente fundamentadas, contidas na legislação de regência – a exemplo dos princípios da especialidade objetiva e subjetiva, da continuidade registral etc.), a ponto de fazer com que a população, desinformada, tenha a crença de que se trata de óbice ou implicância do oficial registrador.

E, naquela época, muitas vezes o titular da serventia exercia suas atividades sozinho, sem auxílio de terceiros em caráter permanente, e, quando muito, de seus familiares, haja vista que, como já dito, a atividade era um lucrativo negócio de família, de caráter intergeracional. Logo, era comum o filho ajudar o pai, eis que, um dia, “herdaria o cartório”.

Atualmente, a realidade é outra. A legislação notarial e de registro é bem mais ampla e complexa, o que é reforçado pelas normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça, razão por que é humanamente impossível que os notários e os registradores continuem a exercer, de fato, a atividade sozinhos, sem nenhum auxílio.

A propósito, para otimizar o desempenho de suas atividades, que estão longe de serem poucas, os notários e registradores possuem o direito de contratar escreventes, inclusive para fins de substituição legal – como nos casos de incompatibilidades e impedimentos, não raros de ocorrerem em pequenas cidades do interior -, bem como empregados, a fim de desempenharem funções subalternas, como atendimento em balcão (art. 20, da Lei 8.935/1994).

O fato de exercer tal possibilidade, a meu ver, não tem o condão de afastar o caráter unipessoal do serviço e, por conseguinte, o direito à tributação com base na alíquota fixa, nos moldes do art. 9º, do Decreto-Lei 406/1968, a exemplo do que ocorrem com diversos profissionais liberais, como advogados, médicos, odontólogos, engenheiros, contabilistas etc. E nem por isso deixam de perceber o lucro, pois não são atividades altruísticas e filantrópicas.

Deveras, é cediço que os aludidos profissionais liberais costumam contratar terceiros para o desempenho de suas atividades, como secretárias, copeiras, auxiliares administrativos e até profissionais do mesmo setor – advogados empregados -, e nem por isso a atividade passe a ostentar qualquer elemento de empresa, ou seja, atividade econômica organizada para a produção de bens e prestação de serviços (art. 966, do CCB).

E a organização empresarial resta configurada quando presentes, de forma preponderante, os fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia.

A título de ilustração, destaco precedente do e. TJMG:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - MEDIDA LIMINAR - REQUISITOS - ISS - SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS - REGIME EXCEPTIVO DO ART. 9º, DO DL 406/68 - ALÍQUOTA FIXA. Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. O art. 10 da Lei Complementar n.º 116/2003 revogou expressamente todas as leis complementares e os decretos-leis, com natureza material de lei complementar e que disciplinavam o ISS, à exceção do caput e do § 1.º do art. 9.º do Decreto-Lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, que manteve a base de cálculo do referido imposto calculada por alíquotas fixas ou variáveis na prestação dos serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, hipótese que se subsume ao caso dos autos. (Agravo de Instrumento Cv 1.0672.09.409996-3/001, Relator(a): Des.(a) Mauro Soares de Freitas, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/06/2010, publicação da súmula em 12/07/2010)

Ocorre, todavia, que o entendimento por mim esposado – e também por respeitáveis setores da doutrina e da jurisprudência -, não é o que vem sendo reiteradamente adotado pelo c. STJ, que, mais recentemente, passou, conforme julgados do c. STF alhures transcritos, a dar a última palavra sobre o tema, uma vez que vem entendendo que os serviços notariais e de registro não são dotados do caráter da unipessoalidade, razão por que não fazem jus à tributação pela alíquota fixa, mas, sim, a variável, nos moldes do art. 8º, da Lei Complementar 116/2003, c.c art. 48, inciso II, do Código Tributário Municipal, instituído pela Lei Complementar Municipal nº 004/2002, com redação dada pela Lei Complementar Municipal nº 012/2004 (fls. 36 e 47/48).

Assim, em respeito aos princípios da uniformidade do direito federal infraconstitucional e da segurança jurídica, tenho que a melhor solução é curvar-me ao entendimento predominante no c. STJ, no bojo da 1ª e 2ª Turmas, integrantes da 1ª Seção, competentes para apreciar matérias de direito público.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INSTRUMENTALIDADE RECURSAL. VISSQN. SERVIÇOS NOTARIAIS. CARTÓRIO. ALÍQUOTA FIXA. IMPOSSIBILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SOB A FORMA DE TRABALHO PESSOAL NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ. 1. É possível receber os embargos de declaração como agravo regimental, em homenagem à fungibilidade recursal e à economia processual, quando nítido o seu caráter infringente. Precedente: EDcl na Rcl 5.932/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 29.5.2012. 2. É firme o entendimento no sentido de que não se aplica aos serviços de registros públicos, cartorários e notariais a sistemática de recolhimento de ISS prevista no art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/68, uma vez que a interpretação da referida legislação federal deve ser feita nos limites da decisão, com efeitos erga omnes, proferida na ADIN 3.089/DF pelo STF. 3. Reconhecido o caráter empresarial pelo STF, descabido o benefício do art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/68 aos serviços de registros públicos, cartorários e notariais. 4. A jurisprudência do STJ é pacífica ao determinar a incidência de ISS sobre serviços cartorários na forma variável. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, e improvido. (STJ, EDcl no AREsp 431.800/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO. ISS. SERVIÇOS NOTARIAIS. ALÍQUOTA FIXA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. "Admite-se receber embargos declaratórios, opostos à decisão monocrática do relator, como agravo regimental, em atenção aos princípios da economia processual e da fungibilidade recursal" (EDcl nos EREsp 1.175.699/RS, Corte Especial, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 6/2/12). 2. "Conforme exposto no acórdão embargado, é firme o entendimento no sentido de que não se aplica aos serviços de registros públicos, cartorários e notariais a sistemática de recolhimento de ISS prevista no art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/68, uma vez que a interpretação da referida legislação federal deve ser feita nos limites da decisão" (EDcl no AgRg no AREsp 268.238/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 14/8/13). 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (STJ, EDcl no REsp 1353817/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 30/10/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. ALÍQUOTA FIXA. INADMISSIBILIDADE. TRABALHO PESSOAL NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES: AGRG NO ARES. 34.576/RS, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 23.11.2011 E AGRG NO AG 1.348.776/MS, REL. MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE 26.05.2011. AGRAVO REGIMENTAL DO GUIDO ODILO HILGERT DESPROVIDO. 1. Quanto à ofensa aos arts. 5º. caput, e 150, inciso II da CF (princípio da isonomia), é vedado a este Tribunal apreciar violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, uma vez que o julgamento de matéria de índole constitucional é reservado ao Supremo Tribunal Federal 2. As Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte já se posicionaram no sentido da inadmissibilidade de recolhimento do ISS com base em alíquotas fixas para os serviços de registros públicos, cartorários e notariais, na forma prevista no art. 9º., § 1º. do DL 406/68, visto que não se compreendem como prestação de serviços de

caráter pessoal. Precedentes: AgRg no AREsp. 34.576/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 23.11.2011 e (AgRg no Ag 1.348.776/MS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 26.05.2011. 3. Agravo Regimental de GUIDO ODILO HILGERT desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1208809/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 19/06/2012)

Ainda no mesmo sentido, destaco entendimento do e. TJMG:

EMENTA: <APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ISSQN. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO PÚBLICO. PRETENDIDO REGIME DE TRIBUTAÇÃO FIXA. AUSÊNCIA DE PESSOALIDADE NA ATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. Hipótese em que se discute a base de cálculo do ISS incidente sobre serviços de registros públicos, cartorários e notariais. O contribuinte defende tributação fixa, nos termos do art. 9º, § 1º, do DL n. 406/1968, e não alíquota sobre o preço do serviço (art. 7º, caput, da LC n. 116/2003), ou seja, sobre os emolumentos cobrados dos usuários. O acórdão do Supremo Tribunal Federal, focado na possibilidade de os emolumentos (que são taxas) servirem de base de cálculo para o ISS, afastou, por imperativo lógico, a possibilidade da tributação fixa em que não há cálculo e, portanto, base de cálculo. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1206873/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 09/11/2010).> (Apelação Cível 1.0680.08.015286-0/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/10/2013, publicação da súmula em 06/11/2013)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL - TRIBUTÁRIO - ISSQN - SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS E NOTARIAIS - ALÍQUOTA FIXA - INADMISSIBILIDADE. - É inadmissível o recolhimento do ISSQN com base em alíquotas fixas para os serviços de registros públicos e notariais, na forma prevista no art. 9º, §1º, do Decreto-Lei nº 406/68, por não estar configurada prestação de serviços de caráter pessoal. Precedentes das turmas que compõem a Primeira Seção do Colendo STJ. - Recurso não provido. (Agravo 1.0026.11.005259-9/003, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/12/2012, publicação da súmula em 18/12/2012)

Via de consequência, e segundo o entendimento a que ora me curvo, não há que se falar na ilegalidade da cobrança levada a efeito pelo réu, materializada nas guias de arrecadação de fls. 28/30.

Com relação ao lançamento por estimativa/arbitramento, entendo não assistir razão à autora, uma vez que, como operadora do direito, presume-se que sabia da existência do entendimento da legalidade da cobrança da alíquota variável, caso em que deveria, ao ser notificada pelo réu sobre o início do processo de fiscalização (fl. 202), respaldada pelos arts. 194, 195 e 196, do CTN, manifestou oposição ao ato, até de forma fundamentada, invocando, sem razão, disposições das Normas da CGJ (fl. 203).

Isto porque o fisco tem o poder-dever de exercer, na plenitude, a sua competência tributária, o que abarca o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações principais e acessórias, a exemplo de inspecionar os livros do contribuinte, que, por sinal, não são os mesmos daqueles exigidos pela CGJ, uma vez que praticado o fato gerador do ISSQN.

A autora insistiu na não exibição dos livros (fl. 204), razão por que o réu teve de lavrar Auto de Fiscalização, onde também houve expressa oposição por parte da primeira (fl. 206), razão por que foi formalmente notificada (fls. 207/214).

Logo, não restou ao réu, como ente tributante, o lançamento por arbitramento/estimativa, haja vista a resistência da autora, a quem foi assegurado o pleno direito de questionar os critérios, administrativa ou judicialmente (art. 148, do CTN), sendo que, no caso, limitou-se a questionar a validade do ato administrativo, invocando a inobservância do devido processo legal, que foi devidamente observado, não havendo a necessidade de adoção de rigores formalísticos, em respeito ao postulado da instrumentalidade, que abarca o processo administrativo, por sinal bem mais informal que o judicial.

Ademais, em caso de lançamento por arbitramento, cabe ao contribuinte, ante a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, o ônus de provar que o valor, a título de base de cálculo, apontado pelo fisco é incorreto, podendo requerer, para tanto, perícia, na modalidade avaliação, meio de prova que sequer foi requerido a fl. 236.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC). RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FORNECEDOR/CEDENTE DE MÃO-DE-OBRA X TOMADOR/CESSIONÁRIO DE MÃO-DE-OBRA. ARTIGO 31, DA LEI 8.212/91. PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.711/98 (RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA). PERÍODO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.711/98 (RESPONSABILIDADE PESSOAL DO TOMADOR DO SERVIÇO). RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.131.047/MA). AFERIÇÃO INDIRETA DA BASE DE CÁLCULO. ARTIGO 148, DO CTN, C/C ARTIGO 33, § 6º, DA LEI 8.212/91. PROCEDIMENTO REGULADO POR ORDEM DE SERVIÇO. LEGALIDADE. TAXA SELIC. APLICAÇÃO AOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS PAGOS A DESTEMPO. LEI 9.065/95. (...) " 29. Outrossim, a Administração Tributária pode proceder à aferição indireta ou arbitramento da base impositiva do tributo, nas hipóteses enumeradas no artigo 148, do CTN, verbis: "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." 30. O artigo 33, § 6º, da Lei 8.212/91, determina que, "se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário". 31. Destarte, a ausência de documentação que reflita, de maneira idônea, a realidade dos fatos, autoriza a autoridade

fiscal a proceder à aferição indireta das contribuições sociais devidas, desde que observados os princípios da finalidade da lei, da razoabilidade, da proporcionalidade e da capacidade contribuinte, sendo certo, ainda, que a expedição de Ordens de Serviço a fim de regular o procedimento de arbitramento da base de cálculo, autorizada pela lei ordinária, não caracteriza ofensa ao princípio da legalidade tributária estrita. 32. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no artigo 13, da Lei 9.065/95. 33. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 719.350/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 21/02/2011) (destaque não original)

Nestes termos, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe, permanecendo incólumes, por conseguinte, os atos decorrentes do lançamento por estimativa levados a efeito pelo réu.

Pelo exposto, com fulcro no art. 269, inciso I, do CPC, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos.

Condeno a autora no pagamento das custas judiciais, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

Sentença não sujeita a reexame necessário.

Oportunamente, arquivem-se os autos, com baixa na distribuição e demais providências de estilo.

P.R.I.C.

Conselheiro Pena, 4 de junho de 2014

MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA ROBERTO

Juiz de Direito Substituto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação civil pública – Taxa de iluminação pública – Relação jurídica tributária - Direito individual disponível – Ilegitimidade ativa do Ministério Público – Improriedade da via eleita - Extinção do processo sem resolução de mérito		
COMARCA:	Ipatinga		
JUIZ DE DIREITO:	Alexandre Quintino Santiago		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	13/09/2008
REQUERENTE(S):	Ministério Público do Estado de Minas Gerais		
REQUERIDO(S):	Município de -		

Vistos, etc. ...

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS propôs a presente Ação Civil Pública, com pedido de liminar, em face do MUNICÍPIO DE e da, qualificados nos autos, alegando que o 1º requerido instituiu a chamada “TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA” (TIP), através da Lei Municipal nº 1.058, de 16/05/89, e, em razão disto, teria firmado convênio com a 2ª requerida, para que esta efetuasse a cobrança do tributo nas contas de consumo de energia elétrica.

Afirma que a lei não foi recepcionada pela Constituição Estadual, portanto está o tributo sendo cobrado sem qualquer base legal; que a cobrança da referida taxa seria inconstitucional, em face de previsão contida no art. 145, II, da CF.

Conclui por requerer a declaração de ilegalidade da cobrança da TIP; que seja determinada a restituição dos valores cobrados aos consumidores; e a declaração da nulidade do convênio entre o Município e a

Com a inicial vieram diversos documentos.

Citados os requeridos apresentaram suas defesas, onde, em preliminar, pedem a declaração da ilegitimidade ativo do Ministério Público, para propor a presente ação; a improriedade da via eleita, para buscar a declaração de inconstitucionalidade de Lei Municipal.

No mérito, defendem a improcedência do pedido inicial.

A, em sua contestação, argüi, também, a sua ilegitimidade passiva.

A liminar foi indeferida, às fls. 136/137.

As contestações foram devidamente impugnadas, às fls. 138/144.

Intimadas, para dizerem se tinham mais provas para produzir, as partes requereram o julgamento antecipado da lide.

É, em resumo, o relatório.

DECIDO.

Inicialmente cabe definir que na verdade o que pretende o autor é a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.058, de 16/05/89, que criou e permite a cobrança da "TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA" (TIP).

Toda a argumentação da peça inicial é no sentido de que o pré-citado Edito Municipal não foi recepcionado pelas Constituições Federal e Estadual, o que o torna inconstitucional e, portanto, inaplicável.

É sabido que todo o ordenamento jurídico brasileiro deve derivar-se de normas fixadas na Constituição Federal, a qual serve de base e limites para a regulamentação jurídica, tanto para as reformas constitucionais, feitas a partir do Poder Constituinte Derivado, quanto nas esferas inferiores da legislação.

Assim o sendo, toda e qualquer norma editada para vigorar no País deve encontrar respaldo na Constituição, pois em não ocorrendo estará a norma infraconstitucional fadada a ser declarada inconstitucional.

Este controle pode ser realizado em momentos e formas diversas.

Desde o controle político da constitucionalidade, exercido pelo próprio Poder Legislativo, quando da elaboração da lei; ou pelo Chefe do Poder Executivo, quando da sanção; ou, ainda, através do controle Jurídico, exercido pelo Poder Judiciário.

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, que assegura ao cidadão diversas maneiras de buscar a inconstitucionalidade da Lei, é o sistema difuso de controle de constitucionalidade, que assegura ampla defesa da constitucionalidade da Lei.

A arguição direta de inconstitucionalidade, garantida no art. 103 da CF, que é feita diretamente nas Cortes Constitucionais, Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça dos Estados, e a arguição indireta, realizada no bojo de processo, de forma incidental. É o chamado exercício do controle por via de exceção.

Como diz José Afonso da Silva:

"qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo". 1

Há que se ressaltar, porém, como anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“controle incidental tem efeito apenas para as partes litigantes. A decisão que afasta o ato inconstitucional não beneficia a quem não for parte na demanda em que se reconhece a inconstitucionalidade”. 2

Esta defesa pode ser feita em determinado processo, o que não é o caso dos presentes autos, uma vez que o Ministério Público a traz, não como matéria incidental, mas como matéria de fundo, como ponto central da demanda.

Após detida reflexão sobre o tema, conluo por emprestar adesão ao entendimento de que, centrando-se a celeuma da espécie na argüição da inconstitucionalidade da lei municipal instituidora da cobrança da taxa de iluminação pública, forçosa a conclusão de que se há de examinar, inicialmente, a propriedade da via eleita e a legitimidade ativa do autor.

A ação civil pública há de ser intentada estritamente nas hipóteses legalmente previstas, dentre as quais não se divisa a de argüição de inconstitucionalidade de lei municipal, para a qual a CF/88 prevê a via própria que é a ação direta de inconstitucionalidade.

A ação civil pública não pode ser convertida em AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, quando objetiva sustar o pagamento de taxas ou tributos.

Assinale-se que a hipótese versada nestes autos acha-se excluída do rol daquelas em que é permitida a utilização da ação civil pública. E está excluída pelo motivo de haver, no que tange à declaração de inconstitucionalidade de lei, medida judicial a tanto apropriada, ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade.

Anote-se, ainda, que, com o advento da vigente Lei Magna, isto é, desde 05/10/88, quando foi promulgada, a argüição de inconstitucionalidade de lei faz-se mediante a ação referida, o que torna inadequado o manejo da ação civil pública em seu lugar, à conta de seu sucedâneo.

A ação civil pública só seria justificável se utilizada anteriormente à Constituição Federal em vigor, quando não havia ainda a ação a tanto específica.

Além do mais, cabe, com exclusividade, ao Procurador-Geral da República e ao Procurador-Geral de Justiça, cada um em seu âmbito de atuação, ou seja, o federal e o estadual, respectivamente, a iniciativa de propositura de ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo.

Temos, portanto, que a AÇÃO CIVIL PÚBLICA não substitui a AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental. A parte legítima para argüir tal inconstitucionalidade é o Procurador-Geral de Justiça (art. 118, III, CE).

In haec specie, por tratar-se de inconstitucionalidade de taxa municipal (a de iluminação pública), a iniciativa do ajuizamento da ação cabível é do Procurador-Geral de Justiça, exclusivamente, não tendo o Promotor de Justiça competência para fazê-lo.

A ação civil pública deve ser ajuizada apenas nas hipóteses previstas em lei, o que não inclui a possibilidade de declaração ou argüição de inconstitucionalidade de lei municipal.

No presente caso, conforme já se disse, o autor tenta manejar a ação civil pública, para obter o controle incidenter tantum, diante do caso concreto, mas ocorre que os interesses aqui objeto de defesa na inicial, não são difusos, mas individuais, homogêneos e disponíveis, pelo que a ilegitimidade do parquet para a propositura da referida ação é manifesta.

Embora entenda ser inconstitucional a taxa de iluminação pública, penso, como a maioria dos Juízes e Tribunais brasileiros, que a via escolhida pelo Ministério Público não foi correta, porquanto usou a ação civil pública em substituição da ação direta de inconstitucionalidade que seria o caminho correto a ser trilhado.

Mesmo que se tentasse valer do argumento de que o rótulo das ações judiciais não poderia servir de entrave à pretensão da partes, não se deixaria de esbarrar na evidente impossibilidade jurídica do manejo, obstaculizado por determinação constitucional, a acarretar-lhe a carência de ação.

Ainda que assim não fosse, a se admitir a arguição de inconstitucionalidade de lei, via ação civil pública, estar-se-ia a permitir fosse o instrumento processual travestido de ação direta de inconstitucionalidade, o que de pronto se repudia.

Além do mais, tem-se que a hipótese versada nos autos encontra-se excluída do rol das hipóteses dentre as quais se admite o manejo da ação civil pública, em virtude de não se enquadrar a figura do contribuinte, e a relação existente entre este e a administração pública, nos exatos termos dos conceitos e relações regulados pelo C. D. C., invocado pelo autor, na inicial, como fundamento de seu pedido e de sua legitimação para agir.

Neste sentir, nossos Tribunais já se pronunciaram, bem como a melhor doutrina já sedimentou o entendimento de que:

“Ação civil pública. Propositura pelo MP. Hipótese de lançamentos de tributos pela Municipalidade. Ilegitimidade ad causam. Defesa do contribuinte inadmissível por não se confundir com a figura do consumidor. Restrição da tutela às hipóteses legalmente previstas. Inteligências dos art.: 129, III, da CF 88; 81, par. ún.; e 92, III, da Lei 7347/85 e Lei 8.078/90”. 3

Consta da ementa oficial do referido acórdão que:

“Ação civil pública. MP. Ilegitimidade ad causam. Preliminar acolhida. Consumidor e Contribuinte. Limitação da atuação do Parquet para promoção da defesa do primeiro. Interesse difuso. Restrição da tutela às hipóteses legalmente elencadas. Lei difuso. Restrição da tutela às hipóteses. Lei difuso. Restrição da tutela às hipóteses legalmente elencadas. Lei 8.078/90, art. 81, par. ún., e 92, II. Lei 7347/85, art. 21, CF, art. 129, III.

O conteúdo das expressões “consumidor” e “contribuinte” não se equivale e, se está o MP expressamente autorizado à promoção da defesa dos direitos do primeiro, o mesmo não ocorre com relação ao segundo, na hipótese de lançamento de tributos pela Municipalidade, que, por sua vez, não se identifica na categoria de entidade comercial ou prestadora de serviços.

Exclui-se, também, in casu, a legitimidade do Parquet com base no conceito de “interesses difusos” (art. 129, III, CF/88), pois estes, conforme expressamente consigna o enunciado pela Lei 7347/85, dizem respeito à responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turísticos e paisagísticos e ao próprio consumidor, sem fazer, contudo, qualquer referência à categoria do contribuinte”. 4

O festejado jurista Ives Gandra da Silva Martins, em parecer publicado na Revista dos Tribunais, afirma que:

“O MP não pode dispor de direito individual de um cidadão, sem que este o autorize, razão pela qual não lhe outorgou a CF competência para proteção dos direitos individuais senão aqueles que são indisponíveis e, assim mesmo, por outro veículo processual que não o veículo da ação civil pública”. 5

E, nas notas elucidativas, citando parecer da lavra de Benedito Olegário Rezende Nogueira de Sá e Paulo Roberto de Salles Vieira, lembra que:

“A disponibilidade na relação tributária e inegável, bastando atentarmos que são admissíveis a moratória, a isenção, a compensação, a remissão, a transação e, ainda, mais prescrição ou decadência. Já se viu, acaso, prescrição ou decadência (!?) de direito indisponível? Já se viu disponibilidade (transação, isenção, etc.) de direito indisponível?

Mas diriam alguns que os efeitos patrimoniais de relação jurídica indisponível podem ser objeto de transação e, portanto, a prestação (tributo) seria disponível, mas não a relação, que é indisponível.

Perfeita a premissa e falsa a conclusão.

É que direitos indisponíveis são ‘aqueles relativamente aos quais os titulares não têm qualquer poder de disposição: nascem, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente das vontades destes’ 6” 7.

Ao concluir seu raciocínio, põe-se o renomado jurista no sentido de que a ação civil pública é veículo processual imprestável para a proteção dos direitos individuais disponíveis.

Assim, estando os direitos decorrentes das relações tributárias enquadrados nesta categoria de direitos, deflui a conclusão inexorável da ilegitimidade ativa do MP, além da absoluta impropriedade da via eleita.

“Recentemente, o Supremo Tribunal Federal negou legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública relativamente à cobrança de tributos.

O Superior Tribunal de Justiça também negou legitimidade em acórdão assim ementado:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TRIBUTO - DIREITO INDIVIDUAL - Não cabe ação civil pública para substituir ação direta de inconstitucionalidade e impedir a cobrança de imposto ou taxa. Contribuinte de tributo não é consumidor a ser representado pelo Ministério Público. Pagamento de tributo corresponde a direito individual, divisível e quantificável, não se equiparando a direito difuso. (Agravo Regimental nº)". 8

Julgando matéria similar, o em. Des. Pinheiro Lago, assinalou em seu lúcido voto que;

"A defesa de interesses sociais difusos ou coletivos ou individuais indisponíveis, que cabe, nos termos da Constituição Federal ao Ministério Público, não se confunde com a tutela de direitos privados e disponíveis de contribuintes, que sequer se encaixam na definição de consumidores, cuja proteção encontra-se tutelada pela legislação ordinária". 9

Sobre o tema em julgamento, o eg. TJMG, em acórdão recentemente publicado na Revista Jurisprudência Mineira assim decidiu:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE - INTERESSES INDIVIDUAIS PLURIMOS E DISPONÍVEIS - ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO".

- O Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública, visando ao reconhecimento de inconstitucionalidade da cobrança de taxa de iluminação pública, por tratar-se de interesses individuais plurimos, homogêneos e disponíveis de contribuintes que se quer encaixam na definição de consumidores. Tais interesses não se confundem com interesses sociais difusos, coletivos ou individuais indisponíveis, cuja defesa cabe ao Ministério Público". 10

No mesmo sentido:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITOS INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS - IPTU - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis.

O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes, que não são considerados consumidores.

A ação civil pública não se presta à obtenção de declaração de inconstitucionalidade de lei, eis que possui eficácia erga omnes". 11

"PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - QUESTÃO DE MÉRITO PREJUDICADA - PRECEDENTES.

A ação civil pública não pode ser utilizada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental.

O Ministério Público não tem legitimidade para manifestar ação civil pública com o objetivo de impedir cobrança de tributo, como a taxa de iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte.

Questão de mérito julgada prejudicada, tendo em vista a ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público". 12

“MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COBRANÇA DE TAXA - O ministério público não tem legitimidade para manifestar ação civil pública com o objetivo de ver sustada a cobrança de tributos, como a taxa de iluminação. (STJ - REsp - SP - 2ª T. - Rel. Min. Helio Mosimann - DJU 21.06.1999 - p. 137)”. 13

“Ação Civil Pública - Objetivo de afastamento da Taxa de Iluminação Pública por inconstitucionalidade da Lei Municipal instituidora - Ação sem objeto se a lei precede a atual Constituição e sendo com ela conflitante, não foi recepcionada, deixando de existir no mundo jurídico - Impossibilidade jurídica de manejo da ação civil pública como sucedâneo da ADIN, se a inconstitucionalidade naquela declarada não surtirá efeitos erga omnes, mas apenas no âmbito do processo”. 14

“AÇÃO COLETIVA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE COBRANÇA DE TARIFAS MUNICIPAIS - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS AOS CONTRIBUINTE - ILEGITIMIDADE ATIVA - IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA - Carece o Ministério Público de legitimidade para o ajuizamento de ação coletiva ou ação civil pública com vistas a alteração do procedimento administrativo de cobrança e reajuste de tarifas públicas, e tampouco é legitimado para requerer, como substituto processual, a devolução dos tributos recolhidos pelos contribuintes, por tratar-se de direito individual disponível. A ação civil pública ou a ação coletiva, fundamentada no CPDC não se prestam para modificar legislação ou regulamentação existente e imputar a órgão da administração municipal obrigação de fazer que implique em desrespeito às normas legais vigentes. (TJMG - AC - 2ª C. Cív. - Rel. Des. Sérgio Lellis Santiago - J. 19.11.1996)”. 15

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COBRANÇA DE TRIBUTO - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA - 1. A ação civil pública não se presta para obstar a cobrança de tributo e nem para declarar a inconstitucionalidade de Lei Municipal. 2. O Ministério Público não tem legitimidade ativa para manejar a ação civil pública, visando impedir a cobrança de tributos. Processo extinto. (TAPR - AI - (12501) - Campo Mourão - 2ª C. Cív. - Rel. Juiz Cristo Pereira - DJPR 28.04.2000)”. 16

No mesmo sentido ainda temos diversos outros julgados que vieram a ser publicados na RSTJ 89/172, 95/93, 119/214, 120/99 e 127/71, além daqueles publicados pelo eg. TJMG, através de sua página na internet, Apelações Cíveis nº,,

Para concluir, trago lição de José dos Santos Carvalho Filho, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

“O Supremo Tribunal Federal, apreciando a matéria, definiu acertada e peremptoriamente, na esteira da jurisprudência dominante, que o Ministério Público só pode tutelar interesses coletivos e difusos, e não direitos disponíveis e divisíveis de um grupo de indivíduos. Eis a posição da mais alta Corte, não conhecendo de recurso interposto pelo Parquet:

‘MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO - MG. Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por

não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos. Como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido.’ 17

Em nosso entender, essa é, realmente, a orientação que melhor se coaduna com a posição que o Ministério Público ostenta na Carta da República. Nesta são apenas mencionados interesses coletivos e difusos (art. 129, III) e o mesmo se encontra nas leis disciplinadoras da instituição. Assim, não há legitimação ministerial para a tutela de direitos individuais disponíveis e divisíveis de grupo ou classe de pessoas, de modo que nos parecem corretas as decisões que julgaram o Ministério Público carecedor da ação nesses casos e extinguiram os processos sem julgamento do mérito”. 18

Por todo o exposto, julgo extinto o processo, com base no art. 267, VI, do CPC.

Custas na forma da lei.

P. R. I. A.

Ipatinga, 13 de setembro de 2008.

ALEXANDRE QUINTINO SANTIAGO

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação de restituição – Imposto de renda retido na fonte – Repasse – Massa falida – Concurso de credores - Crédito da União – Preferência relativa – Procedência em parte		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Cássio de Souza Salomé		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0024 05 820840-6	DATA DA SENTENÇA:	-
REQUERENTE(S):	União (Fazenda Nacional)		
REQUERIDO(S):	Massa Falida de Companhia Industrial Belo Horizonte		

RESTITUIÇÃO

Vistos, etc.

A União (Fazenda Nacional), qualificada na inicial, propôs pedido de restituição junto ao processo de falência da Massa Falida de Companhia Industrial Belo Horizonte, também qualificada, pretendendo receber da requerida o importes de R\$103.285,01 (cento e três mil, duzentos e oitenta e cinco reais e um centavo), sem multa e juros, referente a valores descontados dos empregados da empresa, a título de imposto de renda retido na fonte e não repassados aos cofres públicos, caracterizando a apropriação indébita da empresa, e não constituindo patrimônio da Massa Falida, já que esta descontava dos salários de seus funcionários o montante correspondente ao imposto de renda, mas não o repassava aos cofres públicos, o que gerou a inscrição do débito na dívida ativa. Assim, pugnou liminarmente pela reserva do numerário suficiente ao valor da dívida cobrada e ao fim pela procedência do pedido com a restituição do valor pertencente à União com a devida correção monetária.

Juntou documentos, fls. 08/72.

Em contestação (fls. 89/96) a Massa Falida, por seu síndico, argüiu preliminar de mérito aduzindo que o pleito da requerente encontra-se prescrito nos termos do artigo 76, § 1º e 2º do Decreto-lei n. 7.661/45 uma vez que não atendido o requisito temporal de quinze dias previsto nas aludias normas, fato que leva ao indeferimento da inicial. Noutro ponto, sediado

nas normas do Código Tributário Nacional, outra sorte não teria a requerente, uma vez que a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos contados da sua constituição definitiva. No mérito diz que não houve apropriação indébita por parte da falida porque os empregados estavam sem receber seus salários por quatro meses, sendo impossível decotar o respectivo imposto de renda. Que em novembro de 1994 foi ordenado, por este Juízo, o encerramento definitivo das atividades da empresa falida. Noutra ponto assevera que os créditos tributários estão na terceira ordem de preferência para recebimento, devendo dar-se preferência aos créditos trabalhistas. Ao fim pugnou pela improcedência da demanda.

Juntou documentos, fls. 97/102.

O ex-representante legal da falida apresentou contestação (fls. 105/111). Alega que desconhece e impugna a alegada retenção indevida de valores descontados do imposto de renda dos ex-funcionários. Que jamais recebeu qualquer notificação da dívida reivindicada. Que não é parte legítima para se cobrar o montante ante a decretação da falência da empresa. Pela falta de provas e inexistência de qualquer direito, a restituição ora atacada deve ser julgada improcedente.

A requerente impugnou as defesas apresentadas. Qualifico-as de extemporâneas nos termos do artigo 77, § 1º do Decreto-lei n. 7.661/45. Diz que não se verifica a prescrição porque se trata de pedido de restituição ordinário que pode ser aproveitado ao qualquer tempo. Que sua pretensão tem respaldo legal e resta cabalmente comprovado pelos documentos trazidos junto a inicial.

O Ministério Público pugnou pela realização de diligências (fls. 125/127).

Saneou-se o processo às fls. 129/136.

O ex-administrador da empresa ofertou recurso de agravo retido sendo oportunizado à agravada formular suas contra-razões.

Reconsiderada a qualificação da revelia da Massa Falida às fls. 161/162.

As partes apresentaram suas alegações finais.

O Ministério Público opinou pela improcedência do pedido, colocando-se em sintonia com as razões finais da Massa Falida.

É o relatório.

Conflitos entre princípios, normas e valores estão presentes no direito brasileiro, em especial o direito falimentar, urgindo uma postura interpretativa sistemática do operador jurídico para a preservação da unidade e coerência do sistema.

A solução para dar plena efetividade ao Direito está na sua compreensão como sistema de rede axiológica de princípios e normas e de sua aplicação decorrente e um processo interpretativo hierarquizador. Assim, ao aplicar o direito, o intérprete considerará a

Constituição Federal, a lei específica (Decreto-lei n. 7.661/45) e o conjunto de princípios e valores previamente identificados como preponderantes no trato da matéria a ser apreciada.

O operador jurídico deve eleger e hierarquizar as premissas que constituirão o ponto de arrancada de seu trabalho. Em seguida, num critério de hierarquização axiológica, identificará os princípios e normas aplicáveis à situação concreta. Ao aplicá-los, estará aplicando o direito todo, garantido a unidade e adequação do sistema.

Com estas considerações, DECIDO.

Cuida-se de pedido de restituição dos valores correspondentes ao desconto do imposto de renda retido na fonte sobre os salários de empregados da empresa falida e não repassados aos cofres da União, com fulcro no artigo 76, da Lei de Falências e artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 8.866/94.

As preliminares argüidas foram saneadas às fls. 129/136, não cabendo mais análise daquilo que ali já foi resolvido e sob efeito da coisa julgada, a não ser sobre a parte incontroversa objeto de agravo retido.

Temos como irrelevante o fato de ter havido ou não arrecadação, quer dos valores atinentes ao imposto de renda retido na fonte dos empregados da falida, ora perseguidos, quer de outros bens que resultem em dinheiro porque o requerente, no caso de procedência de seu pedido, tem direito o obter título que assegure o recebimento de seu crédito, mesmo que futuramente, conforme preceitua o art. 133 da Lei de Falências.

Ressalte-se, de início, que estamos diante de um processo em que figura como parte a União Federal, que, conforme pacificado na doutrina, goza de presunção de certeza e liquidez das dívidas lançadas em suas certidões, além de outras vantagens e prerrogativas.

A requerente alega que a Massa Falida da Companhia Industrial Belo Horizonte efetuou a retenção de imposto de renda devido por terceiros, sem, contudo repassá-lo aos cofres públicos; como depositária deste imposto, apropriou-se indebitamente da quantia que não lhe pertence.

Indiscutível se faz o direito da requerente que teve suas contribuições desvirtuadas em função dos administradores da falida.

Os termos e certidões de inscrição dos aludidos impostos não deixam dúvidas quanto à liquidez e exigibilidade dos mesmos. Todavia, vale asseverar que contra a Massa Falida não correm juros depois da decretação da falência.

Portanto, há que se reconhecer que o crédito pleiteado na presente restituição pela União deve comportar a cifra primária de R\$ 103.285,01 (cento e três mil, duzentos e oitenta e cinco reais e um centavo).

Contudo, temos que o direito reconhecido na Súmula 417, originária no início da década de sessenta do século passado, não se faz, hodiernamente, absoluto.

Na falência, como sabemos, há uma ordem de preferência quanto à repartição dos haveres apurados pela massa. A restituição, nos moldes pleiteados, impõe um privilégio sobre todos os credores.

Observamos, no entanto, com o advento da Carta Política de 1988, nova ordem social baseada na dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e da livre iniciativa, artigo 1º, III e IV da CF/88. Isso significa que não se deve menosprezar a necessária estima que merecem, imediatamente, todas as pessoas.

Os princípios acima citados traduzem a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderar sua necessidade humana ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção. Neste sentido é a lição de Ernesto Benda:

“a dignidade humana como parâmetro valorativo, evoca, inicialmente, o condão de impedir a degradação do homem, em decorrência de sua conversão em mero objeto de ação estatal. Mas não é só. Igualmente, esgrime a afirmativa, de aceitação geral, de competir ao Estado a procura em propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima” (Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernesto et alii. Manual de derecho constitucional, Madri: Marcial Pons, 1996. p. 124-127).

Concebemos o Direito como um sistema de princípios, normas e valores, o trabalho correto de interpretação deve revelar este espectro maior.

Nesse diapasão, o crédito originário do imposto de renda retido na fonte e não repassado aos cofres da União, apesar de não pertencer à Massa Falida, deve gozar, quando de sua restituição, de uma relativização de seu privilégio, não podendo ser pago com preferência sobre os créditos trabalhistas, de natureza salarial e alimentar.

O crédito da União, embora tenha toda importância na ordem social, será aplicado apenas em necessidade futura dos cidadãos; incerta sua vinculação a uma contraposição pré-determinada. O salário dos empregados da empresa falida tem caráter alimentar; é meio de garantia de vida e dignidade do trabalhador que lhe serve para suprir suas necessidades materiais prementes.

Ressalte-se o fato de que, no período próximo à bancarrota da requerida, seus empregados ficaram um bom período sem receberem seus salários!!! Ao extremo da apuração deste fato, chegar-se-ia à inexistência de boa parte do pleito da requerente.

Assim, o caráter absoluto de preferência da restituição do crédito da autora em relação aos créditos de natureza trabalhista e encargos da Massa há de ser minguido. Isso porque, antes deles, outros créditos, de importância mais vital, existem como o acidental trabalhista, o alimentar e os créditos que asseguram a dignidade daqueles que trabalharam junto à Massa, administrando-a, esclarecendo pontos controvertidos e contabilizando as atividades da empresa falida. Sua natureza, também, é salarial. E assim, temos:

“FALÊNCIA – CRÉDITO TRABALHISTA – Primazia absoluta sobre outros créditos, inclusive os fiscais, encargos e dívidas da massa (...). Correção monetária integral (...). 1) Na classificação dos créditos admitidos à falência, a primazia absoluta é conferida aos créditos trabalhistas. Tais créditos gozam de preferência até mesmo no confronto com os créditos fiscais e com os encargos e dívidas da massa. É o que resulta do disposto nos arts. 102 e 124 da Lei de Falências, no artigo 186 do CTN e no art. 1º da Lei 6.449 de 14.10.77 (...)” (TJSP, RT, 706/66).

“FALÊNCIA – Crédito Salarial – Contribuição INSS – Encargos da Massa – O crédito salarial do empregado é pago com prioridade aos encargos da massa (comissão do síndico, salários dos peritos, etc.) e à restituição de contribuições ao INSS, retidas pela empregadora. Art. 102 da Lei de Falências” (STJ, BA 1.899).

E recentemente decidiu nosso Tribunal de Justiça:

“FALÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - LEGALIDADE. - Segundo o pressuposto encontrado no artigo 76 da Lei de Falências, que autoriza o pedido de restituição, é que tenha o valor reclamado tido efetiva arrecadação e devidamente comprovada, condicionada ainda às possibilidades que a massa falida comportar. Os créditos trabalhistas têm preferência em relação às contribuições previdenciárias não recolhidas na devida oportunidade, pois possuem eles caráter nitidamente alimentar” (APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.03.128101-7/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - RELATOR: EXMO. SR. DES. FRANCISCO FIGUEIREDO).

Concluimos, pois, que o pedido de restituição dos créditos da União, referentes ao não repasse do decote do imposto de renda retido dos funcionários da falida, tem preferência relativa, quando de sua devolução, em relação aos créditos trabalhistas e encargos da massa referentes à remuneração do síndico, perito e auxiliares, excluindo-se os encargos de custas, despesas com Imprensa Oficial, Correios e outros. Não se trata de sujeição da requerente ao concurso de credores, mas de decisão em harmonia com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa).

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, o pedido formulado pela União Federal contra a Massa Falida Companhia Industrial Belo Horizonte Ltda., reconhecendo em favor da requerente o seu direito à restituição no valor de R\$ 103.285,01 (cento e três mil, duzentos e oitenta e cinco reais e um centavo), devendo ser devolvido após a satisfação dos créditos e encargos de natureza salarial ou alimentar da Massa.

A restituição será cumprida pela devedora dentro das possibilidades que a massa falida comportar, ou por meios previstos no CTN, Lei de Execução Fiscal e no art. 133 da Lei de Falências, caso seja insuficiente o ativo da ré.

Pela sucumbência parcial da requerente, esta arcará com cinquenta por cento das custas e com os honorários do síndico/advogado, que ora arbitro em R\$ 300,00 (trezentos reais).

Como a presente decisão desfavorece, parcialmente, União (Fazenda Nacional), submeto todo seu teor, em recurso, que formulo de ofício, ao Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Trasladar cópia da sentença para os autos do processo falimentar.

Publicar.

Registrar.

Intimar.

Belo Horizonte,

Cássio de Souza Salomé

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação declaratória – Alienação de veículo – Ausência de comunicação ao DETRAN – Antigo proprietário - Responsabilidade tributária solidária – Improcedência		
COMARCA:	Camanducaia		
JUIZ DE DIREITO:	Fábio Aurélio Marchello		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	529-21.2010.8.13.0878	DATA DA SENTENÇA:	26/05/2011
REQUERENTE(S):	José Maria Lopes		
REQUERIDO(S):	Fazenda Pública Estadual/MG		

Vistos etc.

JOSÉ MARIA LOPES, qualificado em sua peça vestibular de ff. 2/17, propôs a presente ação declaratória em face da Fazenda Pública Estadual de Minas Gerais, alegando, em síntese, que alienou veículo automotor, marca Fiat, modelo 147L, ano 1980 de placas GPQ-9687, não possuindo qualquer informação quanto ao comprador, nem mesmo a data em que o negócio jurídico fora encetado.

Afirma que a Fazenda Estadual lança tributos em seu nome, tendo como fato gerador a propriedade do veículo mencionado. Requer sentença declaratória da tradição para fazer cessar sua responsabilidade tributária.

Juntou os documentos de ff. 18/37.

Citada às ff. 51/52, a ré apresentou contestação às ff. 53/61, alegando preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, requer a improcedência do pedido, por descumprimento das normas dispostas na legislação de trânsito, sem a transferência do veículo junto ao DETRAN/MG.

Juntou os documentos de ff. 62/65.

Impugnação às ff. 67/74.

Ofício ao órgão de trânsito do Estado de SP que retornou sem informações sobre a alienação do bem móvel (ff. 82/84).

Vieram-me os autos conclusos.

Relatei. Decido.

Passo ao julgamento antecipado, por se tratar de questão de direito, nos termos do art. 330, I do CPC.

A preliminar de ilegitimidade passiva alegada pela ré se confunde com o mérito e com este deve ser apreciada. Ocorre que, havendo norma de ordem pública que regula a responsabilidade tributária do proprietário de veículo automotor para os casos de omissão na transferência, estas devem ser aplicadas, ante seu caráter cogente. Vejamos.

Alega o autor que transferiu veículo automotor a terceiros e não providenciou a comunicação ao órgão de trânsito. Propõe ação em face da Fazenda Pública Estadual para se ver livre do pagamento de tributos incidentes sobre a propriedade de veículo automotor e despesas com licenciamento.

No caso, entendo ser aplicável o art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro, a saber:

Art. 134. No caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação. (g.n.)

Em congruência à legislação de trânsito está a Lei estadual nº 14.937 de 2003, que dispõe sobre o pagamento do IPVA no Estado de Minas Gerais, e em seu art. 13 estabelece:

Art. 13. Fica facultado ao alienante comunicar ao órgão onde registrou, matriculou ou licenciou o veículo a transferência de sua propriedade.

Parágrafo único. A comunicação a que se refere o caput deste artigo desobriga o alienante de responsabilidade relativa a imposto cujo fato gerador ocorra posteriormente a ela, bem como dos acréscimos legais.

Apesar de mencionar mera faculdade, veja que tal norma tem outra natureza, visto que é contemplada com sanção, que é o pagamento do tributo no caso de omissão da comunicação.

No mais, nos termos do art. 123 do Código Tributário Nacional, as convenções entre particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes, cuja redação passo a transcrever para maior lucidez:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Neste sentido o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - DIREITO TRIBUTÁRIO - REEXAME NECESSÁRIO - DIREITO CONTROVERTIDO QUE NÃO SUPERA SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS - NÃO CONHECIMENTO - IPVA - TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO - DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.

Não se conhece do reexame necessário, nos casos em que, vencida a Fazenda Pública, o direito controvertido for de valor certo inferior a sessenta salários mínimos, aplicando-se a exceção prevista no parágrafo 2º, do artigo 475, do Código de Processo Civil.

Em se constatando que a transferência do veículo não foi comunicada ao órgão de trânsito estadual, o antigo proprietário é responsável solidário pelo recolhimento do IPVA e penalidades até que se efetive a comunicação. (g.n.)

(TJMG - Apelação Cível / Reexame Necessário nº 1.0701.05.106174-8/001, Rel. Des. Moreira Diniz, J. 14/12/2006, P. 16/01/2007 – Fonte: sítio do TJMG – www.tjmg.jus.br – acesso em 26/05/2011)

No mais, não há como o autor alegar desconhecimento das normas em comento, ante o disposto no art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Decreto Lei 4.657/1942.

Por derradeiro, ao assinar o documento de transferência do veículo automotor – CRV em nome do adquirente, exige-se do alienante o reconhecimento de firma na modalidade presencial, nos termos do art. 369 do CPC, com identificação por parte do Oficial dos dados apresentados no referido documento, o que facilmente pode ser obtido pelo autor, dada a publicidade que norteia os registros públicos, podendo acionar os adquirentes pelos prejuízos porventura sofridos.

Da conjugação destes dispositivos, verifico que há responsabilidade tributária solidária do antigo proprietário, sendo impossível a declaração de transferência do veículo a terceiros, eis que nem mesmo os dados do adquirente foram apresentados pelo autor.

Por esta desídia, entendo impossível vincular a Fazenda Estadual a este feito, eis que a esta é possível impor ao autor responsabilidade tributária. Assim, válidos os lançamentos de impostos e taxas de polícia em nome daquele que consta no banco de dados do órgão encarregado do cadastro de veículos.

Assim, entendo que o pedido não encontra amparo no ordenamento jurídico.

Nestes termos, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, resolvo o mérito e encerro a fase de conhecimento, nos termos do art. 269, I do CPC.

Ainda, CONDENO o autor no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00, nos termos do art. 20 § 4º do CPC, cuja exigibilidade fica suspensa, ante o disposto no art. 12 da Lei 1.060/1950.

Com o trânsito em julgado desta decisão, archive-se.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Camanducaia, 26 de maio de 2011.

Fábio Aurélio Marchello

Juiz de Direito Cooperador

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação declaratória – Impugnação ao valor da causa – ICMS - Improcedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Edson de Almeida Campos Júnior		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	14/11/2006
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	-		

SENTENÇA

Vistos, etc...

....., empresa qualificada às fls. 02, por intermédio de advogado regularmente constituído, conforme instrumento de mandato de fls. 08, ingressou em juízo, propondo ação cognominada apenas de declaratória, com pedido de liminar, contra a, aduzindo, em apertado resumo, que foi lavrado um Auto de Infração, por intermédio da situada no Município de, resultando no PTA nº, com apreensão de “containers” flexíveis de polipropileno, discriminadas nas NF’s, cujas mercadorias foram devolvidas, por força de decisão judicial. Diz que a autuação se deu com base na alegação de que teria promovido a saída de mercadorias, simulando uma operação terceirizada, por conta e ordem de, localizada em São Paulo/SP. Destaca que procedeu de conformidade com o disposto no art. 321 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 38.104/96. Sustentando a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, rogou pela concessão de liminar, para impedir a inscrição em dívida ativa e cobrança executiva, diante da regularidade das operações, pugnando, enfim, pela declaração de ilegalidade do processo administrativo.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 07 usque 28.

O pleito foi distribuído para o douto Juízo da 5ª Vara da Fazenda Estadual, sendo redistribuído, por força do despacho de fls. 29.

Pela r. decisão de fls. 33, foi indeferido o pedido de liminar.

Regularmente citada, conforme certificado às fls. 36v, a apresentou a contestação de fls. 38/41, alegando, também em síntese, inicialmente, que é o caso de extinção processo, tendo em vista a efetivação do recolhimento integral do crédito tributário, após o ajuizamento da ação, aplicando-se o art. 156, I, do Código Tributário Nacional e artigo 269, V, senão 267, IV e VI, do Código de Processo Civil. No mérito, afirma que não foi ilidido o entendimento adotado pelo egrégio Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, no sentido de que as mercadorias foram totalmente produzidas pela suplicante. Requereu, desta forma, a extinção do processo, com a conseqüente condenação da autora no pagamento das custas e honorários advocatícios.

A contestação veio acompanhada dos documentos de fls. 42/49.

Impugnação às fls. 53/54, sustentando-se, inclusive, a intempestividade da contestação, eis que a juntada do mandado de citação ocorreu em 03/11/03 e a contestação somente foi apresentada em 23/01/04, impondo-se, pois, a decretação da revelia.

Carrearam-se para os autos cópias dos expedientes de fls. 55/56, demonstrando a desnecessidade de abertura de vista ao Ministério Público.

Na seqüência, a contestante atravessou a petição de fls. 58/61, reiterando os termos da contestação.

Na fase de especificação de provas (fls. 63), as partes alegaram que não tinham mais provas a produzir (fls. 64/65).

Sobreveio, então, o despacho de fls. 67, dando por encerrada a fase instrutória e facultando-se a apresentação de alegações finais, sob forma de memoriais.

Memorial da autora às fls. 68/70 e da às fls. 73/74.

Reabriu-se vista às partes (fls. 77), manifestando-se apenas a contestante (fls. 78).

Em apenso, depara-se com os autos do Processo de nº , retratando uma Impugnação ao Valor da Causa, onde a alega que o valor da causa deve representar a real expressão monetária discutida em juízo, sendo que a empresa/impugnada visa desconstituir o lançamento tributário, cujo valor atingia, no mês de setembro/2003 - data do ajuizamento da ação, o montante de R\$ 28.957,93 (vinte e oito mil, novecentos e cinquenta e sete reais e noventa e três centavos), que atualizados, com base na taxa SELIC, atinge a cifra de R\$ 29.444,29 (vinte e nove mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e vinte e oito centavos), tal como foi liquidado pela contribuinte, com baixa do PTA. Destaca que, não obstante, foi atribuído à causa o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), sem guardar relação com o conteúdo econômico descrito no pedido de anulação do débito fiscal. Colacionando excertos jurisprudenciais, pugnou, enfim, pelo acolhimento da impugnação, para fixação do valor da causa em R\$ 28.957,93 (vinte e oito mil, novecentos e cinquenta e sete reais e noventa e três centavos), com o conseqüente depósito complementar das custas.

A impugnação veio acompanhada dos documentos de fls. 09/16.

Em sua réplica, a empresa/impugnada alegou, também em resumo e à guisa de preliminar, a intempestividade de instauração do incidente, já que deveria ter ocorrido o protocolo no prazo da contestação. No mais, afirma que a sustenta que o valor da causa deve representar a real expressão monetária discutida em juízo, com observância do PTA. Contudo, assevera que se trata de Ação Declaratória, onde se discute a legalidade do julgamento na via administrativa, não representando, assim, pleito objetivamente financeiro, já que não pretende receber quantia certa, dependendo, entretanto, do respectivo desfecho. Se postou, desta forma, pela improcedência do incidente.

Com vista dos autos, a impugnante se manifestou às fls. 23/25.

É, em síntese, o que se tinha a relatar,

D E C I D O:

Os processos se encontram em ordem, sem vícios aparentes a inquiná-los de nulidade, reclamando por desfechos, nos estágios em que se encontram.

Primeiramente, faz-se mister lembrar que várias unidades judiciárias, atualmente, até dispensam o envio de autos desta natureza para o Ministério Público, para evitar expedientes desnecessários, posto que o Parquet, como cediço, tem, sistematicamente, sustentado a desnecessidade de sua intervenção, tal como configurado, in casu, através dos expedientes de fls. 55/56.

No que tange à alegação de intempestividade da contestação, insta observar que, de fato, o mandado de citação foi juntado em 03/11/03 (fls. 35v), ao passo que a resposta foi protocolizada em 23/01/04 (fls. 38). Porém, cediço que a dispõe de prazo em quádruplo para contestar, consoante o disposto no art. 188 do Código de Processo Civil. Assim, com a superveniência das férias forenses, ocorreu a suspensão da contagem do prazo (CPC., art. 179), de forma que, desta maneira, não se pode cogitar da hipótese de contestação serôdia.

Já no que se refere a prefacial de perda de objeto, em razão do pagamento do débito, tem-se de reconhecer que por se tratar de uma “ação declaratória”, a suplicante tem o direito de pleitear uma decisão meritória, pois, se for o caso, poderá se valer de outras medidas judiciais, para tentar reaver aquilo que foi compelida a desembolsar.

Rejeita-se, pois, a preliminar.

Quanto ao mérito, contudo, vê-se que a requerente foi atuada pelo Fisco Estadual, sob alegação de que teria promovido a saída de mercadorias, simulando uma operação terceirizada, por conta e ordem de, localizada em, restando constatado, todavia, que se tratavam de mercadorias de sua própria produção, o que rebate, sob o argumento de que de eram apenas componentes de embalagens.

Após se insurgir administrativamente contra a ação fiscal, o egrégio Conselho de Contribuintes, através de sua 1ª Câmara de Julgamento, concluiu (sic):

“NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO - DIVERGÊNCIA - O conjunto de elementos constantes dos autos permite concluir que as mercadorias transportadas foram integralmente produzidas em

.... e que as notas fiscais que acompanhavam o transporte não refletiam a operação efetivamente realizada. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.” (fls. 26).

Ora, é forçoso reconhecer que a suplicante se descurou de seu ônus probante, sem conseguir elidir a ilação fiscal, através de meios próprios, de forma que deve prevalecer a presunção de liquidez e certeza do título executivo.

Com efeito, sem mais delongas, é óbvio que o inacolhimento da súplica vestibular é medida que se impõe.

Já que no se refere à Impugnação ao Valor da Causa, adota-se, primeiramente e por óbvio, os mesmos fundamentos que repeliram a alegação de intempestividade da contestação. Seguindo-se no incidente, ante de mais nada, faz-se mister frisar que, à minha ótica, se afigura absolutamente despiciendo o auxílio de louvado, tal como preconizado no art. 261 da Lei Instrumental, posto que, neste ponto, o Pretório Excelso já deixou pontificado (sic):

“O juiz pode, por convicção pessoal, independentemente da audiência de peritos, fixar o valor dado a causa e impugnado pelo réu” (in RF 257/193).

Como relatado alhures, a impugnante se insurge contra o valor atribuído à causa, sustentando que este, necessariamente, deve guardar relação com o valor discutido na ação principal.

Realmente, como sobejamente se sabe, nossos colendos colégios judiciários, neste particular, já deixaram assente, de forma ampla e iterativa, que o valor da causa deve sempre corresponder ao da ação.

A propósito, já foi assentado (sic):

“O legislador não outorgou, no art. 258 do CPC, arbítrio absoluto ao autor na atribuição do valor da causa. A estimativa do conteúdo econômico, mesmo que não seja imediato, deve corresponder, mais ou menos, ao benefício patrimonial buscado”. [(Do voto do Min. Américo Luz, rel. do ac. unân. da 6ª T. do TFR de 20.3.85, no agr.; RTFR 125/39) - (apud ALEXANDRE DE PAULA, in “Código de Processo Civil Anotado” - RT/SP/93 - 5ª ed., pág. 258)].

In casu, depreende-se que a demanda principal busca desconstituir uma exigência fiscal, cujo valor é muito superior àquele que foi atribuído à causa.

Portanto, é extreme de dúvida que o valor originariamente atribuído à causa difere, sobremaneira, da busca patrimonial perseguida, que não deve ficar limitado ao pequeno montante apontado na ação principal, devendo, assim, corresponder ao mínimo pleiteado pela autora/impugnada.

Ante tais considerações, e por tudo mais que dos autos consta, julgo IMPROCEDENTE a ação declaratória, carregando conseqüentemente à suplicante o ônus pelo pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios do ex adverso, que, sopesados os elementos do artigo 20º, § 3º, do Estatuto Processual Civil, arbitro no correspondente a 20% (vinte por cento) do valor da causa, que, rejeitando o incidente de Impugnação ao Valor da Causa, fixo em R\$ 28.957,93 (vinte e oito mil, novecentos e cinquenta e sete reais e noventa e três

centavos), devidamente atualizado, segundo tabela orientativa da egrégia Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Com o trânsito em julgado da presente decisão e solvidas eventuais custas, dê-se baixa e archive-se.

Com as cautelas de praxe,

P. R. I.

Belo Horizonte/MG, 14 de novembro de 2.006

EDSON DE ALMEIDA CAMPOS JÚNIOR

20º Juiz de Direito Auxiliar da Comarca de Belo Horizonte

- Mat. TJMG nº 1.206-2 -

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação declaratória – Inexistência de relação jurídico-tributária – Ex-sócio – Procedência do pedido		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Carlos Frederico Braga da Silva		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0024.09.576514-5	DATA DA SENTENÇA:	10/08/2010
REQUERENTE(S):	Antônio Carlos Ferreira da Silva		
REQUERIDO(S):	Município de Belo Horizonte		

Sentença

1. Suma do pedido.

O autor pediu a declaração da inexistência de relação jurídico-tributária e a conseqüente inexigibilidade dos débitos de taxas lançados em seu nome, mas em verdade ligados à Panificadora Kantim do Pão Ltda. Sustentou que transferiu as suas quotas da empresa em 2005 e que não pode ser responsabilizado pelo pagamento da dívida fiscal que o réu transferiu para o seu CPF. Juntou documentos (f. 10/78; 99/133).

2. Suma da resposta.

Sustentou a requerida que o autor deve ser considerado responsável pelas dívidas fiscais apuradas, porquanto não comunicou ao cadastro municipal a sua retirada da sociedade que integrava. Disse que deve prevalecer a presunção de certeza do título executivo.

3. Principais ocorrências.

As partes pediram o julgamento da lide na fase em que se encontra o processo (f. 140; 142).

4. Fundamentos.

Na relação pública e triangular de Direito Processual Civil as partes argumentam e o Juiz decide. A lei (1) determina ao Juiz que se limite a analisar e a resolver as questões postas à sua apreciação; pois, em realidade, a retórica constitui verdadeira arte a ser desempenhada pelos doutos advogados dos litigantes. Tanto que a jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder a todos os argumentos das partes, desde que fundamente sua decisão (2).

Constitui fato incontroverso nos autos que o autor se desligou da panificadora em 2005, bem como que as dívidas fiscais da mencionada sociedade foram transferidas para o CPF do requerente (f. 14 e 132).

Ora, a excepcional responsabilidade do ex-sócio administrador de sociedade limitada, no caso de restar configurada, decorre do estabelecido no ordenamento positivo, especialmente no art. 135 do Código Tributário Nacional, após rigorosa apuração. Assim, o sócio somente deve responder pelos débitos fiscais do período em que exerceu a administração da sociedade se ficar provado que agiu com dolo ou fraude. O mero inadimplemento tributário não enseja o redirecionamento da execução fiscal.

No caso em tela, a Fazenda não se desincumbiu do ônus de provar de que efetivamente o ex-sócio tenha atuado em infração ao art. 135 do Código Tributário Nacional, para que se pudesse imputar ao requerente a responsabilidade tributária. A transferência de responsabilidade tributária não é automática, como pretende o requerido.

Decidiu recentemente o egrégio STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 - FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO - REDIRECIONAMENTO - CONTRA SÓCIO - IMPOSSIBILIDADE - REPETITIVO - RESP 1.101.728/SP - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADES - ART. 135 DO CTN - REEXAME -SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.101.728/SP, Min. Teori Albino Zavascki, na sessão do dia 11.3.2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que a simples falta do pagamento de tributo não configura, por si só, circunstância que acarrete a responsabilidade subsidiária dos sócios.

2. O art. 9º da Lei Complementar n. 126/2006 requer a prática comprovada de irregularidades, apurada em processo administrativo ou judicial, para permitir o redirecionamento.

3. Somente as irregularidades constantes do art. 135 do CTN, quais sejam, prática de atos com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, são aptas a permitir o redirecionamento do processo executivo aos sócios.

4. Permitir o redirecionamento do executivo fiscal no caso de microempresas e empresas de pequeno porte sem a aplicação do normativo tributário é deturpar a intenção inculpada na Lei Complementar n. 123/2006: fomentar e favorecer as empresas inseridas neste contexto

5. In casu, o Tribunal de origem entendeu que não houve a comprovação da prática de nenhum dos atos constantes do art. 135 do CTN. Infirmar entendimento encontra óbice na Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido (3) .

Em especial apreça ao valor fundamental da segurança jurídica, submeto-me e acolho a orientação emanada da jurisprudência do Tribunal Superior que tem a atribuição de unificar a jurisprudência, no âmbito infraconstitucional.

5. Dispositivo.

Posto isso, julgo procedente o pedido inicial, da maneira como se encontra redigida a alínea “c” de f. 09.

O réu é isento de custas. Condeno o requerido a pagar honorários de advogado, que fixo em R\$ 1.000,00, com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 10 de agosto de 2010.

Carlos Frederico Braga da Silva

30º Juiz de Direito Auxiliar da Capital

NOTAS

1. Arts. 458 e 459, também do Código de Processo Civil. O Ministro Mário Guimarães, em seu útil livro "O Juiz e a Função Jurisdicional" lecionou: "Há de a sentença ser clara e concisa. Sem clareza, não há redação possível. Constitui essa a virtude primacial do estilo. Evite o juiz os períodos emaranhados, os circunlóquios, as divagações. Vá direto ao âmago da questão,

exponha-o em poucas palavras e resolva-o. Digressões, às vezes reveladoras de boa cultura, mas estranhas ao que interessa ao julgamento, cansam o leitor" (Forense, 1950, p. 359).

2. AgRg no REsp 1103848/RS, 1ª Turma, j. em 15/04/2010.

3. AgRg no REsp 1122807/PR, Relator o Ministro Humberto Martins, j. pela 2ª Turma em 13/04/2010, DJe de 23/04/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação declaratória - Inexistência de relação jurídico-tributária – Repetição de indébito – Indenização por dano moral – Antecipação de tutela – Cumulação de pedidos - Taxa de Conservação de Rodovia – Inconstitucionalidade – Procedência em parte dos pedidos		
COMARCA:	Itanhomi		
JUIZ DE DIREITO:	Anacleto Falci		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	05/07/2007
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	-		

Vistos, etc...

..... e, ambos qualificados nos autos, ajuizaram “Ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária c/c repetição indébita, indenização por danos morais e antecipação de tutela” em face do MUNICÍPIO DE (MG).

Alegaram, em abreviada síntese, que foram obrigados a pagar ao Município requerido a Taxa de Conservação de Rodovia, que seria inconstitucional, por não representar tal exação exercício regular do Poder de Polícia ou a utilização efetiva ou potencial de serviço público especificado e divisível.

Pediram a concessão da tutela antecipada, a citação do requerido, a procedência do pedido com a declaração da inexistência de relação jurídica, da inexigibilidade do pagamento e da repetição indébita em dobro, com correção monetária e juros SELIC e mais 200 salários mínimos como indenização por danos morais pelo pretium doloris experimentado pelos requerentes, além da condenação sucumbencial.

Requereram, também, a assistência judiciária, protestando pela produção de provas em geral. Deram à causa o valor de R\$1.614,25, juntando procuração e documentos às fls. 11/30.

A petição inicial é da lavra do Dr.

O requerente foi excluído da lide em decisão de fl. 83, sendo deferida a justiça gratuita ao outro demandante.

Citado, o Município requerido apresentou contestação às fls. 86/106, peça firmada pela Dra.

Alegou, em preliminar, a ilegitimidade do autor para reclamar direito de terceiros (..... e) e, quanto ao mérito, alegou a inexistência de qualquer constrangimento ou mesmo humilhação sofrida pelos autores, além de não ter provado a alegada indivisibilidade da taxa cobrada.

Protestou pela produção de provas e pediu a improcedência do pedido, impondo-se à parte autora os ônus da sucumbência.

A contestação foi impugnada às fls. 109/111.

Juntada de nova procuração pelo Município e de cópia da lei municipal que instituiu a exação às fls. 125/235.

Parecer do Ministério Público às fls. 238/239, manifestando-se pela desnecessidade de sua intervenção no feito.

Juntada do Código Tributário Municipal de Itanhomi (MG) e lei nº 58/93 (fls. 242/273).

É o relatório, no necessário.

DECIDO.

Feito em ordem, partes bem representadas.

Inexistem nulidades, estando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

O processo reclama julgamento antecipado, já que a questão debatida é exclusivamente de direito, qual seja, saber se a instituição, pelo Município requerido, da Taxa de Conservação de Rodovia atende aos preceitos constitucionais ou não, daí decorrendo eventual direito de repetir o indébito.

A preliminar erigida pelo Município, de que o autor não detém legitimidade para cobrar indébito tributário em favor de terceiros não merece prosperar, já que a questão restou superada com a decisão de fl. 83, que o excluiu da lide justamente por este argumento.

Quanto ao mérito, observa-se, inicialmente, que o referido tributo tinha previsão legal nos artigos 48 a 51 do Código Tributário do Município de Itanhomi (MG), aplicável ao então novel Município de (MG) por força do disposto na Lei Municipal nº 58, de 1993 (art. 4º), com a seguinte redação:

Art. 48. A Taxa de Conservação de Estradas tem como fato gerador a prestação efetiva, pela Prefeitura, de serviços, de conservação e manutenção de rodovias e caminhos Municipais.

Parágrafo único. Constituem serviços de conservação de estradas e caminhos Municipais dentre outros, os de patrolamento, encascalhamento, restauração de segmentos, alargamentos de leitos capeamentos de leitos e sua conservação, bueiros e proteção em barrancos e drenagem.

Art. 49. A Taxa de conservação de estradas e caminhos Municipais recai sobre todas as propriedades rurais que se beneficiarem com os serviços descritos no artigo anterior, sejam estas marginais ou dela se utilizarem, os respectivos proprietários, ou possuidores a qualquer título, em virtude de servidão ou passagem forçada.

Art. 50. A Taxa de conservação de Rodovias e caminhos Municípios será cobrada anualmente, à razão de 0,45% (quarenta e cinco centésimos por cento), sobre o valor de referência, por hectares.

Parágrafo único. O valor de referência a que se refere este artigo, é o que estiver em vigor no último dia útil do ano imediatamente anterior.

Art. 51. A Taxa de Conservação de Rodovias de que trata esta seção, será cobrada anualmente e terá como vencimento o dia 30 de Abril, com as mesmas sanções previstas no artigo 20 deste Código se não obedecido o prazo.

Vê-se, claramente, que a intenção do legislador municipal foi a de dotar os cofres da Prefeitura de fonte de recursos para a manutenção das estradas vicinais de responsabilidade do Município, à custa dos proprietários rurais lindeiros às respectivas “estradas conservadas”.

Todavia, ao fazê-lo, deveria ter atentado aos princípios de tributação contidos na Constituição da República, cuja observância é compulsória aos Estados e também aos Municípios.

Assim, por exemplo, só se pode criar taxa em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (art. 145, II da C.R. de 1988).

Ora, quando se ‘patrola’ ou ‘cascalha’ uma estrada vicinal, o benefício não é específico aos proprietários lindeiros e, muito menos, divisível, já que todos os munícipes, todos os cidadãos do Estado, todos os cidadãos do País e até mesmo os estrangeiros acabam se beneficiando do ‘patrolamento’ ou do ‘casalhamento’. Basta que passem pela referida estrada, o que não necessita de qualquer autorização do proprietário ou do Município, haja vista o direito constitucional de ir e vir.

A Prefeitura faz a melhoria na estrada, mas cobra apenas dos moradores (fazendeiros lindeiros), não dos utilizadores, portanto, não há equilíbrio econômico na prestação. Eu pago para você (motoristas em geral) usufruir do serviço.

Lembrando o Min. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, quando ainda honrava o Tribunal mineiro, é preciso esclarecer que o bem estar da população, de maneira ampla, é função primordial do Estado e deve ser custeado com o produto dos impostos.

Por outro lado, a taxa impugnada, na verdade, incide sobre a propriedade rural, pois tem como base de cálculo a quantidade de terras (nº de hectares) que cada proprietário lindeiro possui. Mas apenas a União está constitucionalmente autorizada a lançar tributo sobre a propriedade (não se disse ‘atividade’) rural (art. 153, VI da C.R. de 1988).

Neste sentido, inclusive é antiga a jurisprudência do STF, verbis:

A súmula nº 348 do STF, que admitia a cobrança da taxa, inclusive, restou superada pela súmula nº 595, do Excelso Pretório, que diz: “é inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base de cálculo seja idêntica à do imposto territorial rural”.

De outra banda, não se pode perder de vista que basta que um dos elementos componentes da taxa coincida com um dos elementos componentes do imposto para que a taxa seja considerada inconstitucional por ofensa ao disposto no art. 145, §2º da Constituição, que diz: “As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”.

Neste sentido, decidiu o Tribunal mineiro:

IDENTIDADE - BASE DE CÁLCULO - IPTU - O serviço de limpeza que materializa a ocorrência do fato gerador previsto na Lei Municipal nº 5.641/89 não contém os requisitos da especificidade e divisibilidade, e há coincidência, ainda parcial, das bases de cálculo da taxa de limpeza pública e do IPTU, pelo que ilegal se afigura a exigibilidade do tributo (TJMG - APCV - 7ª C. Cív. - Rel. Dês. Alvim Soares - J. 12.05.2003).

Também não se pode olvidar que uma obra pública (e a conservação/recuperação/reforma de estradas, dependendo do seu potencial, pode ser considerada obra pública a teor do disposto no art. 6º, I da Lei nº 8.666/93) que agrega valor às propriedades beneficiadas, autorizaria a exigibilidade de uma participação proporcional de contribuintes específicos no custo da obra, mas através de contribuição de melhoria (art. 145, III da C.R.) e não de taxa.

Ainda que estes argumentos não tenham sido bem esmiuçados na inicial, vê-se que a matéria atinente à constitucionalidade de norma pode ser conhecida ex officio pelo magistrado, no controle incidental.

A taxa vergastada, portanto, é inconstitucional, na medida em que utiliza componente próprio do ITR na sua base de cálculo (nº de hectares), não é específica e nem divisível e, ainda, poderia estar exigindo participação proporcional dos proprietários lindeiros em razão de obra pública, o que só se admite na contribuição de melhoria.

O autor logrou comprovar o recolhimento da indigitada taxa, como se vê do documento de fl. 17, pouco importando se o fez voluntária ou compulsoriamente, já que, como visto, a sua exigibilidade é inconstitucional.

Não incide, no caso, a incidência de dano moral, já que em momento algum ficou demonstrado e provado que o pagamento da quantia repetível, pouco mais de R\$300,00, trouxe qualquer dano psicológico ou comportamental ao autor. Aborrecimento? Talvez! Mas nada além do preço que devemos todos pagar para viver em sociedade.

Também não tem voga o pedido de repetição “em dobro” da quantia indevidamente paga. É que, nas relações tributárias, não existe previsão para tanto. O disposto no Código de Defesa do Consumidor (art. 42, parágrafo único), se este foi o entendimento do autor, é inaplicável no âmbito do Direito Tributário, já que entre o Fisco e o Contribuinte não existe relação de consumo.

Por fim, cumpre ressaltar que o pagamento indevido ocorreu em 09.12.2003 e a ação foi proposta em fevereiro de 2004, portanto, dentro do quinquênio legal (art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932).

A tutela antecipada rogada na inicial deve ser deferida parcialmente, ou seja, tão somente para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da taxa e a sua inexigibilidade perante o autor, mas a repetição do indébito deverá seguir a forma usual de execução contra a Fazenda Pública.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da cobrança da Taxa de Conservação de Rodovia exigida do autor pelo Município de/MG, bem como sua inexigibilidade inter partes.

Declaro, ainda, a inexistência de relação tributária válida entre as partes em relação ao referido tributo, concedendo a tutela antecipada, parcialmente, para o fim de proibir o Município de/MG de exigir do autor, novamente, o indigitado tributo sob pena de multa de R\$500,00 (quinhentos reais) em cada nova cobrança após o trânsito em julgado desta sentença.

Condeno, via de consequência, o Município de/MG a repetir o que indevidamente recebeu, ou seja, R\$330,75, incidindo juros de 1% a.m. e correção monetária pela tabela da CGJ/TJMG desde a data do pagamento. Estando o autor sob o pálio da assistência judiciária, não há custas ou honorários de advogado para serem ressarcidos ao mesmo.

Condeno o Município, finalmente, a pagar ao advogado do autor honorários de sucumbência que arbitro em R\$500,00 (quinhentos reais), levando em consideração, principalmente, o tempo de duração da demanda e o disposto no art. 20, § 4º do CPC.

Custas ex lege.

Não é caso de recurso ex officio (art. 475, § 2º do CPC).

P.R.I.C.

Itanhomi (MG), 05 de julho de 2007.

Anacleto Falci

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação declaratória – IPTU – Pagamento com redução do valor – Lançamento consoante decisão do tribunal - Procedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Carlos Frederico Braga da Silva		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0024.07.777230-9	DATA DA SENTENÇA:	01/02/2010
REQUERENTE(S):	Roberto Fonseca		
REQUERIDO(S):	Município de Belo Horizonte		

Sentença

1. Suma do pedido.

O autor pediu a declaração do seu direito de pagar o IPTU com a redução prevista no art. 3º da Lei nº. 8.291/01, a partir do ano de 2002, bem como o deferimento de liminar e a expedição de ofício ao órgão fazendário municipal, notificando-o sobre o dever de lançar o IPTU nos termos da decisão do TJMG sobre a matéria analisada neste processo, que já transitou em julgado. Também requereu a preservação da liminar e a condenação do réu a devolver, por compensação ou por devolução direta dos cofres públicos, os valores pagos a maior nos anos de 2003 a 2006, bem como eventuais pagamentos a maior em exercícios futuros, a ser apurado em sede de cumprimento de sentença, adotando-se a planilha de pagamento referente ao exercício de 2007. Sustentou o autor que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento do recurso nº. 1.0024.02.825174-2/001(1), reconheceu ao requerente a redução de IPTU que ele pleiteia; nada obstante, o Município descumpriu a ordem judicial e não lhe permitiu pagar o imposto conforme os termos do acórdão, motivo pelo qual ele propôs a presente demanda, uma vez que afirma ter o direito de pagar o IPTU da maneira assegurada pelo Poder Judiciário por decisão já transitada em julgado. Juntou documentos (f. 13/65).

2. Suma da resposta.

O requerido ofereceu a contestação de f. 70/72, peça processual na qual pede a improcedência do requerimento de ingresso e informa os valores que são devidos, em decorrência da redução postulada pelo autor.

3. Principais ocorrências.

A liminar não foi deferida.

O autor ofereceu a impugnação à contestação de f. 74/77 e reiterou os termos do pedido inicial.

A decisão de f. 79/80 delimitou o objeto da perícia e determinou a forma de produção da prova técnica, que se encontra às f. 92/110.

As partes tiveram a oportunidade processual para se pronunciarem.

4. Fundamentos.

O egrégio TJMG (1) deu provimento ao recurso do ora autor “para conceder ao apelante o benefício do art. 3º da Lei. 8.291/01, restituindo-lhe a quantia paga a maior, corrigida pelos mesmos índices de correção, adotados pelo Município-apelado” (...). Entendo que não cabe a este sentenciante restringir a aplicação do fundamento jurídico contido no acórdão, mas, sim, dar eficácia plena ao dispositivo.

O eminente Juiz Titular, ao proferir a decisão de f. 79/80, assim se pronunciou: “O art. 3º da Lei nº. 8.291/2001 instituiu verdadeira redução (e não desconto) no IPTU em relação ao ano de 2002. Se houve redução do tributo, essa redução deve ser respeitada nos anos subseqüentes. Ademais, os Decretos que definem o lançamento do IPTU nos anos subseqüentes contemplam a sua aplicabilidade”. Não houve recurso contra a mencionada decisão e as partes têm direito à estabilização da relação processual e à segurança jurídica, porquanto o direito a reger a matéria posta à apreciação do Poder Judiciário já está definido.

Adiciono que na contestação o Município já afirmou quais seriam os valores dos descontos propostos ao requerente. Ainda, o requerido não se insurgiu contra as quantias apuradas na perícia produzida neste processo, conforme a certidão de f. 113-v. Assim, face ao conteúdo das duas decisões judiciais mencionadas nos parágrafos anteriores, bem como considerando a ausência de impugnação específica por parte do réu, a conclusão imperiosa é que não há pretensão resistida nestes autos, tendo sido reconhecido o direito do autor de obter o pedido apresentado.

5. Dispositivo.

Posto isso, julgo procedente o pedido do autor, exatamente como se encontra redigido à f. 11, condenando o réu a devolver o que foi pago a maior nos anos mencionados no requerimento de ingresso, a ser apurado em cumprimento de sentença, que deve observar os comandos da perícia já produzida neste processo, bem como ser acrescido de correção monetária desde a data do efetivo desembolso, com base na tabela da Corregedoria Geral de Justiça, e de juros de mora de 0,5%, a partir da citação.

Condeno o réu a pagar honorários de advogado ao patrono do requerente, que fixo em R\$ 2.000,00, com base no art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.

Custas, pela lei.

Após o prazo para o recurso voluntário e respectiva resposta, submeto os autos ao reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 01 de fevereiro de 2010.

Carlos Frederico Braga da Silva

30º Juiz de Direito Auxiliar da Capital

NOTAS

1. 1.0024.02.825174-2/001(1) Numeração Única: 8251742-64.2002.8.13.0024, Relator o Des. Nepomuceno Silva, j. em 10/11/2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação declaratória – IPVA – Progressividade – Veículo usado - Alíquotas diferenciadas - Improcedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Edson de Almeida Campos Júnior		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	04/12/2006
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	Estado de -		

SENTENÇA

Vistos, etc...

..... e, qualificados às fls. 02, por intermédio de advogado regularmente constituído, conforme instrumentos de mandato de fls. 33/34, ingressaram em juízo, propondo ação cognominada de ação declaratória, contra o ESTADO DE, aduzindo em apertado resumo que, sendo contribuintes do IPVA - como proprietários de veículos usados - estão sujeitos, para o ano de 2000, a tabela de valores (valor venal) editada por Resolução da Fazenda, esta em cumprimento a normas legais que, neste particular, contrariam a legalidade prevista na Lei e na Constituição Federal (art. 150), além de haver sido editada, pela Lei Estadual, progressividade do IPVA, que constitui imposto real, portanto insuscetível de progressividade, pelo que pretendem, inclusive liminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela, de modo que sejam subtraídos do alcance do tabelamento administrativo e da progressividade. Solicitaram os benefícios da justiça gratuita, a qual foi deferida. Requereram, enfim, a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da progressividade das alíquotas de IPVA, condenando-se o suplicado nos consectários da sucumbência

Além dos ante mencionados instrumentos de mandato, a inicial veio também instruída com os documentos de fls. 15 usque 32 e 36 usque 39, com pedido de justiça gratuita, deferida às fls. 47.

Por força da r. decisão de fls. 42/46, foi indeferido o pedido de liminar.

Regularmente citado, conforme certificado às fls. 48v, o Estado de apresentou a contestação de fls. 50/60, alegando também em síntese, a legalidade das alíquotas diferenciadas do IPVA

Réplica às fls. 61.

Em fase de especificação de provas, o autor dispensou sua produção, e o suplicante se manteve silente.

Sobreveio, então, o despacho de fls. 85, dando por encerrada a fase instrutória e facultando-se a apresentação de alegações finais, sob forma de memoriais.

Memoriais apresentados às fls. 66/72 pelo autor e às fls. 74 pelo suplicado.

É, em síntese, o que se tinha a relatar,

D E C I D O:

O feito se encontra em ordem, sem vícios aparentes a inquiná-lo de nulidade, reclamando por um desfecho, no estágio em que se encontra, aplicando-se-lhe, pois, a norma cogente do artigo 330, II, do Estatuto Processual Civil; até porque, como relatado alhures, as partes foram instadas a especificar provas, quando, de uma forma ou de outra, deixaram claro que é mesmo o caso de julgamento conforme o estado do processo.

Primeiramente, faz-se mister lembrar que várias unidades judiciárias, atualmente, dispensam o envio de autos desta natureza para o Ministério Público, para evitar expedientes desnecessários, posto que o Parquet, como cediço, tem, sistematicamente, sustentado a desnecessidade de sua intervenção.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por proprietários de veículos automotores usados.

A ação se dirige contra a iminência de incidência do IPVA relativamente aos veículos cuja propriedade comprova-se nos autos (fls. 15 e segs.).

Dúplice, o fundamento do ajuizamento.

O primeiro argumento constitui-se da alegação de que seria progressiva a sistemática, adotada pelo Estado de, para a fixação de alíquotas quantificadoras do imposto, progressividade que, visando gravar exação relativa a imposto tipicamente real, estaria ferindo postulado da Constituição da República, na exata medida em que incompatível exercício de tributação real com proporcionalização de capacidade econômica de contribuintes.

Além disso, a sistemática adotada em, dita de alíquotamento progressivo para o IPVA, estaria ferindo isonomia constitucional, ao permitir tratamento diferenciado - e favorecedor - a "...contribuintes que se encontram em condições tributárias isonômicas..." (fls. 08, "in verbis").

O derradeiro argumento, considerado, de igual modo, na inicial, com competência invulgar (fls. 10), é o de que mero ato administrativo-executivo - de obrigatória natureza vinculada (à lei) -

não resumiria o poder de estipulação da base de cálculo do IPVA.

Eleitos, assim, estes dois tópicos-chave da arguição de lesividade iminente, passamos à abordagem respectiva, nos correspondentes itens seguintes.

A ALEGADA PROGRESSIVIDADE

Bem examinada a norma legal combatida - Lei 14.937/03 e seu art. 10 - ver-se-á, com facilidade e “a contrario sensu” da douda alegação vestibular, que, em definitivo, não se institui, nela, qualquer progressividade de alíquotamento, no sentido estrito em que a progressão acha-se considerada pelos limites definidos e autorizados na Constituição, ou, como critério diferenciador, para tributos de natureza pessoal, da capacidade contributiva correspondente (art. 145/CF).

Explica-se.

O pressuposto fático da aferição de incidência ou não da progressividade - e de sua conseqüente sustentabilidade jurídica, frente aos limites em que a autoriza o Texto Maior - reside na detecção de um conjunto de elementos que integram a exação e que não se situam na pura identificação tópica de níveis do alíquotamento, ou, das alíquotas diferenciadas, em si.

Noutras palavras, não se pode, pena de se partir de premissa fática equívoca, intuir a progressividade pela mera visualização de alíquotas diversas.

Não está na exclusiva quantificação diferenciada de alíquotas o “punctum” definidor, isolado, da progressividade programada para a exação.

Há que se aferi-la segundo o “modus” pelo qual atrelados a alíquotas diferenciadas os restantes elementos da tributação, de modo a se saber se, de fato, estar-se-á programando mera quantificação (por “layers”) de um mesmo fato gerador, através do exclusivo alargamento da base de cálculo e da diferenciada aplicação, sobre ela, de alíquotas diversas.

Há, em suma, que se pesquisar, com segurança e objetividade, o concreto e possível alcance da norma de incidência, a fim de se saber, antecipadamente, se, por ela - e pela “programação” abstrata, que propugne, quanto aos níveis (“layers”) de alíquotamento - está-se projetando e visando estratificar capacidade contributiva em relação a contribuintes sujeitos a mesma incidência.

Não será, obviamente, alcançada a dedução desta progressividade, ou, desta seletividade por camadas de capacidades contributivas, pela aglutinação, sob mesmo prisma apreciativo, de fatos imponíveis inconfundíveis, ou diversos.

Se distintos os fatos que autorizam a exação, diversa a tributação sobre cada um, e inaplicável o conceito da progressividade do alíquotamento.

Diz-se, isso, porque, se, por um lado, o fato gerador, em tese, do IPVA, resume-se na propriedade, ou no “status” dominial, “in genere”, de veículo automotor, como pressuposto da exação possível, não se completará a lógica - da norma legal que define e especifica os

lindes desta incidência - sem a identificação da especificidade dominial que a mesma norma legal edita para a exação.

“Propriedade de veículo automotor” - art. 1º da Lei 14.937/03 - sintetiza, pode-se afirmar sem pêjo, gênero de liame jurídico-dominial, cujo objeto, a exprimir e completar, aí, sim, o fato, ou, o conteúdo material do vínculo que o valor semântico-jurídico da expressão “propriedade” apenas prenuncia, se tornará identificável com a junção das especificidades definidas para cada “veículo automotor”.

Não sendo materialmente factível ou possível a pré-identificação do objeto da abstrata “propriedade de veículo automotor”, pela própria variedade e inumerável especificidade deste conteúdo material de relação dominial, parece-nos claro, claríssimo aliás, que o fato imponible, a autorizar a exação pelo IPVA, somente restará exaurido e identificado mediante vinculação que se faça do “status” dominial (a “propriedade de veículo automotor”) com a “specie” a que corresponda.

Há, portanto, reminiscência de definição do fato gerador do IPVA no próprio dispositivo que se habilite, como se habilita o art. 10 da norma estadual mineira, a, nominalmente, definir-lhe “as alíquotas” - art. 10, da Lei 14.937/03 - posto que, neste, não se limitou o legislador estadual à pura identificação de genérico “quantum” percentual para alíquotamento, mas à objetiva correspondência daquela quantificação a modelos e especificidades de cada “veículo automotor”.

Nisto,, terminou o editor da lei por adequar, ali, cada nível de alíquota a correspondente “status” dominial, ou, a equivalente fato imponible inconfundível (a propriedade específica de modelos e tipos de “automotores”).

Não está, portanto, na seleção das alíquotas a diferenciação ou a estratificação programada, na norma, para a tributação.

Está, sim, no exato tratamento diferenciado que ela confere a também diferentes fatos geradores - a propriedade de cada tipo/modelo dentre os vários tipos/modelos de automotores - a razão, lógica e visível, da programada estratificação das diversas alíquotas.

Desse modo, em relação à propriedade de mesmos modelos/tipos (leia-se, mesmo quadrante de contribuintes, que tenham tipificados domínios “de veículo automotor” sob mesma especificação, dentre as que se discriminam nos incisos “I” a “VII” do art. 10 da Lei 14.937/03) não há qualquer diferenciação de alíquotas, ou programação de progressividade atrelada a aumento de bases de cálculo.

Dizer, por exemplo, como a lei o diz em relação a automóvel, que será de “quatro por cento” a alíquota para a (“propriedade”) de “automóvel” -inciso “I”, do citado art. 10 - e de “dois por cento” para a (“propriedade”) de “automóvel...que possuam autorização para transporte público rodoviário de passageiros comprovada mediante registro no órgão de trânsito na categoria “aluguel”” - inciso “VII”- não equivale, claramente, a tratamento de um mesmo fato.

Ou se considera - como, razoavelmente, se deve considerar, à luz da clareza do próprio fenômeno - diversos os automotores e respectivas tipologias (cilindradas, capacidades,

utilidades, etc.), conseqüentemente os variados estados dominiais que sobre eles incidam, e, nesta exata diferenciação, se tenha a estratificação, conseqüente, de fatos geradores que autorizem a tributação respectiva (os estados dominiais diferenciados por qualificação dos fatos), ou, se tentará iníquo tarefa, de unir, sob um só prisma jurídico, realidade tecnológica e dinâmica absolutamente inconciliável.

Haver-se-á, nesta inglória tentativa cognitiva, de fundir, sob categorização de mesmo evento-tipo, e com o objetivo de submetê-las, a todas - com escárnio da coerência lógica que deve haver entre a análise do fato e a sua formatação jurídica - propriedades de veículos os mais diversos: camionetes, motocicletas, etc.

Se se chegar a tanto, aí, sim, concordo, poder-se-á cogitar de alíquota unificada para a tributação, pelo IPVA, inobstante diferentes as propriedades (de motocicletas, de camionetes, de veículos “de passeio”, etc.).

Não foi, todavia, a opção do legislador estadual, que, parecendo-nos fiel à lógica dos fatos, deu-lhes tratamento quantitativo proporcional e equânime, tributando, por alíquota correspondente, diferentes “status” dominiais a que correspondam.

Se isonomia sintetiza o normativo tratamento que deve ser dispensado de forma igual apenas aos iguais, e, desigual, aos desiguais, parece-nos desigualmente tratados, no objurgado art. 10 aqui enfocado, desiguais vínculos dominiais que se estabelecem, na atualidade, sobre os não menos variados tipos e característicos que definem os “veículos automotores”.

Não há, portanto, no citado dispositivo, progressividade de alíquotas, que viole a característica real do IPVA, que prossegue, respeitadas as diferentes categorias do fato que o autoriza, submetido a uma mesma alíquota, cuja base de cálculo se faz pré-definida e insuscetível de alargamento diferenciador dos respectivos contribuintes.

Não fundir o conceito da progressividade de alíquotas com o da diferenciação de alíquotamentos por níveis diferenciados de fatos imponíveis mostra-se, “data vênua”, imprescindível vetor para o exame do primeiro fundamento da impetração presente.

E, em desacordo com o mesmo, tenho-o por improcedente, conseqüentemente, os argumentos formulados na inicial.

Ilegalidade do Arbitramento da Base de Cálculo.

A ação ainda impugna a sustentabilidade da norma administrativa - Decreto Lei do Estado de (Dec. Lei 43.709 de 23 de dezembro de 2003) - que, cumprindo disposição da Lei 14.937/03 (art. 7º, § 2º), atribuiu à Secretaria da Fazenda a arbitração da base de cálculo para incidência do IPVA.

Diz-se que, à guisa de identificar, como formalmente lhe impunha a lei, o “valor venal do veículo”, o Decreto teria desbordado dos limites que lhe são superiormente arbitrados (pela lei e pela Constituição), posto que ao Executivo não seria dado fixar o “quantum” definidor da incidência, missão reservada à Lei.

Inobservado o princípio da legalidade, o Decreto executivo estaria, então, majorando, ilegalmente, tributo.

Este, o derradeiro ponto debatido.

Com amparo da legalidade, a administração pública terá alçado prerrogativa de arbitramento da base de cálculo que define o “valor venal” dos veículos automotores usados, ou, “a contrario sensu”, não se lhe pode entregar, ainda que por formal disposição de lei estadual, tamanha discricionariedade, por limites impostos, no Texto Maior, para o poder de tributar?

Estará legitimado o direito, líquido e certo, do contribuinte que implementa o fato gerador daquela específica exação - o domínio do veículo usado - de manejar, diretamente, a ação contra a norma meramente executiva?

Conquanto respeitabilíssima a douta visão do julgado referenciado na inicial, não se expressa por ela, por ora, a predominante tendência dos julgamentos pátrios acerca desta mesma questão, que vão em sentido frontalmente contrário, dos quais são exemplos:.

“....ApCv nº, Rel. Juiz Sérgio Rodrigues, j. 02.05.2000, do TJPR; e o MS nº, Rel. Desemb. Antônio Eduardo F. Duarte, reg. 04.10.2000, do TJPR.

AGRAG nº-SP, do SupremoTribunalFederal,:

“Não se pode ter por violador do princípio da anterioridade o lançamento do IPVA que toma por base de cálculo o valor do veículo fixado segundo critério estabelecido em lei vigente para o exercício em que providência haveria de ser posta em prática, por meio de ato das autoridades administrativas.” (Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 10.09.95).”

No mesmo sentido, acórdão Proferido pela 5ª Câmara Cível do TJMG, que registra não se poder falar:

“em lesão ao princípio da legalidade, pois o imposto ora em discussão - IPVA - foi instituído pelo Estado de pela Lei n. 9.119/85, tendo sua base de cálculo sido definida como o valor venal do veículo, devendo ser apurada nos termos do Parágrafo único do art. 2º da referida Lei. Para tanto, não se é de exigir lei para a fixação dos valores da Tabela, sendo perfeitamente cabível que, através de Resolução, se apure os valores a serem publicados, nos termos do Parágrafo único da Lei 9.119/85, fixando o valor concreto de cada veículo” (ApVv nº, Desemb. BADY CURTI, j. 12.06.97).

E, ainda:

“TJDF, MS nº-DF, rel. Desemb. Hermenegildo Gonçalves, j. 28.05.93; TJPR.ApCv, Rel. Desemb. Pacheco Rocha, j. 25.08.98; STJ: RMS nº- RJ, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. 03.06.91; RESP nº-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 21.08.95 e AGA- SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 21.10.96.:

O STJ:

“Indicando a lei a base de cálculo, com todos os elementos necessários, não há que se falar em desobediência ao princípio da legalidade” (RMS), “Se a tabela que fixou os valores dos

carros usados destoa do que eles efetivamente no mercado, não é este (o mandado de segurança) o meio processual para apura-lo.” (RMS nº-SP).

Tratando-se de delegação - formal - da Lei Estadual, ao Executivo, para o arbitramento do “valor venal” que enseja a base sobre a qual aplicável a alíquota do IPVA, e fixando a lei todos os passos, dentro dos quais se deverá implementar o arbitramento administrativo deste “valor” em relação a veículos usados, torna-se seguro que o controle da legalidade estrita do procedimento do lançamento se permitirá, antes, na própria sede administrativa, junto à qual se assegura, em prazo razoável, ampla oportunidade de defesa contra os critérios e valores lançados na tabela, e cuja observância determina a lei.

A lei, portanto, conduz e confere os elementos substanciais de formação da base, ou, de informação do “valor venal”, cujo “quantum debeatur” será alcançado, este sim, por edição administrativa, mas cujo exercício estará a própria lei a delegar ao Executivo, que, a cumprindo com fidelidade aos ditames legais, realizará, antes, a vontade do legislador e não a sua, discricionária ou livre, pelo que, “a contrario sensu”, não o fazendo, irá se sujeitar a debate e impugnação do critério, na própria sede administrativa, sem o que, pacificamente, não se poderá reconhecer, a contribuinte, o direito (líquido e certo) a acionamento judicial, contra a mera edição da tabela, ou, o exclusivo exercício da competência legalmente delegada ao administrador (sob argumento de não receber ela guarida legal).

Estou, em suma, em que, no mérito, o Decreto objurgado mostra-se consentânea, formal e materialmente, com as normas públicas que lhe são superiores.

Com efeito, sem mais delongas, urge reconhecer que o inacolhimento da súplica vestibular é medida que se impõe.

Ante tais considerações, e por tudo mais que dos autos consta, julgo IMPROCEDENTE a ação, carregando conseqüentemente aos autores o ônus pelo pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios do suplicado, que, sopesados os elementos do artigo 20º, § 3º, do Estatuto Processual Civil, arbitro no correspondente a 10% (dez por cento) do valor da causa, devidamente atualizado, segundo tabela orientativa da egrégia Corregedoria de Justiça do Estado de; isentando-os das referidas despesas, por estarem amparados pelos benefícios da justiça gratuita.

Com o trânsito em julgado da presente decisão dê-se baixa e archive-se.

Com as cautelas de praxe,

P. R. I.

Belo Horizonte/MG, 04 de dezembro de 2006

EDSON DE ALMEIDA CAMPOS JÚNIOR

20º Juiz de Direito Auxiliar da Comarca de Belo Horizonte

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação declaratória – ISS – Laboratório – Base de cálculo – Incidência sobre o faturamento – Sociedade empresária - Improcedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Carlos Frederico Braga da Silva		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0024.07.807211-3	DATA DA SENTENÇA:	18/02/2010
REQUERENTE(S):	Patologia Clínica Dr. Geraldo Lustosa Cabral Ltda.		
REQUERIDO(S):	Município de Belo Horizonte		

Sentença

1. Suma do pedido.

A requerente pediu que fosse declarada a “inexistência de relação jurídica entre a Autora e o Réu (ação declaratória negativa), que obrigue a primeira ao pagamento do ISS ao Município Réu calculado com base no faturamento, devendo, sim, continuar a recolhê-lo com base nos valores fixos, conforme determinado pelo artigo 9º, § 3º, do DL 406, de 1968, e pelo caput do artigo 13 da Lei Municipal nº. 8.725, de 2003, atualmente em vigor (correspondente ao caput do artigo 50º da Lei nº. 5.641, de 1989, na redação da Lei nº. 8.147, de 2000); bem como, em consequência, que sejam declarados nulos os Autos de Infração nºs. 004.732-A e 004.733-A, veiculadores de exigências decorrentes daquela obrigação inexistente” (sic., f. 25). Aduziu que se trata de sociedade médica que faz jus ao regime exceptivo de recolhimento de ISSQN, conforme descreveu na petição inicial, especialmente porque já há coisa julgada no seu caso, uma vez que a sua tese foi considerada adequada no julgamento do Mandado de Segurança nº. 0024.95.021664-8, cuja sentença foi confirmada pelo TJMG ao apreciar julgamento da Apelação Cível nº. 68.076-9. Juntou documentos (f. 27/158).

2. Suma da resposta.

O Município réu sustenta a não caracterização da requerente como sociedade de profissionais, porquanto a autora está organizada sob a forma empresarial, possui quinze filiais e apenas três sócios, tornando clara a impessoalidade na prestação dos serviços. Disse que uma das sócias da autora é médica e a outra é dentista. Argumentou que a apuração feita pessoalmente pelos fiscais concluiu pelo caráter empresarial da autora. Pediu a aplicação do fundamento jurídico contido no enunciado da Súmula 239 do STF. Requereu a improcedência do pedido inicial e juntou documentos (f. 177/193).

3. Principais ocorrências.

A autora impugnou a contestação e reiterou o pedido inicial (f. 195/203).

A decisão de f. 220/221 deliberou pela realização de perícia e ofereceu quesitos.

A prova técnica se encontra às f. 249/310.

As partes tiveram a oportunidade de se manifestarem sobre o laudo e de apresentarem razões finais. O memorial da autora se encontra às f. 318/327.

4. Fundamentos.

No que diz respeito à alegação de coisa julgada, aplica-se o fundamento jurídico contido no enunciado da Súmula 239 do Excelso Tribunal (1) .

A autora juntou aos autos a cópia de contrato social de f. 86, revelando que está organizada sob a forma de responsabilidade limitada, bem como que possui quinze filiais em Belo Horizonte (confira-se à f. 268). É intuitivo que os sócios da requerente não podem prestar serviço individualizado em tantos endereços e que a autora, portanto, está organizada sob a forma de sociedade empresarial.

A perícia apurou que uma das sócias é médica e a outra é dentista, bem como que existe a contratação de terceiros para elaboração de exames e procedimentos definidos como raros e especializados. A organização da autora é típica de empresa e não se trata de prestação de serviço uniprofissional. Reporto-me à conclusão atingida à f. 271.

Ora, a sociedade civil somente faz jus ao benefício previsto no artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68 desde que preste serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial (2). No caso, o pedido inicial colide com a orientação traçada pelo STJ, cujo entendimento é no sentido de que, para a empresa ter direito ao benefício entabulado no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 406/68, deve, necessariamente, prestar serviço de forma uniprofissional, hipótese que não se coaduna com o regime da sociedade limitada, dado o caráter empresarial de que se reveste este tipo social (3). Assim, em especial apreço ao valor

fundamental da segurança jurídica adoto, como razão de decidir, o fundamento jurídico contido nos enunciados da jurisprudência mencionada neste decisório. Considero que a questão já está bem sedimentada e que a melhor solução é fazer prevalecer o entendimento já assimilado pelo Tribunal Superior responsável pela unificação da jurisprudência em âmbito infraconstitucional.

5. Dispositivo.

Posto isso, julgo improcedente o pedido inicial, condenando a autora a pagar as custas processuais e os honorários de advogado do patrono do réu, que fixo em R\$ 3.000,00, com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2010.

Carlos Frederico Braga da Silva

30º Juiz de Direito Auxiliar da Capital

NOTAS

1. Súmula nº 239: Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.

2. REsp 855483/PR, Relator o Ministro Luiz Fux, j. pela Primeira Turma em 05/08/2008, DJe 11/09/2008; AG 458.005-PR, DJ de 04.08.2003, Rel. Min. Teori Zavascki; RESP 456.658-ES, DJ de 19.12.2003, Rel. Min. Franciulli Netto; RESP 334.554-ES, DJ de 11.03.2002, Rel. Min. Garcia Vieira.

3. REsp 796134/MG, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, j. pela Segunda Turma em 15/10/2009, DJe 28/10/2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação declaratória – Repetição de indébito – Cumulação de pedidos – IPTU - Entidade religiosa – Imunidade tributária – Imóveis locados a terceiros - Improcedência		
COMARCA:	Conceição do Mato Dentro		
JUIZ DE DIREITO:	Haroldo Pimenta		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	05/05/2008
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	-		

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

A, representando a Paróquia, com sede em, promove a presente ação em desfavor do MUNICÍPIO DE, intitulada "ação declaratória c/c condenatória" visando ao reconhecimento da imunidade constitucional prevista no art. 150, VI, b, e § 4º, da Constituição da República, bem como a restituição dos valores pagos a título de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) nos últimos cinco anos.

Como causa de pedir, sustenta a autora que é entidade de cunho religioso e assistencial e, nessa condição, requereu administrativamente que o réu reconhecesse a imunidade tributária em relação aos imóveis urbanos de sua propriedade para, abster-se de efetuar a cobrança do IPTU em relação a tais bens e também para restituir-lhe os valores pagos indebitamente.

Contudo, narra a autora que não recebeu qualquer resposta da administração municipal, afigurando-se, pois, necessária a outorga da tutela jurisdicional que supra o silêncio administrativo e reconheça plenamente o direito subjetivo da demandante.

Afirma a autora que a regra de imunidade prevista no art. 150, VI, b, e § 4º, da Constituição da República, na esteira da interpretação que lhe empresta o Supremo Tribunal Federal, deve abranger "não somente os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços" que tenham pertinência com as finalidades essenciais das entidades beneficiadas.

A inicial veio instruída com documentos (fls. 12-50).

Exarado despacho positivo e deferido o pedido de justiça gratuita (fl. 53), o réu foi devidamente citado (fl. 55-v), apresentando contestação tempestivamente (fls. 56-60).

Em sua resposta, sustenta o réu que não efetuou a cobrança de IPTU sobre o imóvel da autora nos últimos cinco anos; contudo, entende a municipalidade que "os imóveis destinados a aluguel não deverão ser abrangidos pela imunidade". Ao final, clama pelo julgamento de improcedência dos pedidos.

A contestação veio instruída com documentos (fls. 62-64).

Determinada às partes a especificação de provas a produzir, o réu requereu o depoimento pessoal da autora e a produção de prova testemunhal (fl. 66). A autora nada requereu.

Em audiência de instrução e julgamento, o réu desistiu da produção de provas, abrindo-se prazo sucessivo para apresentação de memoriais (fl. 80).

Em sua manifestação final, a autora (fls. 82-84) afirma que possui cinco imóveis na zona urbana do Município de, devidamente descritos à fl. 83, devendo todos gozar da imunidade constitucional.

Por sua vez, o réu, em sua manifestação final, insiste que a regra constitucional da não incidência não pode contemplar os imóveis destinados à locação, cessão, arrendamento, "ou qualquer outra espécie de negociação".

II - FUNDAMENTAÇÃO

Postula, em síntese, a autora seja declarada a imunidade constitucional prevista no art. 150, VI, b, e § 4º, da Constituição da República em relação a todos os seus imóveis situados no Município de, reconhecendo-lhe, pois, que tais bens são intributáveis pelo IPTU, devendo, outrossim, o réu restituir os valores pagos a esse título no último lustro.

Em cumulação sucessiva de pedidos, a autora postula a declaração da imunidade e a repetição do indébito tributário que contravém ao benefício constitucional. Análise primeiramente o pedido declaratório.

O fundamento da imunidade constitucional em discussão é a tutela da liberdade religiosa, evitando que o exercício da competência tributária interfira no elementar direito de crença do indivíduo e da coletividade.

Como bem afirma Ricardo Lobo Torres:

A intributabilidade prevista no art. 150, VI, b, garante o direito fundamental declarado no art. 5º, item VI: torna "inviolável a liberdade de consciência e de crença", assegura "o livre exercício dos cultos religiosos" e protege "os locais de culto e suas liturgias" (Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239, v. III).

A interpretação literal da regra constitucional implica que a intributabilidade abranja apenas os "templos" em que se realizam os cultos religiosos. No entanto, a regra imunizante vem sendo interpretada com algum elastério, para alcançar não apenas os templos, mas também os

prédios anexos, a abadia, a casa paroquial e assim por diante, todas as dependências que sirvam às finalidades do templo.

Ora, considerando que o réu não controverte sobre a incidência da regra imunitária em se tratando de imóveis da autora destinados aos cultos religiosos, dentre os quais se incluiriam, em princípio, todos os imóveis elencados pela autora à fl. 83 com exceção do penúltimo, o ponto central da divergência é a abrangência ou não pela imunidade constitucional dos imóveis destinados à locação.

Antes de prosseguir, ressalvo que, nem a autora nem o réu produziram provas acerca da existência de imóvel pertencente à e localizado no Município de que seja atualmente objeto de locação.

Porém, isso não impede o exame meritório do processo, porquanto o que almeja a autora é pura e simplesmente obter a declaração de que todos os seus imóveis, inclusive os eventualmente alugados ou a alugar, estão protegidos pela regra da não incidência tributária.

Feito o esclarecimento, entendo que a autora não tem razão. A norma constitucional em questão não tem a amplitude hermenêutica pretendida pela autora.

Transcrevo o dispositivo constitucional para melhor análise:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

b) templos de qualquer culto;

§ 4º. As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

A regra imunizante tem por núcleo semântico a expressão "templos de qualquer culto"; é claro que o benefício tributário não é titularizado pelo "templo", mas pela pessoa jurídica em cujo patrimônio ele se encontra. Assim, ensina Roque Carraza que caso não cerceasse a norma constitucional o poder de tributar em casos tais:

Sobre o imóvel onde o culto se realiza incidiria o imposto predial e territorial urbano (IPTU); sobre o serviço religioso, o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS); sobre as esmolas (dízimos, espórtulas em dinheiro etc.), o imposto sobre a renda; sobre a aquisição de bens imóveis, o imposto sobre a transmissão "inter vivos", por ato oneroso, de bens imóveis (ITBI); e assim por diante (Curso de direito constitucional tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 716-717).

Contudo, o § 4º do art. 150 da Constituição da República não pode ser interpretado no sentido de que a imunidade abrangeria também os imóveis eventualmente alugados pela autora. A uma porque isso seria fazer tábula rasa da expressão "templos de qualquer culto" prevista no art. 150, VI, b, que, como se disse, é o núcleo semântico da regra imunitória. A duas porque,

segundo a técnica legislativa, a que não deve, em princípio, destoar a atividade interpretativa, o parágrafo apenas exprime uma idéia complementar em relação à regra já enunciada pelo texto legal.

Além de não autorizada textualmente, a concretização da finalidade tutelada pela norma constitucional não exige que se empreste à norma em discussão semelhante amplitude, sob pena de converter a imunidade em privilégio fiscal, violando-se o princípio da isonomia.

Não é outra a convicção da melhor doutrina. Preconiza o já citado Roque Carraza:

De qualquer modo, a imunidade não se estende às rendas provenientes de alugueres de imóveis, da locação do salão de festas da paróquia, da venda de objetos sacros, da exploração comercial de estacionamento, da venda de licores, etc. ainda que os rendimentos assim obtidos revertam em benefício do culto. Por quê? Simplesmente porque estas não são funções essenciais de nenhum culto. Com efeito, nenhum culto existe para, v.g., fabricar e vender bebidas alcoólicas. As atividades espirituais não se coadunam com tais práticas, que, posto lícitas, têm objetivos nitidamente temporais (op. cit. p. 719).

Em sentido similar, Sacha Calmon Navarro Coêlho ensina:

Imune é o templo, não a ordem religiosa. Esta pode gozar de isenções quanto a seus bens, rendas, serviços, indústrias e atividades, se pias, caritativas, filantrópicas. Tal, porém, constitui ordem diversa de indagação, matéria estranha ao tema imunitário. Dependerá aí a isenção do prudente alvedrio do legislador federal, estadual e municipal, conforme seja o tributo. No mesmo sentido, Pontes de Miranda.

No que diz respeito ao IPTU, não podem os municípios tributar os prédios ou terrenos onde se exerce o culto (os templos). Podem, a nosso ver, tributar com o predial ou o territorial os terrenos paroquiais, da mitra, das ordens religiosas, das seitas e religiões, que se voltem a fins econômicos: prédios alugados, terrenos arrendados para estacionamento, conventos e seminários, lotes vagos, etc. Agora, se o patrimônio imóvel de qualquer religião estiver afetado, ainda que lucrativamente, a fins educacionais ou assistenciais, e desde que estejam sendo devidamente cumpridos os antepostos da lei complementar tributária, há pouco versados, então a questão passa a quadrar-se nos lindes da imunidade das instituições de educação e assistência, obstando aos municípios o exercício da competência tributária impositiva relativamente ao predial e territorial urbano. Mas aí não se trata de imunidade de qualquer culto (que, aliás, devem ser de pessoas jurídicas de Direito Civil, como tais registradas no ofício próprio) (Curso de direito tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 269).

A última parte da citação deve ser ressaltada, pois a imunidade postulada pela autora fulcra-se no art. 150, VI, b, e não no art. 150, VI, c, da Constituição da República, embora a petição inicial, vez ou outra, entrelace os dois temas.

Eis o magistério de Hugo de Brito Machado:

Nenhum imposto incide sobre templos de qualquer culto. Templo não significa apenas a edificação, mas tudo quanto seja ligado ao exercício da atividade religiosa. Não pode haver imposto sobre missas, batizados ou qualquer outro ato religioso. Nem sobre qualquer bem

que esteja a serviço do culto. Mas pode incidir imposto sobre bens pertencentes à Igreja, desde que não sejam instrumentos desta. Prédios alugados, por exemplo, assim como os rendimentos, podem ser tributados. Não a casa paroquial, ou o convento, ou qualquer outro edifício utilizado para atividades religiosas, ou para residência dos religiosos.

(...)

Há quem sustente que os imóveis alugados, e os rendimentos respectivos estão ao abrigo da imunidade desde que sejam estes destinados à manutenção do culto. A tese é razoável quando se trate de locação eventual de bens pertencentes ao culto. Não, porém, quando se trate de atividade permanente deste. A locação de imóveis, com a ressalva feita há pouco, é uma atividade econômica que nada tem a ver com um culto religioso. Colocá-la ao abrigo da imunidade nos parece exagerada ampliação. A ser assim, as entidades religiosas poderiam também ao abrigo da imunidade desenvolver atividades industriais e comerciais quaisquer, a pretexto de angariar meios financeiros para a manutenção do culto, e ao abrigo da imunidade estariam praticando verdadeira concorrência desleal, em detrimento da livre iniciativa e, assim, impondo maus tratos ao art. 170, inciso IV, da Constituição.

Observe-se que, mesmo em relação aos entes públicos, a imunidade não se estende ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas. Tal limite ao alcance da imunidade é razoável também para os templos de qualquer culto, pois, sem ele, esses templos tendem a se transformar em verdadeiras empresas (Curso de direito tributário. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 276).

Na contestação, o réu afirma que, no contrato de locação, o pagamento do IPTU é por lei obrigação do locatário e este, portanto, é que, por vias transversas, estaria sendo beneficiado pela imunidade. É evidente que o argumento da ré é improcedente, porquanto contribuinte do IPTU é, em princípio, o proprietário do imóvel (art. 34 do Código Tributário Nacional), sem prejuízo de que contratualmente o encargo seja transferido ao locatário (art. 22, VIII, da lei 8.245, de 1991).

Contudo, o argumento da ré aponta intuitivamente para o aspecto suscitado por Hugo de Brito Machado: como geralmente, o pagamento do IPTU é transferido por via negocial ao locatário, a ponto de a assunção desse encargo transformar-se em cláusula padronizada nos contratos de locação, revelar-se-á manifestamente mais vantajosa, em termos de mercado, a locação de um imóvel desonerado da incidência do imposto. Isso coloca, evidentemente, a autora em posição de maior vantagem negocial, violando o princípio da igualdade tributária.

A autora cita a seu favor o precedente contido no julgamento do Recurso Extraordinário nº O argumento de autoridade impressiona, mas não vincula o presente julgamento. Primeiro, porque a própria deliberação não alcançou unanimidade, restando vencidos os Ministros Relator Ilmar Galvão, a Ministra Ellen Gracie, o Ministro Carlos Veloso e, finalmente, o Ministro Sepúlveda Pertence. Nada impede que, ante nova composição do pleno do Supremo Tribunal Federal, a questão jurídica em foco seja perspectivada sob novas luzes. Segundo, porque a decisão foi proferida em julgamento inter partes, não produzindo efeito vinculante. A rigor, como se disse, a jurisprudência sobre o tema está em construção, não podendo por isso mesmo o julgador vergar sua convicção a pretexto de amainar o dissídio pretoriano.

Por conseguinte, o pedido de declaração da imunidade sobre os imóveis eventualmente objeto de locação não tem como prosperar, porquanto divorciado da melhor interpretação do art. 150, VI, b, da Constituição Federal.

Aprecio agora o pedido de restituição de indébito tributário. A autora, na petição inicial, postula a condenação do réu a restituir-lhe os valores eventualmente pagos a título de IPTU. Antes, porém, requer seja o réu compelido a "apresentar listagem atualizada dos imóveis de propriedade da requerente, constante em seus cadastros, fazendo constar o cálculo dos pagamentos de IPTU dos últimos cinco anos se houver" (grifei).

O réu nega que, nos últimos cinco anos, tenha feito a cobrança de IPTU sobre qualquer imóvel da autora.

Ora, o pedido de restituição de indébito improcede por dois fundamentos, um de fato e outro de direito. O primeiro é de singela apreensão. Se a autora efetuou pagamento indevido, cumpre-lhe à luz do art. 333, I, do Código de Processo Civil, demonstrar o fato constitutivo de seu direito.

Na inicial, a autora não juntou um comprovante sequer de pagamento de IPTU incidente sobre imóveis de sua propriedade. Sem a prova do pagamento indevido ou dos requisitos do art. 162 do Código Tributário Nacional, não há que se falar naturalmente em restituição de indébito.

O fundamento de direito que leva à rejeição do pedido de restituição é o analisado nos parágrafos precedentes. A norma imunitária do art. 150, VI, b, da Constituição Federal não tem o alcance pretendido pela autora, mostrando-se lícita a cobrança do tributo sobre os imóveis de sua propriedade locados a terceiros.

DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados na inicial, resolvendo o mérito do processo (art. 269, II, do Código de Processo Civil).

Condeno a autora nas custas do processo e em honorários advocatícios que ora arbitro em R\$ 800,00 (oitocentos reais) com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Suspensa a exigibilidade da cobrança dos créditos sucumbenciais, nos termos do art. 12 da Lei 1.060, de 1950.

Publique-se, registre-se e intimem-se.

Conceição do Mato Dentro, 05 de maio de 2008.

HAROLDO PIMENTA

JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação declaratória de ilegalidade de cobrança – Repetição do indébito – Cumulação de pedidos - Repasse de PIS e COFINS ao consumidor – Conta de energia elétrica – Possibilidade – Precedente do STJ – Improcedência		
COMARCA:	São Romão		
JUIZ DE DIREITO:	Adalberto Cabral da Cunha		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	7912-9.2010.8.13.0642	DATA DA SENTENÇA:	02/12/2010
REQUERENTE(S):	Terezinha dos Santos Valadares		
REQUERIDO(S):	Cemig Distribuição S.A		

Vistos, etc.

1 - RELATÓRIO

TEREZINHA DOS SANTOS VALADARES ajuizou AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE DE COBRANÇA COM REPETIÇÃO DO INDÉBITO C/C ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA em face de CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A., ambas qualificadas nos autos.

Alega que os valores cobrados às concessionárias de serviços públicos a título das contribuições sociais PIS e COFINS, calculados sobre o faturamento dos contribuintes, não poderiam ser repassados aos consumidores através da conta de serviço. Pede o ressarcimento em dobro dos valores que lhe foram cobrados e pagos indevidamente e a antecipação dos efeitos da tutela pretendida para que a concessionária seja impedida de realizar novas cobranças da espécie à autora, sob pena de aplicação de multa diária; e a determinação à concessionária de exibição das faturas de energia elétrica.

Com a inicial vieram os documentos de ff. 13-16.

Às ff. 17-18, o magistrado que me antecedeu nesta comarca deferiu a antecipação dos efeitos da tutela e a assistência judiciária gratuita.

Agravo de instrumento da decisão de ff. 17-18 com pedido de efeito suspensivo às ff. 27-49.

Na contestação, ff. 50-87, a concessionária ré alega, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido; a sua ilegitimidade passiva ad causam para figurar na demanda; a presença

imprescindível da ANEEL na demanda, em virtude de litisconsórcio passivo necessário; e a incompetência da justiça comum para processar e julgar a presente demanda.

No mérito, alega a concessionária ré que não se aplicaria à espécie o Código de Defesa do Consumidor – CDC; que o PIS e a COFINS sempre constituíram parcela da remuneração paga pelo consumidor pela prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica; que a repercussão nos custos dos serviços deve ser repassada para as tarifas em virtude da necessidade de reajuste dos preços e da manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos.

Ao final, conclui a concessionária ré pela legalidade do procedimento questionado e pede o exame das preliminares indicadas; a revogação da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela; e, caso superadas as preliminares, que se julguem improcedentes os pedidos da exordial.

Juntou a concessionária ré os documentos de ff. 88-286.

Às ff. 288-289, cópia de decisão proferida em sede de agravo de instrumento contra decisão de ff. 17-18, que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela. Foi negado o efeito suspensivo pretendido pela agravante.

Às ff. 292-300, impugnação à contestação pelo afastamento das preliminares e pela ratificação dos termos da exordial.

Às ff. 302 e 303 em manifestação de especificação de provas, pedidos de ambas as partes de julgamento antecipado da lide.

É o relatório. Decido.

2 - FUNDAMENTAÇÃO

O feito envolve matéria de fato e de direito. Contudo, não há necessidade de produção de provas além das documentais já carreadas aos autos. Sendo assim e ausentes nulidades a sanar, é cabível o julgamento antecipado da lide, nos termos dos pleitos de ambas as partes, conforme previsão do artigo 330, I, do CPC.

Início pelas preliminares.

2.1 - Da Preliminar de Impossibilidade Jurídica do Pedido

Não obstante indicada a preliminar na contestação, a concessionária ré não trouxe os fundamentos que a levaram a considerar os pedidos do autor como juridicamente impossíveis.

Contudo, por se tratar de matéria de direito, passo ao exame da preliminar.

Nos termos dos artigos 295, parágrafo único, III; e 267, VI; ambos do CPC, a possibilidade jurídica do pedido é considerada como uma das condições da ação, cuja ausência leva à extinção do feito sem resolução de mérito.

Entende-se como juridicamente possível o pedido cuja apreciação não é vedada pelo ordenamento jurídico, sendo certo que a apuração da consequência jurídica pretendida pela demandante constitui matéria afeta ao mérito da causa, que leva à procedência ou não do pleito.

Com efeito, o pedido que a autora formula ao propor a ação é duplo: primeiro, o pedido imediato, contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; e, segundo, o pedido mediato, contra a concessionária ré, que se refere à providência de direito material.

A possibilidade jurídica deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão da autora.

Assim, para que seja configurada a impossibilidade do pedido, é necessário que o ordenamento jurídico, ao menos abstratamente, vede a análise da tutela jurisdicional pleiteada.

No caso dos autos, cinge-se a controvérsia sobre a existência da condição da ação à possibilidade de a autora, usuária do serviço de energia elétrica, questionar a correção e a legalidade do repasse dos custos referentes ao PIS e à COFINS através de destaque na conta de serviço.

Referida pretensão, ao revés de configurar lide cujo objeto não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, encontra respaldo no artigo 5º, XXXV, da CR, de 1988, que franqueia às pessoas o livre acesso ao Poder Judiciário para a defesa de lesão ou ameaça a direito; como também no artigo 81 da Lei nº 8.078, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor – CDC, que estatui que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

Portanto, não existe vedação jurídica à análise dos pedidos da autora consumidora, apresentados em face da concessionária ré, fornecedora dos serviços de energia elétrica.

Agora, a solução definitiva do conflito será feita segundo o exame das provas produzidas e à luz do direito pertinente à matéria, em sede do mérito da demanda.

Sendo assim, é plenamente possível a instauração da presente ação para questionar a correção e legalidade do repasse à consumidora autora dos custos referentes às contribuições PIS e COFINS diretamente na conta de serviços.

Está presente, portanto, a possibilidade jurídica dos pedidos apresentados pela autora consumidora, de maneira que cabe ao Poder Judiciário o exame das pretensões que, em tese, se coadunam com o sistema legal que tutela os interesses dos consumidores.

Isso posto, afasto essa preliminar.

2.2 - Da Preliminar de Ilegitimidade Passiva Ad Causam da Concessionária Ré

A concessionária ré argui sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da ação. Alega que, na qualidade de simples concessionária de serviços públicos de energia elétrica seria obrigada a cumprir as medidas cogentes expedidas pelo Governo Federal. Alega, ademais, que não lhe caberia aferir a legalidade ou constitucionalidade da cobrança de tributos e de contribuições que compõem a tarifa do serviço.

Dispõe o artigo 3º, do CPC, que, para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade. Por seu turno, dispõe o artigo 267, VI, do CPC, que se extingue o processo sem resolução de mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

São legitimados ao processo os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa cabe ao titular do interesse afirmado na pretensão e a passiva ao titular do interesse que se opõe à pretensão.

Ora, na espécie, constata-se uma relação de consumo, constituída pela autora, usuária final dos serviços de fornecimento de energia elétrica, e a concessionária ré, fornecedora dos referidos serviços. A relação de consumo se constituiu à perfeição, à luz do disposto no artigo 2º da Lei nº 8.078, de 1990.

Havendo questionamento sobre a legalidade das tarifas cobradas, cabe ao consumidor, na espécie a autora, chamar a juízo o fornecedor do serviço, no caso a concessionária ré, que é quem realiza e se beneficia da cobrança da tarifa. Não faz parte dessa relação o Governo Federal, a ANEEL, ou qualquer outra pessoa.

É legítima, portanto, a presença da concessionária ré no polo passivo da ação.

Afasto, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva.

2.3 - Das Preliminares de Litisconsórcio Passivo Necessário e de Incompetência da Justiça Comum para Processamento e Julgamento do Feito.

Alega a concessionária ré que a ANEEL é a entidade responsável pela edição da regulamentação do repasse dos custos decorrentes do pagamento das contribuições referentes ao PIS e à COFINS. Por isso, raciocina a concessionária ré, eventual sentença que reconhecesse a procedência dos pedidos do autor alcançaria também aquela autarquia. E conclui a concessionária ré: então, a ANEEL deveria integrar também o polo passivo da presente demanda, na condição de litisconsorte passivo necessário, fato que desviaria a competência para julgamento do presente feito para a Justiça Federal.

Dispõe o artigo 47, do CPC, que há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes.

Por outro lado, determina o artigo 109, da CR, de 1988, que aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

A competência da Justiça Federal, como se vê, é *ratione personae*, somente se configurando pela efetiva presença de um daqueles entes no processo.

Pois bem, trata-se, na espécie, de relação contratual de consumo entre a usuária de energia elétrica e a concessionária de serviço público de fornecimento daquele serviço. A autarquia reguladora não é parte no contrato entre a consumidora e a concessionária ré, até porque não explora atividade de prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica. Eventual sentença que julgasse procedentes os pedidos do autor, então, não alcançaria diretamente aquela autarquia.

Por outro lado, não há previsão legal para que a autarquia faça parte da presente demanda.

Isso posto, conclui-se que não figura e não deve figurar na lide nenhuma das entidades arroladas no mencionado artigo 109, da CR, de 1988.

Afasto, portanto, as preliminares de litisconsórcio passivo necessário com relação à ANEEL e, em consequência, a alegada incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o presente feito.

2.4. - Do Mérito

Não há nulidades a serem sanadas, as partes são legítimas, estão representadas adequadamente e estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

Passo, então, superadas as preliminares, ao exame do mérito.

De início, levanta a concessionária ré prejudicial de mérito de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC, ao caso em tela.

Alega a concessionária ré que a disciplina do referido código não alcançaria o presente caso, que se caracterizaria como situação derivada de obrigação tributária, que seria objeto de relação entre o fisco e o contribuinte.

Na espécie, constata-se uma relação de consumo, constituída pela autora, usuária final dos serviços de fornecimento de energia elétrica, e a concessionária ré, fornecedora dos referidos serviços. A relação de consumo se constituiu à perfeição, à luz do disposto no artigo 2º da Lei nº 8.078, de 1990.

A própria concessionária ré, em sede de mérito, contraditoriamente, afasta a natureza tributária da relação jurídica estabelecida entre ela e a autora usuário de energia elétrica, para sustentar a tese de que haveria, no destaque do PIS e COFINS na conta de serviço mero repasse de custos.

A propósito da matéria, vejam-se os termos de trecho do voto do Eminentíssimo Ministro Teori Albino Zavascki, quando do julgamento do Resp nº 1.185.070, in verbis:

A tese defendida pelo demandante (...) parte de pressuposto manifestamente equivocado: o de atribuir à controvérsia uma natureza tributária. Com efeito, a relação jurídica que se estabelece entre concessionária e consumidor de energia elétrica não é relação tributária, cujos partícipes necessários são Fisco e o contribuinte. Aqui, o que se tem é relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias. Em outras palavras, o que está em questão não é saber se o consumidor de energia elétrica pode ser alçado à condição de contribuinte do PIS e da COFINS, que a toda evidência não o é, mas sim a legitimidade da cobrança de uma tarifa, cujo valor é estabelecido e controlado pela Administração Pública e no qual foi embutido o custo correspondente daqueles tributos, devidos ao Fisco pela concessionária.

Constitui o caso em exame, portanto, autêntica relação de consumo, sujeita, portanto, à disciplina do micro-sistema jurídico consumerista, notadamente a Lei nº 8.078, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Afasto, portanto a prejudicial de inaplicabilidade do CDC ao presente caso.

Trata-se de ação declaratória de ilegalidade de cobrança com repetição do indébito em que a autora alega que os valores cobrados às concessionárias de serviços públicos referentes às contribuições sociais PIS e COFINS, calculados sobre o faturamento do contribuinte, não lhe poderiam ser repassados através da conta de serviço. Pede o ressarcimento em dobro dos valores cobrados e pagos indevidamente e a antecipação dos efeitos da tutela pretendida para que a concessionária seja impedida de realizar à autora novas cobranças da espécie, sob pena de aplicação de multa diária; a determinação à concessionária de exibição das faturas de energia elétrica referentes ao cliente 7003766558, nº de instalação 3000409538.

Com a inicial a autora juntou a Nota Fiscal – Conta de Energia Elétrica de f. 16, que atesta o destaque e a cobrança de valores referentes às contribuições sociais PIS e COFINS.

Por sua vez, a concessionária ré alega que os custos referentes à cobrança do PIS e da COFINS sempre constituíram parcela da remuneração paga pelo consumidor pela prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica; que a repercussão nos custos dos serviços decorrente do pagamento daquelas contribuições sociais deve ser repassada para os preços, em virtude da necessidade de reajuste dos preços e da manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos; que, a partir de 2005, em virtude da mudança da sistemática de cálculo do PIS e da COFINS, com a adoção da sistemática da não cumulatividade, a repercussão desses tributos foi retirada da Parcela B da tarifa e passou a ser cobrada mediante destaque na conta do serviço, por força de determinação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com o objetivo de se evitar variabilidade no valor da tarifa e a necessidade de constantes

reajustes; e que seria descabida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC à presente demanda.

Ao final, pede a revogação da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela; e, caso superadas as preliminares, que se considerem improcedentes os pedidos da exordial.

Juntou a concessionária ré os documentos de ff. 88-286.

Com relação ao direito, tem-se que o artigo 175, da CR, de 1988, estabelece que incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos. Dispõe, ainda, o mesmo dispositivo que a lei disporá sobre a política tarifária a ser praticada na prestação dos serviços públicos.

O artigo 9º da Lei nº 8.987, de 1995, trata dos critérios de fixação da tarifa. Estabelece o dispositivo que a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas na lei, no edital e no contrato.

Ainda no mesmo artigo, estabelece o § 3º que, “ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão tarifária, para mais ou para menos, conforme o caso.”

Por outro lado, dispõe o artigo 15, da Lei nº 9.427, de 1996, que se entende por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixados: no contrato de concessão ou permissão resultante de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.987, de 1995; e em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou reajuste, nas condições do respectivo contrato.

Vê-se, portanto, que o repasse dos custos suportados pela concessionária com o pagamento das contribuições sociais há que ser repassado para os consumidores, ainda que se possa escolher essa ou aquela forma, como através da Parcela B ou diretamente com destaque na conta de serviço.

Com efeito, diante da necessidade de que a concessionária, sociedade de economia mista, garanta a continuidade da prestação dos serviços contratados, a realização de novos e imprescindíveis investimentos e uma parcela da receita a título de lucro pela prestação do serviço público, impõe-se o referido repasse.

Consequência disso, estabelecido contratualmente o preço, há que se preservar o equilíbrio entre as responsabilidades da concessionária e a retribuição a ser feita mediante o pagamento de tarifa pelo usuário do serviço, equilíbrio esse que é garantido através dos mecanismos do reajuste e da revisão.

Abordada a questão do cabimento do repasse de custos tributários às tarifas, registre-se que, nos termos do artigo 15, IV, da lei nº 9.427, de 1996, a ANEEL, mediante ato específico, poderá

autorizar a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajustes nas condições contratuais de prestação de serviços pelas concessionárias de serviço público.

Pois bem, constatada a possibilidade do repasse ao consumidor do custo referentes ao PIS e à COFINS e, ainda, que cabe à ANEEL regulamentar a disciplina desse repasse, resta abordar a questão da forma de cobrança ao consumidor dos custos referentes àqueles tributos.

Veja-se: até 2005, o repasse compunha a chamada Parcela B da tarifa. A partir de 1º de julho de 2005, com o advento da Resolução Homologatória nº 87, de 2005, da ANEEL, tais repasses foram retirados daquela parcela e as concessionárias foram autorizadas a incluir no valor total a ser pago pelo consumidor, assim como ocorre com o ICMS, as despesas decorrentes do pagamento do PIS e da COFINS em que efetivamente incorreram. A modificação teria pretendido evitar as constantes oscilações de tarifa provenientes da introdução da sistemática da não cumulatividade na cobrança daquelas contribuições sociais.

Trata-se, como se vê, de mera modificação da forma de realização de um repasse de custos que é cabível. Referidos custos eram contemplados na chamada Parcela B da tarifa e, com o advento da modificação, passaram a ser contemplados com destaque na conta do serviço.

Talvez se, em vez de se lançar diretamente na conta de serviço as parcelas como tributo, como foi feito, se tivesse denominado as parcelas como repasse dos custos decorrentes do pagamento de PIS e COFINS, se tivesse evitado o presente questionamento. Sem exagero, o questionamento chega a ser quase exclusivamente semântico. Tanto que, se a cobrança desses custos fosse feita, como antes, mediante sua inclusão na Parcela B da tarifa, este questionamento não seria viável na forma como foi feito.

Não há, portanto, falar que a operação de prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica não seria fato gerador do PIS e da COFINS e que o consumidor não seria contribuinte, conforme pretendido pela autora. Na verdade a relação jurídica tributária se estabelece entre a concessionária e o ente político tributante, a União o Estado e o município. Entre a concessionária e o consumidor se estabelece uma relação contratual de consumo, em que o usuário contrata a aquisição de energia elétrica à concessionária mediante pagamento de tarifa. No bojo da tarifa paga pelo consumidor se aloja o custo referente ao pagamento das contribuições sociais pela concessionária. Esse repasse de custos pode ser feito de diversas formas: na parcela B ou através de destaque na conta dos valores referentes aos tributos, forma essa que foi adotada e autorizada pela ANEEL nos termos da Resolução Homologatória nº 87, de 2005.

Nesse sentido, recente decisão do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais em sede ao agravo de instrumento 1.0637.10.002209-3/001, da relatoria do eminente Desembargador Armando Freire, julgamento em 26/10/10 e publicação em 12/11/10, há poucos dias, portanto. Vejam-se os termos da ementa, in verbis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - REPASSE PIS E COFINS AO CONSUMIDOR - CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA - POSSIBILIDADE - PRECEDENTE STJ - AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA E RISCO DE DANO IRREPARÁVEL - DECISÃO MANTIDA. Não existindo a verossimilhança das alegações, com base em prova inequívoca constante nos autos, nem

tampouco a possibilidade de perigo de dano irreparável ao agravante, a antecipação de tutela para excluir da fatura de energia elétrica a cobrança das contribuições do PIS/PASEP e da COFINS deve ser indeferida.

Do interessante voto do Desembargador Relator, extraem-se os seguintes trechos, in verbis:

Cumpre consignar que não obstante já ter decidido em outras oportunidades pela ilegitimidade do repasse das contribuições do PIS e da COFINS na conta de luz, verifica-se que a questão foi recentemente decidida no colendo STJ. Assim, ressalvado entendimento anterior, a fim de não criar expectativa no consumidor na concessão de direito que poderá ser suprimido em instância superior, cedo ao entendimento exposto no Resp nº 1.185.070/RS, que adoto como razões de decidir.

Com relação ao mérito, atento ao que dispõe o voto do em. Ministro Teori Albino Zavascki, "a tese defendida pelo demandante (...) parte de pressuposto manifestamente equivocada: o de atribuir à controvérsia uma natureza tributária. Com efeito, a relação jurídica que se estabelece entre concessionária e consumidor de energia elétrica não é relação tributária, cujos partícipes necessários são Fisco e o contribuinte. Aqui, o que se tem é relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias. Em outras palavras, o que está em questão não é saber se o consumidor de energia elétrica pode ser alçado à condição de contribuinte do PIS e da COFINS, que à toda evidência não o é, mas sim a legitimidade da cobrança de uma tarifa, cujo valor é estabelecido e controlado pela Administração Pública e no qual foi embutido o custo correspondente daqueles tributos, devidos ao Fisco pela concessionária".

E segue:

"Segundo dispõe o art. 9º da Lei 8.987/97, 'a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato'. Dada a natureza onerosa sinalagmática da prestação dos serviços concedidos, é inafastável que a contraprestação a cargo do consumidor (tarifa) seja suficiente para retribuir, pelo menos, os custos suportados pelo prestador, razão pela qual é também inafastável que, na fixação do seu valor, sejam considerados, em regra, os encargos de natureza tributária. É também decorrência natural do caráter oneroso e sinalagmático do contrato de concessão e manutenção, durante toda a sua vigência, da equação econômico-financeira original."

Além disso, a cobrança das tarifas é explícita na conta de luz, separada do montante a ser pago pelo consumo da energia elétrica, proporcional e limitado à repercussão econômica do faturamento da empresa com atividade de distribuição de energia elétrica. Com isso, cada consumidor pode fiscalizar a correção da cobrança das contribuições.

No mesmo sentido é a decisão, por unanimidade, da Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do antes referido Resp nº 1.185.070, publicada em 27/09/10, da relatoria do Eminentíssimo Ministro Teori Albino Zavascki, julgamento realizado sob o regime do artigo 543-C, do CPC. Vejam-se os termos da ementa da decisão.

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA. REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES DO PIS E DA COFINS. LEGITIMIDADE.

1. É legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária.

2. Recurso Especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

Vale trazer à luz interessante trecho do voto do Eminentíssimo Ministro Zavascki nos seguintes termos:

Não se pode dar razão, assim, à alegação central do recurso, de que o repasse das contribuições do PIS e da COFINS às tarifas de energia elétrica ofende o art. 9º da Lei 8.987/97. Pelo contrário: foi justamente amparado nesse dispositivo de lei que a 1ª Seção, julgando o antes referido Resp 976.836/RS, decidiu pela legitimidade de repasse semelhante, ocorrido em relação às tarifas de serviço de telefonia, infirmando, assim, frontalmente, o entendimento dos acórdãos invocados como paradigmas no recurso especial. São razões por si só suficientes para manter o entendimento do acórdão recorrido.

Diante do exposto, não há máculas no procedimento determinado pela ANEEL à concessionária ré de repasse à autora dos custos decorrentes do pagamento das contribuições sociais PIS e COFINS, ainda que mediante destaque na conta de serviço.

Nos termos dos artigos 273, §§ 3º e 4º, e 475-O, II, do CPC, a tutela antecipada concedida deve ser revogada, voltando as partes ao status quo ante, na data da decisão concessiva daquela antecipação.

Nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, os honorários devem ser arbitrados em R\$ 1.000,00.

3 - CONCLUSÃO

Em face do exposto, afastos as preliminares da impossibilidade jurídica do pedido; da ilegitimidade passiva ad causam da concessionária ré para figurar na demanda; da presença imprescindível da ANEEL na demanda, em virtude de litisconsórcio passivo necessário; e da incompetência da justiça comum para processar e julgar a presente demanda.

Afasto igualmente a prejudicial de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC à presente demanda.

Julgo improcedentes os pedidos apresentados pela autora, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC.

Revogo a antecipação dos efeitos da tutela concedida anteriormente com efeitos ex tunc, ou seja, com efeitos retroativos, nos termos dos artigos 273, §§ 3º e 4º; e 475-O, II, ambos do CPC.

Condeno a autora ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, estes arbitrados em R\$ 1.000,00, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, pagamento este que fica suspenso, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060, de 1950.

Expeça-se ofício ao e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, Terceira Câmara Cível, dando notícia desta sentença, para efeito do Agravo de Instrumento nº 1.0642.10.000791-2/001, em tramitação.

Transitada em julgado esta sentença, arquivem-se os autos com a adoção das cautelas de praxe.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

São Romão, 02 de dezembro de 2010.

Adalberto Cabral da Cunha

Juiz de Direito Substituto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação declaratória de nulidade – Ato jurídico - DETRAN – Ausência de personalidade jurídica – Ilegitimidade passiva – Multas de trânsito – Tributos em atraso - Alienação de veículo – Ausência de prova - Improcedência		
COMARCA:	Turmalina		
JUIZ DE DIREITO:	Ana Paula Lobo P. de Freitas		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0697.06.000453-1	DATA DA SENTENÇA:	13/05/2011
REQUERENTE(S):	Zailson João Macedo Godinho		
REQUERIDO(S):	Estado de Minas Gerais		

SENTENÇA

Vistos etc.

I – RELATÓRIO

ZAILSON JOÃO MACEDO GODINHO, qualificado nos autos, propôs AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO, com pedido de liminar, em face do ESTADO DE MINAS GERAIS e DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DE MINAS GERAIS, também qualificado, alegando que vendeu motocicleta de sua propriedade a terceiro, o qual não se recorda o nome, sabendo informar que reside na cidade de Montes Claros. Ocorre que, por omissão do comprador, até a presente data, o veículo se encontra registrado em seu nome, sob sua responsabilidade civil e tributária, o que vem lhe ocasionando prejuízo na Receita Federal e no Detran, já que há registros de multa e tributos do veículo em atraso. Sustentando não ter localizado o comprador e não ser o devedor das taxas, tributos e multas, pretende a anulação dos referidos lançamentos. Liminarmente, requer que seja lançado impedimento nos cadastros do veículo junto ao Detran.

Atribuiu-se à causa o valor de R\$1.200,00 (um mil e duzentos reais).

Com a inicial vieram os documentos de ff. 07/15.

Regularmente citado (f. 21), o segundo réu informou à f. 23 que o Detran é um órgão da Administração Estadual, não possuindo legitimidade e personalidade jurídica própria para figurar no pólo passivo da ação.

Às ff. 27/29, o primeiro réu alega desídia do autor ao descumprir o dever legal de encaminhar ao órgão executivo de trânsito no prazo de 30 (trinta) dias, cópia autenticada do comprovante de transferência da propriedade.

Réplica à contestação apresentada às ff. 31/32.

Instado a especificar provas, as partes pugnaram pelo julgamento antecipado da lide.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente,

O segundo réu alega ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação, já que não dispõe de personalidade jurídica própria, sendo mero órgão da Administração Pública Estadual.

Constitui condição da ação, a legitimidade das partes que nela figuram. Neste sentido, transcrevo artigo 267, do Código de Processo Civil:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Conforme cediço, o Estado é pessoa jurídica, tem personalidade jurídica e, pois, capacidade processual própria para estar em juízo. O Departamento de Trânsito, por outro lado, é órgão, parte integrante do todo, não podendo, pois, figurar em juízo, seja ativa ou passivamente.

Neste sentido, destaco julgado do e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AÇÃO DECLARATÓRIA. POLO PASSIVO. ÓRGÃO. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. I - Órgão da Administração Pública não possui personalidade jurídica, não podendo, assim, figurar em juízo, seja ativa ou passivamente. II - Ajuizada a ação em face do Departamento de Trânsito, a extinção do feito, sem resolução de mérito, é medida que se impõe.(TJMG, AC 1.0878.08.019577-8/001, Rel. Des. André Leite Praça, p.13/08/2010)

Assim, acolho a preliminar do segundo réu, declarando-o parte ilegítima na presente ação.

Do Mérito:

Não havendo nulidades a serem sanadas, nem outras preliminares argüidas, passo à análise do mérito.

O autor pretende que sejam anulados os débitos fiscais, relativos a impostos e multas de motocicleta de sua propriedade, já alienado a terceiro, que não providenciou a transferência do veículo. Ressalta que não se recorda o nome do comprador, sabendo precisar, tão somente, que reside na cidade de Montes Claros. Para comprovar o alegado, anexou espelho do veículo junto ao sítio do Detran (f. 10), comprovante de pagamento de IPVA's em atraso (ff. 11/12).

Como se depreende, o ponto controverso reside na possibilidade de anular os débitos e efetuar o lançamento definitivo de impedimento judicial, ainda que não comunicada a transferência junto ao órgão de registro.

O artigo 1.226 do novo Código Civil dispõe que "os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição".

O artigo 134, do Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9503/97, é expresso ao assim enunciar:

No caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação.

Lecionando sobre o instituto da tradição, colaciono a doutrina de NELSON ROSENVALD, in *Direito reais*, 2ª ed. p. 102:

A tradição é modo derivado de aquisição de propriedade mobiliária, consistindo na entrega de bem móvel pelo transmitente - tradens, ao adquirente - accipiens, com a intenção de lhe transferir a propriedade, em razão de título translativo oriundo de negócio jurídico. Se no linguajar coloquial o termo tradição significa a simples entrega do bem móvel, na acepção jurídica concerne à entrega da coisa com o exclusivo objetivo de transmitir propriedade".

Também, sobre a tradição, ensina a jurista MARIA HELENA DINIZ:

Tradição é o meio aquisitivo de direito reais sobre coisas móveis, constituídos ou transmitidos por atos inter vivos. A tradição vem a ser a entrega da coisa móvel ao adquirente, com a intenção de lhe transferir, p. ex., o domínio, em razão do título translativo da propriedade. O contrato, por si só, não é apto para gerar direito real, contém apenas um direito pessoal; só com a tradição é que essa declaração translaticia de vontade se transforma em direito real. (...) A tradição consiste na entrega de bem móvel ao adquirente, com a intenção de lhe transferir o domínio, em razão de título translativo de propriedade, tendo-se em vista que o negócio jurídico antes da tradição apenas gera direito pessoal. Só com a tradição é que a declaração

translatícia de vontade se transforma em direito real.(Código Civil Anotado, 9ª edição, editora Saraiva, 2003, pg. 776 e 826).

De início, cabe registrar que a responsabilidade daquele em cujo nome se encontra registrado o veículo, somente será afastada mediante a comprovação idônea da alienação do veículo antes da ocorrência de qualquer evento, ainda que não procedida a transferência do registro na repartição competente.

Verifica-se que o autor não comprovou nos autos a efetiva transferência do veículo em questão e nem mesmo encaminhou documento suficiente à autoridade para promover a aludida transferência.

Anoto que o autor afirmou que ocorreu a venda da motocicleta, mas não apresentou prova suficiente da realização do negócio jurídico, sejam documentais ou orais, assim como cópia do recibo de transferência. Insta salientar, que sequer se extrai dos autos o nome do pretendo comprador, já que não se recorda (f. 03).

Mediante isso, o autor descumpriu a norma contida no artigo 134 do CTB, que determina que, quando ocorre a transferência de propriedade do veículo, a comunicação ao órgão de trânsito seja feita no prazo de 30 (trinta) dias.

Ressalto que, ainda que incontestada a idoneidade do autor e a plausibilidade do alegado, não há nos autos, ao menos, a informação de quem seria o comprador, para que passasse a figurar como contribuinte. Reconhecer a procedência do pedido do autor e determinar o lançamento do impedimento judicial impediria o Estado de cobrar daquele que de direito. Assim, haveria o fato gerador do tributo, mas restaria indefinido o sujeito passivo da tributação.

A propósito da questão, o e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu:

"Direito público inespecífico - Multas de trânsito - Alienação de veículo - ausência de transferência pelo adquirente - Responsabilidade do vendedor de também comunicar, no prazo de trinta dias, ao órgão de trânsito a venda - Inteligência do art. 134 do CTB - Responsabilidade administrativa do antigo proprietário" (Apelação Cível nº 000.306.610-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Rel. Des. Abreu Leite - Data do acórdão: 03/06/2003)

Desta forma, o autor não exibiu prova satisfatória do negócio jurídico que teria celebrado e que teria fundamentado a tradição do mencionado bem, conforme lhe competia na forma prevista no artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

Acerca da prova, em caso similar já se manifestou este E. Tribunal:

Tributário - Ação anulatória de débito fiscal - Meras alegações - Ausência de provas - Improcedência do pedido. A mera alegação de fatos sem prova bastante não é suficiente para comprovar o direito pleiteado. (Apelação nº 1.0000.00.252382-7/000 (1) - Rel. Des. Schalcher Ventura).

Com estas considerações, indesviável a conclusão pela improcedência do feito.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do 2º Réu, extinguindo o feito em relação a ele, nos termos do artigo 267, VI. Em face do 1º Réu, julgo improcedente o pedido formulado na inicial, na forma do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no importe de R\$500,00, ficando suspensa sua exigibilidade, na forma do artigo 12, da Lei 1.060, de 1950.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Turmalina, 13 de maio de 2011.

Ana Paula Lobo P. de Freitas

Juíza de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Ação ordinária – ICMS – Valor adicionado fiscal – Usina hidrelétrica – Parcela devida ao município gerador da energia elétrica – Improcedência do pedido		
COMARCA:	Cássia		
JUIZ DE DIREITO:	Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Júnior		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	024/05/663115-3	DATA DA SENTENÇA:	14/09/2009
REQUERENTE(S):	Município de Delfinópolis		
REQUERIDO(S):	Estado de Minas Gerais e Município de Ibiraci		

SENTENÇA

VISTOS ETC.

MUNICÍPIO DE DELFINÓPOLIS, qualificado no feito, ajuizou a presente ação ordinária em face de ESTADO DE MINAS GERAIS e MUNICÍPIO DE IBIRACI, afirmando, em suma: a) que os equipamentos, instalações e construções da Usina Mascarenhas de Moraes, de propriedade de Furnas Centrais Elétricas S/A, necessários à geração de energia, estão geograficamente localizados no leito do Rio Grande, na linha divisória entre o Autor e o Segundo Réu, encontrando-se a sede da usina em território de ambos os Municípios; b) que o Primeiro Réu deve ser condenado a incluir no VAF – Valor Adicional Fiscal, em razão da comercialização da energia elétrica produzida pela referida Usina, o percentual de cinquenta por cento na cota do Autor, para composição do ICMS distribuído aos municípios mineiros.

Requeru o Autor, em antecipação de tutela jurisdicional, a condenação do segundo Réu a retificar o índice de participação do Demandante no ICMS, com a inclusão do VAF gerado pela Usina Mascarenhas de Moraes, inclusive retroativamente, a partir da promulgação da Lei Complementar n. 63/90, ou, sucessivamente, à data da decisão proferida sobre a matéria pelo colendo Superior Tribunal de Justiça – 07/08/1995 -, ou ainda desde a propositura desta ação.

Ao final da petição de ingresso, pleiteou o Autor: a) a declaração judicial de que todos os componentes da Usina Mascarenhas de Moraes – casa de máquinas, turbinas, tomada d’água, vertedouros, barragem, condutos forçados, comportas – estão instalados no leito do Rio

Grande e situados em territórios do Demandante e do Segundo Réu; a) a condenação do Primeiro Réu à inclusão definitiva no VAF – Valor Adicional Fiscal, em razão da produção de energia elétrica na referida Usina, do índice de participação do Autor no ICMS arrecadado pelo ESTADO DE MINAS GERAIS; c) a condenação do Primeiro Réu a entregar ao Autor sua cota correta de participação no ICMS, desde a edição da Lei Complementar n. 63/90, com juros e correção monetária.

Acompanharam a inicial os documentos de fls. 26/191. A antecipação de tutela jurisdicional foi indeferida em fls. 196/197. Foi interposto agravo de instrumento contra a decisão, que restou improvido (fls. 286).

Contestação do ESTADO DE MINAS GERAIS em fls. 225/239. Aduziu o contestante, em suma: que o Autor é carecedor da ação proposta, ante a impossibilidade de declaração acerca de fato; que deve ser observada a prescrição; que o pleito reparatório deve ser dirigido contra quem enriqueceu indevidamente; que o Instituto de Geociências Aplicadas - IGA concluiu que a casa de máquinas, as turbinas geradoras e demais componentes indispensáveis à geração de energia acham-se situados no território do Segundo Réu; que o estabelecimento pelo IGA da linha divisória tem suporte nos ditames dos artigos 1.249, I, e 1.252, do Código Civil; que o VAF passou a ser atribuído ao Segundo Réu com base nos estudos desenvolvidos pelo IGA, dando conta de que no MUNICÍPIO DE IBIRACI se concentram os elementos geradores da energia elétrica; que os acórdãos citados não protegem a pretensão do Autor; que o produtor da energia elétrica elegeu o Segundo Réu como sede de sua filial, inclusive para efeito de obrigações fiscais; que o pedido inicial deve ser julgado improcedente.

Contestou o MUNICÍPIO DE IBIRACI o pedido inicial em fls. 246/270, afirmando, em resumo: que o Juízo é incompetente para o julgamento da causa; que o pedido inicial encontra óbice na coisa julgada; que a Lei Estadual n. 13.803/2000 é inconstitucional; que não há operação mercantil de saída de mercadoria no território do Autor; que bem mais da metade da energia produzida na Usina depende de instalações localizadas em IBIRACI, o que desautoriza o rateio na forma pretendida pelo Autor; que não houve acordo entre os Municípios; que a Usina está localizada em sua maior parte e tem domicílio em IBIRACI; que o pedido inicial deve ser julgado improcedente.

Impugnação às respostas em fls. 275/286. Foram rejeitadas as preliminares de carência da ação, incompetência do Juízo e coisa julgada. Deferiu o Juízo a produção de prova pericial (fls. 290/291). Veio ao feito a informação de fls. 306/307, da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais.

Laudo pericial em fls. 340/449 e pareceres técnicos em fls. 466/479 e 489/493. Foi indeferido o pleito de realização de nova perícia (fls. 485/486). Esclarecimentos do perito em fls. 497/508. Indeferiu o Juízo o pedido de realização de audiência (fls. 554), em decisão irrecorrida (fls. 579).

Interpôs o Autor agravo retido contra a decisão que indeferiu a realização de inspeção judicial (fls. 583/585). Reiterou o Demandante, na mesma oportunidade, a concessão de antecipação da tutela jurisdicional na sentença. Apresentaram os litigantes razões finais escritas, repisando as teses já esposadas nos autos.

É o relatório. DECIDO.

Julgo o feito no estado em que se encontra, por não vislumbrar necessária a produção de qualquer outra prova.

Não é caso de realização de nova prova pericial, conforme requerido pelo Autor, haja vista que o trabalho técnico produzido não se viu, nas suas conclusões que interessam à presente perquirição, infirmado pelo restante da prova trazida aos autos. Mantenho, assim, a decisão agravada em fls. 515.

Também não verifico a necessidade de realização de audiência para a obtenção de respostas aos quesitos apresentados pela parte Autora, máxime por já ter ocorrido o atendimento por escrito à solicitação em fls. 497/508 e 523/534, o que me leva, mais uma vez, a manter a decisão hostilizada.

Ademais, restou irrecorrida a decisão de fls. 554, que indeferiu a almejada realização de audiência.

Indefiro o pedido de realização de inspeção judicial, por entender a medida desnecessária ao julgamento da causa, não só por existir nos autos substancioso laudo pericial, mas também por já se encontrar a matéria indicada em fls. 571 elucidada no feito.

Indefiro, ainda, a expedição do ofício de fls. 571/572, pois a informação pretendida não se presta para o julgamento da demanda.

Indefiro, por fim, pelos motivos expostos nesta decisão, a antecipação de tutela jurisdicional, por não vislumbrar presente nos autos a verossimilhança da alegação autoral necessária ao provimento.

As preliminares de carência da ação proposta, incompetência do Juízo e coisa julgada já foram repelidas no curso da demanda.

Rejeito a matéria elencada como preliminar na culta resposta do Primeiro Réu, relacionada à impossibilidade de responder o ESTADO DE MINAS GERAIS pelo pleito reparatório, ao entendimento de que, ao optar pela realização do saldar almejado neste feito unicamente ao Segundo Réu, conta o ESTADO com legitimidade para figurar no pólo passivo de ação que busca o ressarcimento relativo ao valor que se alega indevidamente saldado.

A questão relacionada à prescrição das parcelas apenas comporta análise em caso de acolhimento do pedido inicial, o que torna desnecessária sua análise neste momento procedimental.

Passando à análise do mérito da causa, nota-se no feito que objetiva o Autor, a partir da pretendida constatação judicial de que a Usina Mascarenhas de Morais, geradora de energia elétrica, localiza-se no território dos municípios de DELFINÓPOLIS e IBIRACI, obter a repartição do VAF – Valor Adicionado Fiscal, relacionado à circulação da energia produzida, entre os dois entes públicos municipais, com a condenação do ESTADO DE MINAS GERAIS ao saldar do valor indevidamente repassado em sua totalidade apenas ao Segundo Réu, desde a vigência da Lei Complementar n. 63/90.

Com a vênia respeitosa devida aos judiciosos argumentos em contrário e ao culto trabalho jurídico produzido nos autos, tenho que o pedido inicial não deve ser acatado nesta sede.

Ressalto, de início, que as respeitáveis decisões judiciais trazidas ao feito, proferidas pelo colendo STJ e pelo Excelso Pretório, não têm o condão de influenciar no julgamento desta causa, já que decididas nos precedentes citados questões diversas das matérias trazidas a este feito.

Também no início da análise meritória, deve-se esclarecer que o artigo 161, inciso I, da Constituição Federal, estabeleceu competir à Lei Complementar a definição do valor adicionado, para os fins do disposto no artigo 158, parágrafo único, inciso I, da Magna Carta.

Em cumprimento ao comando constitucional, foi editada a Lei Complementar n.º 63/90, que estabelece, em seu artigo 3º, a forma de distribuição do valor do ICMS destinado aos Municípios, definindo os critérios para cálculo do valor adicionado fiscal (VAF).

No entanto, o Estado de Minas Gerais editou a Lei Estadual n.º 13.803/2000, que previu critérios distintos daqueles definidos na Lei Complementar em relação às operações de circulação de energia elétrica, ao prever a divisão do VAF em percentuais iguais para o município onde fica localizada a sede da hidrelétrica e aquele atingido pela área inundada.

Com efeito, houve na emanção legiferante estadual indevida invasão da competência privativa da União, de modo que é evidente a inconstitucionalidade das regras locais que colidem com a Lei Complementar n.º 63/90, conforme entendimento já sufragado pelo egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Número do processo:

1.0000.06.447437-2/000(1)

Relator:

CLÁUDIO COSTA

Data do Julgamento:

23/05/2007

Data da Publicação:

11/07/2007

Ementa:

Incidente de Inconstitucionalidade - Supremo Tribunal Federal - Suscitante - Afetação à Corte Superior - Reserva de plenário - Relevância - Conhecimento - Lei Estadual 13.803/00 - art. 3º, §§ 1º e 2º, incisos I e II - Repartição de ICMS - Valor Adicionado Fiscal - Inconstitucionalidade reconhecida - Precedentes - Incidente acolhido.

Súmula: ACOLHERAM O INCIDENTE.

Número do processo:

1.0000.07.458404-6/000(1)

Relator:

CLÁUDIO COSTA

Data do Julgamento:

18/06/2008

Data da Publicação:

20/08/2008

Ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA - LEI ESTADUAL 13.803/00 - ART. 3º, §§ 1º E 2º, INCISOS I E II - REPARTIÇÃO DE ICMS - VALOR ADICIONADO FISCAL - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA - PRECEDENTES - ART. 481, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. Tratando-se de lei de efeitos concretos, nada justifica que o interessado, visando tutelar seus direitos, aguarde sua aplicação para instar o Judiciário. Viável, assim, que, preventivamente, impetre mandado de segurança com objetivo de impedir a prática de ato baseado na lei considerada. De acordo com o artigo 481, parágrafo único, do CPC e com o artigo 248, § 1º, I, do RITJMG, não há necessidade de argüir a inconstitucionalidade em casos em que já ocorreu pronunciamento por órgão especial do Tribunal - Corte ou pelo plenário do STF. Contando a ordem com prova cabal do ato que está a violar o direito reclamado, impõe-se sua concessão. Segurança concedida.

Súmula: REJEITARAM PRELIMINARES E CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Estabelecidos os parâmetros acima, noto que se busca neste feito a definição acerca do território onde se dá a operação relativa à circulação de mercadoria, no tocante à energia elétrica produzida na Usina Mascarenhas de Moraes, para fins de definição do valor adicionado previsto no inciso I, do artigo 3º, da Lei Complementar n. 63/90.

Conforme asseverado por este Juízo, quando da rejeição da preliminar de carência da ação proposta, fulcrada na busca da declaração judicial acerca de fato, a definição da localização territorial da Usina é mero requisito para aferição do verdadeiro alvo do pedido, qual seja, o direito tributário correspondente à redefinição da distribuição do VAF (fls. 290).

Não há dúvida de que, para os fins da presente perquirição, o valor adicionado fiscal é devido ao município onde ocorre o fato gerador do ICMS, ou seja, o local onde se dá a circulação da mercadoria – saída da energia elétrica.

Para tanto, socorro-me, mais uma vez, de precedentes do egrégio Tribunal Mineiro:

Número do processo:

1.0000.07.450264-2/000(1)

Relator:

DÁRCIO LOPARDI MENDES

Data do Julgamento:

01/10/2008

Data da Publicação:

12/11/2008

Ementa:

USINA HIDRELÉTRICA - GERAÇÃO DE ENERGIA - MUNICÍPIO GERADOR - ICMS - VAF VALOR ADICIONADO FISCAL - FORMAÇÃO DO LAGO - ROYALTIES. - Conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário já sedimentado, o valor adicionado fiscal constitui um pagamento que o município recebe por fomentar, em seu território, a circulação de mercadoria. Assim, somente o município gerador da energia elétrica, onde ocorre o fato gerador do imposto sobre a circulação de mercadoria, tem direito ao valor adicionado fiscal. - O Município cujo território fora alcançado pelas águas de usina hidrelétrica tem direito apenas aos royalties, por não ocorrer em seu território o fato gerador do imposto sobre a circulação de mercadoria.

Súmula: REJEITARAM PRELIMINAR E CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Número do processo:

1.0000.06.432508-7/000(1)

Relator:

JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Data do Julgamento:

04/12/2006

Data da Publicação:

19/12/2006

Ementa:

TRIBUTÁRIO. FINANCEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. VALOR ADICIONADO FISCAL. VAF. REPARTIÇÃO DA RECEITA COM OS MUNICÍPIOS ALAGADOS. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA. - O fato gerador do ICMS é a saída da energia elétrica do estabelecimento produtor, sendo irrelevante a situação do lugar onde está formado o reservatório de água necessário à produção. - Assim, para fins de apuração do VAF, deve ser

levado em consideração o movimento econômico integral das saídas tributadas promovidas pela Usina Hidrelétrica Porto Estrela, o qual será devido integralmente ao Município em que se localiza a hidrelétrica, já que, aos municípios alagados, cabem somente os 'royalties', devidos a título de compensação pela perda de seus territórios, inundados pelos reservatórios da hidrelétrica. - Segurança concedida.

Súmula: CONCEDERAM A ORDEM

No caso em exame, conquanto constatado no material probante produzido, e não contrariado nos autos, que a Usina Mascarenhas de Moraes tem componentes localizados nos municípios de DELFINÓPOLIS e IBIRACI, emerge do feito que a circulação da mercadoria, no caso a energia elétrica, ocorre, para fins tributários, no território do Segundo Réu – MUNICÍPIO DE IBIRACI.

Vejamos.

Provou-se no feito que os municípios litigantes têm sua divisa no Rio Grande, DELFINÓPOLIS na margem direita e IBIRACI na margem esquerda (fls. 363). Concluiu a prova pericial que ficam no território de IBIRACI parte da barragem, a casa de força, a comporta, os condutos forçados, a subestação elevatória, a tomada d'água, as turbinas e o vertedouro secundário, enquanto que em DELFINÓPOLIS se localizam a estrutura do primitivo vertedouro e parte da barragem (fls. 381/382 e 385).

Conquanto tenha concluído a prova pericial que os elementos necessários à geração de energia elétrica constituem um conjunto interdependente (fls. 386), asseverou o trabalho técnico oficial que a energia é efetivamente produzida na casa de força, que se localiza em IBIRACI (fls. 381 e 393).

Ainda que não tenha o fato acima – produção de toda a energia no município de IBIRACI (fls. 393) – o condão de vincular a decisão a ser proferida neste feito, em virtude do “conjunto interdependente” acima citado, também emerge do laudo pericial que a saída da energia da Usina Mascarenhas de Moraes se dá pelo município de IBIRACI (fls. 393, quesito n. 8).

Ora, sendo certo que, para os fins desta análise jurisdicional, o fato gerador do ICMS é o momento da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte – artigo 12, inciso I, da Lei Complementar n. 87/96 -, também se conclui, com base no artigo 3º, inciso I, da Lei Complementar n. 63/90, que, in casu, a “operação de circulação de mercadorias” é a saída da energia elétrica do estabelecimento onde se dá sua geração:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular” (Lei Complementar n. 87/96).

“Art. 3º. 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:

I - 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até 1/4 (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal” (Lei Complementar n. 63/90).

In casu, por ter sido demonstrado no feito que a saída da mercadoria – energia elétrica – do estabelecimento do contribuinte – Usina Mascarenhas de Moraes – ocorre no município de IBIRACI (fls. 393), e que no território do mesmo ente público se dá a circulação – saída - da mercadoria – energia elétrica -, não faz jus o Autor ao valor adicionado almejado, por não preencher o requisito fático previsto no inciso I, do artigo 3º, da Lei Complementar n. 63/90.

No sentido do entendimento ora esposado, de que o fato gerador do ICMS, na operação relativa à circulação de energia elétrica, é a saída da energia do estabelecimento, já se pronunciou o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Número do processo:

1.0000.05.417027-9/000(1)

Relator:

VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

Data do Julgamento:

07/12/2005

Data da Publicação:

08/02/2006

Ementa:

Direito tributário - ICMS - Fato gerador - Saída do estabelecimento do produtor - Formação de lago - Irrelevância. O fato gerador do ICMS na geração de energia elétrica é a sua saída do estabelecimento ou da usina do produtor e não a formação ou situação do lago. A reserva de água represada não configura fato econômico relevante na órbita tributária de geração de energia elétrica.

Súmula: REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Número do processo:

1.0000.00.314335-1/000(1)

Precisão: 100

Relator:

JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Data do Julgamento:

15/10/2003

Data da Publicação:

05/11/2003

Ementa:

TRIBUTÁRIO. FINANCEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. VALOR ADICIONADO FISCAL - VAF. - As preliminares argüidas pelas partes devem ser afastadas quando o mérito puder ser decidido a favor de quem as alega. Aplicação analógica do art. 249, § 2º, do CPC. - O fato gerador do ICMS é a saída da energia elétrica do estabelecimento produtor, sendo irrelevante a situação do lugar onde está formado o reservatório de água necessário à produção. - A compensação aos municípios inundados, pela perda de seus territórios, é feita através de 'royalties'. Precedentes.

Súmula:

REJEITARAM DUAS PRELIMINARES E ACOLHERAM UMA TERCEIRA DE DECADÊNCIA, DENEGANDO A SEGURANÇA.

Número do processo:

1.0000.00.194558-3/000(1)

Precisão: 84

Relator:

PINHEIRO LAGO

Data do Julgamento:

04/09/2002

Data da Publicação:

06/11/2002

Ementa:

Tributário. ICMS. Energia Elétrica. Fato Gerador. Alteração dos Valores Adicionados e dos índices do VFA. Resolução nº 3.057/00, editada pela Secretaria da Fazenda Estadual. Estabelecendo a Constituição Federal, especificamente em seu art. 158, inciso IV e parágrafo único, I, bem como a Lei Complementar nº 63/90, proporção que deverá ser destinada ao município, no que se refere ao recolhimento de ICMS, impõe-se ao estado se ater à proporção estabelecida, sendo-lhe defeso legislar estabelecendo critério distinto, e caso o faça, tal norma não deve ser aplicada, por sobejamente inconstitucional. O fato gerador do ICMS, no que

tange à produção de energia elétrica, se configura na saída da aludida energia do estabelecimento produtor. Concessão da segurança pretendida.

Súmula: CONCEDERAM A ORDEM.

Em resumo, constado no feito que a saída da energia elétrica, fato gerador do ICMS, ocorre no território do município de IBIRACI, é caso de integral inacolhimento do pedido inicial, máxime, conforme asseverado em fls. 290, por se voltar o pleito declaratório a mero supedâneo fático da pretensão deduzida. Ademais, o requerimento inicial do item 7.3.3 fez expressa referência aos “fins previstos na legislação tributária”, e a conclusão deste decisum é no sentido de que, para a finalidade fiscal almejada neste processado, a pretensão autoral não deve ser acatada.

EX POSITIS, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial.

Condeno o Autor, que é isentado do saldar de custas processuais, ao pagamento das despesas processuais e de honorários de advogado, fixados em: a) R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com atualização monetária, pela variação do INPC - Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça -, desde a data da publicação desta sentença, nos termos do artigo 20, §4º, do C.P.C., em favor dos Procuradores do Primeiro Réu; b) R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com atualização monetária, pela variação do INPC - Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça -, desde a data da publicação desta sentença, nos termos do artigo 20, §4º, do C.P.C., em favor dos Procuradores do Segundo Réu.

P.R.I.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 2009.

LUIZ CARLOS DE AZEVEDO CORRÊA JUNIOR

JUIZ DE DIREITO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – Ação de compensação de débito fiscal – Conexão – Ausência – Contribuição previdenciária - Taxa SELIC – Improcedência		
COMARCA:	Tupaciguara		
JUIZ DE DIREITO:	Elisa Marco Antônio		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0609.03.000.086-8	DATA DA SENTENÇA:	26/07/2011
REQUERENTE(S):	Sementes Prado LTDA		
REQUERIDO(S):	Fazenda Pública Federal		

Vistos, etc.

Trata-se de embargos à execução fiscal aforados por Sementes Prado LTDA, em desfavor de Fazenda Pública Federal. Alega a embargante, preliminarmente, a conexão destes autos com a ação ordinária de compensação de débito fiscal ajuizada perante a Justiça Federal de Uberlândia. No mérito, aduz que deve ocorrer o confronto perante o INSS entre o crédito e o débito, devidamente corrigidos monetariamente, sendo este último já reconhecido em processo de parcelamento. Suscita, ainda, a irregularidade da inclusão da taxa Selic no débito.

Recebidos os embargos com efeito suspensivo, foi determinada a intimação do embargado para apresentar resposta no prazo legal.

Manifestação da embargada no sentido de que a intimação deve ser feita pessoalmente ao representante judicial da Fazenda Pública (ff. 18/19).

Despacho à f. 20 determinando que as intimações sejam feitas na forma do art. 25, parágrafo único, da Lei de Execuções Fiscais.

A exequente/embargada apresenta impugnação às ff. 89/104 alegando, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que o ordenamento jurídico veda a compensação no bojo de embargos do devedor em sede de execução fiscal. Suscita a falta de interesse de agir, embasada no fato de que as contribuições que estão sendo cobradas na execução fiscal estariam abarcadas pela compensação eventualmente deferida em ação anulatória. Aduz, ainda, a falta de interesse de agir uma vez que o embargante concordou com

o valor notificado e renunciou qualquer contestação, confessando o débito. Afirma que os embargos do devedor são intempestivos, já que a contagem do prazo deve se iniciar a partir da primeira penhora realizada nos autos. No mérito, pugna pelo reconhecimento da prescrição da compensação, já que passado o prazo de 05 (cinco) anos para a propositura da ação. Alega que não houve qualquer pagamento indevido, já que os débitos que foram parcelados não se referiam a contribuição de autônomos e avulsos, bem como que, caso seja deferida a compensação, que ela seja feita com base nas Leis 9.032/95 e 9.129/95. Aduz que a aplicação dos juros e correção monetárias propostas pelo embargante não estão corretas, sendo que a taxa Selic é apta para corrigir os débitos tributários. Junta aos autos os documentos de ff. 105/132 e pugna pela improcedência dos pleitos.

Intimadas as partes a manifestar se possuíam outras provas a serem produzidas, a embargada juntou aos autos cópia da sentença proferida em ação de compensação.

Realizada audiência de instrução e julgamento, infrutífera tentativa de acordo uma vez que ausente o embargante.

Eis o relatório. DECIDO.

Preliminarmente, deve-se reconhecer de ofício a intempestividade da impugnação apresentada pela embargada, tendo em vista ter sido proposta após o prazo legal. Neste sentido, não serão analisadas as teses trazidas pela exequente.

Alega o embargante que estes autos são conexos à ação de compensação de débito fiscal proposta perante a Justiça Federal de Uberlândia. Todavia, não há que se falar em conexão, tendo em vista que mencionada ação já restou julgada, conforme cópia da sentença acostada às ff. 153/157.

Estando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação e não havendo nulidades a sanar, tampouco outras preliminares a serem enfrentadas, passo ao exame do mérito.

A ação de compensação aforada resultou em reconhecimento da decadência da parte autora em pleitear a restituição das contribuições realizadas com base na Lei 7.787/89, bem como na condenação do INSS à restituição das contribuições realizadas com base no art. 22, I, da Lei 8.212/91.

Desta forma, não há como se constatar os valores e o alcance de mencionada decisão, já que a parte autora pleiteou a compensação de eventuais débitos fiscais, não especificando quais e o montante devido.

A dívida ativa está isenta de vícios, tendo o Fisco cumprido com os pressupostos legais para formação da CDA previstos nos artigos 202 do CTN e 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80, quais sejam: o valor originário da dívida em padrão monetário vigente, os índices aplicados para atualização do débito, além do enunciado da legislação que determina a incidência de índice próprio.

Desta forma, restou inabalada a presunção de certeza e liquidez de que goza a certidão de dívida ativa, de acordo com o art. 204 do CTN, restando devidamente discriminadas no título

as importâncias relativas ao imposto devido, aos vencimentos, juros e correção monetária aplicada, assim como o fundamento legal e as informações quanto à origem dos créditos.

Cumpre salientar, que o próprio executado reconhece o débito fiscal, ao promover o parcelamento do valor devido, sendo que não contesta qualquer irregularidade com relação à Certidão de Dívida Ativa.

A aplicação da taxa SELIC é legal em observância ao art. 161, § 1º do CTN, que traz a expressão “se a lei não dispuser de modo diverso”. A Lei Federal 9.065/95 expressamente determina a incidência de referida taxa a título de juros pelo não-pagamento do crédito tributário no respectivo vencimento. A Taxa SELIC foi também adotada pela Lei 6.763/75 do Estado de Minas Gerais em seu art. 226, parágrafo único.

Destarte, a utilização da Taxa Selic nos débitos tributários segue o entendimento majoritário do STJ, que, em reiteradas vezes, admitiu a legalidade deste procedimento. Neste sentido também está o posicionamento do TJMG que, em virtude do art. 127 c/c art. 226 da Lei 6.763/75, autoriza que os juros de mora sejam fixados de acordo com os critérios de correção dos débitos fiscais federais, que foram traçados pela Lei 9.065/95, determinando a incidência da Taxa Selic.

Por conseguinte, não há qualquer violação ao art. 161, § 1º do CTN, na medida em que a taxa diversa de 1% (um por cento ao mês), foi definida por lei, sem quaisquer dos vícios apontados.

A jurisprudência é assente:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL: CDA - PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. ICMS: LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. MULTAS: NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CONFISCO. TAXA SELIC: LEGITIMIDADE. A alegação, desacompanhada de prova, não é suficiente para abalar a presunção de certeza e liquidez da CDA. Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, se o contribuinte declara a ocorrência do fato gerador, mas não paga o respectivo tributo, desnecessária se toma a notificação deste para que validamente se promova sua inscrição em dívida ativa e a conseqüente execução do crédito. A regra do não-confisco não se aplica ao regime das penalidades, que têm por finalidade garantir a inteireza da ordem jurídica tributária e não se chocam com o livre exercício de atividade econômica. É legítima a utilização da taxa SELIC para cálculo dos juros de mora dos créditos tributários. (Apelação Cível nº 1.0024.04.315215-6/001, TJMG, rel. Des.(a) Audebert Delage, p. 17/05/2007)

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os presentes embargos, bem como determino o prosseguimento da execução.

CONDENO a embargante/executada ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes no importe de R\$ 1.000,00 (Hum mil reais), por força do disposto no artigo 20, §4º do Código de Processo Civil.

Em face de todo o acima exposto, JULGO EXTINTO O PROCESSO com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil.

Prossiga a execução.

Após o trânsito em julgado da presente decisão, arquivem-se os presentes autos com baixa.

Esta decisão vai assinada em duas vias, uma das quais deverá ser juntada nos autos da execução em apenso.

Publicar. Registrar. Intimar.

Tupaciguara, 26 de julho de 2011.

ELISA MARCO ANTONIO

Juíza de Direito Substituta

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – Contribuição de iluminação pública – Lançamento tributário – Notificação por edital – Ausência de notificação pessoal - Princípio do Contraditório – Princípio da Ampla Defesa – Certidão da dívida ativa - Nulidade - Procedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Renato Luís Dresch		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	03/07/2008
REQUERENTE(S):	Estado de Minas Gerais		
REQUERIDO(S):	Fazenda Pública Municipal de -		

Vistos, etc.

O ESTADO DE MINAS GERAIS apresentou Embargos à Execução Fiscal que lhe é movida pela FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE alegando, em síntese, que houve cerceamento do direito de defesa pela falta de prévio Processo Tributário Administrativo - PTA, sequer tendo tomado conhecimento do lançamento, não tendo havido notificação regular sobre o lançamento. Insurge-se contra a base de cálculo que estaria vinculada ao consumo de energia elétrica e que a alíquota depende da localização do imóvel. Afirma que a Emenda Constitucional nº 39/2002 padece de vício. Argumenta que, na fixação da alíquota, não está sendo observado o custo do serviço e que houve majoração indevida sem amparo legal e ainda que o valor estaria vinculado à base de cálculo do IPTU. Pede enfim o processamento até final procedência. Atribui à causa o valor de R\$ 555,00 e junta documentos.

A Fazenda Pública do Município de impugnou e juntou documentos (fls. 21-65), dizendo que houve notificação regular por edital como previsto no art. 21 do Código Tributário Municipal, possibilitando o recurso no prazo de 30 dias na forma do art. 106 do mesmo diploma, que foi realizado com o envio da guia de recolhimento ao endereço do contribuinte. Afirma que o IPTU é tributo de natureza portable, cabendo ao contribuinte o dever de seu recolhimento. Reputa regular a notificação porque se trata de tributo lançado de ofício, razão pela qual também seria dispensável o PTA. Reputa inexistir vício de notificação. Também reputa ser do contribuinte o ônus da prova de que não foi notificado. Também afirma que as CDA's especificam os valores lançados e que não há necessidade de prévio Processo Tributário Administrativo - PTA. Também alega que inexistente vício na Contribuição de Custeio da Iluminação Pública - CCIP que foi instituída pela Emenda Constitucional nº 39/2002, sendo

editada a Lei Municipal nº 8.468/2002. A representação de inconstitucionalidade contra a Lei Municipal que instituiu a CCIP foi julgada improcedente. Reporta-se a doutrina e jurisprudência sobre a matéria e argumenta que o consumo de energia elétrica como critério eleito para figurar de base de cálculo é constitucional. Fala da destinação da verba da Contribuição de Custeio da Iluminação Pública – CCIP, reportando-se ao gasto com o consumo e sua destinação às praças e logradouros públicos e a expansão da rede de iluminação pública. Pede enfim a improcedência dos embargos. Junta prova da notificação por edital e cópia do contrato com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

O Estado replicou reafirmando sua pretensão especialmente quanto à falta de notificação, requereu a juntada da prova de notificação. Requereu a exibição da prova de notificação (fls. 67-68) cujo requerimento que foi reiterado (fls. 71-72). O Município afirmou que não possui prova da notificação (fl. 73/v.). O Estado requereu o julgamento (fls. 75-76).

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Trata-se de Embargos à Execução fiscal interpostos por ESTADO DE MINAS GERAIS em face da FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE

Não há questões preliminares a ser apreciadas, falhas a suprir ou nulidades a declarar, o feito está em condições de apreciação quanto ao seu mérito.

Este processo comporta julgamento antecipado na forma do art. 330, I c.c. o art. 740, Parágrafo Único do CPC e art. 17, Parágrafo Único da Lei nº 6.830/80.

Por força do art. 204 do CTN, a Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. No mesmo sentido é o teor do art. 3º da Lei nº 6.830/80. Cabe à parte elidir a presunção legal, com a apresentação de prova inequívoca, como estatui o parágrafo único do art. 204 mencionado.

As CDA's atendem aos requisitos formais básicos do art. 2º, § 5º III da Lei nº 6.830/80 e art. 202, III do CTN. Resta ainda analisar a regularidade quanto à formação especialmente pela falta de notificação pessoal como alegado, além do mérito quanto à constitucionalidade da CCIP.

Embora ao art. 204 do CTN estabeleça que a CDA se reveste de presunção de certeza e liquidez, uma vez questionada a observância dos requisitos legais, cumpre ao exequente o ônus de provar que esses requisitos foram observados.

Não se pode olvidar que a CDA é título executivo extrajudicial e que os embargos à execução questionando a validade na sua constituição do crédito admitirá a cognição plena.

Portanto, cumpre à Fazenda Pública provar que houve a notificação do lançamento, devendo ser provado seu envio ao endereço do contribuinte, aplicando-se a mesma regra prevista para os casos de citação judicial prevista no art. 8, II da Lei nº 6.830/80.

Embora se admita, como alegado pela Fazenda Municipal, que se trata de dívida portable, cumpre à mesma provar que entregou a guia a fim de que fosse recolhida.

A dispensa do Processo Tributário Administrativo - PTA nos tributos renováveis anualmente não significa dispensa da notificação pessoal.

Embora o Código Tributário Municipal (Lei nº 1.310/66) estabeleça no seu artigo 21:

Art. 1º O lançamento dos tributos e suas modificações serão comunicadas aos contribuintes, individual ou globalmente, a critério da administração;

I - através de notificação direta, feita com aviso, para servir como guia de recolhimento;

II - através de edital publicado no órgão oficial;

III - através de edital afixado na Prefeitura";

O entendimento de que a autoridade fazendária possui discricionariedade para realizar alternativamente a notificação pessoal ou por edital ofende ao princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LV).

É sabido que as publicações nos Diários Oficiais ou mesmo a publicação de editais em jornais, constitui ato de mera formalidade contemplada pela teoria da ficção, que não constitui efetiva ciência da comunicação a que se destina.

Portanto, para sustentar a regularidade da CDA, cabe à Fazenda Pública o ônus da prova sobre a notificação pessoal ou mediante a remessa de correspondência informando da instauração do procedimento administrativo ou do lançamento tributário para possibilitar o exercício da defesa.

A notificação editalícia somente se admite em casos excepcionais quando for infrutífera a tentativa de notificação pessoal. Não basta a expedição de edital. Cabe à Fazenda Pública provar que a guia de lançamento efetivamente foi entregue no domicílio do contribuinte inclusive com a advertência quanto ao prazo para defesa.

A propósito, é oportuno trazer à colação alguns precedentes doutrinários e jurisprudenciais.

Também é oportuno trazer à colação lições de Américo Masset Lacombe sobre a necessidade de notificação pessoal:

"O contribuinte deve ser 'notificado regularmente', o que se deve entender como pessoalmente e por meio de comunicação escrita, se eleger domicílio fiscal ou o tem por lei, ou é conhecido e notório. (...)

Se incerto (o endereço), vale a notificação por editais no Diário Oficial".(Aliomar Baleeiro, in Direito Tributário Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.807) (d.n.)

"Este artigo (art. 145 do CTN) estabelece assim a regra geral da imutabilidade do lançamento, desde que tenha ocorrido a notificação regular do sujeito passivo. A notificação será feita pessoalmente, ou por comunicação escrita, desde que o referido sujeito passivo tenha

domicílio fiscal certo, eleito ou determinado por lei." (Américo Masset Lacombe, in Curso de Direito Tributário / Ives Gandra da Silva Martins, coordenador, 5ª ed., Belém: Cejup; Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1997, vol. 1, p.275).

No mesmo sentido leciona MISABEL ABREU MACHADO DERZI em seus comentários ao art. 145, do CTN:

"O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo, em princípio é definitivo. Notificação regular significa notificação pessoal e por meio de comunicação escrita, apenas aceitando-se a notificação pessoal por editais no Diário Oficial, se incerto o domicílio do sujeito passivo". ("in" Comentários ao Código Tributário Nacional. Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 384)

Embora o tema ainda seja controvertido na jurisprudência, a orientação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais está mudando. A tendência está sendo no sentido de exigir a prova da notificação pessoal.

A notificação pode consistir na remessa da guia de recolhimento ao domicílio do contribuinte, mas deve constar expressamente o prazo para recorrer. Isso não ocorrendo, haverá ineficácia do lançamento em razão da ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Confira-se o posicionamento nesse sentido do TJMG:

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DIRETO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO VÁLIDA DO INDICADO DEVEDOR. IRREGULARIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. VÍCIO QUE CONTAMINA O TÍTULO EXECUTIVO (CDA), RETIRANDO-LHE O REQUISITO DA EXIGIBILIDADE. NULIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO. O procedimento executivo não se destina a promover o acertamento da relação creditícia entre o Fisco e o contribuinte, prestando-se tão somente a expropriação de bens do devedor para satisfação do direito do credor (art. 646, do CPC). Por isto, somente pode ser manejada a ação executiva se amparada em título líquido, certo e exigível, conforme literalmente autoriza o art. 586, do CPC. E a exigibilidade do título decorre da presunção de que o devedor, ilegitimamente, resiste ao cumprimento da obrigação de solver o débito. Contudo, verificado que não houve inscrição regular da do crédito na dívida ativa, por ausência de notificação válida do apontado devedor, dali decorre que o título executivo que não goza de exigibilidade. E se a Certidão de Dívida Ativa que instrui a execução padece daquele requisito, nula é a execução (art. 618, I, do CPC), devendo outrossim ser extinto o processo executivo, na forma do art. 267, IV, também do Codex. (Número do processo: Relator: BRANDÃO TEIXEIRA Data do Julgamento: 15/04/2003 Data da Publicação: 06/06/2003).

No corpo do acórdão leciona com propriedade:

Embora não desconheça que o art. 21, do CTM, preveja que a administração, a seu critério, comunique os contribuintes acerca do lançamento mediante afixação de edital na Prefeitura, tenho que tal disposição é absolutamente inaceitável em face do regramento constitucional vigente.

Se o indicado devedor foi notificado do lançamento apenas pela via editalícia (não havendo prova sequer de que o mesmo foi afixado na sede da PBH, como determina o CTM), este fato vicia por completo a inscrição em dívida ativa.

Se a FPM conhece o endereço do contribuinte, tanto é assim que não teve qualquer dificuldade para citá-lo no processo executivo, não se justifica que opte pela cientificação ficta.

Também não se diga que a Lei Municipal autoriza que a notificação do lançamento se dê por edital, com base em uma suposta discricionariedade da administração, segundo literal interpretação de disposição da Lei Municipal nº 1.310/1966, pela qual a comunicação do lançamento ao contribuinte pode se dar pessoal e diretamente ou por edital, "a critério da administração".

"Data venia", parece frontalmente contrário aos princípios da finalidade e da razoabilidade impor ao administrado uma obrigação superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.

Também:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - NOTIFICAÇÃO VIA EDITAL - FORMA EXCEPCIONAL - AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO - IRREGULARIDADE NA FORMAÇÃO DO CRÉDITO - VÍCIO QUE CONTAMINA A CDA. Inexistindo a incerteza do domicílio do sujeito passivo da obrigação tributária, a fim de justificar a utilização da notificação ficta, e ausente o aviso de recebimento, comprovante de que as guias de recolhimento foram enviadas ao endereço do contribuinte, o lançamento não se perfaz de forma válida, impossibilitando a sua inscrição em dívida ativa e a emissão da correspondente CDA, que, com isso, não é título hábil a embasar a execução. (Número do processo: Relator: EDILSON FERNANDES. Data do Julgamento: 30/10/2007. Data da Publicação: 13/11/2007)

Esclarece no acórdão:

No caso concreto, verifico estar ausente a comprovação regular do aviso notificador, pois não existe o pressuposto da incerteza do domicílio do sujeito passivo da obrigação tributária (f. 15- apenso), a fim de justificar a utilização da notificação ficta, realizada freqüentemente de forma ampla e genérica pela embargada, sem especificar a quem é direcionada a publicação (f. 59/71).

O artigo 21 do Código Tributário Municipal determina o lançamento "através de notificação direta, feita com aviso, para servir como guia de recolhimento" (inciso I) ou "através de edital publicado no diário oficial" (inciso II). Contudo, a embargada não juntou aos autos os AR's, comprovante da notificação através do envio das guias de recolhimento dos tributos exeqüendos ao endereço do contribuinte, que não tem condições de fazer prova de fato negativo, qual seja, de que não foi notificado pessoalmente.

Portanto, forçoso concluir que os lançamentos não foram realizadas de forma válida, não podendo haver as inscrições em dívida ativa e a emissão das correspondentes CDA's, que, portanto, não são títulos hábeis a embasar a presente execução fiscal.

Na mesma linha:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA RELATIVA AO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. LANÇAMENTO DO TRIBUTO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. NULIDADE DAS CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA. PROVIMENTO DO RECURSO. Após a efetivação do lançamento tributário pela Fazenda Pública, deve-se, obrigatoriamente, proceder-se à notificação do contribuinte sob pena de se desrespeitar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Não se procedendo à notificação do contribuinte, deve-se declarar a nulidade das Certidões de Dívida Ativa, por não se verificar nestas a certeza e liquidez necessárias à execução fiscal. (Número do processo: Relator: MARIA ELZA - Data do Julgamento: 04/05/2006. Data da Publicação: 02/06/2006).

Podem ser destacados do acórdão:

In casu, a Fazenda Pública Municipal, ora apelada, afirma que a notificação teria ocorrido por edital, conforme autorizaria a legislação municipal vigente. Não obstante a afirmação da exeqüente - de que teria havido a notificação por edital - somente poderia ocorrer após verificada a impossibilidade da notificação pessoal do contribuinte. Tal modalidade de notificação tem, portanto, caráter supletivo, não podendo ser utilizada como modalidade prevalente de notificação.

No mesmo sentido:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXAS DE LIMPEZA PÚBLICA, DE FISCALIZAÇÃO DE APARELHO DE TRANSPORTE E DE RESÍDUOS SÓLIDOS. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. LANÇAMENTO. É indispensável a notificação pessoal do contribuinte, quanto ao lançamento das taxas de limpeza pública, de fiscalização de aparelho de transporte e de coleta de resíduos sólidos, admitindo-a por edital apenas quando ele se encontra em local incerto e não sabido. Nega-se provimento à apelação. (Número do processo: Relator: ALMEIDA MELO Data do Julgamento: 22/11/2007. Data da Publicação: 29/11/2007)

PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - ACOLHIMENTO - NOTIFICAÇÃO PELA FORMA EDITALÍCIA - AUSÊNCIA DE TENTATIVAS DA NOTIFICAÇÃO PESSOAL - NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO. A constituição do crédito tributário aperfeiçoa-se com o lançamento, que deve se operar mediante a regular notificação do devedor, de forma pessoal, vedada sê-lo via edital. (Número do processo: Relator: CARREIRA MACHADO Data do Julgamento: 05/02/2004 Data da Publicação: 02/03/2004)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU E DEMAIS TAXAS MUNICIPAIS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO. NOTIFICAÇÃO. EDITAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. CARACTERIZAÇÃO. CDA. NULIDADE. PRECEDENTES DESTE EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Consoante orientação deste eg. Tribunal de Justiça "a constituição do crédito tributário aperfeiçoa-se com o lançamento, que deve se operar mediante a regular notificação do devedor, de forma pessoal, vedada sê-lo via edital". 2. Nega-se provimento ao recurso. (Número do processo: Relator: CÉLIO CÉSAR PADUANI Data do Julgamento: 01/06/2006 Data da Publicação: 13/06/2006).

EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE ANÚNCIO - NOTIFICAÇÃO VIA EDITAL - INEFICÁCIA - MULTA ADMINISTRATIVA - INSTALAÇÃO IRREGULAR DE ANÚNCIO. É obrigatória a notificação do contribuinte acerca do lançamento ex officio do débito fiscal, embora seja dispensável o processo administrativo. Legítima a imposição de multa por instalação de anúncio em desacordo com as normas municipais. Rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento ao recurso. (Número do processo: Relator: KILDARE CARVALHO Data do Julgamento: 16/03/2006 Data da Publicação: 04/04/2006)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TFA E TFFL. NOTIFICAÇÃO. REQUISITO PARA CONSTITUIÇÃO VÁLIDA. AUSÊNCIA DE PROVA. ÔNUS IMPUTADO À FAZENDA PÚBLICA. NULIDADE DA CDA. A notificação do sujeito passivo da obrigação tributária é requisito indispensável para a constituição válida do crédito. A prova acerca da existência de notificação válida cabe ao Município, eis que o contribuinte não pode provar fatos negativos e a Fazenda Municipal tem meios para demonstrar a regularidade do procedimento fiscal. A inexistência de notificação válida impede a constituição do crédito e, conseqüentemente, provoca a nulidade da CDA. Recurso conhecido e provido. (Número do processo: Relator: ALBERGARIA COSTA. Relatora Desª ALBERGARIA COSTA . Data do acordo: 04/05/2006. Data da publicação: 30/05/2006).

TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO LANÇAMENTO. NULIDADE. A ausência ou defeito na notificação do sujeito passivo, por ocasião do lançamento, compreende nulidade que o macula, contaminando, por outro lado, a certidão de dívida ativa que dele tenha se originado. A necessidade de adequada notificação não se perfaz só para que o contribuinte tenha conhecimento da atividade fiscalizatória, mas para que possa defender-se, apresentando impugnação. Não tendo o erário, na hipótese, se desincumbido da prova de que a notificação pessoal do lançamento ocorreu, tal inércia traduz a invalidade do título executivo em questão. Recurso provido. (Número do processo: Relator: PINHEIRO LAGO - Data do Julgamento: 18/07/2006. Data da Publicação: 25/08/2006)

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - IPTU E TAXAS - LANÇAMENTO - NULIDADE - AUSÊNCIA NOTIFICAÇÃO PESSOAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - DESPROVIMENTO. (Número do processo: Relator: LAMBERTO SANTANNA. Data do Julgamento: 18/03/2004 Data da Publicação: 16/04/2004)

EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - NULIDADE. LANÇAMENTO NOTIFICADO POR EDITAL - ILEGITIMIDADE. A notificação do lançamento, sem o que não se aperfeiçoa a constituição válida do crédito tributário, somente em casos excepcionais pode ocorrer através da publicação de editais. (Número do processo: Relator: AUDEBERT DELAGE - Data do Julgamento: 06/12/2007 - Data da Publicação: 13/12/2007)

EXECUÇÃO FISCAL - LANÇAMENTO "EX OFFICIO" - DISPENSA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E NÃO DISPENSA DE NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO AO CONTRIBUINTE - CERCEAMENTO DE DEFESA - SUA CONFIGURAÇÃO - CONSEQÜENTE NULIDADE DA EXECUÇÃO - A dispensa do processo administrativo, que ocorre no lançamento "ex officio" do débito fiscal, não significa haver, também, dispensa da notificação ao contribuinte acerca desse lançamento. E não há dispensa, porque a notificação tem o condão de aperfeiçoar e completar, no âmbito

administrativo, o ato de constituição do crédito tributário. Via de consequência, se a inscrição da dívida ativa não foi prévia e administrativamente notificada ao contribuinte, violados ficam os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que não devem ser observados apenas no âmbito judicial, mas também no administrativo. Sua inobservância configura cerceamento de defesa, hábil a acarretar a nulidade da execução. Número do processo: Relator: HYPARCO IMMESI - Data do Julgamento: 21/09/2000 - Data da Publicação: 18/10/2000).

EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - TAXA DE LIMPEZA URBANA - LANÇAMENTO - NOTIFICAÇÃO - EDITAL - IMPOSSIBILIDADE. O contribuinte deve ser notificado pessoalmente, somente admitindo a utilização da notificação através de edital, quando se comprovar que está em lugar incerto e não sabido. (Número do processo: - Relator: DÁRCIO LOPARDI MENDES. Data do Julgamento: 22/11/2007 - Data da Publicação: 06/12/2007).

Ainda é oportuno trazer à colação precedente do STJ, em julgamento de Recursos Especiais, relatados pelos Ministros José Delgado e Eliana Calmon, em que tem como interessado o Município de Belo Horizonte, com o entendimento de que notificação de lançamento via edital se justifica apenas quando o contribuinte estiver em lugar incerto e não sabido.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE ANÚNCIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. EXIGIBILIDADE. NOTIFICAÇÃO REGULAR DO CONTRIBUINTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 145 DO CTN. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 07/STJ. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão a quo julgou procedentes embargos à execução fiscal. 3. A exigibilidade do crédito tributário, cujo lançamento se deu ex officio, como é a hipótese dos autos, apenas se torna legítima após a devida notificação do sujeito passivo, de modo a possibilitar o correspondente pagamento ou, conforme o caso, o exercício do seu direito ao contraditório e à ampla defesa. 4. A notificação por edital do lançamento do crédito tributário só se justifica quando o sujeito passivo se encontra em local incerto e não sabido, devendo, nos demais casos, ser realizada pessoalmente e por escrito, segundo inteligência do artigo 145 do CTN, o qual exige a notificação regular do contribuinte. 5. In casu, o agravante não juntou prova apta a demonstrar a regular notificação da agravada, seja pessoal ou editalícia, o que constitui peça essencial ao exame da pretensão recursal, de modo a restarem ausentes os elementos necessários ao convencimento do julgador. Ademais, tal atividade demandaria reexame de prova a fim de verificar a ocorrência ou não de notificação válida. Impossibilidade na via excepcional. Súmula nº 07/STJ. 6. Agravo regimental não-provido." (AgRg no Ag, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.06.2005, DJ 08.08.2005 p. 194.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - TFLF - NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE POR EDITAL - ART. 145 DO CTN - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA. 1. Havendo prequestionamento implícito da questão dita omissa, afasta-se a alegada ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O contribuinte, a teor do art. 145 do CTN, deve ser notificado pessoalmente e por escrito do lançamento do crédito tributário. A notificação por edital somente se justifica quanto o devedor encontra-se em lugar

incerto e não sabido. 3. Recurso especial improvido. (REsp - RECURSO ESPECIAL - - Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) - Órgão Julgador - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 07/08/2007 - Data da Publicação/Fonte - DJ 16.08.2007 p. 309)

No mesmo sentido, quanto à necessidade de notificação pessoal decidiu o STJ em julgamento relatado pelo Ministro Luiz Fux:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - LANÇAMENTO - NOTIFICAÇÃO - NECESSIDADE - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO - NULIDADE DA EXECUÇÃO FISCAL. 1. A ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal, postulados com sede constitucional, são de observância obrigatória tanto no que pertine aos "acusados em geral" quanto aos "litigantes", seja em processo judicial, seja em procedimento administrativo. 2. Insere-se nas garantias da ampla defesa e do contraditório a notificação do contribuinte do ato de lançamento que a ele respeita. A sua ausência implica a nulidade do lançamento e da Execução Fiscal nele fundada. 3. A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção juris tantum de liquidez e certeza, admitindo prova em contrário. Malferimento das regras do processo administrativo fiscal. 4. Recurso Especial improvido. Processo REsp - Relator Ministro LUIZ FUX (1122) - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento - 10/06/2003 - Data da Publicação/Fonte - DJ 23.06.2003 p. 259).

Portanto, consideradas essas orientações doutrinárias e jurisprudenciais e dentro de uma compreensão da necessidade de observância formal do contraditório e da ampla defesa, sou forçado a modificar meu entendimento sobre a matéria, adotando o posicionamento de que a notificação de edital não é válida como ato de ciência do lançamento tributário. Além da publicação do edital, cumpre à Fazenda Pública provar que houve remessa da guia de recolhimento com a advertência do prazo para defesa ao endereço do contribuinte, sob pena de invalidade da inscrição em dívida ativa.

No caso dos autos, a Fazenda admite que publicou os editais sem provar que houve a notificação pessoal do contribuinte.

O contrato com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não é documento hábil para comprovar a entrega da guia de recolhimento no endereço do contribuinte. Além disso, deve estar consignado o prazo para defesa.

Impõe-se o acolhimento dos embargos com anulação das CDA's executadas por ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Portanto, o vício persiste.

Embora fique prejudicada a questão da constitucionalidade da CCIP, é oportuno se façam algumas considerações sobre a matéria, até para que esclareça a interpretação deste magistrado sobre a matéria, especialmente se em grau recursal o primeiro posicionamento for ultrapassado.

A Contribuição de Custeio de Iluminação Pública - CCIP

Não restam dúvidas quanto à inconstitucionalidade da Taxa de Iluminação Pública antes da EC nº 39/2002. Isso restou pacificado pela Súmula 670 do STF:

O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Após o STF declarar a inconstitucionalidade da TIP - Taxa de Iluminação Pública, a Emenda Constitucional nº 39, de 19.12.2002, introduziu o art. 149-A no texto constitucional, permitindo aos Municípios a cobrança de Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública - CCIP, com a seguinte redação:

Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

No Município de Belo Horizonte a Lei nº 8.468 de 30.12.2002 instituiu a Contribuição para o Custeio dos Serviços de Iluminação Pública - CCIP, cuja disciplina legal é a seguinte:

Art. 2º - Fica instituída a Contribuição para o Custeio dos Serviços de Iluminação Pública - CCIP -, que passa a integrar o sistema tributário municipal.

Parágrafo único - O fundamento da CCIP é custear o serviço de iluminação pública, em caráter universal, de forma a viabilizar a tranquilidade, o bem-estar e a segurança nos espaços públicos, tendo como fato gerador a prestação destes serviços pelo Município, diretamente ou mediante concessão.

Art. 3º - A CCIP incidirá sobre os imóveis, edificados ou não, localizados em logradouros alcançados pelos serviços referidos no parágrafo único do art. 2º.

Art. 4º - O contribuinte da CCIP é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor de imóvel, edificado ou não, situado em logradouro alcançado pelos serviços referidos no parágrafo único do art. 2º.

Art. 5º - Ficam isentas da CCIP as economias residenciais cujo consumo de energia elétrica seja igual ou inferior a 80 KWH

Parágrafo único - Para os efeitos desta Lei, considera-se economia residencial a unidade de núcleo familiar distinta em um mesmo imóvel.

Art. 6º - A CCIP tem como base de cálculo a Tarifa Convencional do Subgrupo B4b - Iluminação Pública, e será calculada de conformidade com a Tabela que integra o Anexo Único desta Lei.

Art. 7º - A CCIP, será devida, lançada e cobrada na forma e prazos previstos em regulamento.

§ 1º - Quando o lançamento e a arrecadação da CCIP se fizer juntamente com o IPTU, poderá o Executivo, por meio de Decreto:

I - conceder desconto pelo seu pagamento antecipado;

II - autorizar seu pagamento em parcelas mensais, limitadas ao número de parcelas concedidas para o IPTU.

§ 2º - O pagamento parcelado da CCIP far-se-á nas mesmas condições estabelecidas para o IPTU.

§ 3º - O recolhimento em atraso da CCIP ensejará o acréscimo de correção monetária, multa e juros moratórios nos mesmos percentuais estabelecidos para os tributos municipais.

§ 4º - A inscrição da CCIP não quitada, em Dívida Ativa, far-se-á nas mesmas condições estabelecidas para o IPTU.

§ 5º - Aplica-se à CCIP, nos casos de imóveis não edificadas, o disposto no art. 10 da Lei nº 5.839, de 28 de dezembro de 1990.

De acordo com o Anexo da citada Lei, a base de cálculo observará o seguinte:

Tabela para cálculo da CCIP

1 - Consumo de até 80 KWH, por mês	0,00 TCIP
2 - Consumo de 81 a 100 KWH, por mês	0,01 TCIP
3 - Consumo de 101 a 200 KWH, por mês	0,04 TCIP
4 - Consumo de 201 a 300 KWH, por mês	0,06 TCIP
5 - Consumo de 301 a 500 KWH, por mês	0,08 TCIP
6 - Consumo de mais de 500 KWH, por mês	0,10 TCIP
7 - Lote ou terreno vago lindeiro a logradouro pavimentado e com rede de esgoto, por ano	0,60 TCIP
8 - Demais lotes ou terrenos vagos, por ano	0,30 TCIP

TCIP = Tarifa Convencional do subgrupo B4b - Iluminação Pública

Portanto, por delegação constitucional, a lei municipal instituiu contribuição de custeio da Iluminação Pública. Trata-se na verdade de uma nova modalidade de tributos, que não está contemplada no art. 145 da Constituição Federal.

O Estado de Minas Gerais apresenta argumentos interessantes que merecem contemplação, com o argumento de que o Poder Constituinte Derivado teria extrapolado os limites de seu poder reformador na EC nº 39/02, com ofensa a cláusula pétrea. O argumento é de que foram extrapolados os limites dos artigos 145, 148, 149 e 195 da CR no que se refere à criação de tributos, referindo-se apenas a impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais. A Contribuição de Iluminação Pública não estaria contemplada como hipótese tributária para que pudesse ser instituída constitucionalmente. Afora isso, ainda argumenta que a iluminação pública caracteriza-se como um serviço público

geral colocado à disposição da coletividade pela Administração Pública, tratando-se de serviço de uso comum que beneficia um universo indistinto de pessoas, ou seja, toda a coletividade, de modo que inexistente uma contraprestação específica para o contribuinte. Ainda se reporta à existência de vício porque o cálculo de contribuição estaria vinculado a classe do consumidor contribuinte, tomando por base a quantidade de consumo medido em Kw/h que consta da conta de energia elétrica, enquanto na forma de contribuição apenas o custo do serviço deveria ser o parâmetro para orientar a base de cálculo.

Embora se admita que o art. 145 da CF autorize a União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituírem impostos, taxas e contribuições de melhoria, além do empréstimo compulsório (art. 148) assim como contribuições sociais (art. 149 e 195), não existe vedação constitucional de o Poder Constituinte Derivado instituir outros tributos que não tenham sido contemplados especificamente.

Acontece que o art. 60, § 4º da Constituição Federal proíbe deliberação que diga respeito a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

A instituição da Contribuição de Custeio da Iluminação Pública - CCIP não afronta ao art. 60, § 4º da CR.

Embora a CCIP seja uma nova modalidade tributária que até então não estava contemplada, o Poder Constituinte Derivado tem legitimidade para criar novas figuras tributárias não contempladas especificamente, já que as normas infraconstitucionais são regidas por aquelas que emanam do poder constituinte, originário e derivado, observando-se apenas quanto a este os limites do seu poder reformador.

Não existe direito natural que se sobreponha ao Poder Constituinte de criar novas modalidades tributárias afora aquelas contempladas expressamente, sempre que surgirem necessidades para atender finalidades sociais específicas desde que respeitados os critérios legais, salvo quando há vedação expressa. Como inexistente vedação expressa na CR quanto à criação de Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública, deve ser considerado que o Poder Constituinte Reformador tem competência para a sua criação.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais pronunciou-se em reiteradas oportunidades confirmando a constitucionalidade da CCIP.

Vejamos uma hipótese:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Leis Municipais. Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. A contribuição para custeio do serviço de iluminação pública é inconfundível com taxa, tendo sido instituída, pela Emenda nº 39/02 à Constituição Federal, para viabilizar a exação municipal destinada à iluminação pública. Como contribuição para o custeio, desde que atendida a garantia da anterioridade da lei que a institua ou aumente, poderá incidir sobre o valor aproximado do consumo. A Constituição do Estado não contém norma que prescreva ser imperiosa a destinação do produto da arrecadação da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública para fundo especial. Julga-se improcedente a representação. Súmula: JULGARAM IMPROCEDENTE, VENCIDOS OS DES. EDELBERTO

SANTIAGO, ANTÔNIO HÉLIO SILVA, ISALINO LISBÔA, SÉRGIO RESENDE, CARREIRA MACHADO, JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES E FERNANDO BRÁULIO. Número do processo: Relator: ALMEIDA MELO. Data do acórdão: 11/10/2006 . Data da publicação: 07/12/2006.

O voto vencido acompanhado por parte dos membros da Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, elaborado pelo Desembargador Antônio Hélio, entende que, além de o Poder Constituinte Derivado ter extrapolado seu poder reformador, também haveria violação constitucional ao vincular a base de cálculo ao padrão de consumo de energia elétrica do contribuinte.

Vejamos o teor do voto vencido:

A Emenda Constitucional nº 39/2002 inseriu na Constituição Federal o artigo 149-A, o qual possibilita aos Municípios e ao Distrito Federal instituir contribuição para custeio de iluminação pública, na forma das respectivas leis.

Com efeito, antes da referida emenda, inúmeros municípios vinham instituindo taxa de iluminação pública, que, por entendimento majoritário de diversos tribunais, inclusive deste, sempre eram consideradas inconstitucionais, por violação ao disposto no artigo 145, inciso II, da Constituição Federal, bem como aos dispositivos das respectivas constituições estaduais, dispondo no mesmo sentido.

Em razão disso, o constituinte derivado houve por bem acrescentar ao texto constitucional, através de emenda, o artigo 149-A, criando a contribuição para custeio de iluminação pública.

Tratou-se, portanto, de uma solução aparentemente bem simples e fácil, que reflete o seguinte pensamento: se as leis que criam taxas de iluminação pública são inconstitucionais, que se mude a Constituição dando outro nome ao tributo. Por entendimentos como este que, aliás, muitas vezes têm sido predominantes no âmbito do Legislativo, infelizmente, depreende-se que é a Constituição que tem que se adequar às leis, e não estas à Constituição.

Contudo, no caso dos autos, a solução encontrada não pode prevalecer, pois esbarra em limitação imposta ao constituinte derivado pelo constituinte originário. E isso porque dispõe o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, que "não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais". Portanto, os direitos e garantias individuais estão contidos nas chamadas "cláusulas pétreas", não podendo ser atingidos pelo constituinte derivado.

É cediço também o entendimento de que os direitos e garantias individuais não são somente os listados no artigo 5º da Constituição Federal, mas estão espalhados em diversos outros dispositivos constitucionais (art. 5º, § 2º, da CF/88). Tal é o caso das limitações ao poder de tributar, que também devem ser entendidas como uma garantia aos direitos individuais e protegidas, portanto, como "cláusula pétrea".

É de se acrescentar também que as limitações ao poder de tributar não se restringem aos artigos 150 a 152 da Constituição Federal. Assim, ao dispor que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas (...) e III -

contribuição de melhoria (...), o artigo 145 da Constituição Federal está claramente estabelecendo limitações ao poder de tributar, restringindo os tributos que podem ser criados.

Por outro lado, além dos tributos do artigo 145, o constituinte originário previu outras espécies diferentes das ali listadas, quais sejam, os empréstimos compulsórios (art. 148 CF/88) e as contribuições sociais (arts. 149 e 195 CF/88). Ao constituinte originário era permitido fazê-lo, porém ao derivado não, ficando claro que a contribuição de iluminação pública não foi prevista pelo Constituinte originário. E isso porque a nossa Constituição criou um Estado Democrático de Direito, pautado, dentre outros princípios, no princípio da segurança jurídica, que deve ser observado pelo próprio Estado, limitando sua atuação.

Assim, por não pertencer a nenhuma das espécies tributárias previstas pelo constituinte originário, a contribuição para custeio de iluminação pública mostra-se inconstitucional, pois fere garantia a direito individual das limitações do poder de tributar.

É de se ressaltar que entendimento diverso a este torna o poder de tributar praticamente ilimitado, atentando contra a segurança jurídica, pois, se determinado tributo é inconstitucional, bastaria dar-lhe, através de emenda, o nome de contribuição, ou inventar qualquer outro, para torná-lo constitucional. Muito bem, portanto, agiu o constituinte originário ao estabelecer as "cláusulas pétreas", pois um Estado Democrático não pode se sujeitar a mecanismos que burlem a ordem jurídica, principalmente através do próprio processo legislativo, caso contrário, impossível seria se falar em segurança jurídica.

Ademais, semelhantemente ao que acontece com as taxas, é característica das contribuições, tanto da contribuição de melhoria, quanto das contribuições sociais, inclusive as parafiscais, decorrerem de uma atividade específica ou especial do Estado. Deste modo, tem-se que a hipótese de incidência da contribuição de melhoria é a realização de obra pública específica, da qual decorre valorização do bem do contribuinte. Já as contribuições sociais são tributos devidos à administração indireta ou a associações de classe em razão de atividades especiais por estas desenvolvidas.

Portanto, a chamada "contribuição" para custeio de iluminação pública, indevidamente criada pelo constituinte derivado, nada tem de contribuição, pois não se reveste das características próprias dessa espécie tributária.

A iluminação de vias e logradouros públicos insere-se dentre os serviços públicos gerais que são colocados, pela Administração, à disposição do povo, tratando-se de serviço de uso comum, que atinge indistintamente um universo de pessoas.

Com efeito, o beneficiário do serviço de iluminação pública é sempre toda a população, e não apenas os proprietários dos imóveis lindeiros às vias e aos logradouros iluminados, não se tratando, portanto, de serviço específico ou especial, estando, na essência, fora do âmbito da tributação atingida por taxas ou mesmo por contribuição.

Dessa forma, frise-se, ao acrescentar o artigo 149-A ao texto constitucional, extrapolou o constituinte derivado os limites de sua atuação, impostos pelo constituinte originário no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF/88.

Por conseguinte, a instituição de contribuição para custeio de iluminação pública não acha também qualquer respaldo na Constituição estadual, em face da qual é cabível a presente ação direta de inconstitucionalidade, afrontando diretamente o disposto em seu artigo 4º, que estabelece que "o Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País". E afrontando direito e garantia individual fundamental do contribuinte, decorrente dos limites do poder de tributar instituídos pelo constituinte originário, lei municipal que institui contribuição de iluminação pública afronta conseqüente e inevitavelmente a Constituição Mineira.

Também se vislumbra clara afronta ao artigo 152 da Constituição Estadual, uma vez que a espécie tributária de contribuição decorre de uma contraprestação estatal em favor de pessoas determinadas, e não em favor da coletividade como um todo.

Assim, é imprescindível que o contribuinte do tributo seja o beneficiário determinado do serviço.

No caso dos autos, a lei que institui a contribuição para custeio de iluminação pública dispõe que contribuinte é o proprietário, titular do domínio útil ou possuidor, a qualquer título, de unidade imobiliária ligada à rede de energia elétrica localizada em logradouro servido por iluminação pública. Ora, certamente não são somente os proprietários e demais pessoas previstas na mencionada lei os beneficiários da iluminação pública, que alcança todo e qualquer transeunte, independentemente de ser ou não proprietário, possuidor ou titular de domínio.

Assim, ao transitar por vias onde há iluminação pública, a pessoa está necessariamente se beneficiando do serviço, sendo irrelevante o seu enquadramento ou não em alguma das hipóteses previstas na mencionada lei, ou seja, sendo irrelevante o fato de ser ou não proprietário, possuidor ou titular de domínio.

Desse modo, ao tributar somente proprietários, possuidores ou titulares de domínio, a mencionada lei está sobrecarregando certos contribuintes em detrimento de outros, tendo em vista que toda a sociedade beneficia-se do serviço de iluminação pública, o que implica tratamento diferenciado aos contribuintes e, conseqüentemente, afronta ao princípio da isonomia, previsto no artigo 152, inciso III, da Constituição Estadual.

É de se ressaltar, ainda, que a base de cálculo utilizada no caso não guarda qualquer relação com o serviço prestado, uma vez que decorre do consumo de energia elétrica, o que também importa desrespeito ao princípio da isonomia. E isso porque o fato de determinada pessoa consumir mais ou menos energia elétrica dentro de sua residência não faz dessa pessoa maior ou menor beneficiário da iluminação das ruas, da iluminação pública.

Ives Gandra da Silva Martins sustenta que a CCIP nada mais é que a Taxa de Iluminação Pública com nova roupagem. Sustenta que padece de vício em razão da sua indivisibilidade.

Em resumo, a EC nº 39/2002 não é inconstitucional. É apenas inútil. Canhestramente inútil. E a taxa de iluminação, que pretendeu criar, mas não criou, à luz do art. 145, II da Constituição

federal continua rigorosamente inconstitucional, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (O sistema tributário na constituição. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 243).

Portanto, quanto ao primeiro questionamento, qual seja, a inconstitucionalidade de EC nº 39/02, mantenho minha posição de que não há ofensa à cláusula pétrea.

No que se refere à divisibilidade, em que pese pronunciamento precedente do STF sobre a matéria, com o entendimento de que a taxa de iluminação pública, porquanto essa atividade estatal tem caráter *uti universi*, destinando-se a beneficiar a população em geral, não podendo ser destacada em unidades autônomas, não sendo permitida a individualização de sua área de atuação, nem se apresentando susceptível de utilização separada por cada um dos usuários do serviço, considerando a autorização constitucional expressa para a sua instituição, não vislumbro haver esse vício, pois, embora as normas de direito tributário comportem interpretação, não há como fazer interpretação sistemática que confronte texto expresso da Constituição Federal. Contudo, sobre a questão da divisibilidade do serviço de iluminação pública, adoto o entendimento de Bernardo Ribeiro de Moraes de que a CCIP é divisível, já que a luz tem potencialidade determinada e determinável fisicamente, de modo que a contribuição se dirige ao espaço físico específico que pode ser atestada do imóvel que faz frente para a área pública iluminada.

Bernardo Ribeiro de Moraes escreve:

Não podemos duvidar quanto à divisibilidade do serviço público de iluminação pública, tanto técnica como financeiramente. A luz tem uma potencialidade determinada e, assim, uma área de ação determinável fisicamente; a despesa é dirigida a serviços públicos relativamente a espaços limitados, sejam quadras, bairros ou ruas. (Doutrina e prática das Taxas. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2007, p.195).

Firmo o entendimento de que, havendo previsão constitucional expressa e considerando o fato de que o principal beneficiário é o imóvel lindeiro à área pública iluminada, não há o vício quanto à especificidade e individualidade. O fato de a iluminação pública se destinar a qualquer pessoa que se utilize do espaço público não afasta o fato de que o principal beneficiário seja o proprietário do imóvel vizinho.

Afasto tanto a alegada inconstitucionalidade assim como a alegada falta de especificidade e individualidade.

Resta analisar a questão atinente à base de cálculo utilizada em relação a qual realmente deve ser salientado que a mesma não guarda qualquer relação com o serviço prestado, uma vez que decorre do consumo de energia elétrica, o que também importa desrespeito ao princípio da isonomia.

Como bem asseverado pelo voto do Desembargador Antônio Hélio, o fato de determinada pessoa consumir mais ou menos energia elétrica dentro de sua residência não faz dessa pessoa maior ou menor beneficiário da iluminação das ruas, da iluminação pública.

Ademais, José Afonso da Silva também afirma que a base de cálculo não poderá ter como parâmetro o consumo de energia.

Vejamos o que escreve José Afonso da Silva:

6. CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. É uma invenção da Emenda Constitucional 39/2002, que deu aos Municípios e ao Distrito Federal competência para instituir contribuição para custeio dos serviços de iluminação pública (art. 149-A da CF). A cobrança da contribuição depende de previsão em lei municipal ou distrital federal e está sujeita aos princípios estatuidos no art. 150, I a III (infra). Tem caráter retributivo do serviço, com a natureza de taxa. Por isso, se é para o custo do serviço, os contribuintes terão, no mínimo, o direito de saber o valor do seu custo, para verificarem se não se estará cobrando mais do que o necessariamente devido. O parágrafo único do art. 149-A, ao prever a possibilidade de cobrança da contribuição na fatura do consumo de energia elétrica, não está vinculando esse consumo ao custo da iluminação pública, porque aquela fatura só se refere a consumo doméstico ou do estabelecimento comercial ou industrial. Não é base de cálculo da contribuição. Em cada Município e no Distrito Federal é que devem surgir elementos mais precisos para a teoria da contribuição, na medida em que forem produzindo suas leis, instituindo-a. (Comentários contextual à Constituição. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 652).

Como se verifica do anexo da Lei nº 8.468/02, a tributação tomará por base o consumo de kw/h de energia elétrica.

Ora, como se trata de contribuição para o custeio da iluminação pública, o consumo de energia no imóvel residencial ou comercial do contribuinte em nada influi no consumo de energia por força da iluminação pública.

Como adverte José Afonso da Silva, o contribuinte tem direito de saber o custo da contribuição que está pagando. O Município esclarece que, através do Ofício GAB-SCOMG nº 147/2003, a Secretaria Municipal de Coordenação de Finanças atestou que o valor lançado pelo Município corresponde a R\$ 3.600.000,00 mês enquanto o valor estimado dos gastos é de R\$ 3.400.000,00 mês, dos quais R\$ 2.700.000,00 são destinados ao pagamento da energia elétrica consumida por iluminação pública e outros R\$ 700.000,00 são destinados à expansão da rede de iluminação com implantação de rede em logradouros desprovidos do citado melhoramento.

Verifica-se de plano que existe um excesso de contribuição mensal em R\$ 200.000,000.

Além disso, o contribuinte da CCIP não pode ser responsabilizado pela expansão da rede de iluminação pública do Município, daí surgindo outro excesso de R\$ 700.000,00.

Como se não bastasse, nos gastos de iluminação estão incorporados aqueles destinados às praças e logradouros públicos que fazem frente a espaços e prédios públicos cuja responsabilidade também não pode ser imposta ao particular, já que se trata de despesa que integra o serviço público em geral.

Portanto, há evidente inconstitucionalidade na base de cálculo, já que tratando de contribuição de custeio não pode utilizar como parâmetro na base de cálculo o consumo de Kw/h de energia residencial, comercial ou industrial, além de não de responsabilidade do particular o custeio da expansão da rede de iluminação pública, e, ainda, de não ser de responsabilidade do mesmo particular o pagamento das despesas com o consumo de energia destinadas a praças e logradouros públicos pertencentes ao Município.

Portanto, reconheço a inconstitucionalidade da Contribuição de Custeio de Iluminação Pública - CCIP em razão do vício na base de cálculo.

Dispositivo

Diante do exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTES os EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL apresentados pelo ESTADO DE MINAS GERAIS em face da FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE e, em consequência, anulo as CDA's executadas tanto pela ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa no lançamento, assim como pelo vício na base de cálculo, razão pela qual julgo extinta a execução.

Embora esteja isenta das custas processuais, condeno a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte no pagamento de honorários advocatícios que arbitro em R\$ 250,00, atentando nessa fixação ao disposto no art. 20, § 4º do CPC, especialmente ao trabalho despendido, a complexidade e o valor da causa.

Esta sentença não está sujeita ao reexame necessário (art. 475, § 2º do CPC).

Proceda a Fazenda a baixa nas CDA's executadas, comunicando-se.

P. R. I.

Belo Horizonte, 03 de julho de 2008.

Renato Luís Dresch

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – COPASA – Sociedade de economia mista – Prestação de serviço público - IPTU - Imunidade tributária recíproca – Taxa de coleta de lixo – Taxa de expedição da guia de IPTU - Isenção tributária – Revogação unilateral - Procedência		
COMARCA:	Nova Resende		
JUIZ DE DIREITO:	Claiton Santos Teixeira		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0015614-67.2010.8.13.0451	DATA DA SENTENÇA:	10/08/2011
REQUERENTE(S):	Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA-MG.		
REQUERIDO(S):	Município de Nova Resende.		

SENTENÇA.

Vistos, etc.

(i) RELATÓRIO.

COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS – COPASA-MG aviou EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL promovida pelo MUNÍCIPIO DE NOVA RESENDE, todos já qualificados, alegando que, por força de norma constitucional – artigo 150,VI “a” da Constituição da República - CR/88 –, é imune aos tributos cobrados pelo embargado (IPTU, Taxa de Coleta de Lixo e taxa de expedição referentes aos anos de 2004 a 2008), pois presta serviço público essencial e não desenvolve atividade econômica (imunidade recíproca) e ainda que estaria isenta de tributos em face do artigo 5º da Lei Municipal nº.: 370 de 13/05/1985, a qual lhe concedeu o benefício fiscal por 30(trinta) anos, prazo de vigência do contrato celebrado com o ora embargado, não podendo a isenção ser revogada unilateralmente. Requer o cancelamento das cobranças, com julgamento procedente de seu pedido, com as consequências de praxe.

Juntou documentos às fls. 46/71.

Citado, o embargado apresentou resposta às fls. 75/77, dizendo não haver imunidade, pois a embargante é prestadora de serviço público e seria necessária lei específica ou convênio com o poder público para conceder-lhe isenção (sic). No mais, diz que o artigo 5º da Lei Municipal 370, de 1985, que concedia isenção tributária à embargante, foi revogado pela Lei Municipal nº.: 1.171, de 16/03/2005.

Juntou documentos às fls. 78/82.

Intimados a especificarem provas, a embargante (fls. 84/85) disse não ter outras provas a produzir e requereu o julgamento antecipado da lide. Juntou aresto do STF julgando caso análogo às fls. 86/93. O embargado, por sua vez, (fl.95) requereu a produção de prova testemunhal, pericial, se necessária e juntada de documentos.

Resumidamente, relatei. Decido.

(ii) FUNDAMENTAÇÃO.

Friso, de início, que o presente feito comporta julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, I do Código de Processo Civil, pois a questão discutida é unicamente de direito - imunidade/isenção tributárias -, não havendo necessidade de produção de provas em audiência, pelo que indefiro o pedido de produção de provas feito pelo embargado, eis que totalmente desnecessárias e inúteis ao julgamento da causa, sendo as provas coligidas aos autos suficientes para o pronto julgamento.

Procedo, então, ao julgamento antecipado do feito.

Alega a embargante que, por força de norma constitucional – artigo 150,VI, “a” da CR/88 – é imune aos tributos cobrados pelo embargado (IPTU, Taxa de Coleta de Lixo e taxa de expedição referentes aos anos de 2004 a 2008), pois presta serviço público essencial e não desenvolve atividade econômica (imunidade recíproca) e ainda que estaria isenta de tributos em face do Artigo 5º da Lei Municipal nº.: 370 de 13/05/1985, a qual lhe concedeu o benefício fiscal por 30(trinta) anos, prazo de vigência do contrato celebrado com o ora embargado, não podendo a isenção ser revogada unilateralmente.

Por sua vez, o embargado diz não haver imunidade, pois a embargante é prestadora de serviço público e seria necessária lei específica ou convênio com o poder público para conceder-lhe isenção (sic). No mais, diz que o artigo 5º da Lei Municipal 370, de 1985, que concedia isenção tributária à embargante, foi revogado pela Lei Municipal nº.: 1.171, de 16/03/2005.

O cerne da questão passa, necessariamente, pela análise da existência da imunidade/isenção tributárias alegadas pela embargante.

Quanto aos fatos e provas, o embargante trouxe, como prova de suas alegações, cópia da Lei Municipal 370 de 13/05/1985, a qual lhe concede isenção de tributos pelo prazo de 30(trinta) anos. O embargado, por sua vez, trouxe cópia da Lei Municipal 1.171 de 16/03/2005, a qual revogou o artigo 5º da Lei Municipal 370, de 1985, que concedia isenção tributária à embargante.

Passo a analisar, primeiramente, a tese de imunidade tributária levantada pela embargante.

Quanto ao direito, determina a Constituição da República de 1988 que:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...).

§2º A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações públicas instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§3º As vedações do inciso VI, a, e o parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

(...)”.

Trata-se da chamada imunidade tributária recíproca, que tem por base o Pacto Federativo, no intuito de preservar o equilíbrio entre os Entes Federados, sendo inerente a ele.

De início, é bom frisar que não se confundem os institutos da imunidade e da isenção tributárias.

A imunidade tributária tem matriz constitucional, dela decorrendo diretamente. Tem aplicação imediata e não necessita de lei reguladora, somente podendo ser concedida pela Lei Maior. A imunidade retira do Estado a competência tributária sobre certos fatos ou certas pessoas. Afasta a hipótese de incidência (HI), impedindo o nascimento da obrigação tributária (OT) e, conseqüentemente, do crédito tributário (CT). Existe o fato gerador (FG- concreto), mas, por força de norma constitucional, este fato não é alcançado pela hipótese de incidência (HI- abstrata). Alcança somente os impostos, deixando de fora as taxas e contribuições.

A isenção, por sua vez, embora tenha sede constitucional, não é auto-aplicável, pois necessita de lei específica para que seja efetivamente aplicada (CR/88, artigo 150,§6º). Não afasta a competência tributária do Estado, afastando apenas o poder deste de constituir o crédito tributário em face de um caso específico. Existe o fato gerador (FG- concreto), que se amolda à hipótese de incidência (HI- abstrata), gerando a obrigação tributária (OT), mas, por força de lei específica, o Estado não pode proceder ao lançamento (L) do tributo e, conseqüentemente, constituir o crédito tributário (CT). Pode alcançar todas as espécies tributárias: impostos, taxas e contribuições.

Aliomar Baleeiro, cuja obra foi atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi, nos ensina que imunidades são:

“...vedações absolutas ao poder de tributar certas pessoas (subjativa) ou certos bens (objetiva) e, às vezes, uns e outras. Imunidades tornam inconstitucionais as leis ordinárias que as desafiam. Não se confundem com isenções, derivadas da lei ordinária ou da complementar que, decretando o tributo, exclui expressamente certos casos, pessoas ou bens, por motivos de política fiscal. A violação do dispositivo onde se contém a isenção importa em ilegalidade e não em inconstitucionalidade... (Direito Tributário Brasileiro, 11ª Edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, pág. 113/114.).

Feita a distinção entre os institutos, voltemos à imunidade recíproca propriamente dita, caso dos autos.

Nos dizeres de Paulo de Barros Carvalho apud Aliomar Baleeiro, na obra já citada acima:

“A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes federados, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios. Na verdade, encerraria imensa contradição imaginar o princípio da paridade jurídica daquelas entidades e, simultaneamente, conceder pudessem elas exercer suas competências impositivas sobre o patrimônio, a renda e os serviços, umas com relação às outras.... (Obra citada pág. 127).

Veja-se que, por derivar do princípio federativo, a imunidade tributária alcança os Entes Federados propriamente ditos, sendo extensivo às suas autarquias e fundações, mas exclusivamente no que concerne ao patrimônio, renda ou serviços ligados diretamente às finalidades essenciais da entidade ou dela decorrentes, não podendo ser aplicada quando tais entidades utilizem seu patrimônio, renda ou serviços para exploração econômica (artigo 150, §§2º e 3º da CR/88).

A ora embargante, é uma sociedade de economia mista, a qual presta serviço público de fornecimento de água e coleta e tratamento de esgoto, mediante pagamento de tarifa ou preço público o que, a princípio e numa interpretação literal do texto constitucional, não lhe daria a imunidade. Contudo, doutrina e jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição da República, partindo de uma interpretação teleológica da Carta Magna, vem estendendo a imunidade recíproca às sociedades de economia mista e empresas públicas que prestem serviços públicos essenciais e próprios do Estado, ainda que haja contraprestação pelo serviço.

O objetivo da norma constitucional é não conceder o benefício da imunidade às pessoas jurídicas que explorem, primordialmente, a atividade econômica e tenham o lucro como fim primeiro. Conceder a imunidade a tais entidades atentaria contra o princípio da livre concorrência, pois haveria concessão de benefício tributário aos entes públicos e não haveria o mesmo benefício aos entes privados, embora a situação fática fosse a mesma: ambos estariam explorando atividade econômica e visando lucro (artigo 173, §§1º e 2º da CR/88).

Ora, a embargante presta serviço público regulado por Lei e essencial à população: coleta, tratamento e fornecimento de água e coleta e tratamento de esgoto, serviços esses que são

essenciais à população e que, portanto, deveriam ser prestados pelo Estado (CR/88, art. 21, XX e art. 23, IX).

O fato de a embargante cobrar tarifa pela prestação dos serviços não quer dizer que a mesma explore atividade econômica. A cobrança da tarifa visa, primordialmente, cobrir os custos do serviço e angariar recursos para novos investimentos. O fito de lucro, embora presente, é apenas secundário, sendo o fim primeiro a prestação de serviço público essencial e de qualidade.

Embora a embargante, juridicamente, seja uma pessoa jurídica de direito privado, sujeitando-se às regras do direito privado (artigo 173, §1º, II da CR/88), tal regime é parcialmente derogado pelas normas do direito público, máxime no que concerne a licitação, concurso público, probidade, etc., o que justifica a extensão do benefício tributário.

Assim, deve ser reconhecida a imunidade tributária relativa ao Imposto Territorial e Predial Urbano - IPTU, incidentes sobre os imóveis da embargante e que estão sendo objeto de cobrança na ação executiva fiscal apensa, autos: 0451.09.013348-4.

Neste sentido caminha a jurisprudência do E. TJMG:

“TRIBUTÁRIO - AÇÃO ORDINÁRIA - MUNICÍPIO DE POÇOS DE CALDAS - AUTARQUIA MUNICIPAL - ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E MANUTENÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTOS SANITÁRIOS - IMUNIDADE RECÍPROCA - IPVA - ART. 150, INC. VI, ALÍNEA "A" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - SERVIÇOS PÚBLICOS E DE PRESTAÇÃO OBRIGATÓRIA - COBRANÇA DE TARIFAS DOS USUÁRIOS - NÃO-APLICABILIDADE DO § 3º DO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1 - Autarquia municipal que preste serviços públicos obrigatórios, ainda que cobre tarifas dos usuários, goza da imunidade recíproca, a teor do art. 150, inc. VI, alínea 'a' e § 2º, da CR/88, não se lhe aplicando a exceção do § 3º do mesmo artigo, pois descaracterizada a índole econômica dos serviços. 2 - Recurso provido parcialmente.” (TJMG, 1.0024.06.044294-4/001(1), rel. Des. Edgard Penna Amorim, DP: 08/06/2011).

“TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO PÚBLICO. BEM. IPTU. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES DO STF. À sociedade de economia mista, concessionária de serviço público sujeito a monopólio estatal (art. 21, XII, 'b', da CF) - aplica-se o art. 150, VI, a, da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.” (TJMG, 1.0079.08.446603-0/001(1), rel. Des. Manuel Saramago, DP: 04/08/2010).

“APELAÇÕES CÍVEIS - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IPTU E CCIP - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME DE MONOPÓLIO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA - RECONHECIMENTO - PRECEDENTES STF - CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA - EC. N. 39/02 - CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO - INSTITUIÇÃO DE NOVO TIPO TRIBUTÁRIO PELO CONSTITUINTE DERIVADO - POSSIBILIDADE.

1. O STF reconheceu a possibilidade de se estender a imunidade do art. 150, VI, §4º, CR/88 às empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que sejam delegatárias de serviço público em regime de monopólio, possuam capital predominantemente estatal, não tenham finalidade predominantemente lucrativa e que o benefício tributário não provoque distorções

concorrenciais - RE 253472, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2010.

(...)

5. Reconhecimento da imunidade tributária recíproca em favor da Companhia Brasileira de Trens Urbanos.

(...)

8. Recursos não providos.” (TJMG, 1858926-63.2010.8.13.0024, rel. Des. Áurea Brasil, DP: 21/07/2011).

Também o C. STF tem, reiteradamente, decidido neste sentido:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA TUTELA. AÇÃO CAUTELAR SUBMETIDA A REFERENDO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, a, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Plausibilidade jurídica do pedido (fumus boni juris) diante do entendimento firmado por este Tribunal quando do julgamento do RE 407.099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 06.8.2004, no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal. 2. Exigibilidade imediata do tributo questionado no feito originário, a caracterizar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora). 3. Decisão cautelar referendada.” (STF, AC 18521 QO/RO – Rondônia, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 01/08/2008)

“ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, "C") - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, POR LEI, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - CRIAÇÃO DA INFRAERO COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO (LEI Nº 5.862/1972) - CONSEQÜENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A") - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA INFRAERO, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO IMPROVIDO. - A INFRAERO, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infra-estrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de

impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela INFRAERO na prestação dos serviços públicos de infra-estrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, QUE REPRESENTA VERDADEIRA GARANTIA INSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO SISTEMA FEDERATIVO. DOCTRINA. PRECEDENTES DO STF. INAPLICABILIDADE, À INFRAERO, DA REGRA INSCRITA NO ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. - A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos." (STF, RE 363412 AgR/BA – Bahia, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19/09/2008).

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. TAXAS: IMUNIDADE RECÍPROCA: INEXISTÊNCIA. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 22, X; C.F., art. 150, VI, a. Precedentes do STF: RE 424.227/SC, 407.099/RS, 354.897/RS, 356.122/RS e 398.630/SP, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. II. - A imunidade tributária recíproca -- C.F., art. 150, VI, a -- somente é aplicável a impostos, não alcançando as taxas. III. - R.E. conhecido e improvido.” (STF, RE 424227/SC – Santa Catarina, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 10/09/2004).

No mesmo sentido: RTJ 191/736; RE 357.389/RS; RE 403.555/RS; RE 407.099/RS e RE 418.450/RS.

Passo a analisar a tese de isenção tributária arguida pela embargante.

Quanto ao direito, preceitua o artigo 150, § 6º da CR/88 que a isenção tributária somente poderá ser concedida mediante Lei específica.

O Código Tributário Nacional- CTN, por sua vez, dispõe que:

“Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de sua duração.”

“Art.178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do artigo 104”.

Observo que a Lei Municipal 370 de 13/05/1985, autorizou a celebração de contrato administrativo entre o município de Nova Resende e a COPASA, ora embargante, concedendo à esta o direito de explorar, com exclusividade e pelo prazo de 30(trinta) anos, o serviço público de abastecimento de água no município (artigo 1º).

A mesma Lei, em seu artigo 5º, reza que:

“Art. 5º - Sendo as tarifas calculadas em função do custo de serviço, para não onerá-los sobremaneira, fica a COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS-COPASA-MG, isenta de todos os tributos, taxas, emolumentos e quaisquer outros encargos fiscais municipais durante o prazo do contrato”.

Nota-se claramente que a isenção concedida à COPASA foi geral, por prazo determinado e onerosa, pois foi concedida levando-se em conta o custo das tarifas a serem cobradas pela ora embargante durante o prazo de vigência do contrato – 30 anos, vigendo de 13/05/1985 a 13/05/2015.

Ora, em a isenção sendo concedida por prazo determinado e de forma onerosa, não pode ser pura e simplesmente revogada, dentro do prazo avençado e por ato unilateral do poder público, como o fora através da Lei Municipal 1.171 de 16/03/2005.

É certo que a isenção pode ser revogada a qualquer tempo, mas não o pode quando concedida por prazo certo e sob condição onerosa, caso dos autos. Revogando unilateralmente a isenção, o ora embargado por certo que causará um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo celebrado com a ora embargante, pois o custo das tarifas já foi calculado levando-se em conta a isenção concedida.

Ao revogar a isenção, o Município age de forma desleal e ilegal, frustrando justas expectativas da ora embargante, a qual sofrerá prejuízos, pois não poderá repassar os acréscimos financeiros advindos da revogação da isenção tributária para o custo das tarifas.

A revogação operada pela Lei Municipal 1.171 de 2005 é, então, ilegal, imoral, desleal e inconstitucional e, portanto, de nenhum efeito, ofendendo, frontalmente, o artigo 178 do CTN e os princípios insertos na CR/88, entre eles o da probidade, lealdade e moralidade na Administração Pública.

Neste sentido vem decidindo o E. TJMG:

“Apelação cível. Embargos do devedor. Cia. de Saneamento de Minas Gerais - COPASA/MG. IPTU e taxa de iluminação pública - TIL. Isenção tributária. Convênio aprovado pelos Poderes Legislativos municipal e estadual. Validade. Recurso não provido. 1. É legítima a isenção tributária concedida através de convênio firmado entre as partes e ratificado por resoluções aprovadas pelo Poderes Legislativos municipal e estadual. 2. Ofende o disposto no art. 178 do CTN e súmula 544 do egrégio Supremo Tribunal Federal a supressão da isenção tributária no prazo de validade do convênio mencionado. 3. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu os embargos do devedor.” (TJMG, 1.0024.06.000548-5/001(1), rel. Des. Caetano Levi Lopes, DP: 17/12/2008).

O C. STF inclusive já sumulou a matéria,

“Súmula 544. As isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas”.

Assim, deve ser reconhecida a isenção tributária relativa às taxas de coleta de lixo e taxas de expedição da guia de IPTU, incidentes sobre os imóveis da embargante e que estão sendo objeto de cobrança na ação executiva fiscal apensa, autos: 0451.09.013348-4.

O pedido, então, merece ser julgado totalmente procedente.

Os honorários de sucumbência, considerando-se a ausência de condenação e ainda que foi vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados de forma equitativa, nos termos dos §§3º e 4º do Artigo 20 do Código de Processo Civil.

(iii) DISPOSITIVO.

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO E, POR CONSEQUÊNCIA, JULGO EXTINTO O PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, NA FORMA DO ARTIGO 269, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E:

1) RECONHEÇO A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA relativa ao IMPOSTO TERRITORIAL E PREDIAL URBANO - IPTU, incidentes sobre os imóveis da embargante e que estão sendo objeto da ação executiva fiscal apensa, autos: 0451.09.013348-4;

2) RECONHEÇO A ISENÇÃO TRIBUTÁRIA relativa ÀS TAXAS DE COLETA DE LIXO E TAXAS DE EXPEDIÇÃO DA GUIA DE IPTU, incidentes sobre os imóveis da embargante e que estão sendo objeto da ação executiva fiscal apensa, autos: 0451.09.013348-4.

Ante o reconhecimento da imunidade/isenção tributárias, determino o cancelamento das CDA's: 8136, 8134, 11811, 11809, 25421, 17564, 20295, 11807, 8129, 11804, 8132, 11801, 11799, 8126 e 8124 e dos lançamentos tributários relativos aos tributos cobrados no processo executivo apenso.

Custas e despesas processuais pelo embargado, isento.

Condeno o embargado no pagamento dos honorários de advogado do patrono da embargante que, ante a ausência de condenação e sendo vencida a Fazenda Pública e considerando-se o grau de zelo do profissional, a média complexidade da causa e o prazo despendido, arbitro em R\$800,00 (oitocentos reais), na forma do artigo 20, §§3º e 4º do Código de Processo Civil, já considerando-se o processo executivo.

Transitada em julgado, junte-se cópia desta decisão nos autos em apenso, certificando-se e arquivando-se estes.

Após a juntada da sentença naqueles, oficie-se ao Município embargado determinando o cancelamento das CDA's e dos lançamentos tributários, na forma reconhecida na sentença (imunidade e isenção tributárias) e expeça-se mandado para levantamento da penhora.

Tudo feito, arquivem-se aqueles.

P.R.I.C.

Nova Resende/MG, 10 de agosto de 2011.

CLAITON SANTOS TEIXEIRA.

Juiz de Direito Substituto.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal - Dívida ativa não tributária – Prescrição quinquenal - Procedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Alyrio Ramos		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	12/09/2006
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	Fazenda Pública do Município		

Vistos, etc.

..... embargou a execução que lhe move FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE, alegando a indispensabilidade da juntada do processo administrativo e a prescrição da cobrança da dívida ajuizada.

Recebidos os embargos, suspensa a execução, impugnou-os a embargada, negando a necessidade da instrução da execução fiscal com o processo administrativo e afirmando ser a prescrição da multa de vinte ou dez anos.

Relatados, DECIDO.

As questões postas em discussão são exclusivamente de direito ou demandam prova exclusivamente documental e que já se encontram nos autos. Passo ao julgamento da lide.

1. NULIDADE - Sem qualquer amparo legal a tese da indispensabilidade da juntada do processo administrativo, posto que não exigida por lei tal providência. Nesse sentido:

EXECUÇÃO FISCAL EMBARGOS PROCESSO ADMINISTRATIVO REQUISITOS DA CDA PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA MULTA LEGALIDADE CDC 1. A Lei 6.830/80 somente exige indicação do número do processo administrativo no título executivo, não sendo necessária a juntada das peças que o compõem. 2. Presentes os requisitos legais e indicada a legislação pertinente a cada acréscimo, não há falar em nulidade do título executivo. 3. A presunção de liquidez e certeza da CDA apenas pode ser elidida mediante apresentação de provas inequívocas. 4. A multa aplicada reveste-se de absoluta legalidade, pois decorrente de infração à legislação tributária. 5. O Código de Defesa do Consumidor alcança apenas as relações de consumo, o que não se cogita entre o contribuinte e a Fazenda Pública, inexistindo ofensa ao princípio constitucional da isonomia, porquanto a multa fiscal decorre de Lei e é imposta a todos os

contribuintes que se encontram na mesma situação jurídica. 6. A TR não foi utilizada na correção do débito. (TRF 4º R. AC 2º T. Rel. Des. Dirceu de Almeida Soares DJU 24.11.2004 p. 437).

Pois bem. Da certidão de dívida ativa que instrui a execução fiscal consta claramente o número do processo administrativo (.....)(fl. 4), assim como a natureza da dívida e sua fundamentação legal (fl. 4v). Estando presentes os requisitos legais, rejeito a preliminar.

2. PRESCRIÇÃO - A embargada ajuizou em 21.9.05 execução fiscal contra a embargante, objetivando a cobrança de dívida ativa AI/SMAU, decorrente de não recompor ou recompor inadequadamente qualquer equipamento urbano já existente ... , conforme lançamento notificado à devedora em 14.4.98 (apenso, fl. 4v) e objeto de protesto judicial para interrupção da prescrição, ocorrida a intimação em 17.8.2004 (apenso, fl. 12).

Trata-se de dívida não tributária, a qual é cobrada, tal como a dívida tributária, pela via da execução fiscal, regulada pela Lei 6.830/80 (arts. 1º e 2º).

É conhecida a divergência jurisprudencial sobre o prazo de prescrição da dívida não tributária, argumentando alguns que a prescrição quinquenal estabelecida no CTN se aplica, apenas, ao crédito tributário, enquanto a prescrição do crédito não tributário, não sendo especificamente regulada por lei alguma, sujeita-se à regra geral do Código Civil.

Data venia dos mais doutos, penso que não é assim. Tratando-se de dívida ativa, que é matéria de direito público, a solução para a questão é de ser procurada, em primeiro lugar, no direito público, não no direito privado. Ora, como é cediço, existe regra geral de prescrição contra a Fazenda Pública, estabelecida pelo Decreto 20.910/32 (art. 1º). Sabendo-se que o particular perde qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública cinco anos após a data do ato ou fato que lhe deu origem, por que a Fazenda Pública teria dez anos para cobrar do particular a dívida não tributária? E por que criar distinção quanto ao prazo para a cobrança entre a dívida tributária e a não tributária, quando ambas constituem dívida ativa e se utilizam do mesmo processo de cobrança (Lei 6.830/80, art. 2º)?

Fazer distinção entre a origem da dívida ativa para o fim de afastar a prescrição quinquenal ofende o princípio da simetria, implicando o uso de dois pesos e duas medidas, o que, dobrada vênua, repugna ao direito. Trago à colação, em abono desse entendimento:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO PRESCRIÇÃO
RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA INAPLICABILIDADE
DO CC E DO CTN DECRETO 20.910/32 PRINCÍPIO DA SIMETRIA 1. Se a relação que deu origem
ao crédito em cobrança tem assento no direito público, não tem aplicação a prescrição
constante do Código Civil. 2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa
tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a
exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN.
3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à administração pública, na cobrança
de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere
às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da

simetria. 3. Recurso Especial improvido. (STJ RESP (.....) 2º T. Rel. Min. Eliana Calmon DJU 14.11.2005 p. 00251)

TJMG - Número do processo: - Relator: WANDER MAROTTA - Data do acórdão: 23/05/2006 - Data da publicação: 09/06/2006 - Ementa: PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO EXECUÇÃO FISCAL PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. A prescrição dos créditos não tributários é regulada pelo Decreto 20.910, de 1932, ocorrendo em cinco (5) anos.

TJMG - Número do processo: - Relator: ALVIM SOARES - Data do acórdão: 09/05/2006 - Data da publicação: 02/06/2006 - Ementa: EXECUÇÃO FISCAL CRÉDITO DE NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA INAPLICABILIDADE DO CTN LEI DE EXECUÇÃO FISCAL PRAZO PRESCRICIONAL CINCO ANOS DECRETO Nº 20.910/32 RECURSO IMPROVIDO "Não efetivada a regular citação do contribuinte antes de transcorrido cinco anos da data da constituição definitiva do crédito não tributário, a prescrição há de ser decretada a teor do Decreto nº 20.910/32".

Ora, quando notificada a embargada do protesto para a interrupção da prescrição, esta já se havia consumado, face ao decurso de mais de cinco anos após a constituição definitiva do crédito.

Isto posto, julgo procedentes os embargos para decretar a prescrição do direito de ação, extinguindo a execução.

Condeno a embargada a reembolsar à embargante as despesas judiciais e a pagar-lhe honorários de advogado, que arbitro em R\$350,00 (CPC, art. 20, 4º).

P.R.I.

Belo Horizonte, 12 de setembro de 2006.

Alyrio Ramos

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – ICMS – Gás liquefeito de petróleo – Substituição tributária – Base de cálculo – Taxa SELIC - Improcedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Edson de Almeida Campos Júnior		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	11/12/2006
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	-		

SENTENÇA

Vistos, etc...

....., e, qualificados às fls. 02, por intermédio de advogados regularmente constituídos, conforme instrumento de mandato de fls. 38, ingressaram com embargos, em face da execução fiscal movida pela, alegando, em apertadíssima síntese, que a execução, proposta em 24/05/02, visa a cobrança do valor de R\$ 449.197,68 (quatrocentos e quarenta e nove mil, cento e noventa e sete reais e sessenta e oito centavos), com base em 04 (quatro) Certidões de Dívida Ativa, referente parcelas de ICMS, atualização monetária, multa, juros e outros encargos, no período de janeiro/94 a dezembro/95. Diz que o débito foi apurado no Processo Tributário Administrativo nº, referindo-se a várias operações de venda de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), com utilização de preço de venda a consumidor inferior ao preço máximo constante nas tabelas de preços da empresa (“preço de entrega automática”), na constituição da base de cálculo do ICMS/ST. Sustenta, preliminarmente, a ilegitimidade de parte, com inaplicabilidade do art. 135, III, do CTN, eis que a citação recaiu sobre a primeira embargante, constando-se nas CDA’s os nomes dos sócios, como coobrigados, o que é inadmissível, já que não foram intimados para defesa no PTA, mormente em face da prova relativa à prática de ato doloso ou fraudulento. A propósito, colaciona excertos doutrinários e jurisprudenciais. Também sustenta a ocorrência do fenômeno jurídico da decadência do lançamento, já que os fatos geradores ocorreram entre 01/01/94 e 12/09/94 e o Auto de Infração foi lavrado em 13/09/99, após o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, conforme artigos 150, § 4º e 156, V e VII, do CTN. Sustenta a necessidade de apresentação do PTA, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Assevera que a exigência

tributária, nas operações com GLP, entre estabelecimentos situados em e, afronta a regra contida no art. 155, § 2º, inciso X, alínea “b”, da CR, que não excetua a imunidade nas operações destinadas a consumidor final, ainda que em face da substituição tributária. Colaciona jurisprudência. Dissertando sobre seu sistema operacional, reafirma que o estabelecimento paulista vende GLP a representantes de, que revende a consumidores finais, na portaria ou mediante entrega domiciliar, com cobrança de frete; e, por força do regime de substituição tributária, retém e recolhe o ICMS devido pelos revendedores, cujo produto tem preço tabelado, cuja base de cálculo é o valor máximo da venda, nos termos do art. 674, I e II, do RICMS/MG, cuja redação perdurou até 19/12/95, mas foi mantida no art. 677 do citado regulamento. Destaca que utilizou como base de cálculo o preço único, fixado pelo Departamento Nacional de Combustíveis - DNC, sendo ilegal a pretensão do fisco, ao exigir a inclusão da taxa de entrega domiciliar. Alega que é impossível prever qual será a operação praticada pelo revendedor, ou seja, se nos postos de revenda ou mediante entrega domiciliar; e, na pior das hipóteses, tal exigência deveria ser cobrada do revendedor - substituído, mas nunca do substituto legal, conforme art. 674, parágrafo único, do RICMS/MG. Alega, ainda, que a pretensão fiscal ofende o Princípio da Legalidade, já que o RICMS/MG estabelece que as despesas com frete somente integram a base de cálculo do ICMS quando não exista valor fixado pela autoridade competente, evocando, assim, o preceito do art. 5º, II e 150, I, da CR, bem como o art. 97, I, II e IV, § único, do CTN. Noutro tópico, se insurge contra a utilização da Taxa SELIC sobre valores cujos fatos geradores são anteriores à sua instituição, com base nas Resoluções 2.816/96 e 2.825/95, em face do Princípio da Irretroatividade das Leis, consagrado no art. 5º, XXXVI, da CR, reforçado pelo art. 150, III, “a”, do CTN. Cita, ainda, o art. 144 do referido diploma legal, que se aplicam ao principal e acessórios. Novamente, recorre a excertos doutrinários e jurisprudenciais. Finalizando, assinala sobre a impossibilidade de se usar a referida taxa na incidência de juros moratórios, sob pena de infringência ao art. 192, § 3º, da CR. Pugnou, desta forma, pelo acolhimento dos embargos, com a condenação da embargada nos consectários da sucumbência.

Além do ante mencionado instrumento de procuração, a inicial veio também instruída com os documentos de fls. 39 usque 86, com preparo prévio às fls. 88.

Segundo certificado às fls. 89v/90, a embargada foi intimada para se manifestar sobre os embargos, mas deixou transcorrer livremente o prazo respectivo.

Com vista dos autos (fls. 92), a embargante se manifestou às fls. 93/97, pedindo a aplicação do artigo 319 do Código de Processo Civil, em virtude da falta de impugnação, ratificando a pretensão posta na peça de ingresso e juntando, na oportunidade, os documentos de fls. 99/183.

As partes foram instadas a especificar provas, consoante despacho de fls. 185, tendo a embargante se postado pela realização de perícia contábil (fls. 186), ao passo que a embargada, por seu turno, se manifestou às fls. 188/189, alegando que não houve decisão de recebimento dos embargos, pedindo a deliberação neste sentido, para fins de apresentar a sua impugnação.

Após deliberações do juízo (fls. 190/209), o mencionado pedido da embargada foi afastado pela decisão de fls. 211, culminando com a interposição de Agravo, como noticiado às fls. 212/220, mas com rejeição liminar (fls. 222/223).

Na seqüência, sobreveio o despacho de fls. 226, deixando expresso que as prefaciais dos embargos seriam apreciadas na sentença, mas deferindo o pedido de produção de prova técnica, com nomeação de perito e facultando-se a formulação de quesitos e indicação de assistentes técnicos.

Quesitação da embargante às fls. 226/228 e da parte contrária às fls. 230/232, com apresentação dos respectivos assistentes técnicos.

O Laudo Pericial foi acostado às fls. 245/1410, ensejando a abertura do 6º volume processual, com manifestação da embargante às fls. 1422/1443 e da embargada às fls. 1444, com esclarecimentos adicionais às fls. 1457/1461 e novos pronunciamentos dos litigantes (fls. 1463/1471).

Por fim, deu-se por encerrada a fase instrutória, facultando-se a apresentação de alegações finais (fls. 1474).

Memorial da embargante às fls. 1475/1482 e da Fazenda Pública às fls. 1484/1490.

É, em síntese, o que se tinha a relatar,

D E C I D O:

O feito se encontra em ordem, sem vícios aparentes a inquiná-lo de nulidade, reclamando por um desfecho.

Primeiramente, faz-se mister lembrar que várias unidades judiciárias, atualmente, dispensam o envio de autos desta natureza para o Ministério Público, para evitar expedientes desnecessários, posto que o Parquet, como cediço, tem, sistematicamente, sustentado a desnecessidade de sua intervenção.

REVELIA:

Não se pode falar em efeitos da revelia, por força do disposto no artigo 320, II, do Estatuto Processual Civil.

Neste particular, a propósito, a jurisprudência, há muito, já assentou o seguinte entendimento, in verbis:

“Nos embargos à execução não se verificam os efeitos da revelia.” (VI ENTA-concl. 15, aprovada por unanimidade).

“Súmula TFR 256: A falta de impugnação dos embargos do devedor não produz, em relação à Fazenda Pública, os efeitos da revelia”.

Não me consta que tais decisões tenham sido carcomidas pelo tempo, sofrendo modificações.

Afinal, a presunção mais relevante é a de liquidez e certeza do título executivo, consistente na Certidão de Dívida Ativa, cabendo ao julgador joeirar-se no exame objetivo do caderno probatório.

ILEGITIMIDADE DE COOBRIGADOS:

Como relatado alhures, inicialmente, os embargantes alegam a ilegitimidade dos coobrigados, como sócios da pessoa jurídica, embora figurando nas CDA's, sendo, por tal ilação, inaplicável o preceito do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional.

Porém, infere-se dos autos da execução que os dois últimos embargantes não integram a lide, eis que não foram - pelo menos até o momento - sequer citados para o pagamento, embora tenham os nomes inseridos nas CDA's. Desta forma, com a devida venia, a alegação de ilegitimidade passiva se afigura inócua. A jurisprudência predominante é ampla e iterativa, no sentido de proclamar a possibilidade de direcionamento da execução fiscal contra sócio-gerente, bastando sua citação pessoal para integrar a relação jurídico-processual instaurada entre a Fazenda Pública e a empresa a que pertence. A propósito, o insigne THEOTÔNIO NEGRÃO cita vários precedentes da Suprema Corte e de outros colendos sodalícios: RTJ 103/1264, 102/823, 103/782, 105/334, 106/878, 115/786, 121/718, 122/438, 123/350, 123/1208, STF-RT 626/248, RSTJ 59/162, 88/44, STJ-RT 721/290, RTFR 130/48, JTJ 174/53 (in "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor" -29 edição, pág. 915).

DECADÊNCIA:

De outro lado, no que tange aquela outra alegação, de ocorrência do fenômeno jurídico da decadência, vê-se, pelo que se depreende da cópia xerográfica do Auto de Infração de fls. 69/70, que a exação fiscal se refere a fatos geradores ocorridos entre 01/01/94 a 31/12/97, constatando-se (sic) "que a autuada deixou de considerar na base de cálculo para retenção do ICMS-ST a taxa de entrega domiciliar de GLP, determinando assim base de cálculo inferior ao preço máximo ou único de venda ao consumidor, pois deveria agregar tal taxa nas suas operações referentes ao período de 01/01/1994 a 19/12/1995".

O referido Auto de Infração foi lavrado em 13/09/1999, em decorrência da instauração do Processo Tributário Administrativo nº, de 30/06/98, de forma que não se pode cogitar da ocorrência de decadência, eis que não expirado o prazo previsto no artigo 150, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Como leciona ROQUE ANTONIO CARRAZA, in "ICMS" - Malheiros, 4ª edição, págs. 290/291 (sic):

"Normalmente, a eficácia do tributo fica suspensa até a autoridade administrativa formalmente reconhecer e qualificar o fato imponible, declarando sua subsunção à hipótese de incidência tributária. Por vezes, no entanto, o ordenamento jurídico dispõe que certos tributos sejam de logo exigíveis, assim que nascem (em razão da ocorrência, é claro, do fato imponible). São tributos sem lançamento, aos quais aludem Paulo de Barros Carvalho e Alberto Xavier.

Estes tributos prescindem, pois, da celebração de ato administrativo, para se tornarem exigíveis. Neles, o próprio sujeito passivo - pelo menos em circunstâncias normais - realiza as operações necessárias e suficientes à formalização do crédito tributário. Nestes casos, a autoridade fazendária apenas confere a regularidade formal do recolhimento, o que faz por meio da homologação, ato distinto do lançamento.

o ICMS (tanto quanto o IPI) é um tributo que aceita lançamento por homologação. Para os que aceitam sua existência, o lançamento por homologação é feito pelo contribuinte, “ad referendum” da Fazenda Pública. Assim, ao extrair a nota fiscal o contribuinte, mais do que documentar a operação mercantil realizada, estaria fazendo o lançamento deste tributo. A Fazenda Pública, periodicamente, aferiria a regularidade formal deste lançamento, por meio de um outro ato administrativo, chamado “homologação”.

Ainda segundo esta mesma doutrina tradicional, há um prazo para a Fazenda Pública levar a cabo a homologação, corrigindo, eventualmente, eventuais equívocos. Este prazo é de cinco anos, a contar da data da ocorrência do fato imponible, a teor do art. 150, § 4º, do CTN (“se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

O ICMS é um tributo deste mesmo tipo.”

Não há, em suma, como negar ao fisco a regularidade e higidez do lançamento, feito, a toda evidência, antes de esgotado o prazo decadencial para a constituição regular do crédito.

IMUNIDADE:

No tocante ao mérito, insta observar que a embargante também sustenta a presença da imunidade da operação, evocando, para tal desiderato, o artigo 150, § 2º, inciso X, alínea “b”, da Constituição da República.

Argumenta que as operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, estão garantidas pela imunidade, por força da Constituição da República.

Quanto a esse questionamento, há que se observar que, pela despreziosa combinação do art. 155, § 2º, X, “b”, da CR, com o art. 3º, III, da Lei Complementar nº 87/96, há imunidade tributária sobre operações com petróleo e inclusive derivados, destinados a outros Estados da Federação, somente quando realizadas entre contribuintes, jamais quando o destinatário for o próprio consumidor final.

No caso vertente, a embargante destinou seu produto ao Estado de, mas o fez para posterior revenda a consumidores deste Estado, possibilitando, assim, ocorrência de nova etapa de circulação interno-estadual, que não está subtraída da incidência do ICMS.

A imunidade, portanto, se restringe à exclusiva hipótese de não-incidência - da saída do produto (derivados de petróleo) da origem com destino a revendedores sediados noutra

Unidade Federativa, ou, noutras palavras, da operação estritamente interestadual.

Não há alcance da operação subsequente, interno-estadual, de venda do mesmo produto a consumo.

E, quanto a esta (operação), em virtude do fato de que submetida a regime especial, de substituição tributária “para frente”, o recolhimento do ICMS respectivo se faz não apenas antecipado (ao instante do consumo), mas antecipado para o próprio momento da entrada do produto no Estado do estabelecimento revendedor.

Responsabiliza-se o distribuidor pelo antecipado recolhimento do ICMS/ST, devido pela venda a consumo final (e, nunca, pela imune operação interestadual), apurável já quando da entrada dos derivados no Estado de destino onde localizados os vendedores-destinatários que irão realizar a venda a consumo.

Não se confundem, pois, a imunidade da operação interestadual - distribuidor-a-distribuidor/comerciante, situados, cada um, em Estados diferentes - com a tributabilidade (por destaque antecipado, quando da entrada do produto no Estado-destino) da operação interna, de venda a consumo, do produto.

No caso, como substituta tributária, a embargante sujeita-se a recolhimento antecipado do ICMS, devido pela operação subsequente à distribuição, etapa que não se confunde com a operação anterior, operação interestadual.

Desse modo, não há que se falar em afronta ao art. 155, § 2º, inciso X, da Constituição da República.

Sobre o tema, é de se destacar o seguinte julgado, que, a meu sentir, *mutatis mutandis*, se aplica ao caso em apreço (sic):

“ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DISTRIBUIÇÃO DE ÁLCOOL E LUBRIFICANTES ORIGINÁRIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DESTINATÁRIOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS. ADMISSIBILIDADE DE SE ATRIBUIR A RESPONSABILIDADE COMO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO AO DISTRIBUIDOR, PELAS SUBSEQÜENTES VENDAS À VAREJO. A não-incidência do ICMS, de que trata o art. 155, § 2º, X, ‘b’, da CF/88, recaindo sobre a remessa de mercadorias (lubrificantes e combustíveis) dos Estados produtores, para os Estados consumidores, está adstrita à operação interestadual, visando maior igualdade entre os estados federados, em benefício desses últimos, pelo que não exclui a possibilidade legal do Estado consumidor atribuir ao transportador distribuidor, posto que sediado no Estado remetente, a responsabilidade por substituição tributária (CF art. 150 § 7º), de reter e pagar, no destino, o ICMS relativamente a subseqüentes operações de varejo, viabilizando, por autorização do CONFAZ, via Convênios ICMS, a vigência extraterritorial de legislações estaduais.”- (TJMG, Ap. Cível nº - Relator: Desembargador EDUARDO ANDRADE; DJ 24/09/2004).

Logo, não há como se acolher a pretensão da embargante, no que se refere ao intuito de eximir-se do recolhimento do tributo, sob o fundamento da imunidade tributária.

BASE DE CÁLCULO:

Ao rebate da alegação de aplicação incorreta da base de cálculo do tributo, a embargante diz que existem 02 (duas) formas de vendas, id est, nos Postos de Distribuição ou através de vendas/entregas domiciliar, sem condições de presumir por qual delas se dará a entrega ao final consumidor, de forma que não pode, desta forma - digamos - adivinhar quando ocorrerá a necessidade de inserção do preço do frete.

Neste ponto, insta observar que o perito concluiu (sic):

“Observados os objetivos da realização da presente prova pericial, que se resume em comprovar e demonstrar a base de cálculo utilizada pela Embargante para cálculo e recolhimento do ICMS/ST, nas operações de venda de gás liquefeito de petróleo - GLP, para estabelecimentos localizados no Estado de, constatou-se que não foi incluído na respectiva base de cálculo qualquer valor a título de frete ou taxa de entrega domiciliar...” - (fls. 251) - (grifei).

Ocorre, destarte, que, sobre o tema, a jurisprudência já se posicionou, no sentido de que (sic):

“A base de cálculo do ICMS incidente sobre o gás liquefeito de petróleo, nos termos dos arts. 13 da Lei nº 6.763/75 e 673 e 675 do RICMS/91, é o preço máximo de venda do produto, incluindo a despesa de entrega ao consumidor”. (TJMG - Ap. Cível nº - Rel. Desembargador CARREIRA MACHADO).

Em face disto, não há de se cogitar da hipótese de ofensa ao Princípio da Legalidade, na medida que, sem embargos dos entendimentos contrário, não se depara com aumento de tributo, sem a lei correspondente.

TAXA SELIC:

Por fim, alega-se a impossibilidade de utilização da Taxa SELIC sobre valores cujos fatos geradores são anteriores à sua instituição, sob pena de ofensa ao Princípio da Irretroatividade das Leis. Também sustenta-se a impossibilidade de aplicação de tal fator como taxa de juros moratórios.

Ora, neste particular, a jurisprudência também já se pacificou, de forma ampla e iterativa, assentando (v.g.):

“EXECUÇÃO FISCAL - VALIDADE DO TÍTULO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC - Tendo a CDA presunção de liquidez e certeza, cabe ao executado, objetivamente, demonstrar a inexigibilidade do valor exequendo, quanto ao valor nominal da dívida e quanto aos respectivos acréscimos legais. É legal a adoção da Taxa SELIC para a contagem dos juros nos débitos fiscais. A multa de revalidação decorrer de lei e não cabe ao Judiciário modificar-lhe o valor, porque não tem ele o poder de legislar.” (TJMG - AC - 2ª C.).

Com efeito, urge reconhecer que o inacolhimento da súplica exordial é medida que se impõe.

Ante tais considerações e por tudo mais que dos autos consta, rejeito os embargos, julgando-os totalmente IMPROCEDENTES e carregando conseqüentemente aos embargantes o ônus

pelo pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que, sopesados os elementos do artigo 20, § 3º, do Estatuto Processual Civil, arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizado, conforme tabela orientativa da egrégia Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Com o trânsito em julgado da presente decisão e solvidas eventuais custas, dê-se baixa e archive-se.

Com as cautelas de praxe,

P. R. I.

Belo Horizonte/MG, 11 de dezembro de 2.006.

EDSON DE ALMEIDA CAMPOS JÚNIOR

20º Juiz de Direito Auxiliar da Comarca de Belo Horizonte

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – ICMS – Notas fiscais consideradas inidôneas pelo fisco – Demonstração da efetividade da operação comercial - Procedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Edson de Almeida Campos Júnior		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	17/04/2007
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	-		

SENTENÇA

Vistos, etc...

....., empresa qualificada às fls.02, por intermédio de advogados regularmente constituídos, conforme Instrumento de Mandato de fls. 27, ingressou com embargos à execução fiscal, movida pela, alegando, em apertadíssima síntese, que teve seu nome indevidamente lançado no rol dos devedores da Fazenda Pública do Estado de, por suposto recolhimento a menor do ICMS, no período de 01/09/97 a 31/10/99, em face da apuração de ter promovido saídas de mercadorias sem destaque e sem recolhimento do imposto; pelo aproveitamento indevido dos créditos destacados em nota fiscal de aquisição de material de consumo; aproveitamento indevido de créditos de ICMS, destacados em notas fiscais inidôneas; aproveitamento indevido de créditos, destacados em notas fiscais de aquisições de bens alheios à atividade do estabelecimento. Aduziu que o título exequendo não tem amparo para instruir executivo fiscal, por faltar-lhe certeza, liquidez e exigibilidade. No tocante à alegação de saídas de mercadorias sem destaque e sem recolhimento do ICMS, relatou que o fisco estadual autuou outra empresa do grupo econômico da embargante, pela mesma razão e com base nos mesmos documentos fiscais, sendo que esta empresa aderiu ao processo de anistia e efetuou o pagamento do imposto, de modo que não poderia a Fazenda Pública exigir valor já efetivamente recolhido, o que tornaria o título executivo totalmente inexigível. Ressaltou que os créditos na aquisição de bens do ativo imobilizado são totalmente procedentes, conforme o Estatuto Supremo e legislação infraconstitucional, ou seja, o art. 20, §§ 1º e 3º, da LC 87/96, bem como pelo Regulamento/ICMS de 1996, em seus arts. 66, II, e § 1º e 70. Salientou que com o RICMS, o Estado passou a reconhecer os direitos aos créditos de bens do ativo

permanente, para abatimento no período de aquisição. Relatou que os bens considerados pela fiscalização como destinados ao imobilizado, bem como de uso e consumo, seriam, na realidade, consumidos diretamente no processo produtivo, sendo corretos os procedimentos da embargante. Aduziu que mesmo os créditos de ativo imobilizado, adquiridos anteriormente à vigência da Lei Complementar 87/96, poderiam ser apropriados, posto que tais bens tem participação direta no processo produtivo. No que tange aos materiais de uso e consumo, relatou que esses são consumidos diretamente no processo produtivo, sendo errônea a atuação do Fisco, quando firmou entendimento que os valores foram creditados indevidamente pela embargante. No tocante aquela outra alegação do Fisco, de que a empresa teria aproveitado de créditos destacados em notas fiscais inidôneas, esta expôs que o suposto aproveitamento indevido do crédito ocorreu no mês de dezembro de 1997 e o ato declaratório de inidoneidade de empresa, emitente das notas fiscais, somente foi publicado no em 28/02/98, sendo legal o aproveitamento dos mencionados créditos. Argumentou que não poderia a embargante pagar imposto devido por terceiro, por não estar vinculada ao fato gerador da obrigação tributária. Informa que pagou as mercadorias à empresa emitente das notas fiscais declaradas inidôneas, sendo esse requisito essencial para a efetivação do aproveitamento de crédito de ICMS. Aduziu que não teria como saber se o Fisco considera inidôneos os seus fornecedores, pois, os atos declaratórios de inidoneidade são publicados anos depois de serem as empresas declaradas inidôneas. Ao final, requereu a intimação da Fazenda Pública do Estado de, para apresentar o PTA, base para o ato declaratório de inidoneidade da empresa, Pugnou, desta forma, pela declaração de nulidade e inexigibilidade da certidão de dívida ativa, por ser ilíquida, incerta e inexigível, eis que os valores e exigências são indevidos, com a condenação da embargada nos consectários da sucumbência.

Além do ante mencionado instrumento de procuração, a inicial veio também instruída com os documentos de fls.28 usque 59, com preparo prévio às fls. 60.

Recebidos os embargos, conforme despacho de fls. 61, a Fazenda Pública do Estado de apresentou a impugnação de fls. 62/71, aduzindo, preliminarmente, que o valor da causa é menor que 0,04% do valor da execução, requerendo, deste modo, que seja a embargante intimada a emendar a inicial, na forma do art. 283 do CPC, recolhendo o valor correto das custas iniciais, sob pena de extinção liminar dos embargos. No tocante a alegação de que a exigência fiscal, relativa à venda de sucatas, seria a mesma constante do PTA, da, sendo que esta já estaria paga, afirma que o ônus da prova cabe à embargante, sendo que esta não obteve êxito em demonstrar tal fato, pois apresentou apenas algumas cópias do PTA, sem compará-las com o PTA nº, para confirmar a identidade dos fatos que originaram as duas exações. Diz que, pelas cópias apresentadas, foi confirmado não se tratar da mesma exigência fiscal, havendo diferenças nos pontos de correção monetária das notas fiscais, bem como a cobrança de multa isolada. No que tange ao suposto direito ao crédito do ICMS nas aquisições de material de uso e consumo, ressaltou que essa disciplina é regulamentada pelos arts. 19 a 33 da LC 87/96, sendo que o art. 33, I, da citada Lei complementar, somente permitiu o aproveitamento dos créditos a partir de 1º de janeiro de 1998, tendo esse prazo sido sucessivamente prorrogado pelas Leis Complementares 92, 99, 102 e 114, sendo o prazo de início fixado para 1º de janeiro de 2007. Relatou não ter ocorrido ofensa ao princípio da não-cumulatividade, pois o sistema de creditamento não estava previamente estabelecido na

própria CR/88; e, por essa razão, na vigência do Convênio 66/88, o STF entendeu que eram válidas todas as disposições do convênio, na hipótese em que os materiais não se integravam diretamente à mercadoria vendida. Colaciona jurisprudência. Assinala que a embargante não negou o aproveitamento dos créditos de ICMS das notas fiscais declaradas inidôneas pelo fisco, bem como que esse aproveitamento não é permitido pela legislação tributária. Prosseguiu, relatando que a inidoneidade da documentação fiscal é vício que impede o aproveitamento do crédito desde sua origem, independente de qualquer declaração do Fisco, conforme teor do art. 135, § único, do RICMS/96, cabendo ao contribuinte estar atento pela correção e idoneidade de sua documentação, sendo requisito para o aproveitamento do crédito, conforme disposto no art. 30 da Lei 6.763/75. Salaria que os contribuintes devem exigir comprovação de sua situação cadastral, sob pena de responderem solidariamente, conforme art. 16, X, da Lei 6.763/75. Sustenta que a publicação do ato declaratório visa apenas alertar os contribuintes de que não devem aproveitar aqueles créditos ou estorná-los, efetuando o pagamento do imposto que teria sido recolhido a menor. Postou-se, desta forma, pelo acolhimento da preliminar, bem como o indeferimento dos pedidos contidos na inicial, sendo o caso de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 17, § único, da Lei nº 6.830/80.

Réplica às fls. 74/81, juntando-se os documentos de fls. 82/88.

Na fase de especificação de provas (fls. 90), a embargante se pronunciou à fls. 91/92, requerendo a produção de prova pericial, ficando silente a embargada, como certificado às fls. 93.

Pelo despacho de fls.95, foi admitido o processamento da impugnação ao valor da causa nos autos dos embargos, determinando-se o recolhimento do preparo complementar, o que foi feito às fls. 103/105.

Saneador às fls. 108, com deferimento da prova pericial contábil e nomeação de perito, facultando-se a apresentação de quesitos.

Quesitos da embargante às fls. 109/111 e da parte contrária às fls. 113/114.

O Laudo Pericial foi acostado às fls. 139/212, sobre o que se manifestou a embargante às fls. 216/220 e a embargada às fls. 222, ocasião em que apresentou uma análise do Assistente Técnico (fls. 223/229).

Em atendimento ao despacho de fls. 231, o perito oficial se pronunciou às fls. 232/236.

Enfim, deu-se por encerrada a fase instrutória, facultando-se a apresentação de últimas alegações (fls. 237), com memoriais da embargante às fls. 238/242 e do Estado de às fls. 243/247

É, em síntese, o que se tinha a relatar,

D E C I D O:

O feito se encontra em ordem, sem vícios aparentes a inquiná-lo de nulidade, reclamando por um desfecho.

Primeiramente, faz-se mister lembrar que várias unidades judiciárias, atualmente, dispensam o envio de autos desta natureza para o Ministério Público, para evitar expedientes desnecessários, posto que o Parquet, como cediço, tem, sistematicamente, sustentado a desnecessidade de sua intervenção.

Inexistem preliminares a dirimir, já que, neste particular, a embargada se limitou a impugnar o valor da causa, sendo tal incidente, como relatado alhures, admitido e solucionado pela r. decisão de fls. 95, que restou irrecorrida.

Quanto ao mérito, a embargante alega, num primeiro tópico, que não merece vingar a autuação fiscal, sob alegação de que emitiu Nota Fiscal sem destaque e recolhimento de ICMS, com indicação incorreta de diferimento do imposto, em operação envolvendo “sucatas”, relativamente às NF’s e Disse que o fisco estadual autuou outra empresa do seu grupo econômico, ou seja, a, pela mesma razão e com base nos mesmos documentos fiscais, tendo a referida empresa aderido ao processo de anistia e efetuado o pagamento do imposto; o que, assim, torna inexigível o título executivo.

Em contrapartida, a Fazenda Pública Estadual afirmou que compete à autora provar suas alegações, salientando, destarte, que, no confronto das peças relativas aos PTA’s, não se trata da mesma exação fiscal.

Pois bem, quanto a este primeiro argumento da embargante e submetida a questão à análise do perito do juízo, o expert, em resposta ao segundo quesito da embargante, respondeu (sic):

“Em análise às cópias do PTA número , referente à autuação da empresa , fls. 33/37, cuja quitação se deu através da guia de pagamento no valor de R\$ 111.893,47 (cento e onze mil, oitocentos e noventa e três reais e quarenta e sete centavos), pode observar que consta no anexo único do mesmo, transcrito “in verbis” a seguir, alusão ao pagamento de ICMS, de parte de mercadorias adquiridas através da nota fiscal, que também consta no Quadro Demonstrativo Nº 1, do PTA, objeto da presente execução”. (fls. 145). (grifei).

E prossegue o louvado (sic):

“Cabe ainda ressaltar que conforme resposta ao SEGUNDO QUESITO desta série, a guia de pagamento juntada às fls. 33, no valor de R\$ 103.885,48, refere-se a pagamento de ICMS efetuado pela empresa, em 20/12/01, de parte da Nota Fiscal número (R\$ 577.141,59).

Portanto, parte das infrações apuradas no PTA (NF), consta também do PTA” (fls. 155/156). (grifei).

Ora, com a devida venia, penso que tal pormenor, uma vez configurado, compromete, sobremaneira, o levantamento da fiscalização, não se podendo mesmo afastar a hipótese de ocorrência de bitributação, tendo em vista a exação fiscal lastreada na mesma Nota Fiscal, com o conseqüente comprometimento do título executivo, no que tange à sua exigibilidade.

Não bastasse, assevera a embargante que não exorbitou no seu direito de aproveitamento de créditos, relativamente às aquisições de bens do ativo imobilizado e mercadorias de uso e consumo no processo produtivo.

Pois bem. Quanto à esta segunda alegação da embargante, convém novamente recorrer ao laudo do perito do juízo, que constatou (sic):

“...observando a individualidade e a particularidade dos lançamentos efetuados e tomando por base a definição da atividade da empresa e suas instalações, como sendo um complexo industrial, que envolve os setores de processamento, insumos, distribuição e produção primária, observa que, com relação aos itens estornados pela fiscalização sob o argumento de tratar-se de material de consumo e de materiais adquiridos para o Ativo Imobilizado da Embargante, ao mesmos, fazem parte, compõem, agregam e foram utilizados na ampliação, construção ou reforma das instalações industriais e na produção da Embargante”. (fls. 159).

De outro lado, urge admitir que, neste particular, a embargada também não logrou desconstituir a prova coligida.

Por fim, a embargante também se insurge contra a ilação fiscal, no sentido de que teria se aproveitado de créditos destacados em notas fiscais inidôneas.

Sabe-se, quanto a isto, que a jurisprudência ainda não se pacificou sobre tais ocorrências, tendo em vista, de um lado, o enfoque de que é impossível o comprador verificar a idoneidade do vendedor, para fins de aproveitamento do crédito tributário, ante a existência do sistema de não-cumulatividade do tributo, cabendo tal encargo de fiscalização ao ente público, como foi demonstrado com as re-transcrições doutrinárias e jurisprudenciais postas nas peças carreadas para os autos.

Todavia, sem embargo das referidas decisões, penso que o caso requer, como sói acontecer, uma análise sistemática e casuística, com olhos bem postos no caderno probatório.

In casu, tem-se que o Ato Declaratório de Falsidade foi publicado no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais em 28 de fevereiro de 1998, sendo fora de dúvida que, neste particular, a jurisprudência também assenta o entendimento de que os negócios jurídicos, anteriormente à declaração de inidoneidade, não podem ser atingidos, mormente se o adquirente agiu de boa-fé.

Ocorre, todavia, que, nestes casos, o entendimento de nossos colendos colégios judiciários é no sentido de que o adquirente, de fato, não sabia da situação irregular do fornecedor, cabendo-lhe, ainda, o ônus de provar a efetiva negociação, com a entrada das mercadorias, mediante prova robusta, a não ensejar qualquer resquício de dúvida.

A propósito, vejamos (sic):

“TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITOS RESULTANTES DE NOTA FISCAL. DECLARAÇÃO SUPERVENIENTE DA INIDONEIDADE DE QUEM A EMITIU. Verificando que o contribuinte aproveitou crédito decorrente de nota fiscal emitida por quem estava em situação irregular (ainda que só declarada posteriormente), o respectivo montante só é oponível ao Fisco se demonstrado, pelos registros contábeis, que a operação de compra e venda realmente aconteceu”. (STJ, 1ª Turma, REsp. nº/SP, j. em 01/09/1998). (grifei).

“TRIBUTÁRIO - CRÉDITO DE ICMS - NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO - DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVIDADE DA OPERAÇÃO COMERCIAL - ÔNUS PROBANDI DO CONTRIBUINTE. 1. A jurisprudência desta Turma é no sentido de que, para aproveitamento de crédito de ICMS, relativo a notas fiscais consideradas inidôneas pelo Fisco, é necessário que o contribuinte demonstre pelos registros contábeis que a operação comercial efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, pois, o ônus da prova, não se podendo transferir ao Fisco tal encargo. Precedentes. 2. Necessidade de o Tribunal, soberano na análise da prova, refugar o feito nos limites traçados neste julgamento porque não certificado no acórdão recorrido que a empresa embargante comprovou as efetivas transações. 3. Recurso especial provido em parte”. (RESP - Relatora - Ministra ELIANA CALMON - SEGUNDA TURMA - Data da Publicação/Fonte DJ 11.10.2004 O. 268)” (fls. 179/180). (grifei).

In casu, é forçoso reconhecer que a embargante não se descurou de seu ônus probante, na medida em que, novamente, o Laudo Pericial destacou (sic):

“Do exame da escrita fiscal e contábil do embargante pode-se concluir que as mercadorias mencionadas nas notas fiscais, tidas pelo Fisco por inidôneas, entraram no estabelecimento da embargante, que as operações de aquisição de mercadorias representadas pelas notas fiscais, ditas inidôneas, são reais e devido às considerações já explanadas anteriormente, a perícia considera S.M.J., que as operações de aquisição de mercadorias são reais”. (fls. 159).

Diante destas particularidades e matizes, tenho, com a devida venia, que a embargante logrou mesmo demonstrar, de forma satisfatória, a regularidade das operações.

Com efeito, insta reconhecer que o acolhimento da súplica exordial é medida que se impõe.

Ante tais considerações, e por tudo mais que dos autos consta, acolho os embargos, julgando-os PROCEDENTES; e, por via de consequência, julgo extinta a execução fiscal, carregando à embargada o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios da embargante, que, sopesados os elementos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do Estatuto Processual Civil, arbitro no correspondente a 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizado, segundo tabela orientativa da egrégia Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Custas, ex vi legis.

Decisão sujeita ao reexame necessário, de forma que, transcorrido o lapso temporal para recurso voluntário, subam os autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com nossas sinceras homenagens.

Com as cautelas de praxe,

P. R. I.

Belo Horizonte/MG, 17 de abril de 2.007

EDSON DE ALMEIDA CAMPOS JÚNIOR

20º Juiz de Direito Auxiliar da Comarca de Belo Horizonte

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – ICMS – Saída de mercadoria – Operação interestadual – Procedência do pedido		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Junior		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	024/06/190941-2	DATA DA SENTENÇA:	29/07/2009
REQUERENTE(S):	Estok Comércio e Representações Ltda.		
REQUERIDO(S):	Estado de Minas Gerais		

SENTENÇA

VISTOS ETC.

ESTOK COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., qualificada no feito, opôs os presentes embargos à execução fiscal que lhe move o ESTADO DE MINAS GERAIS, aduzindo, preliminarmente, que a tributação exigida através da CDA executada encontra óbice nos expressos limites da coisa julgada advinda da declaração judicial de inexigibilidade prolatada nos autos da ação declaratória n. 024/98/070941-4.

No mérito, alegou que as vendas imputadas pelo Fisco como justificadoras do recolhimento tributário executado não podem ser consideradas como fato gerador do ICMS reclamado, haja vista que faturados e remetidos os produtos em questão diretamente de sua matriz, localizada no Estado de São Paulo. Desse modo, independentemente de terem sido os pedidos de venda advindos da filial de Minas, asseverou que naquele Estado acabou por ocorrer tanto a emissão das correspondentes notas fiscais, quanto a própria saída efetiva dos produtos vendidos diretamente aos consumidores finais, razão pela qual o fato gerador deve ser considerado como realizado em São Paulo, com o conseqüente afastamento integral da pretensão executiva.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 17/75.

Intimado, impugnou o ESTADO os Embargos opostos (fls. 79/91), alegando: que a preliminar não deve prosperar, ante a expressa vedação imprimida pela Súmula n. 239, do STF; que a ausência de recolhimento do ICMS relativo às vendas realizadas pelo estabelecimento mineiro, independentemente do faturamento e entrega por estabelecimento paulista, afrontou os

termos do artigo 6º, §2º, “f”, da Lei Estadual n. 6.763/75, haja vista que a ausência de contato entre os adquirentes e o estabelecimento paulista evidencia intencional supressão de fase do processo circulatório voltada à fraude da arrecadação exigida; que a manobra verificada caracteriza saída simbólica de mercadoria, que deve ser reconhecida para proteção das regras constitucionais de distribuição da receita do ICMS nas operações interestaduais; e, finalmente, que os argumentos deduzidos são insuficientes para a desconstituição das presunções de certeza e exigibilidade da CDA executada.

Manifestação sobre a impugnação em fls. 97/101, seguida de requerimento da Embargante para apresentação do PTA relativo ao débito discutido (fls. 103/104), e de expresso desinteresse do ESTADO na produção de outras provas (fls. 105).

Juntado ao feito o PTA em sua integralidade (fls. 114/5183), formularam as partes suas alegações finais às fls. 5185/5189 e 5191/5197, onde se bateram pelas teses já esposadas.

É o relatório. DECIDO.

Julgo o feito no estado em que se encontra, eis que juntada nos autos a única prova requerida pelas partes.

Rejeito a preliminar de coisa julgada argüida na culta peça de ingresso, haja vista que a apresentação do acórdão de fls. 65/74, desacompanhada da correspondente certidão de trânsito em julgado e da petição inicial do feito mencionado, não é suficiente à verificação dos limites objetivos do pedido analisado e da inexistência de alteração superveniente do decisum.

No tocante ao mérito propriamente dito, com a vênia respeitosa devida aos respeitáveis argumentos em contrário, tenho que o pedido inicial merece o acolhimento almejado.

Busca a empresa Embargante, com o manejo dos presentes Embargos, o reconhecimento da ilegalidade dos lançamentos tributários corporificados pelo PTA n. 01 000148227 15, cuja CDA é objeto de execução no apenso, ao argumento de que os fatos geradores tributados não tiveram qualquer repercussão jurídica na órbita arrecadatória do Estado de Minas Gerais, haja vista que inverificados em seu território os requisitos ensejadores da hipótese de incidência do ICMS.

Verifica-se dos fatos alegados no pedido inicial, incontroversos ante os limites de contenciosidade imprimidos pela peça impugnativa, que a Embargante foi autuada em razão do não-recolhimento de ICMS nas operações de venda que, não obstante iniciadas pela filial mineira, restaram formalizadas, com a expedição dos respectivos documentos fiscais e com a efetiva remessa dos produtos comercializados, por sua matriz localizada no Estado de São Paulo.

Delimitado o conhecimento da demanda nos moldes acima, resta a análise jurisdicional a questão de direito relacionada à caracterização das relações mercantis sub examine como fatos imponíveis suficientes ao exercício, pelo Estado Embargado, do poder de tributar na qualidade de destinatário do ICMS devido.

E, renovando a vênia devida aos judiciosos fundamentos deduzidos em contrário, entendo que as transações em questão desautorizam a cobrança, pelo Estado Embargado, do imposto lançado no bojo do PTA analisado.

Para a caracterização do fato gerador do ICMS é necessária a verificação não só da específica operação mercantil translativa da propriedade do bem negociado, mas também da própria tradição dominial, representadora da circulação da mercadoria, que se inicia com a saída do objeto negociado do estabelecimento comercial em que se encontra.

Com a necessária conjugação acima, alcança-se de modo escorreito e eficaz a conceituação de “circulação jurídica” do objeto da exação.

Desse modo, diferentemente do que aduz o Embargado, não basta a ocorrência de um fato jurídico caracterizado como operação mercantil para que, incontinenti, surja o dever de recolhimento do imposto debatido.

Para tanto, também deve ser verificada, in concreto, a presença da circulação da mercadoria, sem a qual não nascerá a fonte da obrigação tributária.

Feita a necessária ponderação, não há como se olvidar que a análise conjunta dos artigos 11, I, “a”, e 12, I, ambos da Lei Complementar n. 87/96, considera ocorrido o fato gerador, nas operações interestaduais que envolvam a incidência de ICMS, no momento da específica saída do bem do estabelecimento comercial do responsável tributário:

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontra, no momento da ocorrência do fato gerador;”

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;”

Verificado, dessa maneira, que o fato gerador do dever de recolhimento do ICMS sobre as operações discutidas ocorreu no momento da saída das mercadorias do estabelecimento localizado no Estado de São Paulo, àquele ente federado repousava a prerrogativa de cobrar e recolher o tributo devido, restando afastada, assim, a legitimidade ativa do Estado Embargado para exigir o imposto executado.

Não desnatura a conclusão acima o fato de ter se iniciado a negociação das operações na filial da Embargante situada em território mineiro, na medida em que, como visto, a efetiva saída das mercadorias é que deve nortear a concretização do fato gerador nas relações examinadas.

Ora, ocorrida no Estado de São Paulo a mudança de titularidade com a circulação das coisas vendidas, é certo que a filial mineira atuou na espécie apenas como intermediadora na

modificação do domínio, configurando a sua participação, desse modo, como insuficiente à atração da titularidade do poder de tributar debatido.

Abonando as teses esposadas, colacionam-se cultos julgados prolatados pelo egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Número do processo: 1.0024.03.886490-6/002(1)

Relator: MANUEL SARAMAGO

Relator do Acórdão: MANUEL SARAMAGO

Data do Julgamento: 14/02/2008

Data da Publicação: 28/02/2008

Inteiro Teor:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - PROVA PERICIAL - APRESENTAÇÃO DE QUESITOS - PRAZO NÃO PRECLUSIVO - TRIBUTÁRIO - ICMS - MERCADORIA EM EXPOSIÇÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS - FATO GERADOR - SAÍDA DA MERCADORIA DO ESTABELECIMENTO-ARMAZÉM LOCALIZADO NO ESTADO DE SÃO PAULO. Não é preclusivo o prazo de cinco dias estabelecido no art. 421, §1º, do Código de Processo Civil. De acordo com Lei Complementar 87/96, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS quanto efetivada a SAÍDA da mercadoria do ESTABELECIMENTO comercial.

Número do processo: 1.0000.00.292698-8/000(1)

Relator: SÉRGIO BRAGA

Relator do Acórdão: SÉRGIO BRAGA

Data do Julgamento: 10/02/2003

Data da Publicação: 09/05/2003

Inteiro Teor:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - ICMS - COMPRADOR DOMICILIADO EM OUTRO ESTADO - VENDA DIRETA DA MATRIZ - INTERMEDIÇÃO DA FILIAL - ALÍQUOTA INTERNA. O ICMS incide pela alíquota interna no Estado em que ocorreu a saída da mercadoria para o consumidor final, ainda que o mesmo esteja localizado e que a compra e venda tenha se realizado, através de FILIAL, em outro Estado da Federação. Precedentes do STJ. Recurso provido.

No mesmo sentido, nos moldes abaixo, já se pronunciou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Tributário - ICMS - Saída de Mercadorias - Operações Interestaduais - Vendedor e comprador situados em Estados diferentes - Fato Gerador único - Incidência, apenas no local da saída da mercadoria.

1 - Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que considerou ter ocorrido o fato gerador do ICMS em Minas Gerais, na emissão de pedidos por loja em Belo Horizonte, que foram efetivamente FATURADOS no Estado de SÃO PAULO, onde ocorreu a saída das mercadorias, destinadas a consumidores mineiros.

2 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que, nos termos do art. 1º, I, do Decreto-Lei 406/68, o ICMS tem como fato gerador o local da saída da mercadoria (o estabelecimento comercial) para o consumidor, não importando se a mercadoria ingressou em Estado diferente da origem, se a empresa do destino final do produto situa-se em Estado no qual ocorreu o desembaraço aduaneiro, ou que tenha sido negociada a venda em outro local, através da empresa FILIAL(...). (REsp n1 439057-MG, Relator Min. José Delgado, DJ 23.09.2002, pg. 288)

"Não há como falar em operação interestadual, se o comprador residente em determinado estado adquiriu bem, diretamente, da matriz do vendedor, em outra unidade federada. A circunstância de o bem adquirido haver sido entregue através de FILIAL, localizada no domicílio do comprador, não configura novo fato gerador de ICMS. A teor do disposto no artigo 155, parágrafo 2º, inciso VII, alíneas "a" e "b" da Constituição Federal, a venda a consumidor final está sujeita a pagamento do ICMS pela alíquota interna no Estado em que ocorre a saída das mercadorias do estabelecimento industrial. Incide tal alíquota mesmo que o negócio tenha se realizado por meio de FILIAL instalada no Estado em que o destinatário delas está domiciliado. O que a Constituição Federal valoriza é o fato do adquirente ser ou não contribuinte do ICMS" (Ag. Resp. nº 50500-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01.08.2000, p. 216).

Verificada, portanto, a desqualificação do Estado Embargado como titular do direito de exigir o tributo debatido, haja vista que a específica ocorrência da circulação mercantil no Estado de São Paulo acabou por atrair o poder de tributar àquela Unidade Federativa, tenho que a pretensão de extinção da execução fiscal deve ser judicialmente admitida, na medida em que insubsistentes os créditos tributários corporificados através do PTA que ensejou a expedição da CDA executada.

Finalmente, calcado o convencimento motivado nos fundamentos acima, resta prejudicada a análise das alegações de supressão de fase do processo circulatório das mercadorias e de saída simbólica justificadora da exação imposta, eis que automaticamente afastadas em razão do reconhecimento da realização do fato gerador no instante da específica saída, do estabelecimento de São Paulo, dos produtos vendidos.

É caso, pois, de integral acolhimento dos embargos.

EX POSITIS, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, para decretar a extinção da execução fiscal n. 024/05/803302-8.

Condeno o Estado Embargado ao reembolso das custas e despesas processuais já despendidas, bem como ao pagamento de honorários de advogado, fixados em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com atualização monetária, pela variação do INPC, desde a data da publicação desta sentença, nos termos do artigo 20, §4º, do C.P.C.

Sem condenação do Embargado ao pagamento de custas processuais, em virtude da isenção legalmente outorgada.

P.R.I.

Belo Horizonte, 29 de julho de 2009.

LUIZ CARLOS DE AZEVEDO CORRÊA JUNIOR

JUIZ DE DIREITO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos a execução fiscal – ICMS – Substituição tributária – Não incidência sobre insumo para a industrialização de cimento e cal - Improcedência		
COMARCA:	Guaxupé		
JUIZ DE DIREITO:	-		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	16961	DATA DA SENTENÇA:	22/05/2007
REQUERENTE(S):	SHELL BRASIL LTDA.		
REQUERIDO(S):	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS.		

EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL

VISTOS etc.

SHELL BRASIL LTDA, qualificada nos autos, opôs os presentes embargos à execução fiscal que lhe move a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, aduzindo, em síntese, que foi autuada em 31 de outubro de 2002 por transportar óleo combustível sem recolher os valores relativos ao ICMS devido por substituição tributária; que a mercadoria foi vendida pela embargante à Companhia Cimento Portland Itaú, situada em território mineiro. Argúi, em preliminar, que a execução é nula, uma vez que as notas fiscais relativas ao combustível transportado estão relacionadas em dois autos de infração distintos, sendo que um deles foi objeto de impugnação por parte da embargante. No mérito, alega a não incidência do ICMS nas vendas interestaduais de insumos, por força de expressa previsão legal contida na Lei Complementar nº 87/96, pois o óleo combustível vendido é consumido nos fornos da adquirente durante o processo de industrialização do cimento, tratando-se de insumo indispensável à sua produção. Alega, ainda, a inconstitucionalidade e ilegalidade da atual legislação do Estado de Minas Gerais, mais especificamente a Lei nº 14.699/2003 e a Instrução Normativa SLT 001/2003, pela violação do artigo 150, III, a, da Constituição Federal de 1988, que trata da irretroatividade da aplicação da lei tributária; pela violação do artigo 146, II e III, a, da mesma Carta e pela infringência de dispositivos da Lei Complementar 87/96, os quais enumera de 1 a 3. Discute, por fim, caso se entenda devido o tributo, a ilegalidade da

incidência de multa, juros e atualização da base de cálculo do imposto. Requereu a procedência dos embargos e instruiu a inicial com os documentos de fls. 29/124 dos autos.

Regularmente intimada a embargada, veio aos autos sua impugnação (fls. 126/135), onde ataca a preliminar argüida, asseverando que as notas fiscais relacionadas em destaque às fls. 101/102 foram excluídas do auto de infração em duplicidade, sendo que as que são objeto da execução já superaram a fase administrativa sem manifestação do embargante. No mérito, alega que, na época dos fatos geradores tratados nos embargos, a matéria encontrava-se disciplinada no Decreto nº 38.104/96 que contém o Regulamento do ICMS; que a incidência dos impostos nas operações autuadas está expressamente prevista na Lei Complementar 87/96; que, na esteira da Lei Complementar, a Lei Estadual nº 6.763/75, dispõe a incidência da mesma forma; que existe diferença entre industrialização e processo de industrialização, sendo que o primeiro é utilização da mercadoria como matéria prima e o segundo como insumo, caso em que a mesma sofre um processo em que é consumida e descaracterizada, caso da fabricação do cimento; que o processo de industrialização somente não sofre tributação em caso de remessas dentro do próprio estado e não de fora do mesmo, consoante disposto no Regulamento do ICMS; que o caso dos autos trata de processo de industrialização e a mercadoria vem de outro estado, incidindo, pois, o imposto; que não é certo alegar a irretroatividade da Lei 14.699/03 já que a legislação aplicada foi à da época da autuação; que as normas da Lei Complementar 87/96 foram fielmente obedecidas na regulamentação da Lei Estadual. Requereu a improcedência dos embargos.

Instadas a especificar provas, ambas as partes pugnaram pelo julgamento antecipado da lide.

É o relatório.

DECIDO

A matéria processual invocada, de nulidade da execução pela duplicidade de notas fiscais relacionadas em dois Autos de Infração distintos, é de ser superada em virtude de a embargada ter garantido que decotará a duplicidade do outro auto. Assim, como o Auto de Infração que originou a CDA ora em execução está correto e não sofreu impugnação administrativa, não há que se falar em nulidade da execução, razão pela qual afasto a preliminar e passo ao exame da matéria de fundo.

O debate acerca da constitucionalidade e legalidade da Lei nº 14.699/2003 e da Instrução Normativa SLT 001/2003 é improfícuo para o desate da matéria debatida, porquanto a autuação se deu de conformidade com a legislação estadual anterior.

Aliás, a Lei e a IN supramencionadas tão somente regulamentaram, a primeira em seus artigos 5º e 6º, e a segunda, em seu artigo 1º e parágrafo único, de forma mais clara e contundente, o que a legislação anterior já prescrevia de forma mais genérica.

Destarte, não obstante a profusão de teses elencadas pelo embargante na peça de ingresso, a realidade é que a discussão se restringe tão somente em saber se a mercadoria adquirida pela empresa mineira é usada na industrialização, caso em que incide o tributo, consoante a previsão legal contida na Lei Complementar 87/96.

De acordo com a asserção da adquirente Cia. Cimento Portland Itaú (fls. 105), para a fabricação do clínquer – matéria prima do cimento – e cal, com pequenas variações no procedimento de um e outro, os óleos combustíveis são descarregados em tanques e injetados pneumáticamente no interior dos fornos, com vapor de nebulização. Com o combustível no interior do forno e misturado com ar atmosférico igualmente injetado, é iniciada a combustão, responsável pela geração de calor necessária ao processo de queima. No caso da cal, os gases gerados pela descarbonetação do calcário e da combustão são succionados, filtrados e liberados para a atmosfera. No caso do clínquer, os gases são filtrados por filtros eletrostáticos.

O nome insumo, usado por ambas as partes ao defender seus posicionamentos, é mera nomenclatura e não tem importância para a causa sua interpretação terminológica literal. O que realmente importa saber é se a mercadoria é matéria prima utilizada na industrialização do produto, caso em que se incorpora ao mesmo no final do procedimento, ou se é tão somente utilizada para a realização do procedimento, caso em que é consumida e perde os característicos originais.

Conforme bem sintetizado pela embargada, no primeiro caso trata-se de industrialização, não sendo hipótese de incidência do tributo, já no segundo trata-se de processo de industrialização, onde a mercadoria não participa do produto final, tratando-se somente de meio ou intermediário para atingi-lo, hipótese em que incide o tributo, por força da legislação tributária estadual que simplesmente regulamentou o que já era previsto na Lei Complementar.

E, no caso concreto, por mais que se examine a espécie, não há como emprestar validade à tese da industrialização, porquanto a explicação da própria adquirente para o procedimento de fabricação de cal e clínquer levam ao convencimento inequívoco de que se trata de processo de industrialização, pois o óleo combustível é

queimado para geração do calor necessário à reação química responsável pela transformação do produto, não fazendo parte do resultado final.

Também consoante expressado pela embargada, tratando-se de processo de industrialização, o contido no § 2º, 5, do artigo 372 do RICMS/96 – Anexo IX, não diz respeito à mercadoria vinda de outro estado, mas, sim, de movimentação dentro do próprio estado mineiro, conforme o “caput” do artigo, que é para onde remete o citado § 2º, donde não se enquadra a espécie em comento.

Nessa linha de raciocínio, agiu bem a embargada ao autuar a embargante, visto que esta transportava a mercadoria sem recolher o imposto devido por ela a título de substituição tributária.

No tocante à pretensão de decote de multa, juros e atualização da base de cálculo, também sem razão a embargante, posto a execução tratar-se de CDA provinda de autuação sofrida pela embargante em virtude de não ter recolhido o tributo na época própria, ficando sujeito às sanções legais atinentes à mora.

Ante o exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, julgo totalmente improcedentes os embargos opostos por SHELL BRASIL LTDA e extinto o processo com resolução de mérito e ao amparo do artigo 269, I, segunda figura, do C.P.C.

Condeno a embargante no pagamento das custas processuais e honorários ao procurador da embargada, arbitrados estes em 10% sobre o valor atribuído à causa.

P.R.I.

Guaxupé, 22 de maio de 2007

João Batista Mendes Filho

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – Imposto sobre lucro presumido – Taxa SELIC - Cumulação com outro índice de correção monetária ou juros de mora – Impossibilidade – Procedência em parte		
COMARCA:	Igarapé		
JUIZ DE DIREITO:	Cirlaine Maria Guimarães		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0301.01.003.683-0	DATA DA SENTENÇA:	18/05/2011
REQUERENTE(S):	Tobemaq Ltda		
REQUERIDO(S):	Fazenda Pública Nacional		

Sentença

I – Relatório

Cuidam os autos de Embargos do Devedor aviados por Tobemaq Ltda em face da Fazenda Pública Federal, ambos devidamente qualificados na exordial, sob o fundamento de que a execução fiscal em apenso visa o recebimento de pretense crédito tributário em virtude da falta de recolhimento do imposto incidente sobre o lucro presumido relativo ao período compreendido entre 29/02/1996 a 31/01/1997.

Alega, preliminarmente, a nulidade da Certidão da Dívida Ativa, ao fundamento de que União Federal deixou de discriminar a forma de calcular os juros e demais encargos.

No mérito, aduz a inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da taxa Selic utilizada para cobrança dos juros, devendo ser aplicada a taxa de 1% previsto no artigo 161, § 1º, do CTN.

Sustenta, ainda, tendo em vista o princípio da eventualidade, a impossibilidade de se cobrar a taxa Selic cumulada com outros índices de reajuste como a UFIR, incidente no caso em tela.

Ao final, alega o caráter confiscatório da multa de 30% (trinta por cento), pelo que requer o seu decote.

Com a inicial vieram o instrumento de procuração e os documentos de ff.24/36.

Citada, a União Federal apresentou impugnação às ff. 38/52, alegando, preliminarmente, “prejudicial ao prosseguimento dos presentes embargos”, uma vez que não concorda com o bem oferecido para penhora.

No que tange à validade da CDA, afirma que o valor inicial do quantum devido restou corretamente exarado, assim, como as formas utilizadas para o cálculo dos juros de mora e atualização monetária, na medida em que a certidão trouxe toda a legislação pertinente.

Quanto à taxa SELIC, deduz que a taxa de juros de 1% ao mês, prevista no artigo 161, caput, § 1º, do CTN, somente há de ser aplicada, inexistindo lei que disponha de modo diverso.

Deduz que o art. 13, da Lei 9.065, de 1995, dispõe que a partir de 1º de abril de 1995, os juros de mora são equivalentes à taxa Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, e que referida taxa foi criada por lei ordinária (art. 39, § 4º, da Lei 9.250, de 1995)

No mais, alega que referidos índices são de plena aplicabilidade, válidos e livres de qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade.

É o relatório.

II – Fundamentação

O feito admite julgamento antecipado nos termos do artigo 330, I, do CPC, por se tratar de matéria exclusivamente de direito.

1. Da intempestividade dos embargos

A embargada requer a rejeição dos presentes embargos, ao argumento de que o juízo da execução não se encontra garantido, pois a eficácia da penhora subordina-se à ordem preferencial contida no artigo 11, da Lei 6.830, de 1980.

Argumenta que a executada compareceu nos autos nomeou bens à penhora, os quais não foram aceitos, não restando seguro o juízo.

A penhora efetivada por oficial de justiça e dela sendo intimado o devedor, atendido estará o requisito de garantia para a oposição de embargos à execução.

No caso, não há que se falar em rejeição dos embargos por ausência de garantia do juízo, pois a gradação estabelecida no artigo 655 do CPC apenas enseja rejeição do credor, atraindo para este a capacidade de nomear os bens daquele, encontrando-se o juízo garantido, conforme termo de penhora à f. 20 dos autos principais impõe-se o processamento dos presentes embargos.

Assim, rejeito a preliminar.

2. Da nulidade da CDA

O embargante alega a nulidade da CDA ao fundamento de que não foi discriminada a forma de calcular os juros e demais encargos.

Nos termos do artigo 202 do CTN, o termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

Art. 202 – (...)

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Tais regras têm por escopo possibilitar ao sujeito passivo tributário, efetiva ciência da origem e natureza do crédito contra si lançado, de forma que possa impugná-lo, judicial ou administrativamente, a fim de viabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório.

O embargante alega que a CDA não cumpre o previsto no inciso II do artigo acima citado.

A meu sentir restaram discriminados todos os encargos que incidiram sobre o valor do débito fiscal, constando o percentual da multa, o termo inicial de atualização monetária e juros de mora, bem como a data de vencimento, restando evidente a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora.

Dessa forma, não restam dúvidas de que as CDA's e seus complementos do feito executivo representativos do crédito tributário exigido demonstram, de forma cristalina, o valor original do débito, os índices e a forma como foram processados os juros moratórios, hábeis a proceder à atualização do débito cobrado pela embargada, até o momento do aforamento da execução. Ademais, os cálculos ora apresentados estão em consonância com a legislação federal também citada na certidão, a permitir que o contribuinte tenha conhecimento de quanto está sendo cobrado a título de juros, correção e multa.

Assim, não merece prosperar a preliminar relativa à falta de requisitos legais da CDA, tendo em vista que a mesma foi elaborada conforme o disposto no art. 202 do CTN e art. 2º, § 5º, II e §6º da LEF, restando presentes a liquidez e certeza necessárias ao título executivo.

DO MÉRITO

1. Da utilização da taxa SELIC

A embargante aduz a inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da taxa SELIC, como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários.

Segundo a regência do artigo 161, § 1º, do CTN, o fisco poderá utilizar de outras taxas de juros, que não a de 1% (um por cento), ao mês, desde que haja expressa previsão legal para tanto.

O parágrafo 1º, do art. 161, do Código Tributário Nacional, determina que, "se a lei não dispuser de modo diverso", os juros de mora serão calculados à Taxa de 1% ao mês.

Os juros estão regulados pela Lei nº 9.065, de 1995, cujo artigo 13 condiciona-os à Taxa Selic, configurando a viabilidade do seu uso na presente execução fiscal.

Assim, a incidência da Taxa Selic como parâmetro para cobrança de juros de mora tem expressa previsão legal, conforme permissivo constante no parágrafo único do art. 161 do CTN (§ 8º do art. 84 da Lei nº 8.981/95 c/c art. 13 da Lei nº 9.065/95), inclusive porque esta Taxa, por representar também a expectativa de correção monetária, afasta a aplicação de qualquer outro índice de atualização monetária.

A Primeira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Recurso Especial n. 1.111.175/SP, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, pacificou a questão no sentido de que é legítima a aplicação da taxa SELIC sobre os débitos para com a Fazenda Pública. Referido julgado ficou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsp. 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ. (STJ, REsp. 1.111.175/SP, Rel. Min. Denise Arruda, publicado no DJe de 01/07/2009)

Por oportuno, confira-se o seguinte excerto das razões que fundamentaram o citado julgado:

(...)

Por outro lado, quanto à possibilidade de aplicação dos juros equivalentes à taxa SELIC no cálculo dos débitos fiscais, o Código Tributário Nacional, em seu art. 161, § 1º, assim dispõe acerca do tema:

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês."

Da norma em destaque, extrai-se que, não dispondo a legislação tributária sobre os juros moratórios, serão eles calculados à taxa de um por cento ao mês. Todavia, na esfera federal, a aplicação dos juros equivalentes à taxa SELIC em débitos fiscais pagos com atraso é plenamente cabível, porquanto fundada nas Leis 9.065/95 (art. 13) e 10.522/2002 (art. 30), sendo esta última resultado da conversão da MP 1.542/96 (art. 26), e reedições até a MP 2.176-79/2001.

A taxa SELIC abrange, além dos juros, a inflação do período considerado, razão pela qual tem sido determinada a sua aplicação em favor do contribuinte, nas hipóteses de restituição e compensação de indébitos tributários (art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95).

Dessa forma, é cabível a sua aplicação, também, na atualização dos créditos em favor da Fazenda Pública, em face do princípio da isonomia que deve reger as relações tributárias. (...) grifei

Conquanto seja possível a aplicação da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora na atualização dos créditos tributários, a sua aplicação não pode ser cumulada com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE. SÚMULA Nº 211/STJ. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AFERIÇÃO DOS REQUISITOS DA CDA. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 07/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE DESACOMPANHADA DE PAGAMENTO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

[...]

4. É devida a Taxa Selic nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal. A Selic é composta de taxa de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de atualização.

5. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 826.780/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11.9.2008)

Na hipótese dos autos, consta na Certidão de Dívida Ativa (ff. 9/11 dos autos principais) a incidência da UFIR (Unidade Fiscal de Referência), como índice de correção monetária do valor total inscrito em dívida ativa, com fundamento na Lei federal nº 8.383, de 1991, art. 54. Infere-se, ainda, a sujeição da dívida aos juros de mora, com fundamento na MP 1.542/1996, cujo artigo 26, assim dispõe:

Art. 26. Em relação aos débitos referidos no artigo anterior, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União passam a incidir a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês de pagamento.

Desta feita, havendo aplicação da taxa SELIC, resta impossível sua cumulação com qualquer outro índice de correção monetária ou juros de mora.

Com essas considerações, os presentes embargos do devedor devem ser acolhidos parcialmente, para se declarar como indevida a utilização da taxa SELIC cumulada com qualquer outro índice de correção, já que composta de taxa de juros e correção monetária.

2. Do caráter confiscatório da multa

Deduz a embargante o caráter confiscatório da multa de 30% (trinta por cento) sobre o valor do débito tributário.

O artigo 150, IV, da Constituição Federal, tem por objetivo impedir que o Estado se valha de tributação excessiva para promover o confisco de bens particulares.

O confisco vedado pela Constituição não pode ser considerado em caso de toda e qualquer tributação onerosa, mas, tão-somente, aquela que caracterize verdadeiro excesso, exorbitando o intuito de arrecadação.

A multa, por sua vez, não é tributo, no termos da definição do artigo 3º do CTN. Deste modo, a vedação do artigo 150, IV, da CF/88 não se estende a esta penalidade que, destinada aos contribuintes omissos e inadimplentes, tem o intuito não apenas punitivo como, também, busca coibir a sonegação fiscal.

Tratando-se de penalidade, com prévio fundamento legal, o que se verifica na hipótese dos autos, a multa moratória aplicada a débitos tributários tem caráter pedagógico, visando evitar a contumácia no inadimplemento do contribuinte, pelo que não há que se falar em confisco, ao que se acresce que referida multa tem incidência legal.

Neste sentido:

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - REUNIÃO DE CDA'S - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - PROPRIETÁRIO DE IMÓVEIS - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - AUSÊNCIA DE EFEITO FISCAL - PRESCRIÇÃO - ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. I, DO CTN - MULTA DE 30% - RAZOABILIDADE. 1 - Não há cerceamento de defesa na cobrança de créditos constantes de diversas certidões de dívida ativa no mesmo feito executivo. 2 - A promessa de compra e venda não tem o condão de afastar a responsabilidade do proprietário pelo pagamento do IPTU. 3 - Transcorridos mais de 5 (cinco) anos entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e a citação do devedor, deve ser reconhecida a prescrição da ação, prevalecendo o CTN, lei complementar de normas gerais, sobre a LEF, lei ordinária. 4 - A multa de 30% exigida pelo fisco municipal para desestímulo ao inadimplemento da obrigação tributária afigura-se razoável, não tendo efeito de confisco. 5 - Preliminares rejeitadas e recurso parcialmente provido. (Apelação Cível n. 1.0024.04.331802-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - 8ª Câmara Cível do TJMG - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM - Data do Julgamento: 23/02/2006).

Assim, existindo previsão na legislação federal, não cabe ao Judiciário alterar os parâmetros de fixação da multa, sob pena de invasão de competência.

III – Dispositivo

Ante o exposto, nos termos da fundamentação e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os presentes embargos do devedor aforados por TOBEMAQ LTDA em face da FAZENDA PÚBLICA FEDERAL, para declarar a ilegalidade da utilização da taxa SELIC cumulada com qualquer outro índice de correção, seja de juros ou atualização monetária, relativamente ao valor total inscrito em dívida, consoante Certidão de Dívida Ativa de ff. 3/11, constante dos autos de execução em apenso (Processo nº 0301.00.001.094-4).

Via de consequência, julgo extinto o presente feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que ora arbitro em R\$1.000,00 (um mil reais), com fulcro no artigo 20, § 4º, do CPC, na proporção de 60% (sessenta por cento) pela embargante e 40% (quarenta por cento) pelo embargado.

Extraia-se cópia desta sentença e junte aos autos de execução em apenso.

Decorrido o prazo para recurso voluntário, remetam-se os autos ao egrégio Tribunal Federal da Primeira Região, para reexame necessário, com as cautelas de estilo. (STJ, EREsp. 699.545/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 10/02/2011).

Publicar. Registrar. Intimar.

Igarapé, 18 de maio de 2011.

Cirlaine Maria Guimarães

Juíza de Direito Substituta em cooperação

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à Execução Fiscal – Instituto Estadual de Florestas – Transporte irregular de madeira – Multa ambiental – Responsabilidade do motorista - Improcedência		
COMARCA:	Resplendor		
JUIZ DE DIREITO:	Edson Alfredo Sossai Regonini		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	21020-84.2010.8.13.0543	DATA DA SENTENÇA:	12/07/2011
REQUERENTE(S):	Sebastião Antônio da Silva		
REQUERIDO(S):	Instituto Estadual de Florestas - IEF/MG.		

SENTENÇA

Vistos etc.

SEBASTIÃO ANTÔNIO DA SILVA, brasileiro, casado, motorista, CPF 033.196.246-28 opôs EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL em face do INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS IEF/MG, aduzindo que o embargado ajuizou ação de execução com a finalidade de receber o crédito de R\$ 4.455,41, referente à Certidão de Dívida Ativa que, posteriormente atualizada, tinha o valor de R\$ 8.188,60.

Alega que foi penhorado, via BACENJUD, em sua conta bancária, o valor de R\$ 8.188,60. Contudo, à época da multa, era motorista de Celso Luiz da Silva, proprietário da Cerâmica Santa Cruz Ltda. e estava a serviço.

Alega, ainda, inépcia da inicial, por não ter o embargado narrado, na ação de execução fiscal, os fatos e fundamentos jurídicos; a nulidade do título extrajudicial, porquanto o embargado não indicou a origem da dívida, apresentando apenas uma Certidão de Dívida Ativa; e a necessidade de se juntar processo administrativo que deu ensejo à inscrição do embargante em dívida ativa.

Com base nesses fatos, requer o indeferimento da petição inicial, extinguindo-se o processo de execução sem resolução de mérito; seja intimado o embargado para juntar o processo

administrativo que deu ensejo à execução fiscal; e, no mérito, sejam julgados procedentes os presentes embargos.

A inicial veio acompanhada de documentos às ff. 07/10.

O embargado apresentou impugnação aos embargos à execução fiscal, às ff. 13/21, alegando que a sanção ambiental tem natureza objetiva; que os embargos foram apresentados de forma extemporânea; que a petição inicial da ação de execução fiscal foi apresentada indicando o que a Lei 6.830/80 determina; que o título executivo tem presunção de liquidez e certeza; e que o processo administrativo não é peça essencial ao ajuizamento de ação de execução fiscal. Ao final, requereu a improcedência dos embargos.

Com a impugnação, vieram documentos às ff. 22/41.

As partes requereram o julgamento antecipado da lide (ff. 44/45).

Em que pese os brilhantes argumentos suscitados pelo embargado, os presentes embargos não são intempestivos. É certo que o embargante, quando propôs a presente, ainda não tinha sido intimado da penhora eletrônica realizada em sua conta. Porém, o mesmo se antecipou e ajuizou estes embargos. Não vejo plausível penalizá-lo por simplesmente vir a juízo postulando a defesa de seu interesse, ainda mais quando o faz de forma antecipada.

O embargado aduz que a petição inicial da execução fiscal é inepta, por não preencher os requisitos do artigo 282, III do Código de Processo Civil.

Porém, a peça inicial da execução fiscal não se submete aos requisitos do artigo 282, III do CPC, apenas aos requisitos previstos no artigo 6º da Lei 6.830/80. Ressalto, consoante interpretação gramatical do mencionado artigo, que a peça inicial da execução terá apenas os requisitos nela mencionados. Nesse sentido, confira-se:

Art. 6º A petição inicial indicará apenas:

I - o juiz a quem é dirigida;

II - o pedido; e

III - o requerimento para a citação.

Em análise da exordial da execução fiscal, verifico que a mesma preenche satisfatoriamente os requisitos do artigo 6º da LEF. Dessa forma, rejeito o argumento de inépcia.

Da mesma forma, não merece acolhida o argumento de que a CDA não descreveu a origem da dívida, descumprindo o requisito do artigo 2º, § 6º da LEF.

Em análise da CDA, constante do executivo fiscal, apenso ao presente, percebe-se nitidamente que o fato está devidamente descrito, sendo que o executado foi autuado “por transportar 10 m3 (dez metro cúbicos) de lenha nativa no caminhão de placa GYI 8571 Resplendor/MG, sem provar a origem (sic)”.

O embargante aduz, também, que a execução fiscal é nula por não vir acompanhada da cópia do processo administrativo que culminou com a aplicação da multa e emissão da CDA, o que lhe causou cerceamento de Defesa.

Não merecem acolhida os argumentos ventilados pelo embargante, não há necessidade da execução fiscal estar acompanhada da cópia do processo administrativo. Aliás, nesse mesmo sentido já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgado relatado pelo eminente Ministro Luiz Fux. Veja-se:

(...) JUNTADA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. (...) 3. O ajuizamento da execução fiscal prescinde da cópia do processo administrativo que deu origem à Certidão de Dívida Ativa, sendo suficiente a indicação, no título, do seu número. Isto por que, cabendo ao devedor o ônus de infirmar a presunção de liquidez e certeza da CDA, poderá juntar aos autos, se necessário, cópia das peças daquele processo que entender pertinentes, obtidas junto à repartição fiscal competente, na forma preconizada pelo art. 6º, § 1º c/c art. 41 da Lei 6.830/80 (Precedente: REsp 718.034/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 30.05.2005).(...) 5. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 750388/PR (2006/0042860-5), 1ª Turma do STJ, Rel. Luiz Fux. j. 19.04.2007, unânime, DJ 14.05.2007).

Ademais, a certidão de dívida ativa goza de presunção de certeza e liquidez.

Alega o embargante que estava transportando a madeira, que gerou a aplicação da multa ambiental, apenas na condição de motorista, pois estava trabalhando para a Cerâmica Santa Cruz Ltda.

Não obstante, na forma do artigo 46, parágrafo único da Lei 9.605/98, a conduta de simplesmente transportar também é ilícita, pois o tipo descreve vários núcleos, incluindo transportar.

Outrossim, em hipótese semelhante à presente, o egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, em julgamento relatado pelo eminente e culto Desembargador Audebert Delage (Número do processo 1.0471.04.034556-6/001(1). Numeração Única: 0345566-65.2004.8.13.0471), decidiu que há responsabilidade do motorista que transporta madeira de forma irregular, por, de qualquer modo, concorrer para infração. Colhe-se do inteiro teor do julgado:

“(...) A questão da responsabilidade no caso de infração à norma ambiental encontra-se expressamente disciplinada pela citada lei, de modo que o motorista da carga transportada de maneira irregular considera-se autor na medida em que concorre para a prática da infração. Dessa forma, o apelado é parte legítima para figurar no pólo passivo da execução fiscal promovida pelo apelante. Por outro lado, a ele é ressalvado o direito de regresso contra os demais agentes que porventura estejam relacionados com a infração autuada no presente caso e que se enquadrem no conceito de autores, estabelecido pela lei (...)”.

Forte em tais razões, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTES os presentes embargos, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I do Código de Processo Civil.

Condeno o embargante no pagamento das custas processuais e nos honorários advocatícios que arbitro, com força no artigo 20, § 4º do CPC, em virtude da singeleza da causa e o local da prestação do serviço, bem como o zelo do profissional, em R\$ 1.000,00 (mil reais). Contudo, suspenso a exigibilidade por estar o embargante amparado pela Assistência Judiciária Gratuita.

Junte-se cópia da presente sentença nos autos da execução.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Transcorrido o prazo recursal, desapense-se e archive-se com as cautelas de estilo.

Resplendor, 12 de julho de 2011.

EDSON ALFREDO SOSSAI REGONINI

Juiz Substituto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à Execução Fiscal – IPTU – Imóvel inexistente – Nulidade do título executivo – Procedência do pedido		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Carlos Frederico Braga da Silva		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0024.09512.662-9	DATA DA SENTENÇA:	13/08/2010
REQUERENTE(S):	Fernando Mauro Cançado		
REQUERIDO(S):	Município de Belo Horizonte		

Sentença

1. Suma do pedido.

O Embargante pediu a extinção da execução fiscal e requereu ainda o estorno do lançamento do IPTU. Disse que a cobrança é nula, pois não existe o imóvel que teria dado causa à cobrança da suposta dívida fiscal. Juntou documentos (f. 07/18).

2. Suma da resposta.

O Embargado impugnou às f. 22/30 e disse que é obrigação do contribuinte manter o cadastro imobiliário municipal atualizado. Informou que foi realizada a tentativa de citação do executado no endereço constante nos cadastros municipais sem que se lograsse êxito, o que torna válida a citação editalícia de acordo com a legislação em vigor. Argumentou que a dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de liquidez e certeza, e pode ser ilidida por prova inequívoca do executado ou de terceiro a quem aproveite. Juntou documentos (f. 31 / 37).

3. Principais ocorrências.

A embargante reafirmou seu pedido (f. 39 / 43).

As partes apresentaram alegações finais em forma de memorial escrito (f. 157 / 162 v).

4. Fundamentos.

Na relação pública e triangular de Direito Processual Civil, as partes argumentam e o Juiz decide. A lei (1) determina ao Juiz que se limite a analisar e a resolver as questões postas à sua apreciação; pois, em realidade, a retórica constitui verdadeira arte a ser desempenhada pelos doutos advogados dos litigantes. Tanto que a jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder a todos os argumentos das partes, desde que fundamente sua decisão (2).

O lançamento do IPTU é feito de ofício pela Administração, tendo como base os dados constantes dos arquivos da repartição, sem participação do sujeito passivo, vez que seu fato gerador decorre da propriedade de bem imóvel. (CTN, art. 32).

Ajuizada a execução fiscal e determinada a citação da devedora, certificou o Sr. Oficial de Justiça não ter efetuado a citação em virtude do imóvel não existir (f.14). Diante do Registro de Imóveis, constata-se que faltam dados da própria prefeitura de Belo Horizonte para regularizar o referido Registro no cartório (f. 24).

A cobrança do IPTU é nula, porque a CDA que instrui a execução não preenche todos os requisitos concernentes à certeza e a exigibilidade do título. A cobrança de IPTU com base em imóvel inexistente macula o próprio lançamento do tributo, afastando a presunção de certeza e liquidez do título executivo, com a conseqüente nulidade da CDA (3) .

5. Dispositivo.

Posto isso, julgo procedente o pedido inicial e decreto a nulidade do título executivo. Custas, pela lei. Condene o requerido a pagar honorários de advogado, que fixo em R\$ 1.000,00, com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

P. R. I. C. Belo Horizonte, 13 de agosto de 2010.

Carlos Frederico Braga da Silva

NOTAS

1. Arts. 458 e 459, do Código de Processo Civil. O Ministro Mário Guimarães, em seu útil livro "O Juiz e a Função Jurisdicional" lecionou: "Há de a sentença ser clara e concisa. Sem clareza, não há redação possível. Constitui essa a virtude primacial do estilo. Evite o juiz os períodos emaranhados, os circunlóquios, as divagações. Vá direto ao âmago da questão, exponha-o em poucas palavras e resolva-o. Digressões, às vezes reveladoras de boa cultura, mas estranhas ao que interessa ao julgamento, cansam o leitor" (Forense, 1950, p. 359).

2. AgRg no REsp 1103848/RS, 1ª Turma, j. em 15/04/2010.. 1.0024.08.255041-9/001(1) Numeração Única: 2550419-43.2008.8.13.0024, Relator o Des. Almeida Melo, j. em 10/12/2009.

3. Apelação Cível nº. 1.0024.08.856374-7/001(1), Relator o Desembargador Antônio Sérvulo, j. em 09/03/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – IPTU – Taxas – Coobrigado – Prescrição – Extinção da execução		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Agnaldo Rodrigues Pereira		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	024.04.199.310-6	DATA DA SENTENÇA:	28/08/2007
REQUERENTE(S):	Clube Atlético Mineiro		
REQUERIDO(S):	Município de Belo Horizonte		

Vistos, etc...

CLUBE ATLÉTICO MINEIRO interpôs os presentes EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL que lhe move a FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE, Processo nº 024.92.861.447-8, em apenso, esclarecendo, inicialmente, que a Fazenda Pública ajuizou o executivo fiscal contra Ciames – Cia Mineira de Empreendimentos Sociais, visando a cobrança do IPTU, Taxa de Iluminação Pública, Taxa Sanitária e Taxa de Limpeza Pública referentes aos exercícios de 1988 e 1999 e que, posteriormente, foi incluído na lide.

Argüiu, preliminarmente, a nulidade do procedimento administrativo pela ausência de notificação prévia e válida do contribuinte dos lançamentos; a prescrição dos créditos tributários, pois “...o prazo se interrompeu com o comparecimento espontâneo do Embargante nos autos da execução (fl. 19), que ocorreu em 22/11/94, suprimindo a citação”.

Conta que os IPTU’s são indevidos em função de isenção concedida pelo Município em favor do Embargante no tocante aos exercícios de 1988 a 1990.

Diz que é ilegal a cobrança da Taxa de Fiscalização Sanitária, pois foi lançada de forma anual e automática, sem o exercício de qualquer fiscalização específica nos estabelecimentos da Embargante.

Questionando a constitucionalidade da alíquota progressiva e das taxas de iluminação pública e de serviços urbanos – limpeza e, pugnando pelo reconhecimento das inconstitucionalidades das cobranças, conclui pela extinção da execução fiscal, com a condenação em custas e honorários advocatícios.

Juntou os documentos de fls. 14/71.

A Embargada apresentou impugnação, argumentando, inicialmente, que são válidas as notificações editalícias e que as guias de recolhimento são enviadas, anualmente, aos contribuintes.

Rechaça a ocorrência da prescrição, argumentando, para tanto, que a ação foi proposta em 27/03/1992 e a citação editalícia ocorreu em 07/10/1992, ficando interrompido o lapso prescricional. Posteriormente, em 22/11/94, o Embargante se deu por citado e a demora no deslinde deve ser debitada ao devedor que não garantiu o Juízo.

Diz que o Embargante não é detentor de isenção fiscal e o documento apresentado (fls. 18) não contempla o imóvel gerador do IPTU executado.

Defendendo a legalidade e constitucionalidade da alíquota progressiva, das taxas de iluminação pública, de limpeza pública e de fiscalização sanitária, conclui pela improcedência do pedido (fls. 74/109).

O Embargante foi ouvido (fls. 110/118).

O MP demonstrou desinteresse no litígio (fl. 119).

O processo foi instruído com o LAUDO PERICIAL CONTÁBIL de fls. 159/179.

Não havendo outras provas a serem produzidas, foi assegurada a apresentação de alegações finais, via memoriais.

É o breve relato. D E C I D O.

O contraditório foi observado e o Juízo está seguro pela penhora.

Cuida-se de embargos visando a extinção de execução fiscal alicerçada no seguinte título:

CDA – Certidão de Dívida Ativa nº 0072257 – inscrita em 29/02/1992.

Referência 03/88 e 02/89 - Juros e correção monetária cobrados, respectivamente, a partir de 16/04/1988 e 11/03/1989.

Endereço do imóvel: Avenida Portugal s/n

Contribuinte: CIAMES – CIA MINEIRA DE EMP. SOCIAIS.

A execução foi ajuizada em 27/03/1992.

A contribuinte CIAMES – Cia Mineira de Empreendimentos Sociais foi citada por edital (fls. 12, da execução).

Em 16/10/94, a Fazenda Pública requereu a "...inclusão do Clube Atlético Mineiro na lide." (fls. 18 verso).

Depois de expedida a Carta Citatória, em 22/11/1994, o Clube Atlético Mineiro compareceu aos autos para "...dentro do prazo legal e na forma da Lei (Art. 8º da Lei 6.830, de 22/09/80),

garantir a execução por meio de depósito em dinheiro...”, esclarecendo que apresentaria embargos no prazo legal (fls. 18, e 19 da execução).

Pois bem.

A inclusão de coobrigado no pólo passivo de execução fiscal é possível, entretanto, imprescindível que o responsável figure na CDA, pois, senão, inexistente título executivo contra dita pessoa.

Independentemente da questão relativa a ser ou não devedor e/ou de ter ou não responsabilidade solidária, analisando a CDA de fls. 03/04, constata-se que o Embargante não figura no título executivo e, ainda, não foi apresentada qualquer alteração na respectiva certidão.

Neste caso, o Embargante não pode figurar no pólo passivo da execução.

Nesse sentido:

"EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO - NOME DO SÓCIO-ADMINISTRADOR - PRESENÇA NA CDA - ART. 135, III DO CTN. O art. 135, III do CTN postula que o gerente, diretores ou representante da sociedade responderá pessoalmente por atos praticados com excesso de poderes ou resultantes de infração da lei, do contrato social ou do estatuto, como ocorre na inadimplência por sonegação. Em havendo o nome do sócio coobrigado expresso no título executivo fiscal (Certidão de Dívida Ativa), a execução pode ser redirecionada contra este, uma vez que o citado título possui presunção de certeza e liquidez. Outra é a situação em que o nome do sócio coobrigado não figura na CDA. Neste caso, para que haja o redirecionamento da execução, é necessário que o exequente comprove que o sócio tinha poderes de administração e que agiu com excesso de poderes ou infração de lei, do contrato social ou de estatutos".

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - CITAÇÃO DO SÓCIO-GERENTE - POSSIBILIDADE - PRECEDENTE DO STJ. - Se o nome do sócio da empresa-executada se mostrar presente, como co-responsável, na CDA relativa ao crédito tributário executado, é possível conferir-lhes legitimidade passiva nos moldes previstos no artigo 568, I, do Código de Processo Civil, autorizando a citação, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça. - A responsabilidade prevista no artigo 135 do CTN haverá de ser analisada após instrução processual na via cognitiva adequada, 'in casu', mediante o manejo de embargos à execução".

In casu, cuidando-se de matéria de ordem pública, deve ser reconhecida ex officio, acarretando a extinção do executivo contra o Embargante.

Mas, mesmo que já exista uma CDA em nome do Embargante e/ou que seja possível a regularização, o que afastaria essa prejudicial, força reconhecer que, contra o Clube Atlético Mineiro, o crédito tributário está prescrito, senão vejamos:

Nos termos do Art. 173 do CTN: "O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I- do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II- da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Dispõe o Art. 174 do CTN que. “A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

Os créditos tributários foram lançados nos meses seguintes aos de referências, e, portanto, antes da ocorrência da decadência.

À mingua doutras provas, força reconhecer que a Fazenda tornou-os definitivos quando passou a exigir os juros de mora .

Assim, todos créditos tributários tornaram-se definitivos antes de 11 de março de 1989.

Vale dizer que a data do ajuizamento da execução fiscal em nada interfere no prazo prescricional, pois não é causa suspensiva ou interruptiva. A causa que interromperia o prazo prescricional seria a citação do executado, importando ressaltar que não se aplica ao caso a alteração do Artigo 174, inciso I, do CTN, decorrente da LC 118/2005, posto que os fatos geradores dos tributos são anteriores à sua vigência.

Nesse sentido:

"A Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo" (REsp n. 539.212, relator Ministro Luiz Fux, DJ de 27.6.2005).

"EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - INADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI NOVA.- A LC 118/05 não retroage para regular a prescrição de ação proposta antes de sua entrada em vigor. Seus efeitos incidem a partir de sua vigência." (Embargos de Declaração n. 1.0024.99.091207-3/002, Rel. Des. WANDER MAROTTA, j. 31.01.2006, publ. 17.03.2006).

Assim, se os créditos tributários discutidos foram constituídos até 11 de março de 1989 e a citação se deu em 22 de novembro de 1994, passados, portanto, mais de 05 (cinco) anos da data da constituição definitiva do crédito, impõe-se o reconhecimento da prescrição, nos termos do Artigo 174 do CTN.

Registre-se, por derradeiro, que a citação editalícia da devedora Ciames – Cia Mineira de Empreendimentos Sociais em nada aproveita para fins de interrupção ou suspensão da prescrição em desfavor do Embargante.

ISTO POSTO e por tudo mais que dos autos consta, JULGO EXTINTA A EXECUÇÃO FISCAL ajuizada pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte contra o CLUBE ATLÉTICO MINEIRO, com resolução do mérito, nos termos do Art. 269 do CPC.

Tratando-se de causa em que foi vencida a Fazenda Pública, os honorários de sucumbência devem ser fixados com base no que dispõe o Art. 20, § 4º do CPC.

Assim, condeno a Fazenda no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência que fixo em R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), nos termos do §4º do art. 20 do CPC, valor este que será atualizado monetariamente com base na Tabela da Corregedoria a partir da decisão, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, na forma determinada pelo Artigo 406 do Novo Código Civil c/c §1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, a contar da data do trânsito em julgado desta sentença.

Deixo de submeter esta decisão ao duplo grau de jurisdição por força do disposto no §2º do Artigo 475 do Código de Processo Civil com a redação que lhe foi dada pelo Artigo 1º da Lei Federal n.º 10.352/01.

Junte-se cópia desta decisão nos autos da Execução.

Dê-se baixa e archive-se.

P.R.I.

Cumpra-se.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2007.

Agnaldo Rodrigues Pereira

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – Massa falida – Multa fiscal – Inexigibilidade – Juros de mora – Período posterior à quebra – Possibilidade apenas se o ativo for suficiente para o pagamento dos credores – Procedência em parte		
COMARCA:	Barbacena		
JUIZ DE DIREITO:	Dr. Marcos Alves de Andrade		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	19/07/2006
REQUERENTE(S):	Massa Falida -		
REQUERIDO(S):	Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais		

SENTENÇA

Vistos, etc.

MASSA FALIDA ofereceu os presentes EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL, que lhe promove a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, processo nº, alegando, em resumo, que ocorreu penhora "bis in idem", posto que, além da penhora realizada no rosto dos autos da falência, a embargada requereu ao mm. Juízo da 3ª Vara Cível de Barueri/SP, onde tramita aquela ação, a reserva ou habilitação de todo o crédito tributário que tinha inscrito em desfavor da ora embargante perante o Estado de Minas Gerais, devendo, assim, ser comunicado ao referido juízo para proceder ao cancelamento da penhora realizada no rosto dos autos. Afirmando que tais questões foram temas da exceção de pré-executividade que interpôs nos autos da falência, a embargante argumenta que, face à habilitação da embargada nos autos falimentares, surgiu para ela a prerrogativa legal tangente à exclusão de todas as multas fiscais e administrativas cobradas através do processo de execução fiscal em dependência, e requer, ainda, que os juros cobrados na ação de execução fiscal somente tenham cabimento até a data da decretação da falência.

Inicial instruída com documentos (fls. 07/66).

Impugnando os embargos, a embargada sustenta, em suma, que não ocorreu a alegada penhora bis in idem e que só o fato de ter habilitado seu crédito tributário no processo de falência não significa que tinham sido reservados bens suficientes à sua extinção. Assevera

sobre a impossibilidade da exclusão das multas fiscais e administrativas e dos juros, pois, a partir da Constituição Federal de 1988, qualquer benefício fiscal, incluindo aí a exclusão pleiteada (anistia), depende de lei específica da pessoa jurídica competente para instituir o tributo (União, Estados ou Municípios). Pondera que qualquer dispositivo constante da Lei de Falências que reduza o crédito tributário não se aplica ao Estado, pois um ente público não pode intervir na competência privativa de outro e não se trata de lei específica anistiadora. Salaria que a referida norma federal implica em anistia ao comerciante falido, o que não é cabível in casu. Prossegue, argumentando que os juros são devidos até a data da decretação da quebra e, posteriormente a esta, caso o ativo seja suficiente ao pagamento do passivo, o que poderá ser analisado no correspondente processo falimentar (fls. 69/72).

As partes manifestaram-se afirmando que não pretendiam produzir outras provas e pediram o julgamento antecipado (fls. 74, 76/77, 83/84).

O órgão do Ministério Público exarou seu erudito parecer de fls. 79/82, opinando pela procedência dos presentes embargos.

É o Relatório.

Examinados, DECIDO.

Versando os embargos sobre matéria de direito, sendo dispensável a produção de outras provas, além das documentais existentes nos autos, e, considerando que as partes, expressamente, afirmaram que não pretendiam realizar outras provas, conheço diretamente do pedido, com fulcro no artigo com fulcro no § único, do artigo 17, da Lei 6.830/80.

A embargante, alegando a ocorrência de penhora "bis in idem", pede a desconstituição da penhora realizada no rosto dos autos do processo falimentar, conforme as razões já mencionadas.

Conforme estabelece o art. 29 da Lei de Execuções Fiscais, que segue a determinação do art. 187 do Código Tributário Nacional, a cobrança judicial da dívida da Fazenda Pública não se sujeita à habilitação em falência, mas se submete à classificação dos créditos.

E, além disso, consoante a parte final do enunciado da Súmula 44 do extinto TFR, "(...) proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico". 1

Portanto, a penhora realizada no rosto dos autos do processo falimentar, conforme consta nos autos da execução, é legítima, cabendo à embargante pleitear, junto ao juízo falimentar, o que for de seu interesse, já que alega que ocorreu penhora bis in idem em razão da embargada ter requerido a reserva de bens naquele juízo.

Adentrando o meritum causae, verifica-se que a embargante, sem negar a existência da dívida fiscal - o que é bastante significativo para o julgamento da causa -, pretende, através dos embargos e na exceção de pré-executividade, apenas, que sejam excluídas todas as multas fiscais e administrativas referentes ao crédito tributário em execução, e que os juros respectivos incidam somente até a data da decretação da falência.

O artigo 23, parágrafo único, inc. III, da antiga Lei de Falências, aplicável ao caso, posto que vigente à época da distribuição da execução, estabelecia que não podem ser reclamadas na falência as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.

O colendo Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que não se incluem no crédito habilitado em falência a multa fiscal, inclusive a moratória, com efeito de pena administrativa, através das Súmulas 192 e 565, que não ficaram prejudicadas pela superveniência da atual Constituição Federal 2.

No que concerne aos juros, aplica-se o disposto no artigo 26 do Dec-Lei 7.661/45 (Lei de Falência), ou seja, contra a massa falida não correm juros havidos após a decretação da quebra, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal. Assim, somente podem ser cobrados juros se o ativo apurado comportar com sobra o pagamento do principal.

Sobreleva observar que esses entendimentos estão de acordo com decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e pelo Superior Tribunal de Justiça, de forma reiterada, como se constata, dentre outros, dos seguintes pronunciamentos:

TRIBUTÁRIO/FALÊNCIA - MULTAS TRIBUTÁRIAS - JUROS - DEVEDOR FALIDO - RESTRIÇÃO À COBRANÇA POR MEIO DE EXECUÇÃO FISCAL.

A interpretação lógica do disposto no art. 23, parágrafo único, inc. III da Lei de Falências, vigente à época, impõe a conclusão de que a restrição à cobrança de multas tributárias se aplica aos créditos tributários cobrados por meio de execução fiscal. Quanto aos juros, aplica-se o disposto no art. 26 do Dec-Lei 7.661/45 (Lei de Falência). Condiciona-se a cobrança dos juros (havidos após a decretação da quebra) à apuração do ativo, observando o que dispõe o aludido artigo, que estabelece não correrem juros contra a massa falida se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal. 3

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - FALÊNCIA - MULTA MORATÓRIA - INEXIGIBILIDADE - JUROS DE MORA - PERÍODO POSTERIOR À QUEBRA - INCIDÊNCIA - POSSIBILIDADE APENAS SE O ATIVO FOR SUFICIENTE PARA O PAGAMENTO DOS CREDORES.

- As multas fiscais, em sendo penas pecuniárias, não podem ser reclamadas na falência (DL 7.661/45, Art. 22, parágrafo único, III).

- "Os juros referentes ao período anterior à decretação da falência são devidos e se o ativo apurado for suficiente para o pagamento do principal, incidem também os juros contra a massa." (REsp/GARCIA)

- Recurso parcialmente provido. 4

Havendo excesso de execução, porém, tratando-se de matéria de mérito, não há, por este motivo, que se falar em inépcia da inicial ou iliquidez do título, bastando, para sanar a irregularidade, que sejam efetuados novos cálculos, reduzindo-se o quantum em execução, de ofício ou a requerimento da parte interessada.

EXPOSITIS, estribado nestes fatos e fundamentos de direito, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS EMBARGOS, propostos por MASSA FALIDA contra a FAZENDA PÚBLICA

DO ESTADO DE MINAS GERAIS, para, reconhecendo o excesso de execução, determinar que seja excluída da execução a cobrança de multas fiscais, inclusive a moratória, que estejam incidindo sobre o débito tributário, objeto daquela.

Determino, ainda, que os juros incidentes sobre o débito tributário em execução devem incidir até a data da decretação da quebra da empresa falida, ressalvando-se, contudo, que, após aquela data, também incidirão juros se o ativo apurado comportar com sobra o pagamento do principal, o que será apurado no juízo da falência.

Caberá à embargada apresentar novo demonstrativo de débito, observando-se esta decisão, no prazo de 10 (dez) dias contados do trânsito em julgado, dele devendo tomar conhecimento e se manifestar, caso queiram, a embargante e o Ministério Público.

Considerando a ocorrência da sucumbência recíproca, com fundamento no art. 21 do Código de Processo Civil c/c art. 23 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), condeno as partes ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro para a embargante, em 10% (dez por cento) sobre o valor do débito a ser apurado, e, para a embargada, em 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor total pretendido na execução, atualizado, e o valor do débito a ser apurado.

Decorrido o prazo legal para o recurso voluntário, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para os fins do duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, III e § único).

P. R. I.

Barbacena, 19 de julho de 2006.

Marcos Alves de Andrade

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – Sociedade - Ex-sócios – Ilegitimidade passiva – Responsabilidade tributária – Não configuração – Débito tributário contraído após a retirada da sociedade – Procedência do pedido		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	André Leite Praça		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0024.08.1849466-465.720-9	DATA DA SENTENÇA:	24/03/2009
REQUERENTE(S):	Edmárcio Aguiar Madureira Mello e Tedmárcio Aguiar Madureira Mello		
REQUERIDO(S):	Município de Belo Horizonte		

Vistos etc.

EDMÁRCIO AGUIAR MADUREIRA MELLO e TEDMÁRCIO AGUIAR MADUREIRA MELLO, contra quem a FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE move uma EXECUÇÃO FISCAL, seguro o juízo, apresentaram EMBARGOS À EXECUÇÃO, sustentando, em apertada síntese, que são parte ilegítima para figurar no pólo passiva da execução, pois se retiraram da sociedade devedora antes da ocorrência dos fatos geradores.

A Embargada ofereceu impugnação, afirmando que o segundo Embargante não tem legitimidade para embargar, pois não foi citado na execução, e que o primeiro Embargante deve responder pelo débito, porquanto não comunicou à Fazenda a alteração contratual.

Os Embargantes ratificaram a inicial.

As partes apresentaram razões finais.

É o relatório.

Decido.

Primeiramente, rejeito, de pronto, a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pela Embargante. Sustenta a Fazenda Pública que o segundo Embargante não teria legitimidade para embargar, pois não chegara a ser citado na execução. Não procede, contudo, essa argumentação, pois, embora não citado, o certo é que o Embargante efetivamente figura no

pólo passivo da execução fiscal e, ademais, o juízo foi devidamente garantido com a penhora de recursos do outro executado. Lado outro, com o oferecimento dos embargos, por intermédio de advogado regularmente constituído, o Embargante deu-se por citado na execução.

Quanto ao tema de fundo, compulsando os autos e analisando, em especial, a documentação apresentada com a inicial, não impugnada, é bom ressaltar, pela Embargada, vê-se que assiste inteira razão aos Embargantes.

Com efeito, os documentos de fls. 30/33 deixam claro que os Embargantes, de fato, retiraram-se da sociedade-devedora em novembro de 1994 e março de 1999, respectivamente.

Assim, e considerando que os fatos geradores do crédito tributário exequendo ocorreram entre dezembro de 1999 e 2002, impõe-se o acolhimento dos embargos, para reconhecer a manifesta ilegitimidade passiva dos Embargantes.

E não é despiciendo que, quanto a isso, não há divergência alguma na jurisprudência.

O nosso colendo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, aliás, já teve a oportunidade de proclamar que:

“EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE. EX-SÓCIO. RESPONSABILIDADE. Não é responsável por dívida tributária, no contexto do art. 135, III, do CTN, o sócio que se afasta regularmente da sociedade comercial, transferindo suas quotas a terceiro, sem a ocorrência de extinção ilegal da empresa.” (Apelação Cível Nº 1.0000.00.334359-7/000 – Relator: Exmo. Sr. Des. Wander Marotta – Julgamento: 30/09/2003).

No mesmo sentido:

“TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – EX-SÓCIO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - COMUNICAÇÃO DA ALTERAÇÃO AO FISCO - AUSÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO LEGITIMAM SUA RESPONSABILIDADE POR DÉBITOS FISCAIS - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 16, IV DA LEI 6.763/75. Se restou devidamente configurada a ilegitimidade passiva do ex-sócio, por dívidas contraídas depois da sua retirada na sociedade, deve este ser excluído do pólo passivo da execução fiscal, posto que dispõe a Fazenda Pública de meios eficazes de controle dos seus créditos e dos responsáveis pelo seu pagamento, antes do ajuizamento da Ação Executória.” (Apelação Cível Nº 1.0024.03.028375-8/001 - Relator: Exmo. Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira – Julgamento: 26/08/2004).

E o fato de os Embargantes não terem, em tese, comunicado à Administração Municipal as alterações contratuais, por si só, não altera em nada a posição deles no processo executivo.

Afinal, a ausência de comunicação do contribuinte sobre as alterações contratuais e estatutárias havidas na empresa constituiu-se em mera irregularidade, ensejando uma sanção administrativa, sem modificar, contudo, a responsabilidade tributária.

Assim tem se posicionado o colendo Tribunal de Justiça mineiro:

“Processo civil. Embargos do devedor. Procedência. Sucumbência. Fazenda Pública. A falta de comunicação de alteração contratual pelo contribuinte, embora possa ter repercussões administrativas, como a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, não afasta a sucumbência, em embargos do devedor, imposta à Fazenda Pública, decorrente da exigência de crédito tributário de pessoas que por ele não respondem. Em reexame necessário, confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário” (Apelação Cível n.º 198.891-4 - Rel. Des. Almeida Melo – Julgamento: 22.02.2001).

E:

“PROCESSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE CÓPIA DA PROCURAÇÃO DOS ADVOGADOS - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - CONHECIMENTO – EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA - CABIMENTO - ALTERAÇÃO DE SÓCIOS - COMUNICAÇÃO - DESNECESSIDADE - A ausência de prejuízo implica o conhecimento do agravo de instrumento formado sem cópia da procuração outorgada aos procuradores das partes. São devidos honorários advocatícios à parte excluída da lide por meio de exceção de pré-executividade. É de responsabilidade da exequente verificar a composição societária da empresa executada antes da propositura da ação” (Apelação Cível n.º 217.812- 7 - Rel. Des. Aloysio Nogueira – Julgamento: 30.08.2001).

Assim, acolho os embargos, para, reconhecendo a manifesta ilegitimidade passiva dos ex-sócios da devedora principal, julgar extinta a execução em relação aos Embargantes.

Por força da sucumbência, a Embargada arcará com honorários dos procuradores dos Embargantes, que arbitro, nos termos do parágrafo 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

P.R.I.

Belo Horizonte, 24 de março de 2009.

André Leite Praça

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – Taxa de coleta de resíduos – Lançamento tributário – Notificação por edital – Invalidez – Notificação pessoal – Necessidade – Vícios formal e substancial na CDA - Procedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Renato Luís Dresch		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	30/06/2008
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte		

Vistos, etc.

..... apresentou Embargos à Execução Fiscal que lhe é movida pela FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE alegando, em síntese, que há prescrição dos créditos tributários que se referem aos exercícios de 2002 e 2003, dizendo que a prescrição não foi interrompida com o despacho que ordenou a citação porque se trata de crédito constituído antes da Lei Complementar nº 101/2005. Afirma que não houve notificação pessoal e prévia no Processo Tributário Administrativo - PTA para que pudesse haver defesa no lançamento tributário, havendo ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Também afirma que há vício em função de erro substancial de lançamento, uma vez que imóveis edificados foram lançados como se fossem lotes vagos. Afirma, por fim, que inexistente mora e que a multa de 30% tem natureza confiscatória, reputando inconstitucional a Lei Municipal nº 7.378/978. Também invoca a inconstitucionalidade e a ilegalidade da Taxa de Coleta de Resíduos pela falta de especificidade e divisibilidade. Pede enfim o processamento até final procedência com o reconhecimento da prescrição, a nulidade dos lançamentos pela falta de notificação prévia, nulidade da multa e a inconstitucionalidade da Taxa de Coleta de Resíduos - TCR. Pede provas, atribui à causa o valor de R\$ 5.000,00 e junta documentos.

A Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte impugnou e juntou documentos (fls. 19-38) alegando em preliminar que não há prescrição, que o lançamento foi notificado conforme art. 149, I do Código Tributário Nacional c.c. o art. 21 do Código Tributário Municipal pelo envio da guia de pagamento ao endereço do contribuinte e publicação do edital. Quanto ao mérito afirma que o lançamento é efetuado com base em dados disponíveis nos cadastros informados

pelo contribuinte. Reputa constitucional a Taxa de Coleta de Resíduos e invoca a presunção de certeza e liquidez. Pede a improcedência total.

O embargante replicou (fls. 39-47) reafirmando a prescrição quinquenal contando o prazo da constituição definitiva e a citação, a falta de notificação administrativa, erro de lançamento por se tratar de imóvel edificado e lançado como lote sem benfeitorias, tanto que está sujeito a lançamento de Taxa de Fiscalização Localização e Funcionamento. Reafirma a inconstitucionalidade da Taxa de Coleta de Resíduos e assevera que a presunção de certeza e liquidez é relativa. Reitera sua pretensão.

O embargante requereu perícia e prova oral e a Fazenda não pretende produzir provas (fls. 49-51).

A Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte juntou cópia das notificações editalícias (fls.53-64) e depois foi designada perícia (fl. 66) e o perito apresentou laudo (fls.100-121).

O embargante afirmou que a perícia constatou erros substanciais no lançamento, dizendo que ficou demonstrado que se trata de imóveis construídos e não vagos, sendo nulos os lançamentos (fls. 127-129).

A Fazenda admite que há construções nos imóveis tributados como lotes vagos. Afirma que o lançamento pode ser revisto até por iniciativa do contribuinte (fls. 131-132).

Em memorial, o embargante ratificou suas manifestações anteriores entre as quais a prescrição, a falta de notificação prévia, erro de lançamento como lotes vagos, multa confiscatória e ilegalidade e inconstitucionalidade da Taxa de Coleta de Resíduos. Pede enfim a procedência integral dos embargos (fls. 135-139).

A Fazenda Municipal afirma que não há prescrição e que o lançamento de lote vago para imóvel construído pode ser alterado a qualquer tempo. Pede a improcedência (fls. 140-141).

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Trata-se de Embargos à Execução fiscal interpostos por em face da FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE.

Realizada a penhora, está seguro o juízo. Os embargos são tempestivos. Conheço dos mesmos.

Não há questões preliminares a ser apreciadas, falhas a suprir ou nulidades a declarar, o feito está em condições de apreciação quanto ao seu mérito.

Este processo comporta julgamento antecipado na forma do art. 330, I c.c. o art. 740, Parágrafo Único do CPC e art. 17, Parágrafo Único da Lei nº 6.830/80.

Por força do art. 204 do CTN a Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. No mesmo sentido é o teor do art. 3º da Lei nº 6.830/80. Como os lançamentos são efetuados com base em dados cadastrais inscritos com

base em informações do próprio contribuinte, cabe-lhe elidir a presunção legal, com a apresentação de prova inequívoca, como estatui o parágrafo único do art. 204 mencionado.

No caso de lançamentos renováveis anualmente efetuados com base em dados cadastrais em poder da Fazenda Pública, é dispensada instauração prévia de processo, salvo quando for apresentada impugnação. Isso, contudo, não dispensa a notificação como veremos.

As CDA's atendem aos requisitos formais básicos do art. 2º, § 5º III da Lei nº 6.830/80 e art. 202, III do CTN. Resta verificar a regularidade na sua formação.

Embora ao art. 204 do CTN estabeleça que CDA se reveste de presunção de certeza e liquidez, uma vez questionada a observância dos requisitos legais cumpre ao exeqüente o ônus de provar que esses requisitos foram observados.

Não se pode olvidar que a CDA é título executivo extrajudicial e que os embargos à execução questionando a validade na constituição do crédito admitirá a cognição plena.

Portanto, cumpre à Fazenda Pública provar que houve a notificação do lançamento devendo ser provado seu envio ao endereço do contribuinte, aplicando-se a mesma regra prevista para os casos de citação judicial prevista no art. 8, II da Lei nº 6.830/80.

A dispensa do Processo Tributário Administrativo - PTA nos tributos renováveis anualmente não significa dispensa da notificação pessoal.

Embora ao art. 204 do CTN estabeleça que CDA se reveste de presunção de certeza e liquidez, uma vez questionada a observância dos requisitos legais cumpre ao exeqüente o ônus de provar que esses requisitos foram observados.

Não se pode olvidar que a CDA é título executivo extrajudicial e que os embargos à execução questionando a validade na constituição do crédito admitirão a cognição plena.

Portanto, cumpre à Fazenda Pública provar que houve a notificação do lançamento devendo ser provado seu envio ao endereço do contribuinte, aplicando-se a mesma regra prevista para os casos de citação judicial prevista no art. 8, II da Lei nº 6.830/80.

A dispensa do Processo Tributário Administrativo - PTA nos tributos renováveis anualmente não significa dispensa da notificação pessoal.

Embora o Código Tributário Municipal (Lei nº 1.310/66) estabeleça no seu artigo 21:

Art. 1º O lançamento dos tributos e suas modificações serão comunicadas aos contribuintes, individual ou globalmente, a critério da administração;

I - através de notificação direta, feita com aviso, para servir como guia de recolhimento;

II - através de edital publicado no órgão oficial;

III - através de edital afixado na Prefeitura";

O entendimento de que a autoridade fazendária possui discricionariedade para realizar alternativamente a notificação pessoal ou por edital ofende ao princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LV).

É sabido que as publicações nos Diários Oficiais ou mesmo a publicação de editais em jornais, constitui ato de mera formalidade contemplada pela teoria da ficção, que não constitui efetiva ciência da comunicação a que se destina.

Portanto, para sustentar a regularidade da CDA, cabe à Fazenda Pública o ônus da prova sobre a notificação pessoal ou mediante a remessa de correspondência informando da instauração do procedimento administrativo ou do lançamento tributário para possibilitar o exercício da defesa.

A notificação editalícia somente se admite em casos excepcionais quando for infrutífera a tentativa de notificação pessoal. Não basta a expedição de edital. Cabe à Fazenda Pública provar que a guia de lançamento efetivamente foi entregue no domicílio do contribuinte, inclusive com a advertência quanto ao prazo para defesa.

A propósito, é oportuno trazer à colação alguns precedentes doutrinários e jurisprudenciais.

Também é oportuno trazer à colação lições de Américo Masset Lacombe sobre a necessidade de notificação pessoal:

"O contribuinte deve ser 'notificado regularmente', o que se deve entender como pessoalmente e por meio de comunicação escrita, se eleger domicílio fiscal ou o tem por lei, ou é conhecido e notório. (...)

Se incerto (o endereço), vale a notificação por editais no Diário Oficial".(Aliomar Baleeiro, in Direito Tributário Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.807) (d.n.)

"Este artigo (art. 145 do CTN) estabelece assim a regra geral da imutabilidade do lançamento, desde que tenha ocorrido a notificação regular do sujeito passivo. A notificação será feita pessoalmente, ou por comunicação escrita, desde que o referido sujeito passivo tenha domicílio fiscal certo, eleito ou determinado por lei." (Américo Masset Lacombe, in Curso de Direito Tributário / Ives Gandra da Silva Martins, coordenador, 5ª ed., Belém: Cejup; Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1997, vol. 1, p.275).

No mesmo sentido leciona MISABEL ABREU MACHADO DERZI em seus comentários ao art. 145, do CTN:

"O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo, em princípio, é definitivo. Notificação regular significa notificação pessoal e por meio de comunicação escrita, apenas aceitando-se a notificação pessoal por editais no Diário Oficial, se incerto o domicílio do sujeito passivo". ("in" Comentários ao Código Tributário Nacional. Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 384)

Embora o tema ainda seja controvertido na jurisprudência, a orientação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais está mudando. A tendência está sendo no sentido de exigir a prova da notificação pessoal.

A notificação pode consistir na remessa da guia de recolhimento ao domicílio do contribuinte, mas deve constar expressamente o prazo para recorrer. Isso não ocorrendo haverá ineficácia do lançamento em razão da ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Confira-se o posicionamento nesse sentido do TJMG:

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DIRETO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO VÁLIDA DO INDICADO DEVEDOR. IRREGULARIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. VÍCIO QUE CONTAMINA O TÍTULO EXECUTIVO (CDA), RETIRANDO-LHE O REQUISITO DA EXIGIBILIDADE. NULIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO. O procedimento executivo não se destina a promover o acertamento da relação creditícia entre o Fisco e o contribuinte, prestando-se tão somente a expropriação de bens do devedor para satisfação do direito do credor (art. 646, do CPC). Por isto, somente pode ser manejada a ação executiva se amparada em título líquido, certo e exigível, conforme literalmente autoriza o art. 586, do CPC. E a exigibilidade do título decorre da presunção de que o devedor, ilegitimamente, resiste ao cumprimento da obrigação de solver o débito. Contudo, verificado que não houve inscrição regular da do crédito na dívida ativa, por ausência de notificação válida do apontado devedor, dali decorre que o título executivo que não goza de exigibilidade. E se a Certidão de Dívida Ativa que instrui a execução padece daquele requisito, nula é a execução (art. 618, I, do CPC), devendo outrossim ser extinto o processo executivo, na forma do art. 267, IV, também do Codex. (Número do processo: Relator: BRANDÃO TEIXEIRA Data do Julgamento: 15/04/2003 Data da Publicação: 06/06/2003).

No corpo do acórdão leciona com propriedade:

Embora não desconheça que o art. 21, do CTN, preveja que a administração, a seu critério, comunique os contribuintes acerca do lançamento mediante afixação de edital na Prefeitura, tenho que tal disposição é absolutamente inaceitável em face do regramento constitucional vigente.

Se o indicado devedor foi notificado do lançamento apenas pela via editalícia (não havendo prova sequer de que o mesmo foi afixado na sede da PBH, como determina o CTM), este fato vicia por completo a inscrição em dívida ativa.

Se a FPM conhece o endereço do contribuinte, tanto é assim que não teve qualquer dificuldade para citá-lo no processo executivo, não se justifica que opte pela cientificação ficta.

Também não se diga que a Lei Municipal autoriza que a notificação do lançamento se dê por edital, com base em uma suposta discricionariedade da administração, segundo literal interpretação de disposição da Lei Municipal nº 1.310/1966, pela qual a comunicação do lançamento ao contribuinte pode se dar pessoal e diretamente ou por edital, "a critério da administração".

"Data venia", parece frontalmente contrário aos princípios da finalidade e da razoabilidade impor ao administrado uma obrigação superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.

Também:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - NOTIFICAÇÃO VIA EDITAL - FORMA EXCEPCIONAL - AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO - IRREGULARIDADE NA FORMAÇÃO DO CRÉDITO - VÍCIO QUE CONTAMINA A CDA. Inexistindo a incerteza do domicílio do sujeito passivo da obrigação tributária, a fim de justificar a utilização da notificação ficta, e ausente o aviso de recebimento, comprovante de que as guias de recolhimento foram enviadas ao endereço do contribuinte, o lançamento não se perfaz de forma válida, impossibilitando a sua inscrição em dívida ativa e a emissão da correspondente CDA, que, com isso, não é título hábil a embasar a execução. (Número do processo: Relator: EDILSON FERNANDES. Data do Julgamento: 30/10/2007. Data da Publicação: 13/11/2007)

Esclarece no acórdão:

No caso concreto, verifico estar ausente a comprovação regular do aviso notificatório, pois não existe o pressuposto da incerteza do domicílio do sujeito passivo da obrigação tributária (f. 15- apenso), a fim de justificar a utilização da notificação ficta, realizada freqüentemente de forma ampla e genérica pela embargada, sem especificar a quem é direcionada a publicação (f. 59/71).

O artigo 21 do Código Tributário Municipal determina o lançamento "através de notificação direta, feita com aviso, para servir como guia de recolhimento" (inciso I) ou "através de edital publicado no diário oficial" (inciso II). Contudo, a embargada não juntou aos autos os AR's, comprovante da notificação através do envio das guias de recolhimento dos tributos exeqüendos ao endereço do contribuinte, que não tem condições de fazer prova de fato negativo, qual seja, de que não foi notificado pessoalmente.

Portanto, forçoso concluir que os lançamentos não foram realizadas de forma válida, não podendo haver as inscrições em dívida ativa e a emissão das correspondentes CDA's, que, portanto, não são títulos hábeis a embasar a presente execução fiscal.

Na mesma linha:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA RELATIVA AO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. LANÇAMENTO DO TRIBUTO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. NULIDADE DAS CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA. PROVIMENTO DO RECURSO. Após a efetivação do lançamento tributário pela Fazenda Pública, deve-se, obrigatoriamente, proceder-se à notificação do contribuinte sob pena de se desrespeitar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Não se procedendo à notificação do contribuinte, deve-se declarar a nulidade das Certidões de Dívida Ativa, por não se verificar nestas a certeza e liquidez necessárias à execução fiscal. (Número do processo: Relator: MARIA ELZA - Data do Julgamento: 04/05/2006. Data da Publicação: 02/06/2006).

Podem ser destacados do acórdão:

In casu, a Fazenda Pública Municipal, ora apelada, afirma que a notificação teria ocorrido por edital, conforme autorizaria a legislação municipal vigente. Não obstante a afirmação da exeqüente - de que teria havido a notificação por edital - somente poderia ocorrer após verificada a impossibilidade da notificação pessoal do contribuinte. Tal modalidade de

notificação tem, portanto, caráter supletivo, não podendo ser utilizada como modalidade prevalente de notificação.

No mesmo sentido:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXAS DE LIMPEZA PÚBLICA, DE FISCALIZAÇÃO DE APARELHO DE TRANSPORTE E DE RESÍDUOS SÓLIDOS. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. LANÇAMENTO. É indispensável a notificação pessoal do contribuinte, quanto ao lançamento das taxas de limpeza pública, de fiscalização de aparelho de transporte e de coleta de resíduos sólidos, admitindo-a por edital apenas quando ele se encontra em local incerto e não sabido. Nega-se provimento à apelação. (Número do processo: Relator: ALMEIDA MELO Data do Julgamento: 22/11/2007. Data da Publicação: 29/11/2007)

PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - ACOLHIMENTO - NOTIFICAÇÃO PELA FORMA EDITALÍCIA - AUSÊNCIA DE TENTATIVAS DA NOTIFICAÇÃO PESSOAL - NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO. A constituição do crédito tributário aperfeiçoa-se com o lançamento, que deve se operar mediante a regular notificação do devedor, de forma pessoal, vedada sê-lo via edital. (Número do processo: Relator: CARREIRA MACHADO Data do Julgamento: 05/02/2004 Data da Publicação: 02/03/2004)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU E DEMAIS TAXAS MUNICIPAIS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO. NOTIFICAÇÃO. EDITAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. CARACTERIZAÇÃO. CDA. NULIDADE. PRECEDENTES DESTE EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Consoante orientação deste eg. Tribunal de Justiça "a constituição do crédito tributário aperfeiçoa-se com o lançamento, que deve se operar mediante a regular notificação do devedor, de forma pessoal, vedada sê-lo via edital". 2. Nega-se provimento ao recurso. (Número do processo: Relator: CÉLIO CÉSAR PADUANI Data do Julgamento: 01/06/2006 Data da Publicação: 13/06/2006).

EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE ANÚNCIO - NOTIFICAÇÃO VIA EDITAL - INEFICÁCIA - MULTA ADMINISTRATIVA - INSTALAÇÃO IRREGULAR DE ANÚNCIO. É obrigatória a notificação do contribuinte acerca do lançamento ex officio do débito fiscal, embora seja dispensável o processo administrativo. Legítima a imposição de multa por instalação de anúncio em desacordo com as normas municipais. Rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento ao recurso. (Número do processo: Relator: KILDARE CARVALHO Data do Julgamento: 16/03/2006 Data da Publicação: 04/04/2006)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TFA E TFFL. NOTIFICAÇÃO. REQUISITO PARA CONSTITUIÇÃO VÁLIDA. AUSÊNCIA DE PROVA. ÔNUS IMPUTADO À FAZENDA PÚBLICA. NULIDADE DA CDA. A notificação do sujeito passivo da obrigação tributária é requisito indispensável para a constituição válida do crédito. A prova acerca da existência de notificação válida cabe ao Município, eis que o contribuinte não pode provar fatos negativos e a Fazenda Municipal tem meios para demonstrar a regularidade do procedimento fiscal. A inexistência de notificação válida impede a constituição do crédito e, conseqüentemente, provoca a nulidade da CDA. Recurso conhecido e provido. (Número do processo: Relator: ALBERGARIA COSTA. Relatora Des^a ALBERGARIA COSTA . Data do acordo: 04/05/2006. Data da publicação: 30/05/2006).

TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO LANÇAMENTO. NULIDADE. A ausência ou defeito na notificação do sujeito passivo, por ocasião do lançamento, compreende nulidade que o macula, contaminando, por outro lado, a certidão de dívida ativa que dele tenha se originado. A necessidade de adequada notificação não se perfaz só para que o contribuinte tenha conhecimento da atividade fiscalizatória, mas para que possa defender-se, apresentando impugnação. Não tendo o erário, na hipótese, se desincumbido da prova de que a notificação pessoal do lançamento ocorreu, tal inércia traduz a invalidade do título executivo em questão. Recurso provido. (Número do processo: Relator: PINHEIRO LAGO - Data do Julgamento: 18/07/2006. Data da Publicação: 25/08/2006)

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - IPTU E TAXAS - LANÇAMENTO - NULIDADE - AUSÊNCIA NOTIFICAÇÃO PESSOAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - DESPROVIMENTO. (Número do processo: Relator: LAMBERTO SANTANNA. Data do Julgamento: 18/03/2004 Data da Publicação: 16/04/2004)

EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - NULIDADE. LANÇAMENTO NOTIFICADO POR EDITAL - ILEGITIMIDADE. A notificação do lançamento, sem o que não se aperfeiçoa a constituição válida do crédito tributário, somente em casos excepcionais pode ocorrer através da publicação de editais. (Número do processo: Relator: AUDEBERT DELAGE - Data do Julgamento: 06/12/2007 - Data da Publicação: 13/12/2007)

EXECUÇÃO FISCAL - LANÇAMENTO "EX OFFICIO" - DISPENSA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E NÃO DISPENSA DE NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO AO CONTRIBUINTE - CERCEAMENTO DE DEFESA - SUA CONFIGURAÇÃO - CONSEQÜENTE NULIDADE DA EXECUÇÃO - A dispensa do processo administrativo, que ocorre no lançamento "ex officio" do débito fiscal, não significa haver, também, dispensa da notificação ao contribuinte acerca desse lançamento. E não há dispensa, porque a notificação tem o condão de aperfeiçoar e completar, no âmbito administrativo, o ato de constituição do crédito tributário. Via de conseqüência, se a inscrição da dívida ativa não foi prévia e administrativamente notificada ao contribuinte, violados ficam os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que não devem ser observados apenas no âmbito judicial, mas também no administrativo. Sua inobservância configura cerceamento de defesa, hábil a acarretar a nulidade da execução. Número do processo: Relator: HYPARCO IMMESI - Data do Julgamento: 21/09/2000 - Data da Publicação: 18/10/2000).

EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - TAXA DE LIMPEZA URBANA - LANÇAMENTO - NOTIFICAÇÃO - EDITAL - IMPOSSIBILIDADE. O contribuinte deve ser notificado pessoalmente, somente admitindo a utilização da notificação através de edital, quando se comprovar que está em lugar incerto e não sabido. (Número do processo: - Relator: DÁRCIO LOPARDI MENDES. Data do Julgamento: 22/11/2007 - Data da Publicação: 06/12/2007).

Ainda é oportuno trazer à colação precedente do STJ, em julgamento de Recursos Especiais, relatados pelos Ministros José Delgado e Eliana Calmon, em que tem como interessado o Município de Belo Horizonte, com o entendimento de que notificação de lançamento via edital se justifica apenas quando o contribuinte estiver em lugar incerto e não sabido.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE ANÚNCIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. EXIGIBILIDADE. NOTIFICAÇÃO REGULAR DO CONTRIBUINTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 145 DO CTN. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 07/STJ. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão a quo julgou procedentes embargos à execução fiscal. 3. A exigibilidade do crédito tributário, cujo lançamento se deu ex officio, como é a hipótese dos autos, apenas se torna legítima após a devida notificação do sujeito passivo, de modo a possibilitar o correspondente pagamento ou, conforme o caso, o exercício do seu direito ao contraditório e à ampla defesa. 4. A notificação por edital do lançamento do crédito tributário só se justifica quando o sujeito passivo se encontra em local incerto e não sabido, devendo, nos demais casos, ser realizada pessoalmente e por escrito, segundo inteligência do artigo 145 do CTN, o qual exige a notificação regular do contribuinte. 5. In casu, o agravante não juntou prova apta a demonstrar a regular notificação da agravada, seja pessoal ou editalícia, o que constitui peça essencial ao exame da pretensão recursal, de modo a restarem ausentes os elementos necessários ao convencimento do julgador. Ademais, tal atividade demandaria reexame de prova a fim de verificar a ocorrência ou não de notificação válida. Impossibilidade na via excepcional. Súmula nº 07/STJ. 6. Agravo regimental não-provido." (AgRg no Ag, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.06.2005, DJ 08.08.2005 p. 194.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - TFLF - NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE POR EDITAL - ART. 145 DO CTN - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA. 1. Havendo prequestionamento implícito da questão dita omissa, afasta-se a alegada ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O contribuinte, a teor do art. 145 do CTN, deve ser notificado pessoalmente e por escrito do lançamento do crédito tributário. A notificação por edital somente se justifica quanto o devedor encontra-se em lugar incerto e não sabido. 3. Recurso especial improvido. (REsp - RECURSO ESPECIAL - - Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) - Órgão Julgador - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 07/08/2007 - Data da Publicação/Fonte - DJ 16.08.2007 p. 309)

No mesmo sentido, quanto à necessidade de notificação pessoal decidiu o STJ em julgamento relatado pelo Ministro Luiz Fux:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - LANÇAMENTO - NOTIFICAÇÃO - NECESSIDADE - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO - NULIDADE DA EXECUÇÃO FISCAL. 1. A ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal, postulados com sede constitucional, são de observância obrigatória tanto no que pertine aos "acusados em geral" quanto aos "litigantes", seja em processo judicial, seja em procedimento administrativo. 2. Insere-se nas garantias da ampla defesa e do contraditório a notificação do contribuinte do ato de lançamento que a ele respeita. A sua ausência implica a nulidade do lançamento e da Execução Fiscal nele fundada. 3. A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção juris tantum de liquidez e certeza, admitindo prova em contrário. Malferimento das regras do processo administrativo fiscal. 4. Recurso Especial improvido. Processo REsp -

.....- Relator Ministro LUIZ FUX (1122) - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento - 10/06/2003 - Data da Publicação/Fonte - DJ 23.06.2003 p. 259).

Portanto, consideradas essas orientações doutrinárias e jurisprudenciais e dentro de uma compreensão da necessidade de observância formal do contraditório e da ampla defesa, sou forçado a modificar meu entendimento sobre a matéria, adotando o posicionamento de que a notificação por edital não é válida como ato de ciência do lançamento tributário. Além da publicação do edital, cumpre à Fazenda Pública provar que houve remessa da guia de recolhimento com a advertência do prazo para defesa ao endereço do contribuinte, sob pena de invalidade da inscrição em dívida ativa.

No caso dos autos, houve apenas notificação por edital sem prova da notificação pessoal, viciando-se o lançamento.

Embora em tese prejudicados, passo a analisar os demais elementos dos embargos.

Da prescrição.

As controvérsias quanto à interrupção da prescrição desapareceram com a alteração introduzida no art. 174, parágrafo único, I do Código Tributário Nacional pela Lei Complementar nº 118, de 09.02.2005 em vigor desde 09.6.2005, de acordo com o qual o despacho do juiz que ordena a citação interrompe a prescrição.

A nova lei se aplica para as execuções ajuizadas a partir da vigência da nova lei, como ocorre no caso dos autos.

Por isso, a prescrição é contada a partir do lançamento definitivo sendo interrompida pelo despacho que ordena a citação, ou através de outra modalidade de constituição do devedor em mora ou ato inequívoco de reconhecimento do débito pelo devedor como previsto no inciso do art. 174 do CTN.

No caso dos autos, a execução foi ajuizada em 18.4.2006, portanto, quando já estava em vigor a LC 118/05, de modo que prescrição foi interrompida com o despacho que ordenou a citação, o que ocorreu em 20.4.2006.

Inexiste prescrição quinquenal, razão pela qual rejeito a prejudicial de prescrição.

Erro substancial no lançamento.

Quanto ao erro de lançamento, o art. 2º, § 8º da Lei nº 6.830/80 permite que haja retificação até que haja decisão de primeira instância. Isso deveria ocorrer até a prolação da presente sentença.

Como a perícia detectou que os imóveis tributados estão todos edificadas. Vejamos às fls. 114:

Os lotes envolvidos na lide fazem parte da sede do embargante (.....) e estão ocupados pelo complexo de edificações e benfeitorias (quadras de esportes, piscinas, edificações de apoio) que compõem tal sede. Portanto, tais lotes não podem ser classificados como lotes vagos. Para maiores informações, consultar, por gentileza, o item 3 do laudo pericial.

O perito ainda reafirmou que nos anos de 2002 e 2003 os lotes envolvidos já eram edificados porque a sede do clube foi construída há mais de 30 anos.

A própria Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte admite que os lotes estavam edificados, mas entende que cabia ao contribuinte provocar a alteração no lançamento, o que não pode ser admitido.

Na pior das hipóteses, desde abril de 2007 há prova inequívoca nos autos de que a Fazenda tem conhecimento inequívoco que os imóveis tributados são edificados, já que naquela data impugnou os embargos. Mesmo assim, até esta data não retificou o lançamento.

Portanto, há vício substancial evidente no lançamento porque se trata de imóveis edificados tributados como se fossem lotes vagos.

Acolho também esta tese dos embargos porque inexistente liquidez nas CDA's embargadas.

Ficam prejudicados os demais argumentos dos embargos.

Dispositivo

Diante do exposto e considerando o mais que dos autos consta JULGO PROCEDENTES os EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL apresentados por em face da FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE e, em consequência, anulo as CDA's em razão de vícios formais (falta de notificação) e substanciais (lançamento como lotes vagos).

Embora esteja isenta das custas processuais, condeno a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte no reembolso das custas despendidas pela embargante, além de honorários advocatícios que arbitro em R\$ 3.000,00, atentando nessa fixação ao disposto no art. 20, § 4º do CPC, especialmente ao trabalho despendido, a complexidade da matéria.

Esta sentença está sujeita ao reexame necessário (art. 475 do CPC). Por isso, decorrido o prazo legal sem recursos voluntários, remetam-se os autos ao E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais com as homenagens de praxe.

Comunique-se oportunamente a Fazenda Municipal do efeito constitutivo negativo da presente decisão (art. 33 da Lei nº 6.830/80).

P. R. I.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2008.

Renato Luís Dresch

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – Taxa de limpeza pública – Inconstitucionalidade - Taxa de coleta de resíduos – Lançamento tributário – Ausência de notificação pessoal - Procedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Renato Luís Dresch		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	30/06/2008
REQUERENTE(S):	Estado de Minas Gerais		
REQUERIDO(S):	Fazenda Pública Municipal de-		

Vistos, etc.

ESTADO DE MINAS GERAIS apresentou Embargos à Execução Fiscal que lhe é movida pela FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE alegando, em síntese e em preliminar, que está sendo indicada como executada a União Federal do Ministério do Planejamento. Afirma que não foi notificado do lançamento da Taxa de Limpeza Pública para que pudesse impugnar, havendo cerceamento do seu direito de defesa. Entende indispensável a notificação prévia. Alega nulidade das CDA's pela falta de discriminação dos valores pertinentes a cada tributo, estando desatendidas as exigências do art. 2º, § 5º e 6º da Lei nº 6.830/80. Ainda alega que inexistente serviço público específico para autorizar a cobrança, razão pela qual a reputa inconstitucional. Colaciona doutrina e jurisprudência sobre a matéria sobre o reconhecimento da inconstitucionalidade. Afirma ainda que a Lei Municipal nº 8.147/2000 também padece do vício anterior reconhecido pelo STF. Pede o processamento até final procedência. Atribui à causa o valor de R\$ 400,48 e junta documentos.

A Fazenda Pública do Município de impugnou (fls. 57-59) afirmando que o art. 2º § 8º da Lei nº 6.830/80 permite ao fisco regularizar a execução, apresentando nova certidão. Assim exibiu nova CDA, clareando a origem da dívida, a descrição do fato gerador substituindo a anterior.

O embargante afirma que a nova CDA é distinta daquela executada, alterando a causa petendi. Reafirma sua pretensão inicial. Reafirma sua pretensão e requereu diligências.

O Estado requereu a exibição de todo o Processo Tributário Administrativo - PTA (fls. 66). A Fazenda Municipal afirmou que não há Processo Tributário Administrativo - PTA por ser dispensável. Invoca a presunção de certeza e liquidez (fls. 67-68)

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Trata-se de Embargos à Execução fiscal interpostos por ESTADO DE MINAS GERAIS em face da FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE

Realizada a penhora está seguro o juízo. Os embargos são tempestivos conheço dos mesmos.

Os vícios da execução se referem ao próprio mérito dos embargos. Não há questões preliminares a ser apreciadas, falhas a suprir ou nulidades a declarar, o feito está em condições de apreciação quanto ao seu mérito.

Este processo comporta julgamento antecipado na forma do art. 330, I c.c. o art. 740, Parágrafo único do CPC e art. 17, Parágrafo único da Lei nº 6.830/80.

Por força do art. 204 do CTN a Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. No mesmo sentido é o teor do art. 3º da Lei nº 6.830/80. Esses atributos decorrem do fato de que o lançamento é efetuado com base em informações extraídas dos cadastros do fisco, formados com base em dados repassados pelo próprio contribuinte.

Nas hipóteses de lançamentos renováveis anualmente efetuados com base em dados cadastrais em poder da Fazenda Pública, quando é dispensada instauração prévia de processo, salvo quando for apresentada impugnação, quando o mesmo é instaurado. Esse é o caso dos autos, que dispensam do Processo Tributário Administrativo - PTA prévio.

A substituição da CDA é possível até o julgamento de primeiro grau, como previsto no art. 2º, § 8º da Lei nº 6.830/80. Nestes autos uma CDA foi substituída por outra sem alteração substancial. Inexiste vício nessa substituição.

As CDA's executadas atendem aos requisitos formais básicos do art. 2º, § 5º III da Lei nº 6.830/80 e art. 202, III do CTN. Resta analisar se há vício na sua formação.

Da necessidade de notificação pessoal

Embora o art. 204 do CTN estabeleça que a CDA se reveste de presunção de certeza e liquidez, uma vez questionada a observância dos requisitos legais, cumpre ao exequente o ônus de provar que esses requisitos foram observados.

Não se pode olvidar que a CDA é título executivo extrajudicial e que os embargos à execução questionando a validade na constituição do crédito admitirão a cognição plena.

Portanto, cumpre à Fazenda Pública provar que houve a notificação do lançamento, devendo ser provado seu envio ao endereço do contribuinte, aplicando-se a mesma regra prevista para os casos de citação judicial prevista no art. 8, II da Lei nº 6.830/80.

A dispensa do Processo Tributário Administrativo - PTA nos tributos renováveis anualmente não significa dispensa da notificação pessoal.

Embora o Código Tributário Municipal (Lei nº 1.310/66) estabeleça no seu artigo 21:

Art. 1º O lançamento dos tributos e suas modificações serão comunicados aos contribuintes, individual ou globalmente, a critério da administração;

I - através de notificação direta, feita com aviso, para servir como guia de recolhimento;

II - através de edital publicado no órgão oficial;

III - através de edital afixado na Prefeitura";

O entendimento de que a autoridade fazendária possui discricionariedade para realizar alternativamente a notificação pessoal ou por edital ofende ao princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LV).

É sabido que as publicações nos Diários Oficiais ou mesmo a publicação de editais em jornais, constitui ato de mera formalidade contemplada pela teoria da ficção, que não constitui efetiva ciência da comunicação a que se destina.

Portanto, para sustentar a regularidade da CDA, cabe à Fazenda Pública o ônus da prova sobre a notificação pessoal ou mediante a remessa de correspondência informando da instauração do procedimento administrativo ou do lançamento tributário para possibilitar o exercício da defesa.

A notificação editalícia somente se admite em casos excepcionais quando for infrutífera a tentativa de notificação pessoal. Não basta a expedição de edital. Cabe à Fazenda Pública provar que a guia de lançamento efetivamente foi entregue no domicílio do contribuinte, inclusive com a advertência quanto ao prazo para defesa.

A propósito, é oportuno trazer à colação alguns precedentes doutrinários e jurisprudenciais.

Também é oportuno trazer à colação lições de Américo Masset Lacombe sobre a necessidade de notificação pessoal:

"O contribuinte deve ser 'notificado regularmente', o que se deve entender como pessoalmente e por meio de comunicação escrita, se eleger domicílio fiscal ou o tem por lei, ou é conhecido e notório. (...)

Se incerto (o endereço), vale a notificação por editais no Diário Oficial".(Aliomar Baleeiro, in Direito Tributário Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.807) (d.n.)

"Este artigo (art. 145 do CTN) estabelece assim a regra geral da imutabilidade do lançamento, desde que tenha ocorrido a notificação regular do sujeito passivo. A notificação será feita pessoalmente, ou por comunicação escrita, desde que o referido sujeito passivo tenha domicílio fiscal certo, eleito ou determinado por lei." (Américo Masset Lacombe, in Curso de Direito Tributário / Ives Gandra da Silva Martins, coordenador, 5ª ed., Belém: Cejup; Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1997, vol. 1, p.275).

No mesmo sentido leciona MISABEL ABREU MACHADO DERZI em seus comentários ao art. 145, do CTN:

"O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo, em princípio é definitivo. Notificação regular significa notificação pessoal e por meio de comunicação escrita, apenas aceitando-se a notificação pessoal por editais no Diário Oficial, se incerto o domicílio do sujeito passivo". ("in" Comentários ao Código Tributário Nacional. Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 384)

Embora o tema ainda seja controvertido na jurisprudência, a orientação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais está mudando. A tendência está sendo no sentido de exigir a prova da notificação pessoal.

A notificação pode consistir na remessa da guia de recolhimento ao domicílio do contribuinte, mas deve constar expressamente o prazo para recorrer. Isso não ocorrendo haverá ineficácia do lançamento em razão da ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Confira-se o posicionamento nesse sentido do TJMG:

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DIRETO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO VÁLIDA DO INDICADO DEVEDOR. IRREGULARIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. VÍCIO QUE CONTAMINA O TÍTULO EXECUTIVO (CDA), RETIRANDO-LHE O REQUISITO DA EXIGIBILIDADE. NULIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO. O procedimento executivo não se destina a promover o acertamento da relação creditícia entre o Fisco e o contribuinte, prestando-se tão somente a expropriação de bens do devedor para satisfação do direito do credor (art. 646, do CPC). Por isto, somente pode ser manejada a ação executiva se amparada em título líquido, certo e exigível, conforme literalmente autoriza o art. 586, do CPC. E a exigibilidade do título decorre da presunção de que o devedor, ilegitimamente, resiste ao cumprimento da obrigação de solver o débito. Contudo, verificado que não houve inscrição regular da do crédito na dívida ativa, por ausência de notificação válida do apontado devedor, dali decorre que o título executivo que não goza de exigibilidade. E se a Certidão de Dívida Ativa que instrui a execução padece daquele requisito, nula é a execução (art. 618, I, do CPC), devendo outrossim ser extinto o processo executivo, na forma do art. 267, IV, também do Codex. (Número do processo: Relator: BRANDÃO TEIXEIRA Data do Julgamento: 15/04/2003 Data da Publicação: 06/06/2003).

No corpo do acórdão, leciona com propriedade:

Embora não desconheça que o art. 21, do CTN, preveja que a administração, a seu critério, comunique os contribuintes acerca do lançamento mediante afixação de edital na Prefeitura, tenho que tal disposição é absolutamente inaceitável em face do regramento constitucional vigente.

Se o indicado devedor foi notificado do lançamento apenas pela via editalícia (não havendo prova sequer de que o mesmo foi afixado na sede da PBH, como determina o CTN), este fato vicia por completo a inscrição em dívida ativa.

Se a FPM conhece o endereço do contribuinte, tanto é assim que não teve qualquer dificuldade para citá-lo no processo executivo, não se justifica que opte pela cientificação ficta.

Também não se diga que a Lei Municipal autoriza que a notificação do lançamento se dê por edital, com base em uma suposta discricionariedade da administração, segundo literal interpretação de disposição da Lei Municipal nº 1.310/1966, pela qual a comunicação do lançamento ao contribuinte pode se dar pessoal e diretamente ou por edital, "a critério da administração".

"Data venia", parece frontalmente contrário aos princípios da finalidade e da razoabilidade impor ao administrado uma obrigação superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.

Também:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - NOTIFICAÇÃO VIA EDITAL - FORMA EXCEPCIONAL - AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO - IRREGULARIDADE NA FORMAÇÃO DO CRÉDITO - VÍCIO QUE CONTAMINA A CDA. Inexistindo a incerteza do domicílio do sujeito passivo da obrigação tributária, a fim de justificar a utilização da notificação ficta, e ausente o aviso de recebimento, comprovante de que as guias de recolhimento foram enviadas ao endereço do contribuinte, o lançamento não se perfaz de forma válida, impossibilitando a sua inscrição em dívida ativa e a emissão da correspondente CDA, que, com isso, não é título hábil a embasar a execução. (Número do processo: Relator: EDILSON FERNANDES. Data do Julgamento: 30/10/2007. Data da Publicação: 13/11/2007)

Esclarece no acórdão:

No caso concreto, verifico estar ausente a comprovação regular do aviso notificador, pois não existe o pressuposto da incerteza do domicílio do sujeito passivo da obrigação tributária (f. 15- apenso), a fim de justificar a utilização da notificação ficta, realizada freqüentemente de forma ampla e genérica pela embargada, sem especificar a quem é direcionada a publicação (f. 59/71).

O artigo 21 do Código Tributário Municipal determina o lançamento "através de notificação direta, feita com aviso, para servir como guia de recolhimento" (inciso I) ou "através de edital publicado no diário oficial" (inciso II). Contudo, a embargada não juntou aos autos os AR's, comprovante da notificação através do envio das guias de recolhimento dos tributos exeqüendos ao endereço do contribuinte, que não tem condições de fazer prova de fato negativo, qual seja, de que não foi notificado pessoalmente.

Portanto, forçoso concluir que os lançamentos não foram realizados de forma válida, não podendo haver as inscrições em dívida ativa e a emissão das correspondentes CDA's, que, portanto, não são títulos hábeis a embasar a presente execução fiscal.

Na mesma linha:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA RELATIVA AO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. LANÇAMENTO DO TRIBUTO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. NULIDADE DAS CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA. PROVIMENTO DO RECURSO. Após a efetivação do lançamento tributário pela Fazenda Pública, deve-se, obrigatoriamente, proceder-se à notificação do contribuinte sob pena de se desrespeitar o princípio constitucional do contraditório e da ampla

defesa. Não se procedendo à notificação do contribuinte, deve-se declarar a nulidade das Certidões de Dívida Ativa, por não se verificar nestas a certeza e liquidez necessárias à execução fiscal. (Número do processo: Relator: MARIA ELZA - Data do Julgamento: 04/05/2006. Data da Publicação: 02/06/2006).

Podem ser destacados do acórdão:

In casu, a Fazenda Pública Municipal, ora apelada, afirma que a notificação teria ocorrido por edital, conforme autorizaria a legislação municipal vigente. Não obstante a afirmação da exequente - de que teria havido a notificação por edital - somente poderia ocorrer após verificada a impossibilidade da notificação pessoal do contribuinte. Tal modalidade de notificação tem, portanto, caráter supletivo, não podendo ser utilizada como modalidade prevalente de notificação.

No mesmo sentido:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXAS DE LIMPEZA PÚBLICA, DE FISCALIZAÇÃO DE APARELHO DE TRANSPORTE E DE RESÍDUOS SÓLIDOS. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. LANÇAMENTO. É indispensável a notificação pessoal do contribuinte, quanto ao lançamento das taxas de limpeza pública, de fiscalização de aparelho de transporte e de coleta de resíduos sólidos, admitindo-a por edital apenas quando ele se encontra em local incerto e não sabido. Nega-se provimento à apelação. (Número do processo: Relator: ALMEIDA MELO Data do Julgamento: 22/11/2007. Data da Publicação: 29/11/2007)

PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - ACOLHIMENTO - NOTIFICAÇÃO PELA FORMA EDITALÍCIA - AUSÊNCIA DE TENTATIVAS DA NOTIFICAÇÃO PESSOAL - NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO. A constituição do crédito tributário aperfeiçoa-se com o lançamento, que deve se operar mediante a regular notificação do devedor, de forma pessoal, vedada sê-lo via edital. (Número do processo: Relator: CARREIRA MACHADO Data do Julgamento: 05/02/2004 Data da Publicação: 02/03/2004)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU E DEMAIS TAXAS MUNICIPAIS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO. NOTIFICAÇÃO. EDITAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. CARACTERIZAÇÃO. CDA. NULIDADE. PRECEDENTES DESTES EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Consoante orientação deste eg. Tribunal de Justiça "a constituição do crédito tributário aperfeiçoa-se com o lançamento, que deve se operar mediante a regular notificação do devedor, de forma pessoal, vedada sê-lo via edital". 2. Nega-se provimento ao recurso. (Número do processo: Relator: CÉLIO CÉSAR PADUANI Data do Julgamento: 01/06/2006 Data da Publicação: 13/06/2006).

EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE ANÚNCIO - NOTIFICAÇÃO VIA EDITAL - INEFICÁCIA - MULTA ADMINISTRATIVA - INSTALAÇÃO IRREGULAR DE ANÚNCIO. É obrigatória a notificação do contribuinte acerca do lançamento ex officio do débito fiscal, embora seja dispensável o processo administrativo. Legítima a imposição de multa por instalação de anúncio em desacordo com as normas municipais. Rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento ao recurso. (Número do processo: Relator: KILDARE CARVALHO Data do Julgamento: 16/03/2006 Data da Publicação: 04/04/2006)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TFA E TFFL. NOTIFICAÇÃO. REQUISITO PARA CONSTITUIÇÃO VÁLIDA. AUSÊNCIA DE PROVA. ÔNUS IMPUTADO À FAZENDA PÚBLICA. NULIDADE DA CDA. A notificação do sujeito passivo da obrigação tributária é requisito indispensável para a constituição válida do crédito. A prova acerca da existência de notificação válida cabe ao Município, eis que o contribuinte não pode provar fatos negativos e a Fazenda Municipal tem meios para demonstrar a regularidade do procedimento fiscal. A inexistência de notificação válida impede a constituição do crédito e, conseqüentemente, provoca a nulidade da CDA. Recurso conhecido e provido. (Número do processo: Relator: ALBERGARIA COSTA. Relatora Desª ALBERGARIA COSTA . Data do acordo: 04/05/2006. Data da publicação: 30/05/2006).

TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO LANÇAMENTO. NULIDADE. A ausência ou defeito na notificação do sujeito passivo, por ocasião do lançamento, compreende nulidade que o macula, contaminando, por outro lado, a certidão de dívida ativa que dele tenha se originado. A necessidade de adequada notificação não se perfaz só para que o contribuinte tenha conhecimento da atividade fiscalizatória, mas para que possa defender-se, apresentando impugnação. Não tendo o erário, na hipótese, se desincumbido da prova de que a notificação pessoal do lançamento ocorreu, tal inércia traduz a invalidade do título executivo em questão. Recurso provido. (Número do processo: Relator: PINHEIRO LAGO - Data do Julgamento: 18/07/2006. Data da Publicação: 25/08/2006)

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - IPTU E TAXAS - LANÇAMENTO - NULIDADE - AUSÊNCIA NOTIFICAÇÃO PESSOAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - DESPROVIMENTO. (Número do processo: Relator: LAMBERTO SANTANNA. Data do Julgamento: 18/03/2004 Data da Publicação: 16/04/2004)

EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - NULIDADE. LANÇAMENTO NOTIFICADO POR EDITAL - ILEGITIMIDADE. A notificação do lançamento, sem o que não se aperfeiçoa a constituição válida do crédito tributário, somente em casos excepcionais pode ocorrer através da publicação de editais. (Número do processo: Relator: AUDEBERT DELAGE - Data do Julgamento: 06/12/2007 - Data da Publicação: 13/12/2007)

EXECUÇÃO FISCAL - LANÇAMENTO "EX OFFICIO" - DISPENSA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E NÃO DISPENSA DE NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO AO CONTRIBUINTE - CERCEAMENTO DE DEFESA - SUA CONFIGURAÇÃO - CONSEQÜENTE NULIDADE DA EXECUÇÃO - A dispensa do processo administrativo, que ocorre no lançamento "ex officio" do débito fiscal, não significa haver, também, dispensa da notificação ao contribuinte acerca desse lançamento. E não há dispensa, porque a notificação tem o condão de aperfeiçoar e completar, no âmbito administrativo, o ato de constituição do crédito tributário. Via de conseqüência, se a inscrição da dívida ativa não foi prévia e administrativamente notificada ao contribuinte, violados ficam os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que não devem ser observados apenas no âmbito judicial, mas também no administrativo. Sua inobservância configura cerceamento de defesa, hábil a acarretar a nulidade da execução. Número do processo: Relator: HYPARCO IMMESI - Data do Julgamento: 21/09/2000 - Data da Publicação: 18/10/2000).

EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - TAXA DE LIMPEZA URBANA - LANÇAMENTO - NOTIFICAÇÃO - EDITAL - IMPOSSIBILIDADE. O contribuinte deve ser notificado pessoalmente, somente admitindo a utilização da notificação através de edital, quando se comprovar que está em lugar incerto e não sabido. (Número do processo: - Relator: DÁRCIO LOPARDI MENDES. Data do Julgamento: 22/11/2007 - Data da Publicação: 06/12/2007).

Ainda é oportuno trazer à colação precedente do STJ, em julgamento de Recursos Especiais, relatados pelos Ministros José Delgado e Eliana Calmon, em que tem como interessado o Município de Belo Horizonte, com o entendimento de que notificação de lançamento via edital se justifica apenas quando o contribuinte estiver em lugar incerto e não sabido.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE ANÚNCIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. EXIGIBILIDADE. NOTIFICAÇÃO REGULAR DO CONTRIBUINTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 145 DO CTN. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 07/STJ. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão a quo julgou procedentes embargos à execução fiscal. 3. A exigibilidade do crédito tributário, cujo lançamento se deu ex officio, como é a hipótese dos autos, apenas se torna legítima após a devida notificação do sujeito passivo, de modo a possibilitar o correspondente pagamento ou, conforme o caso, o exercício do seu direito ao contraditório e à ampla defesa. 4. A notificação por edital do lançamento do crédito tributário só se justifica quando o sujeito passivo se encontra em local incerto e não sabido, devendo, nos demais casos, ser realizada pessoalmente e por escrito, segundo inteligência do artigo 145 do CTN, o qual exige a notificação regular do contribuinte. 5. In casu, o agravante não juntou prova apta a demonstrar a regular notificação da agravada, seja pessoal ou editalícia, o que constitui peça essencial ao exame da pretensão recursal, de modo a restarem ausentes os elementos necessários ao convencimento do julgador. Ademais, tal atividade demandaria reexame de prova a fim de verificar a ocorrência ou não de notificação válida. Impossibilidade na via excepcional. Súmula nº 07/STJ. 6. Agravo regimental não-provido." (AgRg no Ag, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.06.2005, DJ 08.08.2005 p. 194.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - TFLF - NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE POR EDITAL - ART. 145 DO CTN - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA. 1. Havendo prequestionamento implícito da questão dita omissa, afasta-se a alegada ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O contribuinte, a teor do art. 145 do CTN, deve ser notificado pessoalmente e por escrito do lançamento do crédito tributário. A notificação por edital somente se justifica quanto o devedor encontra-se em lugar incerto e não sabido. 3. Recurso especial improvido. (REsp - RECURSO ESPECIAL - - Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) - Órgão Julgador - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 07/08/2007 - Data da Publicação/Fonte - DJ 16.08.2007 p. 309)

No mesmo sentido, quanto à necessidade de notificação pessoal decidiu o STJ em julgamento relatado pelo Ministro Luiz Fux:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - LANÇAMENTO - NOTIFICAÇÃO - NECESSIDADE - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO - NULIDADE DA EXECUÇÃO FISCAL. 1. A ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal, postulados com sede constitucional, são de observância obrigatória tanto no que pertine aos "acusados em geral" quanto aos "litigantes", seja em processo judicial, seja em procedimento administrativo. 2. Insere-se nas garantias da ampla defesa e do contraditório a notificação do contribuinte do ato de lançamento que a ele respeita. A sua ausência implica a nulidade do lançamento e da Execução Fiscal nele fundada. 3. A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção juris tantum de liquidez e certeza, admitindo prova em contrário. Malferimento das regras do processo administrativo fiscal. 4. Recurso Especial improvido. Processo REsp - - Relator Ministro LUIZ FUX (1122) - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento - 10/06/2003 - Data da Publicação/Fonte - DJ 23.06.2003 p. 259).

Portanto, consideradas essas orientações doutrinárias e jurisprudenciais e dentro de uma compreensão da necessidade de observância formal do contraditório e da ampla defesa, sou forçado a modificar meu entendimento sobre a matéria, adotando o posicionamento de que a notificação de edital não é válida como ato de ciência do lançamento tributário. Além da publicação do edital cumpre à Fazenda Pública provar que houve remessa da guia de recolhimento com a advertência do prazo para defesa ao endereço do contribuinte, sob pena de invalidade da inscrição em dívida ativa.

No caso dos autos está confessado que não houve notificação pessoal, impondo-se o acolhimento dos embargos e extinção da execução.

Da constitucionalidade da Taxa de Coleta de Resíduos

No que se refere à Taxa de Coleta de Resíduos - TCR, instituída e disciplinada pelos arts. 18 e seguintes da Lei Municipal nº 8.147 de 29.12.00, substituiu a antiga Taxa de Limpeza Pública - TLP, cuja inconstitucionalidade foi declarada pela falta de individualidade e especialidade.

O artigo 19 da lei instituidora da TCR estabelece:

A TCR tem como fato gerador a utilização efetiva ou potencial do serviço público de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição diretamente pelo Município ou mediante concessão.

Os arts. 22 e 23 desta Lei estabelecem os critérios de cálculo dessa taxa, não se incluindo a limpeza de ruas e logradouros, como previsto na antiga Taxa de Limpeza Pública.

A ADIN 171.153-0.00, para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da TCR não se aplica na espécie, porque o julgamento da ADIN referida foi de 20.9.00, portanto, antes da Lei nº 8.147 de 29.12.00, de modo que sua constitucionalidade não foi analisada naquela oportunidade. Contudo, não vislumbro inconstitucionalidade na lei em questão.

Diferentemente da Lei nº 5.641/89, a Lei Municipal nº 8.147/00 especifica o meio de cobrança da Taxa de Coleta de Resíduos (TCR), de modo que não há mais ofensa à questão da falta de especificidade e individualidade.

O STF se pronunciou reconhecendo a constitucionalidade da Taxa de Coleta de Resíduos do Município de Belo Horizonte.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS. 1. É legítima a taxa de coleta de resíduos sólidos urbanos. Tributo cobrado pelo exercício de serviço divisível e específico. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 04.09.2007. (RE-AgR AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 04/09/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma. DJE-112 DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007. DJ 28-09-2007 PP-00066. EMENT VOL-02291-04 PP-00713)

No mesmo sentido, confirmam-se alguns precedentes do TJMG, que se manifestou em diversas oportunidades sobre a matéria nos seguintes termos:

AÇÃO DECLARATÓRIA - IPTU - PROGRESSIVIDADE - EC Nº 29/00 - POSSIBILIDADE - FATOR DE COMERCIALIZAÇÃO DE IMÓVEL - PREVISÃO LEGAL - TAXA DE COLETA DE RESÍDUOS - CONSTITUCIONALIDADE. A CR/88 autoriza, com o advento da Emenda 29/00, que o IPTU possa ser estipulado em razão da chamada progressividade fiscal, sem a obrigatoriedade de estar atrelado ao cumprimento da função social da propriedade privada. No que diz respeito ao fator de comercialização, tem-se que o mesmo foi instituído pela Lei 8.291, de 29 de dezembro de 2001, e não pelo Decreto 10.447/00, o que afasta, de plano, a alegada ilegalidade. É constitucional a TCR instituída pelo Município de Belo Horizonte, por estarem presentes os requisitos da especificidade e divisibilidade. (Processo 1.0024.05.787094-1/001(1). Relator: GERALDO AUGUSTO Data do Julgamento: 05/12/2006 Data da Publicação: 19/01/2007)

APELAÇÃO. Ação Declaratória C/C Consignatória - Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos - Constitucionalidade. A Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos (TCR) foi instituída pela Lei Municipal nº 8.147/2000 (art. 18) e, por força do art. 24 da citada norma, é devida anualmente e pode ser lançada juntamente com o IPTU, nela estando presentes os requisitos de especificidade e divisibilidade do serviço, previstos no art. 145, §2º, da Constituição Federal. (Proc. nº, julg. 15.12.2005, p. 03.02.2006, Rel. Des. Maciel Pereira.

TAXA DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS. SERVIÇO PÚBLICO. DIVISIBILIDADE E ESPECIFICIDADE. CARACTERIZAÇÃO. O serviço público de COLETA de lixo caracteriza-se como divisível e específico, porquanto suscetível de mensurar a sua utilização e de individualizar o seu beneficiário. (Proc. Julg. 13.10.2005, p. 11.11.2005, Rel. Des. Manuel Saramago).

MANDADO DE SEGURANÇA - COBRANÇA DE TAXAS - SERVIÇOS DIVISÍVEIS E ESPECÍFICOS - TAXA DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS - REQUISITOS PRESENTES - DEMAIS TAXAS - COBRANÇA INDEVIDA. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos, taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. A TAXA é um tributo cujo fato gerador vincula-se a uma atividade

estatal específica relativa ao contribuinte, e não à coletividade em geral. Para tanto, o serviço público apto a gerar sua cobrança deverá ser específico e divisível, ou seja, deve permitir sua utilização separada ou destacada por cada contribuinte. (Proc. 1.0686.03.066208-0/001(1). Julg. 04.08.2005, publ. 26.08.2005. Rel. Des. Carreira Machado).

MANDADO DE SEGURANÇA - TAXA DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS - TAXA DE INCÊNDIO. O fato gerador das Taxas de COLETA de RESÍDUOS SÓLIDOS é o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, de forma efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ou colocado à disposição do contribuinte, o que, no Município de Teófilo Otoni, é verificável e as torna constitucionais. O serviço de prevenção e combate a incêndio é prestado pelo Corpo de Bombeiros estadual, não tendo o Município competência para instituir TAXA pela sua prestação. A receita da TAXA instituída pelo Estado de Minas Gerais é, para esse fim, compartilhada com o Município. (Proc. 1.0686.04.102097-1/001(1). Julg. 12.04.2005. publ. 19.05.2005. Rel. Des. Wander Marotta).

Nessa linha de entendimento, não vislumbro inconstitucionalidade na cobrança da TCR, de modo que em função da Lei Municipal nº 8.147, de 29.12.00, é perfeitamente possível a cobrança da Taxa de Coleta de Resíduos a partir do exercício de 2001.

Entretanto, no caso dos autos, existe o vício de formação pela falta de notificação.

Dispositivo

Diante do exposto e considerando o mais que dos autos consta JULGO PROCEDENTES os EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL apresentados por ESTADO DE MINAS GERAIS em face da FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE e, em consequência, anulo as CDA's executadas ora embargadas.

Embora esteja isenta das custas processuais, condeno a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte no pagamento de honorários advocatícios que arbitro em R\$ 300,00, atentando nessa fixação ao disposto no art. 20, § 4º do CPC, especialmente ao trabalho despendido, a complexidade e especialmente o valor da causa.

Esta sentença não está sujeita ao reexame necessário (art. 475, § 2º do CPC).

Comunique-se oportunamente a Fazenda Municipal do efeito constitutivo negativo da presente decisão (art. 33 da Lei nº 6.830/80).

P. R. I.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2008.

Renato Luís Dresch

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Embargos à execução fiscal – Transporte de DVD’s - Ausência de destaque de ICMS - Improcedência		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	Dr. Edson de Almeida Campos Júnior		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	16/05/2007
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	-		

SENTENÇA

Vistos, etc...

....., empresa qualificada às fls. 02, por intermédio de advogados regularmente constituídos, conforme instrumento de mandato de fls. 24/25, ingressou em juízo, oferecendo embargos à execução fiscal, contra o, aduzindo em apertado resumo, que foi autuada por transportar revistas acompanhadas de DVD’s, com o devido acobertamento da nota fiscal, mas sem o destaque do ICMS; e, por isso, inconformada com tal autuação, apresentou recurso administrativo, no qual se decidiu, arbitrariamente, isentar do recolhimento do imposto apenas as revistas, mas não os DVD’s. Afirma, ainda, que tal decisão considerou que o valor dos referidos DVD’s correspondia a 95% (noventa e cinco por cento) do valor total da nota fiscal, mas sem que houvesse diligência para confirmar tal posicionamento, em total afronta ao princípio da verdade material. Salaria que se o referido produto - DVD, não estiver amparado pela imunidade prevista no art. 150, II, “d”, da CR/88, como afirma o fisco, seu valor deve ser devidamente apurado, o que não ocorreu. Diz, também, que os DVD’s, por serem brindes que acompanham os periódicos, possuem imunidade tributária, prevista na Constituição da República. Discorre sobre o fundamento de se conceder a imunidade prevista no art. 150, II, “d”, da CR/88, sob o argumento de que a intenção é difundir a cultura e o conhecimento, citando, para tanto, excertos jurisprudenciais. Afirma, também, que tal imunidade abrange não só os periódicos, livros, jornais e revistas, mas todos os instrumentos que tenham a função de divulgação de informações e cultura, isto é, a interpretação das expressões da citada norma constitucional deve ser feita de forma ampla. Sustenta, pois, a imunidade do DVD promocional, tendo em vista o caráter informativo e cultural. Destaca a inconstitucionalidade do art. 7º, V, § 7º, item 2, “b”, da Lei Estadual nº 6765/75. Questiona,

ainda, a utilização da taxa SELIC, como forma de correção de tributos, sob o fundamento de que esta possui caráter remuneratório e não moratório, além de superar os juros de 1% (um por cento), previstos no art. 161 do CTN. Argumenta, então, que tal taxa é ilegal e que não foi criada por lei, mas por mera Resolução Administrativa. Evoca excertos doutrinários e jurisprudenciais. Requereu, enfim, a procedência do pedido, com a conseqüente nulidade da CDA e extinção da execução ou a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, V, § 7º, item 2, “b”, da Lei Estadual nº 6763/75, senão a exclusão da taxa SELIC da dívida, condenando-se a embargada nos consectários da sucumbência.

Além do ante mencionado instrumento de mandato, a inicial veio também instruída com os documentos de fls. 26 usque 64, com preparo prévio às fls. 65.

Recebidos os embargos (despacho de fls. 68), o Estado de foi regularmente intimado, conforme certificado às fls. 68v, apresentando a impugnação de fls. 69/74, na qual alegou, também em síntese, que a imunidade concedida pelo art. 7º da Lei Estadual nº 6763/75, em conformidade com o disposto no art. 150, VI, “d”, da CR/88, só se aplica aos periódicos e ao papel destinado à sua impressão, de forma que os DVD’s, ainda que acompanhem a revista, na condição de brinde, não são abrangidos por esse benefício. Salienta, também, que a operação de venda não é apenas da revista, mas também do DVD que a acompanha, este de qualidade inferior e com preços mais acessíveis. Afirma que à imunidade não pode ser dada interpretação extensiva, pois o contrário seria afirmar que se comercializassem revistas com televisores como brindes, estes seriam imunes, o que seria um absurdo. Refuta o argumento da embargante, de que a base de cálculo do imposto foi calculada de forma arbitrária, ao fundamento de que o preço de comercialização da mercadoria (revista e DVD) era de R\$ 6,61 (seis reais e sessenta e um centavos), mas, na realidade, o valor ali discriminado se refere ao DVD basicamente. Diz, também, que agiu nos ditames do art. 148 do CTN, já que os dados fornecidos pelo contribuinte não eram merecedores de fé. Ressalta, ainda, que a embargante não questionou, administrativamente, o valor arbitrado pelo fisco; e, ao contrário, teria com ele concordado tacitamente. Defende, ao final, a utilização da taxa SELIC, por ser amparada pelo art. 226, parágrafo único, da Lei Estadual nº 6763/75, c/c o art. 84 da Lei Federal nº 8981/95 e art. 13 da Lei Federal nº 9065/95. Cita trecho jurisprudencial. Pugnou, enfim, pela improcedência dos embargos e a condenação da embargante nos ônus sucumbenciais.

Com a impugnação foram carreadas as peças de fls. 75/77.

Réplica às fls. 79/88.

Na fase de especificação de provas (fls. 89), as partes dispensaram tal oportunidade, conforme petições de fls. 90/91.

Sobreveio, então, o despacho de fls. 92, dando por encerrada a fase instrutória e facultando-se a apresentação de alegações finais, sob forma de memoriais.

Memorial da embargante às fls. 97/106, ao passo que o embargado, por seu turno, se limitou a ratificar sua impugnação, consoante peça de fls. 107.

É, em síntese, o que se tinha a relatar,

DECIDO:

O feito se encontra em ordem, sem vícios aparentes a inquiná-lo de nulidade, reclamando por um desfecho, no estágio em que se encontra, aplicando-se-lhe, pois, a norma cogente do artigo 740, parágrafo único, do Estatuto Processual Civil; até porque, como relatado alhures, as partes foram instadas a especificar provas, quando deixaram claro que é mesmo o caso de julgamento conforme o estado do processo.

Primeiramente, faz-se mister lembrar que várias unidades judiciárias, atualmente, dispensam o envio de autos desta natureza para o Ministério Público, para evitar expedientes desnecessários, posto que o Parquet, como cediço, tem, sistematicamente, sustentado a desnecessidade de sua intervenção.

Inexistem preliminares a dirimir.

No mais, insta observar que a empresa/embargante foi autuada pela autoridade fazendária, pelo fato de transportar “revista periódica, acompanhada de vídeo, sob a forma de DVD, com acobertamento de Nota Fiscal, mas sem destaque do respectivo ICMS”.

Inicialmente, a embargante sustenta a falta de liquidez e certeza do título executivo, ao argumento de que é impossível a tributação dos DVD's. Todavia, a meu sentir, a referida prefacial se confunde com o mérito e como tal deve ser examinada.

Depreende-se do Auto de Infração xerocopiado às fls. 35 e seguintes o seguinte relato (sic):

“constatou-se que a autuada fazia transportar 10.395 DVD's... no valor total de R\$ 68.710,95 (sessenta e oito mil, setecentos e dez reais e noventa e cinco centavos), acobertados pela NF nº, de emissão da autuada, sem o destaque do ICMS devido na operação própria, contrariando assim o art. 89, inciso IV e o art. 96, inciso XVII, do Decreto 43.080/02 e o art. 16, incisos VI e XIII, da Lei Estadual nº 6.763/75”.

Já às fls. 48 depara-se com uma cópia xerox da aludida Nota Fiscal, com a descrição dos produtos (“RV LW DVD”), sem destaque do ICMS ou qualquer outra observação.

Como relatado alhures, ao sustentar que se trata de operação alcançada pela imunidade tributária, a embargante destaca que transportava revistas de periodicidade quinzenal, editadas pela LW e acompanhadas de um DVD promocional, cujo caráter informativo e cultural é indubitável, já que versam sobre temas relacionados à música, peças de ópera e cinematografia. Também assinala que o fisco não foi diligente, no sentido de averiguar tal particularidade.

Ocorre, destarte, que, da análise da cópia da decisão administrativa (fls. 54/56), verifica-se que a colenda 3ª Câmara de Julgamento do egrégio Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais determinou que a autuada apresentasse o conjunto formado pela revista e o respectivo DVD, descrevendo o seu conteúdo, quando, após o que, constatou que, na realidade, tratava-se de revista, que, embora contendo informações de caráter cultural, nada mais é que um veículo de propaganda de vídeos em DVD, sobre variados temas, como músicas, dramas e filmes, destinada a colecionadores.

Tal constatação, diga-se de passagem, não foi elidida por qualquer outro elemento de convicção, inclusive no que tange àquela outra alegação da embargante, no sentido de que houve fixação aleatória da base de cálculo, correspondente a 95% (noventa e cinco por cento) do valor total da nota fiscal.

Desta forma, ao contrário do afirmado pelo embargante, é forçoso reconhecer que o fisco foi diligente, a ponto de examinar um conjunto do produto transportado, antes de atingir a ilação que manteve a autuação do Posto Fazendário.

Neste particular, aliás, outra não poderia ser a conclusão, já que o artigo 7º, inciso V, § 7º, item 2, alínea “b”, da Lei Estadual nº 6.763/75 é muito claro, ao estabelecer que a não-incidência não alcança “suporte de áudio ou vídeo, meios eletrônicos e outro bem ou mercadoria que acompanhe livros, jornais e periódicos impressos em papel, ainda que na condição de brinde”.

De se registrar que a referida norma legal, d.v., não padece de qualquer inconstitucionalidade, na medida em que não instituiu imposto sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, como vedado pelo artigo 150, VI, alínea “d”, da CR/88.

Diante disto, a meu juízo, os argumentos usados pela embargante, visando desconstituir o crédito tributário, não merecem prosperar.

Por fim, alega-se a impossibilidade de utilização da Taxa SELIC.

Todavia, quanto a isto, a jurisprudência já se pacificou, assentando (v.g.):

“EXECUÇÃO FISCAL - VALIDADE DO TÍTULO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC - Tendo a CDA presunção de liquidez e certeza, cabe ao executado, objetivamente, demonstrar que a inexigibilidade do valor exequendo, quanto ao valor nominal da dívida e quanto aos respectivos acréscimos legais. É legal a adoção da Taxa SELIC para a contagem dos juros nos débitos fiscais. A multa de revalidação decorrer de lei e não cabe ao Judiciário modificar-lhe o valor, porque não tem ele o poder de legislar.” (TJMG - AC - 2ª C.).

Com efeito, urge reconhecer que o acolhimento da súplica exordial é medida que se impõe.

Ante tais considerações e por tudo mais que dos autos consta, rejeito os embargos, julgando-os totalmente IMPROCEDENTES e carregando conseqüentemente à embargante o ônus pelo pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que, sopesados os elementos do artigo 20, § 3º, do Estatuto Processual Civil, arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizado, conforme tabela orientativa da egrégia Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Com o trânsito em julgado da presente decisão e solvidas eventuais custas, dê-se baixa e archive-se.

Com as cautelas de praxe,

P. R. I.

Belo Horizonte/MG, 16 de maio de 2.007

EDSON DE ALMEIDA CAMPOS JÚNIOR

20º Juiz de Direito Auxiliar da Comarca de Belo Horizonte

- Mat. TJMG nº 1.206-2 -

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Exceção de pré-executividade – IPTU - Rejeição		
COMARCA:	Brumadinho		
JUIZ DE DIREITO:	Paulo Sérgio Ferreira		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	08/05/2008
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	-		

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Vistos, etc.

A excipiente argüiu a prescrição do crédito tributário.

Alegou a falta de liquidez e certeza do crédito por ausência de notificação do lançamento à executada.

Alegou também a ilegitimidade passiva para responder pela presente execução.

Alegou ainda a falta de interesse de agir pelo valor irrisório da execução.

Requer seja acolhida a exceção de pré-executividade, extinguindo-se a execução.

O excepto rebateu os argumentos da excipiente requerendo a continuidade da execução.

Juntou o documento de fls. 67.

Decido.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, são matérias passíveis de argüição mediante exceção de pré-executividade:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ART. 535, II, DO CPC - VIOLAÇÃO - INEXISTÊNCIA - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - INVIABILIDADE

1. (...).

2. Consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade é técnica processual de natureza excepcional, que permite ao executado a defesa de seus interesses independente da segurança do juízo. Por ser exceção e não a regra, é que só tem sido admitida quando invocada para a defesa de: 1) matérias de ordem pública, que permitem reconhecimento ex officio pelo juiz, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais; 2) matérias que, de modo evidente, sem qualquer dúvida, demonstram "de plano" que o executado não tem nenhuma responsabilidade pelo débito cobrado por razões da sua inexistência, pagamento ou por outras questões equivalentes.

3. (...). (STJ, REsp nº, Min. Rel. José Delgado, DJ 20.09.2004, p. 202).

As matérias alegadas pela excipiente importam à ordem pública.

Da prescrição

A matéria relativa à prescrição tributária está regulamentada pelo art. 174 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 174 - A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 05 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal.

É cediço que a constituição definitiva do crédito tributário se dá com o lançamento, na forma do art. 142 do CTN.

A redação do art. 174, parágrafo único, inciso I do Código Tributário Nacional foi dada pela Lei Complementar nº 118/2005, que entrou em vigor em 09 de junho de 2005, devendo tal dispositivo ser aplicado aos processos ajuizados após a mencionada data.

Tendo em vista a falta de elementos para precisar a data do lançamento, hei por bem considerar a data do termo inicial dos juros.

No caso, a inscrição em dívida ativa ocorreu em 31/12/2001, 31/12/2002, 31/12/2003 e 30/06/2004, respectivamente, e o despacho que ordenou a citação (causa interruptiva da prescrição) foi em 31/07/2007. Verifico assim que entre a data da constituição definitiva do crédito e o despacho que determinou a citação do devedor não transcorreram cinco anos.

Portanto, ausente a configuração da prescrição.

Da inexistência de certeza e liquidez

Alega a excipiente a inexistência de certeza e liquidez do crédito tributário por ausência de notificação do lançamento à executada.

Considerando que o IPTU é um tributo sujeito a lançamento de ofício, a notificação é presumida, cabendo ao contribuinte a prova de que não recebeu a cobrança dos tributos, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Logo, tenho que não há que se falar em nulidade dos títulos executivos, que preenchem todos os requisitos legais contidos no art. 202 do CTN e art. 2º da Lei nº 6.830/80, ressaltando que a certidão de dívida ativa goza de presunção de certeza e liquidez, cabendo ao contribuinte o ônus de ilidir tal presunção (art. 204 CTN).

Ademais, o excepto comprovou a notificação da excipiente antes do ajuizamento da execução fiscal (fls. 67).

Demonstrou-se ainda a regular notificação do lançamento do IPTU à proprietária do bem, garantindo-se assim o contraditório e a ampla defesa na esfera administrativa.

Sendo assim, não há que se considerarem nulas as Certidões de Dívida Ativa acostadas aos autos e nem a execução.

Nesse sentido:

EMBARGOS À EXECUÇÃO - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO - PROVA - ÔNUS DO CONTRIBUINTE - NULIDADE NÃO RECONHECIDA NESSE PONTO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO - ART. 174 DO CTN - CDA - REQUISITOS ART. 2º, §§ 2º E 5º DA LEI 6.830/80 - OBSCURIDADE DA CDA - CONTRADIÇÃO - NULIDADE. A falta de prova quanto à notificação do lançamento do crédito tributário não gera nulidade da execução, que somente será considerada nula se o executado provar que não recebeu a notificação, sendo dele o ônus da prova para a desconstituição do crédito tributário. A falta de um dos requisitos do art. 2º, §§ 2º e 5º da Lei 6.830/80 gera a nulidade da CDA. Nula a CDA que se refere ao IPTU e traz fundamentos legais referentes a taxas. (TJMG,, Des. Rel. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, DJ 13/04/2007).

Da ilegitimidade passiva

O Código Tributário Nacional dispõe que "o contribuinte do IPTU é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título" (art. 34), bem como que o imposto "tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física" (art. 32).

Desta forma, basta ser proprietário para ser parte legítima na presente ação.

Apesar de a empresa excipiente ter firmado contrato de promessa de compra e venda, a mesma figura ainda como proprietária do imóvel.

Destaca-se que a transferência jurídica do imóvel só se dá com a transcrição da propriedade no Registro de Imóveis. Assim dispõe o Código Civil:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§1º Enquanto não se registra o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

Infere-se que a eleição do contribuinte é uma faculdade outorgada pela lei à autoridade administrativa.

Observo que no caso em tela a municipalidade elegeu como contribuinte a possuidora direta do imóvel e indicou como responsável solidário a proprietária do imóvel, ora excipiente.

Ademais, nas Certidões de Dívida Ativa que instruem a presente ação, constam como co-responsável a excipiente, concluindo-se, portanto, sua legitimidade para figurar no pólo passivo da presente ação.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROPRIETÁRIO E POSSUIDOR. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL.

1. O art. 34 do CTN estabelece que contribuinte do IPTU "é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título".

2. A existência de possuidor apto a ser considerado contribuinte do IPTU não implica a exclusão automática, do pólo passivo da obrigação tributária, do titular do domínio (assim entendido aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis).

3. Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação.

4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp nº, Min. Rel. Teori Albino Zavascki, DJ 27.09.2004, p. 213).

Da falta de interesse de agir

O interesse de agir está presente quando a parte necessita de se valer da tutela jurisdicional, independentemente do valor econômico.

Com o ajuizamento da presente ação de execução pretende a Fazenda Pública exigir o cumprimento da obrigação em que a outra parte está inadimplente, não lhe restando alternativa para a satisfação de seu crédito.

Ademais, a cobrança do crédito tributário não decorre de mera vontade do administrador público, constituindo ato vinculado.

Sendo assim, não há que se falar em carência de ação por falta de interesse de agir.

A propósito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - VALOR IRRISÓRIO - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.- A Lei Execuções Fiscais não impõe qualquer limite de valor à dívida ativa, sendo certo que qualquer valor poderá ser objeto de cobrança pela Fazenda Pública.- Da leitura das hipóteses de extinção do crédito tributário, previstas no Código Tributário Nacional, não se constata a hipótese de extinção em razão do valor irrisório da dívida, principalmente pela indispensabilidade do crédito tributário. (TJMG,, Des. Rel. Heloisa Combat, DJ 04/03/2008).

Apelação cível. Execução fiscal. Pequeno valor. Irrelevância. Interesse de agir presente. Recurso provido. 1. O interesse de agir consiste na concreta necessidade da tutela jurisdicional, não podendo ser medido pelo valor econômico da pretensão. 2. É vedado ao magistrado decidir o que pode ou não ser executado, sem lei limitadora, somente porque o crédito tributário é de pequeno valor. Assim agindo, está a impedir o exercício do direito de acesso à Justiça à Fazenda Pública e violando o art. 5º, XXXV, da Constituição da República. 3. Apelação cível conhecida e provida para determinar o regular processamento da execução fiscal. (TJMG,, Des. Rel. Caetano Levi Lopes, DJ 13/11/2007).

Ante o exposto, rejeito todos os pedidos formulados na presente exceção.

Intimem-se.

Brumadinho, 08 de maio de 2008.

Paulo Sérgio Ferreira

Juiz de Direito - 2ª Vara

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Execução fiscal – IPTU – Progressividade – Taxa de Limpeza Urbana – Serviço inespecífico e indivisível – Declaração inconstitucional de constitucionalidade – Nulidade das CDA’s – Extinção da execução		
COMARCA:	Ipatinga		
JUIZ DE DIREITO:	Fábio Torres de Sousa		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	2/05/2008
REQUERENTE(S):	Município de -		
REQUERIDO(S):	-		

Vistos etc.

MUNICÍPIO DE ajuizou a presente execução fiscal em face de

Asseverou em sua inicial que o executado é devedor de crédito fiscal relativo a IPTU e TLP.

Juntou os documentos de fls. 03/11.

Distribuída a execução, teve ela seu trâmite regular até que o exequente foi intimado para emendar ou substituir a (s) CDA (s) que instrui (em) os autos, excluindo dela (s) as parcelas relativas à TLP ao IPTU, cobrado com alíquotas progressivas (superiores a 0,1%), ante a inconstitucionalidade da exação, conforme decisão de fls. 71/74.

O exequente foi pessoalmente intimado acerca da decisão, conforme certidão de fl. 75.

À fl. 76 certificou-se que o exequente não atendeu à determinação de emenda ou substituição das CDA's.

É o relatório.

Passo a decidir.

Cuidam os autos de ação de execução fiscal fundada em dívida do executado relativa ao inadimplemento de IPTU, conforme inscrito nas CDA's que instruem os autos.

Intimado o exequente a emendar ou substituir as CDA's, devido à existência de vício de inconstitucionalidade, ficou-se ele inerte.

Cumpra-nos, pois, asseverar acerca da extinção da execução devido à inconstitucionalidade da base legal ensejadora do crédito tributário.

Contudo, mister que, antes de adentrar nesse mérito, seja demonstrada a possibilidade de se exercitar o controle de constitucionalidade, a fim de ilidir a presunção de certeza e liquidez de que se revestem as CDA's.

Da supremacia da Constituição

No Estado contemporâneo, o texto constitucional ocupa a posição de delimitador do horizonte de possibilidades para elaboração de todo o ordenamento jurídico de uma nação, assumindo o papel de condição de validade de todos os atos administrativos e legislativos. Como bem assinala José Afonso da Silva 1:

“a Constituição é o vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.

Segundo Cristianne Rozicki 2:

“A Constituição consiste a lei superior que rege a vida e existência de um Estado e cuja força valorativa subordina necessariamente toda legislação ordinária, ou melhor, toda legislação infraconstitucional, às suas disposições.

Quer dizer, as normas inferiores terão subsistência e eficácia apenas se não contrariarem as previsões da Lei Maior (entre os atos normativos infraconstitucionais encontram-se as leis, os atos administrativos, as sentenças, os contratos particulares, etc.).

Daí que, a supremacia da Constituição pressupõe indubitavelmente a subordinação de todas as leis que lhe são posteriores, e também de todas que lhe são hierarquicamente inferiores (todas as obras legislativas passadas, atuais e futuras), ao teor de seus preceitos”.

Importante destacar decisão da Suprema Corte dos EUA, onde o juiz Marshall, no caso *Marbury x Madison*, no ano de 1803, assim se pronunciou:

“Ou a Constituição é a lei superior, intocável por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível que os atos legislativos ordinários, e, como outros atos, é alterável quando à legislatura aprovar alterá-los. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última é verdadeira, então as constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder por sua própria natureza ilimitável”.

Nesse sentido, há que se imaginar uma espécie de controle de adequação das demais normas com a constituição, garantindo-se, dessa forma, a unidade e harmonia do sistema jurídico.

O controle de constitucionalidade nasce com essa finalidade, podendo ser conceituado como o juízo de adequação da norma infraconstitucional à norma constitucional, atuando esta última como parâmetro de validade da primeira 3. Em síntese, é a verificação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional ou de ato normativo com a constituição. O controle de

constitucionalidade assume, portanto, papel de mecanismo guardião da constituição, orientando-se por dois pressupostos, quais sejam, a supremacia e a rigidez constitucionais.

A idéia de supremacia da constituição revela que o texto constitucional possui status mais elevado no ordenamento jurídico, ocupando posição hierárquica superior a todas as outras normas do sistema 4.

José Afonso da Silva 5, tratando da noção de supremacia material, anota que a constituição:

“é a lei suprema, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”.

A Constituição deve ser respeitada e acatada por todos os componentes do Estado (notadamente o seu povo e os seus governantes), diante da força normativa que dela decorre.

Confira-se a lição de Konrad Hesse 6:

“A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (...) A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”.

E referido autor 7 continua:

“Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)”.

A rigidez constitucional, por outro lado, traduz-se na exigência de processo mais qualificado para a modificação das normas constitucionais. Ora, para que a Constituição possa figurar como paradigma de validade, necessário que o processo de formação ou modificação de normas constitucionais seja diverso e mais complexo do que o utilizado na elaboração de normas infraconstitucionais 8.

De fato, o aspecto da rigidez constitucional garante supremacia formal à Constituição. Afinal, se as normas constitucionais fossem elaboradas da mesma forma que as infraconstitucionais, a superveniência de lei ordinária contrária a um mandamento constitucional acarretaria não ainconstitucionalidade, mas sim a revogação por ato posterior.

Por fim, não menos importante é destacar que a existência do controle de constitucionalidade, além de intimamente ligada aos princípios de supremacia da Constituição e de rigidez constitucional, exerce a notável função de defesa e concretização dos direitos fundamentais, exercendo sua força de supressão sobre qualquer ato normativo que possa frustrar a máxima aplicabilidade àqueles direitos resguardados, de forma expressa ou implícita, pela Constituição Federal.

Feita essa breve, e necessária, introdução ao controle de constitucionalidade, passa à análise do sistema adotado no Brasil, aplicável ao caso concreto.

Do controle difuso da constitucionalidade

Segundo Alexandre de Moraes 9:

“No Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa”.

Especificamente acerca do controle difuso, anota o citado autor 10 que:

“Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal. (...)”

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.”

E mais 11:

“O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação”. (grifei)

Segundo J. J. Gomes Canotilho 12, dissertando acerca do controle de constitucionalidade difuso:

“A competência para fiscalizar a constitucionalidade da lei é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido a apreciação judicial”.

Quanto ao controle concreto da constitucionalidade, relata o autor 13 que:

“Associado ao controlo jurisdicional difuso e incidental, o controlo concreto é também chamado <ação judicial> (Richterklage). Trata-se aqui de dar operatividade prática à idéia da judicial review americana: qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está

obrigado, em virtude da sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas". (grifei)

Para Luiz Guilherme Marinoni 14:

"O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais".

Para Michel Temer 15, "controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição".

Assenta HANS KELSEN, citado por Alexandre de Moraes 16, que:

"o controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito" .

O controle de constitucionalidade no sistema constitucional brasileiro é exercido de forma abstrata ou concreta, concentrada ou difusa.

Deixando de lado as modalidades que não interessam no presente caso, podemos afirmar que, em virtude do controle de constitucionalidade concreto e difuso qualquer juiz é obrigado a confrontar as normas jurídicas aplicáveis no caso concreto, sob sua jurisdição, com o texto constitucional.

Assim, reconhecendo-se incidentalmente a inconstitucionalidade da norma aplicada no caso concreto, será invalidado o ato, produzindo-se efeitos apenas entre as partes litigantes.

O raciocínio aqui exposto corresponde à noção elementar do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

Aliás, os Tribunais pátrios são uníssomos a respeito da existência e do funcionamento do sistema:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFICÁCIA PROSPECTIVA [EX NUNC] EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 27 DA LEI Nº 9.868/99.

1. A possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o Tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei específica.

2. Em diversas oportunidades, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 29/00, o Tribunal, inclusive em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade de textos

normativos editados por diversos Municípios em que se previa a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas. Em nenhuma delas, entretanto, reconheceu-se a existência das razões de segurança jurídica, boa-fé e excepcional interesse social, ora invocados pelo agravante, para atribuir eficácia prospectiva àquelas decisões. Pelo contrário, a jurisprudência da Corte é firme em reconhecer a inconstitucionalidade retroativa dos preceitos atacados, impondo-se, conseqüentemente, a repetição dos valores pagos indevidamente.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgReg. no Recurso Extraordinário nº, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Eros Grau. j. 26.04.2005, DJU 13.05.2005).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. VIÚVA DE SERVIDOR. CF/69. RECEBIMENTO DE PENSÃO INTEGRAL. LEI AUTORIZADORA. REVOGAÇÃO. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.

1. Parágrafo 2º do art. 117 da Lei 6.745/85 do Estado de Santa Catarina, instituído por emenda parlamentar, que permitia o pagamento de pensão integral a dependentes de servidor falecido por causa de doença grave. Aumento de despesa. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Precedentes: RE 134.278 e Rp 890.

2. Superada a controvérsia em torno da constitucionalidade da norma discutida, torna-se prejudicada a questão da existência de direito adquirido ao recebimento de pensão integral em face de lei posterior que a revogou.

3. Esta Suprema Corte entende que é inviável o controle concentrado de constitucionalidade de norma já revogada. Se tal norma, porém, gerou efeitos residuais concretos, o Poder Judiciário deve se manifestar sobre as relações jurídicas dela decorrentes, por meio do controle difuso. Precedente: ADI 1.436.

4. Art. 40, § 7º, da CF/88. Inaplicabilidade. Discussão referente a proventos recebidos antes da promulgação da atual Constituição.

5. Agravo regimental improvido. (Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Ellen Gracie. j. 18.10.2005, DJU 18.11.2005).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA ERGA OMNES. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES.

1. O STJ vem perfilhando o entendimento de que é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de ação civil pública, nos casos em que a controvérsia constitucional consista no fundamento do pedido ou na questão prejudicial que leve à solução do bem jurídico perseguido na ação.

2. Tratando-se de controle difuso, portanto exercitável incidentalmente no caso concreto, apenas a esse estará afeto, não obrigando pessoas que não concorreram para o evento danoso apontado na ação coletiva; ou seja, a decisão acerca da in/constitucionalidade não contará com o efeito erga omnes, de forma que não se verifica a hipótese de ludíbrio do sistema de controle constitucional.

3. Recurso especial provido. (Recurso Especial nº (.....), 2ª Turma do STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha. j. 02.08.2005, unânime, DJ 19.09.2005).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO. ADMINISTRATIVO. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NÃO HOMOLOGAÇÃO. VEDAÇÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO E DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. O sistema jurídico pátrio de controle de constitucionalidade prevê o controle difuso pelos Tribunais, desde que respeitada a reserva de Plenário, podendo a lei ou o ato normativo ser afastado no caso concreto, independentemente de ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

2. Em sendo necessária consequência de proibição legal a recusa de homologação de concurso público em relação a determinados candidatos, não há falar em direito adquirido ou violação do princípio da isonomia.

3. Improvido o recurso de J. G. V. declarado extinto o processo, sem julgamento do mérito, em relação ao recorrente J. C. B. J. (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº (.....), 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. j. 16.03.2004, unânime, DJ 10.05.2004).

Número do processo:

Relator: JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Data do Julgamento: 22/06/2004

Data da Publicação: 13/08/2004

Ementa: TRIBUTÁRIO - DECISÃO FINAL EM ADIN QUE NÃO VINCULA O PODER JUDICIÁRIO - CONTROLE CONCENTRADO - POSSIBILIDADE - EXECUÇÃO FISCAL - TAXAS DE LIMPEZA E ILUMINAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇO INESPECÍFICO E INDIVISÍVEL - VIOLAÇÃO AO ART. 145 DA CF/88 E 77 ART. DO CTN - INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. Conquanto a Corte Superior deste eg. Tribunal tenha julgado improcedente a ADIN proposta contra a Taxa de Limpeza Pública ora cobrada, esta decisão não vincula as demais Câmaras Cíveis, que, pelo controle difuso, pode analisar a constitucionalidade da impugnada Taxa em relação à Constituição Federal e ao CTN. Isso porque, a Constituição Federal, em seu art. 125, § 2º, atribuiu ao Órgão Especial dos Tribunais Locais o controle concentrado de constitucionalidade de normas municipais somente contra a Constituição do Estado e jamais contra a Constituição Federal. É de se declarar inconstitucional e ilegal a taxa municipal de limpeza e de iluminação pública, porquanto se trata de serviço público inespecífico e indivisível, contrariando assim o disposto no art. 145 da CF/88, bem como do art. 77 do CTN.

Súmula: DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Vários são os precedentes de que pode e deve o Magistrado reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade da lei aplicada ao caso concreto.

Do controle da constitucionalidade ex officio

O Magistrado, ao apreciar o caso concreto lançado nos autos do processo, acaba por analisar todo o ordenamento jurídico, antes de aplicar a lei específica ao caso concreto. Assim fazendo, em exercício de interpretação, o Juiz analisa todo o ordenamento jurídico e afasta aquelas normas que não são aplicáveis ao fato.

Neste exercício de aplicação legal, o Magistrado não pode olvidar a análise da constitucionalidade da norma, diante do princípio da supremacia da Constituição, fazendo o controle difuso.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes 17 esclarece que:

“O controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário”.

Desta forma, não pode o Magistrado quedar inerte, diante da verificação da inconstitucionalidade da norma, pois a aplicação de norma inconstitucional, implica em aplicação de norma nula, o que não deve ser permitido, competindo ao Juiz, mesmo sem provocação da parte, impedir o efeito nefasto da norma inconstitucional.

Anotou Marcelo Colombelli Mezzomo 18 que

“No sistema jurídico brasileiro da atualidade, qualquer juiz de primeiro grau pode e deve analisar incidentalmente a questão da constitucionalidade de atos, sejam públicos ou privados.

Se o ato inconstitucional é nulo, tal nulidade pode e deve ser conhecida de ofício pelo magistrado. Tal controle, efetuado na fundamentação da decisão, pode ser levado a efeito em qualquer espécie de demanda.

Obviamente, a declaração da inconstitucionalidade opera somente entre as partes e não é a pretensão vertida, mas é apenas tomada como causa de pedir e razão de decidir. Logo o julgador irá acolher ou rejeitar o pedido, porque há ou não uma inconstitucionalidade, mas não irá formalizar uma declaração de inconstitucionalidade, que não é o pedido. A compatibilidade com a Constituição é, por conseguinte, uma questão prejudicial.”

Por isso é importante destacar a possibilidade, dentro do controle difuso da constitucionalidade, de atuação de ofício pelo Magistrado.

Discorre Gilmar Ferreira Mendes 19 que “a questão de constitucionalidade deve ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida ex officio pelo juiz ou tribunal”

Como ponderou Pontes de Miranda 20: “Seria, de bom êxito as seguintes regras constitucionais: Os tribunais e juízes tem de conhecer da inconstitucionalidade das leis, a pedido dos interessados ou de ofício(...”

No mesmo sentido das lições colacionadas, já ponderou o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO.

1. O Controle de constitucionalidade pode (e, se for o caso, deve) ser exercido de ofício, mas desde que isso se comporte nos limites da demanda e no âmbito da devolutividade recursal.

2. Fixados os limites da controvérsia recursal, não se pode ter por omissa o acórdão que deixou de enfrentar a constitucionalidade da lei que fixou a alíquota do imposto objeto da execução. O tema era estranho ao objeto do recurso e certamente não poderia ser enfrentado em reexame necessário, pois importaria "reformatio in pejus" contra a Fazenda, em cujo benefício tal reexame está instituído.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20.11.2003, DJ 09.12.2003 p. 225)

Assim, resta clara a obrigação do Magistrado em recusar a aplicação de norma inconstitucional, afastando-a do ordenamento jurídico, mesmo que intra-partes a incidência de norma nula.

Agindo desta maneira, dentro da supremacia da Constituição, o Juiz demonstra que a garantia da defesa da ordem constitucional e legal será sempre assegurada pelo Poder Judiciário, independente de provocação da parte, pois, se a norma inconstitucional é nula, compete ao Magistrado, mesmo de ofício, afastar sua aplicação.

Do controle constitucional da execução fiscal

A grande questão que vem à tona, diante de tal constatação, é se seria possível o exercício do controle difuso e concreto em execução fiscal, a fim de ilidir a presunção de certeza e liquidez de que se reveste a CDA, quando inconstitucional a norma que justificou o crédito tributário.

Parece-nos que a resposta é afirmativa.

Não se denota razoável admitir a existência do sistema (controle difuso e concreto) e limitar sua aplicação, excluindo do campo de abrangência um ou outro tipo de ação ou de procedimento.

Conforme visto anteriormente tanto a doutrina, quanto a jurisprudência afirmam que o sistema vigente no Brasil não só permite, como impõe, a análise de todo caso concreto à luz da Constituição.

O texto constitucional não prevê limite ou caso de inaplicabilidade do controle de constitucionalidade.

Em verdade, se fosse para excluir da modalidade de controle adotada pelo constituinte, a análise de uma execução fiscal, por exemplo, pelo simples fato de que ela tem por base uma Certidão de Dívida Ativa, estar-se-ia anulando um poder/dever criado pelo constituinte sem que houvesse previsão para tanto.

A CDA goza de presunção juris tantum de certeza e liquidez, a qual pode ser ilidida por prova inequívoca de inconstitucionalidade da norma justificadora de sua expedição.

Tal exação decorre da lógica do sistema, por ser o controle da constitucionalidade matéria de ordem pública, o qual enseja o conhecimento até mesmo ex officio pelo julgador, gerando, assim, a nulidade do título executivo

Acerca do tema, já ponderou o TRF 4ª. Região:

TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO - Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - Processo: UF: PR - Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - Data da decisão: 28/05/2003 Documento: TRF400088153 - Fonte: DJU DATA:25/06/2003 PÁGINA: 573 - Relator(a) MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA - Decisão: A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E DEU PARCIAL PROVIMENTO - À REMESSA OFICIAL.

Ementa EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA.

1. Ao juiz não é defeso declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei, sem a provocação da parte interessada, uma vez que aplica o direito aos fatos. Ademais, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro permite ao juiz, pela via de defesa, deixar de aplicar a lei, por razões de inconstitucionalidade.
2. A multa fiscal, por se tratar de pena administrativa, não pode ser cobrada da massa falida, a teor do disposto no art. 23, parágrafo único, inc. III, do Decreto-lei nº 7.661/45. Aplicação das Súmulas nº 192 e 565 do STF.
3. Os juros referentes ao período anterior à decretação da falência são devidos pela massa falida, e quanto aos posteriores, poderão ser exigidos se constatada sobra do ativo, após o pagamento do débito principal. A suficiência do ativo deve ser apurada no momento da liquidação.
4. A exclusão da multa fiscal e, porventura, dos juros refere-se tão-somente à massa falida, não abrangendo os co-responsáveis pelo débito.
5. Devido o encargo legal de 20%, previsto no Decreto-Lei nº 1025/69, a título de honorários, nos termos do enunciado consolidado na Súmula nº 168, do antigo TFR, ainda em vigor.

Nesta linha de raciocínio, entendemos que mesmo sendo a demanda uma execução fiscal, baseada em Certidão de Dívida Ativa, compete ao Juiz verificar se as normas invocadas pelo exeqüente, no caso o Município de, ensejadoras do crédito tributário, observaram as regras de tributação traçadas pela Carta Política.

Da inconstitucionalidade da TLP cobrada pelo exeqüente

É fato que a Constituição Federal autoriza os entes a tributação de “utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição” (art. 145, II da Constituição Federal).

Interpretando o texto constitucional de forma gramatical infere-se a necessidade de especificação e divisibilidade do serviço público para que se possa incidir sobre ele uma taxa tributária.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 79, menciona os requisitos necessários para a cobrança das taxas:

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos usuários.

Vê-se que o próprio CTN fez uma interpretação autêntica do que é a divisibilidade necessária para a imposição de taxa ao contribuinte. Da singela leitura da lei em comento já se pode vislumbrar a ilegalidade da tributação efetuada pelo Município, ante o seu caráter universal.

Anote-se o escol de Luciano Amaro 21 acerca da figura tributária nomeada 'taxa':

“As taxas são tributos cujo fato gerador é configurado por uma atuação estatal específica, referível ao contribuinte, que pode consistir: a) no exercício regular do poder de polícia; ou b) na prestação ao contribuinte, ou colocação à disposição deste, de serviço público específico e divisível (CF, art. 145, II; CTN, art. 77).

Como se vê, o fato gerador da taxa não é um fato do contribuinte, mas um fato do Estado. O Estado exerce determinada atividade e, por isso, cobra a taxa da pessoa a quem aproveita aquela atividade.

(...)

O que está assente é que, se as atividades gerais do Estado devem ser financiadas com os impostos, arrecadados de toda a coletividade, há outras atividades estatais que, dada sua divisibilidade e referibilidade a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos determinável, podem (e, numa perspectiva de justiça fiscal, devem) ser financiadas por tributos pagos pelos indivíduos a que essas atividades estatais se dirigem. A implementação dessa idéia levou à criação, a par dos impostos, de outras espécies de tributo (de que as taxas são o exemplo mais expressivo), que se diferenciam pela circunstância de se atrelarem a determinadas manifestações da atuação estatal, que condicionam e legitimam tais exações...

Nossa Constituição claramente adota esse critério, ao atrelar as taxas ao exercício do poder de polícia e à execução de serviço público divisível, permitindo estremá-las dos impostos, não vinculados a nenhuma atuação estatal divisível.

Essa característica da taxa (vinculação a uma atuação estatal divisível e referível ao contribuinte) serve para evitar que ela se confunda com o imposto...

Contribuinte da taxa será, portanto, a pessoa que provoca a atuação estatal caracterizada pelo exercício do poder de polícia, ou a pessoa a quem seja prestada a atuação do Estado traduzida num serviço público divisível. Temos, assim, taxas de polícia e taxas de serviço.”

Especificamente acerca das taxas de serviço o doutrinador 22 acrescenta:

“As taxas de serviço têm por fato gerador uma atuação estatal consistente na execução de um serviço público, específico e divisível, efetivamente prestado ou posto à disposição do contribuinte (CF, art. 145, II).

(...)

Serviços divisíveis, diz o Código Tributário Nacional, são aqueles suscetíveis de ser fruídos isoladamente por cada usuário...

Diante disso, é ocioso dizer que os serviços, sobre serem divisíveis, precisam ser específicos para que se sujeitem à taxação. Os serviços gerais ou indivisíveis (...) são financiáveis com a receita de impostos, e não com taxas de serviço, pois configuram atividades que o Estado desenvolve em atenção a toda a coletividade, sem visar a este ou àquele indivíduo, sendo irrelevante saber se tais atividades são ou não específicas.”

O serviço de limpeza pública é prestado a todos os cidadãos indistintamente, beneficiando um número indeterminado de pessoas que passam nas ruas e/ou os donos de imóveis.

Tal tributo somente seria divisível se existissem mecanismos suficientes para apurar a utilização individual do contribuinte, como seria se a hipótese de incidência fosse restrita à coleta de lixo.

A taxa cobrada pelo Município não se relaciona a um serviço divisível, encontrando-se, pois, desvirtuada do comando constitucional.

Além disso, é interessante esclarecer que a base de cálculo permite definir a espécie tributária, constituindo-se num atributo selecionado pelo legislador para mensurar o fato descrito na hipótese de incidência. A base de cálculo desempenha, assim, algumas funções como determinar a materialidade da hipótese de incidência e apurar, conseqüentemente, o montante devido. 23

No passo, é de se ressaltar a função veritativa da base de cálculo. Anote-se o art. 145 da CF:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

(...)

§ 2º . As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

A função veritativa da base de cálculo tem o condão de informar se um tributo é taxa ou imposto, tendo em vista a base de cálculo da exação.

O Desembargador Páris Peixoto, nos autos , afirmou:

É bem verdade ser reconhecida pela melhor doutrina a FUNÇÃO VERITATIVA da BASE de CÁLCULO, em decorrência do disposto no art. 145, § 2º, da CF, de modo a evitar que se defina como BASE de CÁLCULO das taxas elemento não associado à estatal ensejadora do tributo vinculado.

Assim, se uma 'taxa' tiver como base de cálculo a mesma de um imposto, estará o contribuinte frente ao tributo nominado imposto, independentemente do nomen iuris consignado na lei tributária.

Corolário da norma constitucional insculpida no art. 145, § 2º, a função veritativa da base de cálculo ergue-se como linha de defesa do contribuinte em face da exação antijurídica do Estado-Arrecadador na medida em que obsta a instituição de tributos que acarretariam bis in idem na tributação dos bens da vida dos cidadãos.

Portanto, se a taxa de limpeza pública tem como base de cálculo a área da propriedade do contribuinte, estar-se-á defronte a um segundo imposto sobre a propriedade territorial urbana (IPTU), fato este vedado pelo ordenamento tributário-constitucional.

Veja-se trecho da legislação municipal (lei 819/83) regulamenta a taxa de serviços urbanos:

Art. 180 - A taxa de serviços urbanos tem como fato gerador a utilização dos serviços públicos municipais, específicos e divisíveis, efetivamente prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, relativos a:

I - coleta domiciliar de lixo;

II - limpeza das vias públicas urbanas;

III - iluminação pública.

(...)

Art. 181 - A Taxa de Serviços Urbanos será calculada pela aplicação dos percentuais relacionados na Tabela Abaixo, sobre a Unidade Fiscal Padrão de

O dispositivo normativo da legislação municipal tem tal redação em virtude da alteração trazida pela lei 1102/89, anexada aos autos 313.06.198300-0. Segundo a leitura de tal tabela não é possível identificar sobre o que incidirá o percentual da UFPI, eis que não há medida clara na lei. Não há como inferir se as medidas (até 50; 51 a 80; 81 a 100...) referem-se ao tamanho do lote, ou à área construída, testada do imóvel, comprimento do lote... Enfim, não é possível inferir como se dará o cálculo da mencionada taxa.

Certo é que a Constituição determina a necessidade da correção da obrigação tributária, já que não pode o contribuinte ficar ao alvedrio do Administrador para fixação da base de cálculo de uma taxa. A lei 1102/89 é, portanto, ineficaz para cobrança da taxa de serviços urbanos, ante o vício aqui apontado.

Havendo incompatibilidade da norma municipal com a norma constitucional, deve a força cogente daquela ser extirpada no ordenamento jurídico. Tal fato acarreta a desobrigação do contribuinte em respeitá-la, implicando a procedência do pedido inaugural.

Além disso, caso tal tabela tenha qualquer relação com a metragem do imóvel ou sua área construída, a base de cálculo será a mesma do IPTU, o que não se permite em nosso ordenamento jurídico.

Assim manifestou-se o Ministro Ilmar Galvão, relator do Recurso Extraordinário 199969-1 SP, em voto mencionado nas demais decisões aqui colacionadas:

“(...) Idêntica conclusão há de chegar-se relativamente às taxas de limpeza pública e de conservação de vias e logradouros públicos.

Com efeito, trata-se de exigências fiscais calculadas com base em fatores que também estão presentes na base de cálculo do IPTU, quais sejam, a área construída do imóvel e a área do terreno...

Acresce que, no presente caso, se está diante de exações fiscais que não revestem as características de taxa, posto não corresponderem a contraprestação de serviços públicos específicos e divisíveis.

Ao revés, trata-se de atividade estatal de caráter *uti universi*, destinada ao benefício da população em geral, não podendo tais prestações de serviço ser destacadas em unidades autônomas, nem permitindo a individualização sua área de intervenção, além de não se apresentarem suscetíveis de utilização separada, por parte de cada um de seus usuários.”

Veja-se a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AI-AgR - MINAS GERAIS

AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Julgamento: 16/08/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ 09-12-2005 PP-00006 EMENT VOL-02217-04 PP-00696

EMENTA: TRIBUTÁRIO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA (TLP). INEXIGIBILIDADE. ATIVIDADE ESTATAL QUE NÃO SE REVESTE DAS CARACTERÍSTICAS DE ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE. É assente nesta colenda Corte que a taxa de limpeza pública, cuida-se de atividade estatal que se traduz em prestação de utilidade inespecífica, indivisível e insuscetível de ser referida a determinado contribuinte, não podendo ser custeada senão por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. Nego provimento ao agravo.

RE-AgR - MINAS GERAIS AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 10/06/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 01-08-2003 PP-00137 EMENT VOL-02117-45 PP-09708 Parte(s) AGTE.(S): MUNICÍPIO DE ADVDO.(A/S): E OUTRO (A/S) AGDO.(A/S): ADVDO.(A/S):

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA: MUNICÍPIO DE IPATINGA/MG. C.F., art. 145, II. CTN, art. 79, II e III. I. - As taxas de serviço devem ter como fato gerador serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. Serviços específicos são aqueles que podem ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas; e divisíveis, quando

suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos usuários. CTN, art. 79, II e III. II. - Taxa de Limpeza Pública: Município de: o seu fato gerador apresenta conteúdo inespecífico e indivisível. III. - Agravo não provido.

Inexistem, desta feita, dúvidas acerca da inconstitucionalidade da taxa de limpeza pública, sendo indevida sua cobrança.

Da inconstitucionalidade da Lei 1.206/91 do Município de

O caso do Município de é sui generis.

São inúmeros os feitos em que se discute a constitucionalidade do sistema de progressão de alíquotas do IPTU, em que foi vencida a Fazenda Pública, já tendo se pronunciado o STF em várias oportunidades acerca da invalidade da exação. Anotem-se dois destes julgados:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. 2. ALÍQUOTA PROGRESSIVA DO IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL - IPTU. MUNICÍPIO DE IPATINGA. 3. DECISÃO PROFERIDA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 06.11.2007. (AI-AgR: AGTE.(S): MUNICÍPIO DE ADV.(A/S): E OUTRO(A/S). AGDO.(A/S): ADV.(A/S):

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPTU. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. IPTU. NÃO SE ADMITE A PROGRESSIVIDADE FISCAL DECORRENTE DA CAPACIDADE ECONÔMICA DO CONTRIBUINTE, DADA A NATUREZA REAL DO IMPOSTO. 2. A PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA DO IPTU, COM BASE NO VALOR VENAL DO IMÓVEL, SÓ É ADMISSÍVEL PARA O FIM EXTRAFISCAL DE ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA (ART. 156, I, § 1º E ART. 182, § 4º, II, CF). 3. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Não participou deste julgamento o Ministro Sepúlveda Pertence. (AI-AgR AGTE.(S): MUNICÍPIO DE ADVDO.(A/S): E OUTRO (A/S). AGDO.(A/S): ADVDO.(A/S): 1ª. Turma, 21.09.2004.)

Por oportuno, pondera-se ainda que, admitir o conhecimento das questões ora levantadas pela via da exceção de pré-executividade, é também admitir seu reconhecimento, de ofício (como ora se faz), haja vista que as matérias questionáveis pela exceção são apenas aquelas caracterizadas como de ordem pública e que podem (e devem) ser conhecidas de ofício pelo Juiz.

Pois bem, fixada a premissa de que pode, e deve, o magistrado reconhecer a inconstitucionalidade de lei aplicada ao caso concreto (inclusive em execução fiscal), passa-se à análise do fundamento legal dos créditos tributários, inscritos na dívida ativa, ora executados.

Cabe afirmar que a cobrança do imposto predial mediante diferenciação de alíquotas (progressividade) somente se mostra possível após a alteração do texto constitucional promovida pela Emenda 29/2000.

Anote-se o vigente texto constitucional:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o artigo 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel;

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, DOU 14.09.2000)

Antes da alteração constitucional o parágrafo primeiro tinha a seguinte redação:

“§ 1º . O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.”

Nos termos do texto constitucional anterior, a progressividade do imóvel somente poderia ser efetivada se fosse para dar cumprimento à função social da propriedade.

Sob a égide de tal dispositivo foi publicada a lei 1.206/91, que regulamenta a cobrança do IPTU no Município de

É sabido pelos operadores do direito que a função social do imóvel urbano é satisfeita com o aproveitamento da coisa pelo seu proprietário.

Segundo os ditames do art. 182 da CR/88, o Município pode exigir do proprietário do solo o seu adequado aproveitamento. Entende-se adequado o aproveitamento efetivado em consonância com o plano diretor da cidade.

Nesta toada, antes da promulgação da Emenda Constitucional 29/2000, conforme o texto legal modificado supra-inserto, somente era possível a diferenciação das alíquotas do IPTU para atendimento da função social da propriedade, ou seja, para exercer uma coação pecuniária ao proprietário com a finalidade de obrigá-lo a aproveitar (adequadamente) seu imóvel.

Fixada esta premissa, é patente a inconstitucionalidade da lei regente do IPTU do Município de, eis que a progressividade das alíquotas não estava autorizada pela norma constitucional vigente quando de sua publicação, já que não se referia ao aproveitamento do imóvel.

Datada de 30/12/1991, a lei instituidora do tributo (lei municipal 1206/91) asseverava em seu artigo oitavo:

Art. 8º - O Imposto incidente sobre os imóveis urbanos será calculado mediante a aplicação, sobre o valor venal atribuído a cada um, das alíquotas constantes na tabela única, conforme se tratar de prédio residencial ou não residencial, bem como dos terrenos não edificados.

§ 1º - A progressividade relativa aos valores venais de terrenos será fixada através de 03 (três) agrupamentos, a saber:

I - Grupo A, compreendendo o imóvel situado em área reconhecidamente de baixo padrão de infraestrutura.

II - Grupo B, compreendendo o imóvel situado em área reconhecidamente de médio padrão de infraestrutura.

III - Grupo C, compreendendo o imóvel situado em área reconhecidamente de alto padrão de infraestrutura.

§ 2º - Para a determinação das alíquotas do Imposto incidente sobre os prédios ou imóveis edificadas, obedecer-se-á à progressividade dos valores venais que lhe forem atribuídos em conformidade com o uso residencial ou com o uso não residencial, considerando-se a metragem da área construída, a localização do imóvel e a pontuação de acabamento como indicadores das alíquotas diferenciadas.

§ 3º - As alíquotas mencionadas nos parágrafos anteriores serão definidas na tabela única.

Em anexo à lei, consta a tabela de alíquotas que aumentavam segundo a variação da base de cálculo (de 0,1% a 2,0%), sendo interessante sua demonstração:

Percebe-se, assim, que havia um critério para diferenciação do valor venal (padrão de infraestrutura da área de situação do imóvel) e quatro critérios diferenciadores das alíquotas do IPTU (uso residencial ou não residencial, metragem da área construída, localização do imóvel e pontuação de acabamento).

Não há dúvida de que houve extrapolação da permissão constitucional para progressão do imposto. Nenhum dos critérios inscritos na lei municipal (que devia obediência ao alterado parágrafo 1º do art. 156, CF) se referiam ao aproveitamento do imóvel. Numa interpretação um tanto quanto extensiva, poder-se-ia relacionar o critério de área construída com o aproveitamento, mas tal opção exegética seria, no mínimo, contestável.

As diferenciações das alíquotas eram evidentemente arrecadatórias, não se preocupando com o efetivo aproveitamento do imóvel.

É claro, portanto, que a lei tributária era viciada por inconstitucionalidade desde o seu nascimento.

A partir da vigência da EC 29/00, em 13 de setembro de 2000, o IPTU passa a ter um caráter de progressividade fiscal, ou seja, poderia ser progressivo em relação ao valor do imóvel tão-somente para arrecadar mais, quanto maior seja o valor do imóvel do contribuinte. Não havia mais a obrigatoriedade de que o IPTU deveria atrelar-se ao cumprimento da função social da propriedade privada 24.

Contudo, nem mesmo após a permissão de diferenciação de alíquotas relativas à localização e uso do bem os ditames da lei local ganharam o condão de constitucionalidade, eis que as alíquotas não variam apenas em função da localização e uso, conforme visto acima.

É fato que uma alteração do texto da Constituição ocorrido posteriormente à publicação da lei não é capaz de sanar o vício de inconstitucionalidade que a atinga.

Se uma norma legal vem ao ordenamento jurídico eivada de inconstitucionalidade, este vício a contamina de tal forma que nem uma alteração no próprio corpo da lei máxima pode salvar sua eficácia.

Este entendimento harmoniza-se com aquele já firmado pelo Dr. JOSÉ GERALDO HEMÉTRIO, anterior titular deste juízo:

“Tem-se que foi editada a Emenda Constitucional nº 29, de 13/9/2000, que modificou o art. 156 da CF, mais precisamente o parágrafo 1º, em alusão ao art. 182, § 4º, III, onde se estabeleceu que o IPTU poderá ser progressivo em razão do valor do imóvel e ainda ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Ocorre, no entanto, que, para que possa fazer uso de tais permissivos constitucionais, deve o legislativo Ipatinguense votar eventual proposta do Executivo, no sentido de adaptar seu Código Tributário à nova realidade constitucional, inadmitindo que se continue a lançar cobranças que se mostram anteriores ao texto constitucional, mesmo que tenha critérios mais ou menos condizentes com ele.”

Acerca do IPTU de Ipatinga, ponderou o Des. ALMEIDA MELO 25:

“Anoto que vários são os julgados deste Tribunal de Justiça que, no mesmo sentido do entendimento adotado na sentença trasladada às f. 40/55-TJ e do enunciado nº 668 do STF, concluíram pela inconstitucionalidade dos critérios de exigência do IPTU, pelo Município de Ipatinga, nos termos da Lei Municipal nº 1.206/91 (Apelações Cíveis nº, relator o Desembargador Moreira Diniz, DJ de 12/04/2007;, relatora a Desembargador Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJ de 06/06/2007;, relator o Desembargador Nepomuceno Silva, DJ de 22/05/2007;, relator o Desembargador Nilson Reis, DJ de 27/06/2003;, relator o Desembargador José Domingues Ferreira Esteves, DJ de 17/03/2006;, relator o Desembargador Dorival Guimarães Pereira, DJ de 23/11/2005;, relator o Desembargador Wander Marotta, DJ de 18/11/2005;, relator o Desembargador Roney Oliveira, DJ de 16/12/2004;, relator o Desembargador Kildare Carvalho, DJ de 10/02/2006;, relator o Desembargador Caetano Lei Lopes, DJ de 13/07/2007;, relatora a Desembargadora Maria Elza, DJ de 04/07/2007, e, relator o Desembargador Cláudio Costa, DJ de 08/06/2001”.

A incompatibilidade com a ordem constitucional estabelecida é insanável, em razão da rigidez intrínseca das normas da Carta de 88.

A fim de escoimar qualquer dúvida acerca da ilegalidade da cobrança, reproduzo a Súmula 668 do STF:

É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da emenda constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Tem-se que a forma como vem sendo cobrado o IPTU do executado parte do pressuposto de presumível capacidade contributiva do sujeito passivo, que deverá suportar cobrança diferenciada, o que não há de se admitir, configurando-se ineficaz a exação, pois a ninguém poderá se obrigar cumprir lei de feição inconstitucional, dentro da visão de Themístocles Brandão Cavalcanti, in “Do Controle da Constitucionalidade”, Editora Forense, 1ª edição, p. 168.

Ante todas estas considerações, resta clara a inconstitucionalidade da progressão das alíquotas do IPTU do Município de , estabelecidas pela Lei 1.206/91, de modo que não há norma jurídica válida que subsidie a cobrança do IPTU da forma como é cobrada.

Da extinção da execução

Assim, diante da clara inconstitucionalidade das leis que fundamentam os créditos tributários, não é coerente que se prossiga com a execução fiscal, impondo à parte executada o ônus de pagar tributos inconstitucionais ou, que se espere que ela suscite a inconstitucionalidade pela via da exceção de pré-executividade ou que oponha embargos invocando a matéria constitucional, ou, ainda, que se argúa incidente de inconstitucionalidade, dada a flagrante, e reiteradamente reconhecida, desconformidade das normas com a ordem constitucional.

Urge ponderar, então, diante da reiteração de decisões do TJMG acerca da inconstitucionalidade das Leis Municipais reguladoras da TLP e do IPTU, se é possível ao Judiciário quedar inerte diante de reiteração de execuções fiscais fundadas em incontestes leis inconstitucionais.

Em casos como o presente, diante da clara inconstitucionalidade, o acolhimento da execução como apresentada na exordial, se não obstada, ensejará validar as sábias palavras do Des. Ernane Fidélis 26: “essa é uma das formas do Estado assaltar o contribuinte e, infelizmente, com a cobertura do Poder Judiciário”.

A violação da Constituição, para beneficiar o erário municipal, em prejuízo do contribuinte, não pode perpetuar. O Município de deve obedecer a Constituição e promover a execução dentro dos limites fixados na Carta Magna.

Como já ponderou o Min. Celso de Mello 27

"o inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional."

Sendo reconhecida a inconstitucionalidade das leis embasadoras dos créditos tributários, mister que se declarem nulas as CDA's, confeccionadas com base em normas em desacordo com a Constituição.

Por sua vez, restando nulas as CDA's que instruem os autos, constata-se que não há mais título executivo que subsidie a execução, motivo pelo qual o feito deve ser extinto por falta de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Antes de ser proferida a presente sentença, verifica-se nos autos que, seguindo a orientação do STJ 28, foi dada oportunidade ao exeqüente para que regularizasse a execução, emendando ou substituindo as CDA's, excluindo as parcelas relativas à TLP e ao IPTU exigido com alíquota superior à de 0,1%, quedando-se inerte à determinação.

Do dispositivo

Por todo o exposto:

1 - DECLARO, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Taxa de Limpeza Pública, prevista no art. 180 do Código Tributário Municipal, ante a indivisibilidade e inespecificidade do serviço e dos §§ 2º e 3º, do art. 8º, da Lei Municipal 1.206/91, que estabelecem o critério de progressão de alíquotas.

2 - ANULO as CDA's confeccionadas com base nas aludidas normas.

3 - Sendo nulas as CDA's, JULGO EXTINTA A EXECUÇÃO, com base nos art. 586 c/c o art. 267, IV, ambos do CPC, devido à inexistência de título executivo.

Custas pelo exeqüente, isentando-o, contudo, do pagamento, ante o disposto na Lei 14.939/03.

Decisão não sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 475, § 2º, do CPC.

Transitada em julgado, desconstituam-se as penhoras/arrestos que eventualmente haja nos autos, devendo-se expedir, incontinenter, os necessários expedientes para efetivação da desconstituição (ofício, alvará etc.).

P. R. I.

Ipatinga, 28 de maio de 2008.

Fábio Torres de Sousa

Juiz de Direito.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Execução fiscal – Prescrição intercorrente – Decretação de ofício		
COMARCA:	Araguari		
JUIZ DE DIREITO:	Fabiano Afonso		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	11/09/2007
REQUERENTE(S):	Estado de -		
REQUERIDO(S):	-		

Vistos, etc.

SENTENÇA

Cuida-se de execução fiscal em que o ESTADO DE propôs em desfavor de

Compulsando os autos, verifico que o presente feito se encontra paralisado desde 05/08/1994, consoante despacho de fl. 43, por requerimento do próprio exequente à fl. 42v, que requereu a suspensão do feito, nos termos do art. 40 da Lei 6.830/80.

DECIDO.

Considerando que o presente feito se encontra paralisado há mais de 13 (treze) anos, sem que o credor impulsionasse o feito, ocorreu o fenômeno da prescrição intercorrente, nos termos do art. 174 do CTN, uma vez que os autos se encontram paralisados injustificadamente.

Neste sentido é a jurisprudência do STJ e do TJMG, in verbis:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - PRECEDENTES DO STJ. 1. Somente a citação regular interrompe a prescrição (REsp85.144/RJ).2. A interrupção da prescrição em desfavor da pessoa jurídica também projeta seus efeitos em relação aos responsáveis solidários. 3. Decorridos mais de 05 (cinco) anos após a citação da empresa, dá-se a prescrição intercorrente, inclusive para os sócios. Precedentes. 4. Recurso especial provido. (STJ - REsp ; RECURSO ESPECIAL - Rel. Ministra ELIANA CALMON (1114) - 15/09/2005. DJ 03.10.2005 p. 177.) (grifei)

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - Aplica-se, na Execução Fiscal, a prescrição intercorrente, com fincas no art. 174 do Código Tributário Nacional, quando o processo ficar paralisado durante mais de 5 anos por desídia da Fazenda Pública. (TJMG - APCV - 7ª C. Cív. - Rel. Des. Edivaldo George dos Santos - J. 05.05.2003) (grifei)

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - PROCESSO PARALISADO POR MAIS DE CINCO ANOS - OCORRÊNCIA - A prescrição intercorrente ocorre se o processo fica paralisado por mais de cinco anos. (TJMG - APCV - 7ª C. Cív. - Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel - J. 26.05.2003) (grifei)

A decretação da prescrição intercorrente pela suspensão do processo por tempo superior a cinco anos, já está pacificada em nossos Tribunais, que já foi objeto de edição de súmula, consoante a Súmula nº 314 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

Súmula 314 do STJ: Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Destaco ainda que é lícito ao juiz reconhecer a prescrição de ofício, nos termos do § 5º do art. 219 do CPC, alterado pela Lei 11.280/06, que determina, in verbis que "o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição", Por outro lado, é lícito ao juiz reconhecer a prescrição de ofício, nos termos do § 5º do art. 219 do CPC c/c § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, mormente quando o pedido de suspensão do processo foi requerido pela própria Fazenda Pública.

E isso porque, já com a redação do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, dada pela Lei 11.051/04, já era lícito ao juiz, após ouvir a Fazenda Pública, decretar de imediato e de ofício a prescrição intercorrente, independentemente de alegação dos interessados.

In casu, com o advento do § 5º ao art. 219 do CPC, com redação dada pela Lei 11.280/06, desnecessária se tornou a prévia oitiva da Fazenda Pública para decretação da prescrição intercorrente de ofício pelo magistrado. Para tanto, basta a verificação de sua ocorrência, pouco importando tratar-se de direitos patrimoniais ou não. Bastando para isso que o magistrado, ipso facto, declare a prescrição.

Neste sentido também é a jurisprudência, in verbis:

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. - Com o advento da Lei 11.280/06, a decretação de ofício torna-se norma processual geral, posto que o Art. 11 da referida lei, revogando disposição contida no Código Civil, art. 194, que até então vedava ao juiz a possibilidade de suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorável a absolutamente incapaz, também alterou, por seu art. 3º, a redação do § 5º, Art. 219, do CPC, dispondo explicitamente que "o Juiz pronunciará de ofício a prescrição". - Paralisado o processo de execução por mais de 5 (cinco) anos, consolida-se a prescrição que, erigida, em qualquer contexto, à matéria de ordem pública, pode ser reconhecida pelo juiz 'ex officio'. - Recurso desprovido. (TJMG, AC, Relator: Eduardo Andrade, DOMG 08/12/2006) (grifei)

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - 1. De acordo com a inteligência do art. 174 do CTN, a suspensão do processo de execução fiscal, requerida com base no art. 40, caput, da LEF, não pode gerar situação de

imprescritibilidade, devendo-se limitar ao lustro prescricional. 2. O transcurso de cinco anos, contados da data do arquivamento dos autos, sem a efetiva manifestação do exequente no sentido de persistir na execução, caracteriza a prescrição intercorrente e autoriza a extinção do feito. 3. A prescrição do direito à cobrança do crédito tributário pode ser decretada pelo Juízo sem a provocação da parte interessada. Inteligência dos artigos 156, inc. V, do CTN e 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80. 4. Recurso de apelação improvido. (TRF 4ª R. - AC - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Álvaro Eduardo Junqueira - DJU 11.05.2005 - p. 308)

Desta forma, não havendo óbices para que o juiz, de ofício, determine a prescrição intercorrente, o processo deve ser julgado extinto, ante a sua ocorrência.

Destaco ainda as jurisprudências abaixo, prolatadas em autos de sentenciados por este juízo, confirmando a ocorrência da prescrição intercorrente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CARÁTER SUPLETIVO DO CÓDIGO CIVIL. Código Tributário Nacional e Lei n. 6.830, de 1980. Interpretação sistemática. Prescrição intercorrente. Exame "ex officio". Art. 219, § 5º, do CPC. Admissibilidade. Citação efetivada. Processo paralisado por mais de cinco anos. Inércia da credora. Prescrição intercorrente consumada. Recurso não provido. 1. O instituto da prescrição é típico do direito privado, mas as normas que o regulam têm caráter de interesse público. Quando o direito público adota o instituto, o Código Civil tem caráter supletivo. 2. As regras legais sobre prescrição, contidas no Código Tributário Nacional, no Código de Processo Civil e na Lei n. 6.830, de 1980, devem ser sistematicamente interpretadas. 3. Havendo previsão para a prescrição intercorrente no art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002, e, diante da omissão do Código Tributário Nacional, a norma daquele deve ser aplicada. 4. Nas ações em curso iniciadas sob a égide da antiga redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, o marco para a interrupção da prescrição do crédito tributário é a data da efetiva citação do devedor. 5. O § 5º do art. 219 do CPC determina ao juiz pronunciar de ofício a prescrição. 6. Interrompida a prescrição, com a citação do executado, e permanecendo o processo paralisado por mais de cinco anos por inércia da credora, deve confirmada a sentença que decretou, de ofício, a prescrição intercorrente. 7. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que pronunciou a prescrição intercorrente. (TJMG - AC, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, DJ 13/07/2007)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PROCESSO PARADO, EM FUNÇÃO DA INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA, POR PERÍODO SUPERIOR A CINCO ANOS - OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO - EXTINÇÃO DO FEITO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DO CTN. Permanecendo o processo inerte para localização de bens do devedor, por período superior a 05 (cinco) anos, deve ser reconhecida a prescrição. (TJMG - AC, Rel. Dorival Guimarães Pereira 23/03/2007)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL EXTINTA PELA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - EF SUSPENSÃO POR MAIS DE CINCO ANOS - SÚMULA 314/STJ - APELAÇÃO NÃO PROVIDA. Suspenso o feito em 27/09/1996, inafastável a ocorrência da prescrição quando da extinção do feito em 15/03/2006. Precedentes: SÚMULA 314/STJ. Negaram provimento por unanimidade. (TRF-1.ª Região - AC - Rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, Decisão proferida em 05/06/2007)

Posto isto, e por tudo mais que dos autos consta, DECRETO A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, de ofício, nos termos do § 5º do art. 219 do CPC c/c Súmula 314 do STJ; art. 156, V, e art. 174, caput, ambos do CTN, julgando o processo extinto, com a resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Transitada esta em julgado, arquivem-se com baixa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araguari, 11 de setembro de 2007.

Fabiano Afonso

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Execução fiscal – Serviço de fornecimento de água e coleta de esgoto – Remuneração – Natureza jurídica de taxa – Compulsoriedade – Serviço essencial - Decadência – Prescrição – Declaração de ofício		
COMARCA:	Araguari		
JUIZ DE DIREITO:	Fabiano Afonso		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	-	DATA DA SENTENÇA:	03/09/2007
REQUERENTE(S):	-		
REQUERIDO(S):	-		

Vistos, etc.

SENTENÇA

....., qualificada, ingressou com execução fiscal em desfavor de, igualmente qualificado(a), referente a débitos de fornecimento de água e coleta de esgoto.

Na Certidão da Dívida Ativa acostada à inicial, constam créditos acobertados pela decadência e prescrição.

É o relatório. DECIDO.

Cuida-se de execução fiscal formulado pela, referente a débitos fiscais de água e esgoto de imóvel de propriedade do executado.

A questão cinge-se à natureza jurídica do serviço de fornecimento de água e coleta de esgoto cobrado pela, autarquia municipal.

Nesse mesmo sentido, já proferi inúmeras decisões de mérito idênticas, autos de nº,,,, entre outros, pelo que passo a proferir julgamento de mérito nestes autos, nos termos do art. 285-A do CPC, acrescentado pela Lei 11.277, de 07 de fevereiro de 2006.

No caso específico do município de Araguari, que é atendido pela, é que a contraprestação do fornecimento de água e coleta de esgoto é cobrada através de uma taxa única, e isso independente da quantidade de água que o usuário tenha utilizado. Tal fato ocorre por não

existir a obrigatoriedade no município, ao menos no período cobrado, de colocação de hidrômetros nas residências para que exista o famigerado preço público tão debatido nos tribunais superiores.

Em, a natureza da remuneração do serviço da é mediante taxa, porquanto há compulsoriedade e valor único para cada uma das residências, conforme sua classificação, nos termos da Resolução nº 12/2005, referendada pelo Decreto Municipal nº 070/2005, que diferencia, em seus arts. 2º e 3º, o preço das tarifas e taxas de serviços de água e esgoto, conforme sejam medidos ou não medidos.

Observo, ainda, que a Lei Municipal nº 1.333/68, que criou o Departamento de Água e Esgoto, em seu art. 5º, alíneas a e b, fixa que a remuneração das receitas do DAE é por taxa. Por sua vez, o parágrafo único do art. 6º afirma que as taxas serão fixadas de acordo com o salário mínimo e o art. 9º diz que é vedada a isenção da taxa dos serviços de água e esgoto.

Por outro lado, o cidadão araguarino não pode se livrar desta taxa se tiver fossa asséptica e fonte de água em sua residência, porquanto dispõe o art. 11 da Lei 2.312/94 (Código Nacional de Saúde) que é obrigatória a ligação de toda construção habitável à rede de canalização de esgoto.

Havendo obrigatoriedade na sua cobrança e valor único, a natureza jurídica do serviço público é de taxa, nos termos do art. 79, I, do CTN.

Nos dizeres de Aliomar Baleeiro, in *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 565, “se configura juridicamente como taxa se o contribuinte, por lei, é obrigado ao pagamento, use ou não use a coisa, queira ou não o serviço, como, p. ex., o proprietário de imóvel que, tendo manancial próprio, é inscrito obrigatoriamente como consumidor de água.”

De igual forma, o ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, em voto proferido no REsp. nº/RS, de 17/08/2006, e REsp. /SP, de 02/06/1998, aduz:

(...)se o cidadão não tem essa liberdade, o Poder Público deve estar igualmente limitado pela ordem jurídica, no que se pertine aos critérios para fixação do valor a ser cobrado, que será um tributo.(...)

Nesse sentido, a jurisprudência, in verbis:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 8º , IV, DA LEF, 219, § 4º , DO CPC, E 174, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E COLETA DE ESGOTO. TAXA. NATUREZA TRIBUTÁRIA. PRECEDENTES. 1. Recurso especial oposto contra acórdão que, em execução fiscal referente a serviço de fornecimento de água, entendeu possível a decretação, ex officio, da prescrição intercorrente. 2. Decretação da prescrição intercorrente por requerimento do Ministério Público. 3. O art. 40 da Lei nº 6.830/80, nos termos em que foi admitido no ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do CTN. Repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida. Após o decurso de

determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo-se segurança jurídica aos litigantes. 4. Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, nele não incluídos os do art. 40 da Lei nº 6.830/80. Há de ser sempre lembrado de que o art. 174 do CTN tem natureza de Lei Complementar. Precedentes desta Corte e do colendo STF. 5. O serviço de fornecimento de água e coleta de esgoto é cobrado do usuário pela entidade fornecedora como sendo taxa, quando há compulsoriedade. Tem-se, in casu, serviço público concedido, de natureza compulsória, visando atender necessidades coletivas ou públicas. 6. Não há amparo jurídico a tese de que a diferença entre taxa e preço público decorre da natureza da relação estabelecida entre o consumidor ou usuário e a entidade prestadora ou fornecedora do bem ou do serviço, pelo que, se a entidade que presta o serviço é de direito público, o valor cobrado caracterizar-se-ia como taxa, por ser a relação entre eles de direito público; ao contrário, sendo o prestador do serviço público pessoa jurídica de direito privado, o valor cobrado é preço público/tarifa. 7. Prevalência no ordenamento jurídico das conclusões do X Simpósio Nacional de Direito Tributário, no sentido de que “a natureza jurídica da remuneração decorre da essência da atividade realizadora, não sendo afetada pela existência da concessão. O concessionário recebe remuneração da mesma natureza daquela que o Poder Concedente receberia, se prestasse diretamente o serviço”. (RF, julho a setembro, 1987, ano 1987, v. 299, pág. 40). 8. O art. 11 da Lei nº 2.312/94 (Código Nacional de Saúde) determina: “É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede de canalização de esgoto, cujo afluente terá destino fixado pela autoridade competente”. 9. “A remuneração dos serviços de água e esgoto normalmente é feita por taxa, em face da obrigatoriedade da ligação domiciliar à rede pública” (Helly Lopes Meirelles, in “Direito Municipal Brasileiro”, 3ª ed., RT - 1977, pág. 492). 10. “Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias de tributo”. (Hugo de Brito Machado, in “Regime Tributário da Venda de Água”, Rev. Juríd. da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual/Minas Gerais, nº 05, pág. 11). 11. Obrigatoriedade do serviço de água e esgoto. Atividade pública (serviço) essencial posta à disposição da coletividade para o seu bem-estar e proteção à saúde. Adoção da tese, na situação específica examinada, de que a contribuição pelo fornecimento de água e coleta de esgoto é taxa. 12. Precedentes das egrégias 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior. 13. Recurso especial não-provido. (REsp, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.08.2006, DJ 14.09.2006 p. 289)

Ainda nos dizeres do eminente ministro,

(...) o art. 40 da lei nº 6.830/80, nos termos em que foi admitida no ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do CTN. Repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida. Após o decurso de determinado tempo, sem promoção da parte interessada, deve se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo-se segurança jurídica aos litigantes.(...)

No mesmo sentido, são as decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

DECLARATÓRIA E REPETIÇÃO DO INDÉBITO FISCAL - CONDOMÍNIO - LEGITIMIDADE - PRESCRIÇÃO - NÃO INCIDÊNCIA - SERVIÇO DE ÁGUA - FORNECIMENTO - COMPULSORIEDADE

DEFINIDA EM LEI - REMUNERAÇÃO - NATUREZA DE TAXA - ICMS INDEVIDO.(...)Verificada a citação válida do Fisco e a suspensão do feito no seu tramitar, não se há de falar na ocorrência da prescrição quinquenal, 'lato sensu' ou intercorrente, do direito da parte. Havendo expressa previsão legal, definindo a obrigatoriedade do fornecimento de água às residências, resulta que a remuneração correspondente tem o caráter de taxa, o que se erige em óbice à incidência do ICMS. Sentença confirmada, no seu reexame necessário. Recurso voluntário prejudicado. (TJMG, AC, Relator LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES, Data do acórdão 07/08/2003, DJMG 05/09/2003)

ACÇÃO DE COBRANÇA. FATURAS. CONSUMO DE ÁGUA. CRÉDITO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS ESSENCIAL. PRESCRIÇÃO. "ONUS PROBANDI". Em virtude da natureza tributária do crédito reclamado, deve-se observar o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento da respectiva cobrança, nos termos do art. 174 do CTN, afastando aqueles valores que se encontram fulminados pela prescrição. De acordo com o disposto no art. 131, I, do CTN, o adquirente de um imóvel fica responsável pelos tributos devidos não apenas a partir do momento da transmissão do domínio, mas também pelos tributos que já eram devidos anteriormente. (TJMG, AC, Relator CÉLIO CÉSAR PADUANI, Data do acórdão 02/12/2002, DJMG 21/03/2003)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - COBRANÇA - TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO - TAXA DE FISCALIZAÇÃO SANITÁRIA - FALTA DE INSTALAÇÃO DOMICILIAR DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL ADEQUADAS - FALTA DE MANUTENÇÃO DO ESTABELECIMENTO EM PERFEITA LIMPEZA, HIGIENIZAÇÃO E CONSERVAÇÃO - MULTA PENAL - NÃO RECOLHIMENTO - PRESCRIÇÃO DO DÉBITO - ARTIGO 174 DO CTN - LEI 6.830/80. As disposições contidas na Lei 6.830, por se tratar de lei ordinária não podem sobrepor-se aos preceitos do Código Tributário Nacional, que tem natureza de lei complementar. O termo "a quo" do prazo prescricional, conta-se da data da constituição definitiva do crédito tributário, e não havendo prova da notificação do contribuinte, toma-se por base a data da inscrição da dívida ativa. A interrupção do prazo prescricional se dá pela citação pessoal feita ao devedor, não ocorrendo a mesma com o simples ajuizamento da execução fiscal, nem com o despacho judicial que determina o chamamento do devedor para pagar ou oferecer defesa. (TJMG, AC, Relator JARBAS LADEIRA, Data do acórdão 07/12/2004, Data da publicação: DJMG 23/12/2004)

Compulsando os autos, verifico que a CDA de fls. 05/08 promoveu o lançamento, em 18/01/2007, dos créditos tributários referentes à tarifa de água e esgoto vencidos mensalmente entre 01/03/1994 a 01/12/2004.

Sendo assim, os créditos tributários referentes ao período compreendido entre 01/03/1994 à 01/12/2001 inscritos na dívida ativa, consoante a CDA, encontram-se acobertados pela decadência, haja vista que entre a data do fato gerador do crédito tributário e seu respectivo lançamento, através da confecção da CDA, passaram-se mais de 05 (cinco) anos, ex vi do art. 173, I, do CTN.

Neste sentido a jurisprudência, in verbis:

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - FATO GERADOR - LANÇAMENTO - AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO - MULTA - DUPLICIDADE DE COBRANÇA NÃO CARACTERIZADA - PROVA PERICIAL -

RECURSO IMPROVIDO. "Na obrigação tributária que nasce com o fato gerador, dispõe a Fazenda do prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário, ficando neste período sujeita ao prazo decadencial; após a confirmação do crédito tributário, surge o prazo prescricional de cinco anos, podendo nesse período ser promovida a cobrança; tratando-se de tributo sujeito ao pagamento antecipado pelo contribuinte e posterior homologação há que observar na contagem, as regras conjugadas do § 4º, do art. 150/CTN, e a do art. 173, I, também, do CTN". "A aplicação da multa isolada é legal". (TJMG, AC, Relator Alvim Soares, DOMG 26/03/2004) (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - PRESCRIÇÃO - ART. 173 DO CTN - ITERATIVOS PRECEDENTES. No caso em exame, o tributo restou declarado e não-pago, inserindo-se na hipótese de lançamento de ofício, situação em que o prazo de decadência passa a correr a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser realizado (art. 173, inciso I, do CTN). "Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN" (REsp/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13.8.2001). (STJ, AgRg no REsp, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª T., julgado em 03.08.2006, DJ 17.08.2006 p. 337) (grifei)

Desta forma, sendo lícito ao juiz reconhecer a prescrição de ofício, nos termos do § 5º do art. 219 do CPC c/c § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, impõe-se o reconhecimento da extinção do crédito consignado na CDA.

E isso porque, já com a redação do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, dada pela Lei 11.051/04, já era lícito ao juiz, após ouvir a Fazenda Pública, decretar de imediato e de ofício a prescrição intercorrente, independentemente de alegação dos interessados.

In casu, com o advento do § 5º ao art. 219 do CPC, com redação dada pela Lei 11.280/06, desnecessária se tornou a prévia oitiva da Fazenda Pública para decretação da prescrição intercorrente de ofício pelo magistrado.

Para tanto, basta a verificação de sua ocorrência, pouco importando tratar-se de direitos patrimoniais ou não. Bastando para isso que o magistrado, ipso facto, declare a prescrição.

Nesse sentido, os precedentes jurisdicionais recentes do STJ, TRF 1ª Região e TJMG, in verbis:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.280/2006). DIREITO SUPERVENIENTE E INTERTEMPORAL. (...) Correlatadamente, o art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 foi alterado pela Lei nº 11.051/04, passando a vigorar desta forma: "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato." 5. Porém, com o advento da Lei nº 11.280, de 16/02/06, com vigência a partir de 17/05/06, o art. 219, § 5º, do CPC, alterando, de modo incisivo e substancial, os comandos normativos supra, passou a vigor com a seguinte redação: "O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição". 6. Id est, para ser

decretada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se refere-se a direitos patrimoniais ou não, e desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública. Concedeu-se ao magistrado, portanto, a possibilidade de, ao se deparar com o decurso do lapso temporal prescricional, declarar, ipso facto, a inexigibilidade do direito trazido à sua cognição. 7. Por ser matéria de ordem pública, a prescrição há ser decretada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias. In casu, tem-se direito superveniente que não se prende a direito substancial, devendo-se aplicar, imediatamente, a nova lei processual. (...) (STJ, REsp, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., julgado em 07.11.2006, DJ 20.11.2006 p. 287) (grifei)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO. CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. LEI N. 11.280/2006. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 219, § 5º, DO CPC. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA OITIVA DA PARTE EXEQÜENTE. 1. Extinto o feito sem julgamento do mérito, a norma do artigo 515, §3º, do CPC, com a redação da Lei n. 10.352/01, autoriza o tribunal julgar desde logo a lide, se a causa estiver madura para julgamento. 2. A partir da vigência da Lei n. 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830/80, viabilizou-se a decretação de ofício da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, condicionada, porém, à prévia oitiva da parte exeqüente para, querendo, argüir quaisquer causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. 3. Com o advento da Lei n. 11.280/2006, vigente a partir de 17/05/2006, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC, basta a efetiva ocorrência da prescrição para que o magistrado a decrete, dispensando-se, inclusive, a prévia oitiva da Fazenda Pública nos moldes da Lei 11.051/2004. 4. Ocorrência da prescrição reconhecida de ofício. 5. Apelação prejudicada. (TRF 1ª Reg., AC, Rel. Des. Fed. Leomar Barros Amorim de Sousa, 8ª T., DJ 26/01/2007 p.149) (grifei)

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. - Com o advento da Lei 11.280/06, a decretação de ofício torna-se norma processual geral, posto que o Art. 11 da referida lei, revogando disposição contida no Código Civil, art. 194, que até então vedava ao juiz a possibilidade de suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorável a absolutamente incapaz, também alterou, por seu art. 3º, a redação do § 5º, Art. 219, do CPC, dispondo explicitamente que "o Juiz pronunciará de ofício a prescrição". - Paralisado o processo de execução por mais de 5 (cinco) anos, consolida-se a prescrição que, erigida, em qualquer contexto, à matéria de ordem pública, pode ser reconhecida pelo juiz 'ex officio'. - Recurso desprovido. (TJMG, AC, Relator: Eduardo Andrade, DOMG 08/12/2006) (grifei)

Neste mesmo sentido foi a decisão proferida pelo TJMG, em autos deste próprio juízo, onde ficou estabelecido que a prescrição para o caso versado nos autos é de 5 anos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ACOLHIMENTO - DETERMINAÇÃO DE DECOTE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO PRESCRITO - ALEGAÇÃO DE SUJEIÇÃO DA COBRANÇA DE TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO ÀS PRESCRIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL - NATUREZA DA DÍVIDA - NÃO TRIBUTÁRIA - PRAZO DE 05 (CINCO) ANOS - OCORRÊNCIA - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932, ARTS. 1º E 2º DA LEI Nº 6.830/1980. Mostra-se possível a utilização do Incidente de Pré-Executividade, em feitos de Execução

Fiscal, com a finalidade de se aquilatar a ocorrência ou não de prescrição de crédito tributário. A cobrança de débito de natureza não tributária, inscrito em dívida ativa do Estado, é realizada nos moldes da Lei de Execuções Fiscais, aplicando-se o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto em Decreto Federal. (TJMG - AI, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, DJ 25/07/2007)

Sendo assim, impõe-se a declaração da ocorrência da decadência/prescrição.

Posto isto e por tudo mais que dos autos consta, reconheço, de ofício, a decadência/prescrição dos créditos tributários compreendidos no período de 01/03/1994 a 01/12/2001 constantes da CDA de fls. 05/08, nos termos do art. 173, I, do CTN c/c art. 162, § 1º, e 269, IV, ambos do CPC, c/c art. 285-A do CPC, porquanto já foram proferidas nesta Vara inúmeras sentenças neste mesmo sentido.

Deixo de condenar a exeqüente nas custas processuais, dada a sua isenção, nos termos do art. 14, I, do Provimento Conjunto nº 003/2005. Sem honorários, haja vista que ainda não houve a instauração do contraditório.

Transitada esta em julgado, intime-se a exeqüente para que, no prazo de 05 dias, apresente aos autos nova CDA, com planilha discriminada do débito, cumprindo-se o requisito processual constante do art. 614, II do CPC, já descontados os créditos em que foi reconhecida a decadência/prescrição, sob pena de extinção da execução.

P.R.I.

Araguari, 3 de setembro de 2007.

Fabiano Afonso

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Mandado de segurança – Contribuição sindical – Período pretérito – Repasse de valores em atraso - Não cabimento – Denegação da ordem		
COMARCA:	Camanducaia		
JUIZ DE DIREITO:	Fábio Aurélio Marchello		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	19453-80.2010.8.13.0878	DATA DA SENTENÇA:	14/01/2011
REQUERENTE(S):	Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Cambuí e Região		
REQUERIDO(S):	Prefeito Municipal de Itapeva		

SENTENÇA

Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Cambuí e Região (Municípios do Extremo Sul de Minas Gerais – incluído o Município de Itapeva), qualificado, impetrou MANDADO DE SEGURANÇA em face do Prefeito do Município de Itapeva alegando, em apertada síntese, que é entidade sindical de primeiro grau, com base territorial em vários Municípios do Extremo Sul de Minas Gerais, incluído o Município de Itapeva, tendo, inclusive, registro junto ao CNES.

Aduz que, por ser a entidade sindical que representa a categoria dos servidores públicos municipais de Itapeva, lhe é devido, por lei, um percentual da contribuição sindical compulsória prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.

Afirma que, para receber este montante, enviou guia de recolhimento ao município, bem como efetuou notificações extrajudiciais para alertá-lo como proceder, bem como sobre o repasse da aludida contribuição e que, até a propositura da presente ação, não havia recebido qualquer quantia. Desta feita, impetra o presente mandado de segurança com a finalidade de que o impetrado seja compelido a efetuar o desconto da contribuição sindical na folha dos servidores públicos municipais de Itapeva no mês seguinte à concessão da liminar, com depósito em juízo desta quantia, para levantamento do percentual que lhe é devido pelo art. 589, II, “d” da CLT.

Pleiteou a concessão de liminar e o deferimento dos benefícios da justiça gratuita.

Juntou os documentos de ff. 26/40.

A liminar foi indeferida por falta do requisito legal específico consistente em “periculum in mora”, ocasião em que se deferiu a gratuidade de justiça (f.41).

Cientificada a autoridade coatora (ff. 44/45), bem como o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (f.43). O impetrante interpôs agravo de instrumento (f. 46).

O Prefeito Municipal de Itapeva prestou informações às ff. 49/84, onde alega preliminares e ausência de direito líquido e certo, ante a discussão de representação da entidade sindical em outras ações, mais adequadas, ante a possibilidade de ampla produção de provas.

Juntou os documentos de ff. 86/257.

A impetrante se manifestou sobre as informações prestadas (ff.261/267).

Parecer Ministerial às ff. 269/276, pugnando pelo não acolhimento das preliminares e pela concessão da ordem.

É o relatório do essencial, passo a fundamentar e decidir.

Trata-se de ação de mandado de segurança em que o impetrante alega violação a direito líquido e certo cometida pelo Prefeito do Município de Itapeva/MG por não repassar à impetrante a contribuição sindical dos servidores públicos municipais.

Antes de enfrentar o mérito do presente “mandamus”, mister se faz a análise das preliminares alegadas pelo impetrado.

Alega este a existência de litispendência, por haver discussão desta matéria em outra ação já proposta. Contudo, analisando os documentos juntados pela impetrada, verifico que, à f. 97, o pedido do impetrante formulado na ação de cobrança que tramita nesta Comarca, a que se alega litispendência, tem a presença das mesmas partes, a mesma causa de pedir, mas o pedido é diverso do formulado no presente mandado de segurança, pois naquela há cobrança de contribuição sindical do ano de 2009, já nesta o objeto restringe-se ao ano de 2010.

Desta forma, afastado a preliminar de litispendência, por não encontrar a tríplice identidade do art. 301 § 2º do CPC.

Contudo, melhor sorte não assiste o impetrante quando se analisa o cabimento do presente writ.

Nesse passo, entendo que a pretensão do impetrante nada mais é do que fazer do mandado de segurança uma ação com uma só finalidade, qual seja, a cobrança da contribuição sindical do ano de 2010 dos servidores municipais de Itapeva.

Tem-se que a contribuição atrasada cobrada pelo impetrante precede a propositura da ação e, assim sendo, deveria ser objeto de ação adequada, conforme a orientação inserta nas súmulas 269 e 271, do Supremo Tribunal Federal, que passo a colacionar:

SÚMULA Nº 269: O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO É SUBSTITUTIVO DE AÇÃO DE COBRANÇA.

SÚMULA Nº 271: 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.

Apesar de terem edição pretérita, referidas súmulas restam vigentes e se coadunam com a nova norma legal que regula o mandado de segurança, Lei 12.016 de 2009, como enuncia a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA. REPASSE DE VALORES DOS MESES DE ABRIL E MAIO DE 2009. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SÚMULA 269/STF. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RMS 32.114/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 12/08/2010) grifamos.

Nesse sentido, resta impossibilitada a proteção dos direitos invocados pelo impetrante em sede de mandado de segurança, por lhe faltar uma condição da ação, qual seja, o interesse processual, por inadequação da via eleita, merecendo a aplicação do art. 267, VI do CPC.

Prejudicada resta a alegação de conexão.

Isto posto, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016, de 2009, DENEGO A SEGURANÇA.

Condeno o impetrante ao pagamento das custas e despesas processuais, mas suspendo sua exigibilidade ante a concessão da gratuidade de justiça deferida, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Sem honorários advocatícios nos termos do artigo 25, da Lei nº 12.016, de 2009.

Sentença não sujeita ao reexame necessário conforme o artigo 14, §1º da Lei nº 12.016 de 2009.

P. R. I. C.

Camanducaia, 14 de janeiro de 2011.

Fábio Aurélio Marchello

Juiz de Direito Substituto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Mandado de segurança – Execução fiscal - Inadequação da via eleita – Prazo decadencial – Denegação da ordem		
COMARCA:	Camanducaia		
JUIZ DE DIREITO:	Fábio Aurélio Marchello		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	3786-20.2011.8.13.0878	DATA DA SENTENÇA:	15/02/2011
REQUERENTE(S):	Espólio de Antonio Forlenza		
REQUERIDO(S):	Prefeito do Município de Camanducaia		

SENTENÇA

Vistos etc

ESPÓLIO DE ANTONIO FORLENZA, nos termo do art. 12, V do CPC, representado pelo seu inventariante, Sr. Vicente Forlenza Neto, devidamente qualificado e por procurador constituído nos autos, impetrou MANDADO DE SEGURANÇA contra ato do PREFEITO MUNICIPAL DE CAMANDUCAIA/MG, objetivando

“seja concedida liminarmente a segurança, para acatar a inconstitucionalidade das taxas lançadas indevidamente com o imposto, determinando com isso a extinção dos feitos de execução fiscal; que seja aplicada ao caso a extinção do feito pela cobrança inconstitucional da taxa de limpeza, expediente e coleta de lixo; que o nome do embargante seja retirado do rol dos devedores da Fazenda Municipal, com relação aos crédito que se insurge”. Requereu os benefícios da assistência judiciária gratuita. (ff. 02/17).

Aduziu o impetrante, em sua peça de ingresso, que é contribuinte do Município de Camanducaia, figurando como executado em execuções fiscais em que o ente federativo municipal lhe move para cobrança do imposto sobre a propriedade predial territorial urbana - IPTU e taxas de limpeza pública, conservação de calçadas, coleta de lixo e mais taxa de expediente, lançadas com o IPTU dos anos de 2006 a 2010.

Aduz que as taxas são inconstitucionais, vez que as leis municipais criadoras das referidas exações não respeitam ao disposto no art. 145, II da Constituição da República, vez que seriam serviços indivisíveis, prestados a toda a coletividade.

Passa a citar as execuções fiscais em que é parte, cita diversas jurisprudências e junta os documentos de ff. 19/27.

É o relatório.

Decido.

O mandado de segurança está elencado, na Constituição Federal de 1988, entre os direitos e garantias fundamentais. O art. 5º, LXIX da C.F 88 prescreve que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

No mesmo sentido, a legislação ordinária que disciplina o remédio constitucional ora em estudo, Lei 12.016 de 2009, estabelece, em seu artigo 1º, que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Depreende-se da norma constitucional e do dispositivo legal acima transcrito que o mandado de segurança se destina à tutela de direito líquido e certo, quando este não for amparado por habeas corpus ou habeas data.

É sabido que direito líquido e certo é aquele direito certo quanto à sua existência, delimitado em sua extensão e passível de ser exercido no momento da impetração.

Para a concessão da medida mandamental, é necessário que o impetrante demonstre a existência de um direito com tais características através de documentos colacionados na inicial ou por meio de confirmação deste direito pelas informações prestadas pela autoridade coatora.

Não haverá por parte do impetrante o dito direito se for necessária a realização de outras diligências de cunho probatório. A ação mandamental não suporta dilação probatória, possui índole célere e direta; o remédio constitucional em análise não comporta produção de outros meios de prova, como testemunhal, documental, pericial etc., já que a prova é pré-constituída.

Neste sentido, o escólio de Helly Lopes Meirelles: Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido, nem certo, para

fins de segurança (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 32ª Ed., p. 34, Ed. Malheiros, São Paulo).

Pois bem, depreende-se dos autos que o impetrante não provou, desde logo, a existência do alegado direito ao reconhecimento da inconstitucionalidade das taxas impugnadas.

Pelo contrário, as alegações feitas na peça de ingresso e os documentos carreados à exordial não são suficientes a se descobrir quais os elementos de criação dos tributos impugnados, visto que não há prova nos autos da lei que os criou, com a especificação do fato imponível, base de cálculo e alíquota, a se propiciar o cotejo com o artigo 145, II da Constituição da República invocado, prova esta que cabia ao impetrante, por força do art. 337 do CPC.

Além disto, na seara tributária, a certeza e liquidez alegadas pelo impetrante devem ser aptas a afastar a presunção legal de certeza e liquidez que ampara as certidões de dívida ativa, segundo o art. 3º da Lei 6.830/1980, que transcrevo:

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Assim, não encontro, dentre os documentos e argumentos colacionados, qualquer um que possa afastar a presunção de certeza e liquidez da CDA.

No mais, as Notificações Fiscais de Débito carreadas às ff. 19/26, datam de 05 de junho de 2008 e 15 de outubro de 2008, respectivamente, fazendo incidir o prazo decadencial do art. 23 da Lei 12.016/2009.

Deve, ainda, ser somado a estes argumentos o fato do impetrante usar a via do mandado de segurança como sucedâneo de embargos à execução fiscal, procedimento que afronta o art. 5º da norma em comento, bem como a Súmula 267 do STF, a saber:

“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

Na sistemática da Lei 6.830/1980 pode o executado alegar todas as matérias em sua defesa, desde que garanta o juízo, nos termos do art. 16, que exige:

Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária;

III - da intimação da penhora.

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes

de garantida a execução. (g.n.)

Assim, do teor dos pedidos formulados pelo impetrante, o que pretende, na verdade, é usar a via estreita do mandamus como sucedâneo dos embargos à execução, sem o ônus da segurança do juízo.

Estabelece o art. 10 da Lei 12.016/2009 que: a inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

Portanto, considerando que o impetrante não demonstrou, na inicial, desde logo, a existência de direito líquido e certo a justificar a concessão da segurança; e, considerando, ainda, que em sede de mandado de segurança a prova é pré-constituída; bem como decorreu o prazo decadencial de 120 dias e a via eleita é inadequada, impõe-se o indeferimento da inicial.

Isto posto, e de tudo o mais que dos autos consta, com fundamento no art. 10 da Lei 12.016/2009, indefiro a petição inicial formulada por ESPÓLIO DE ANTONIO FORLENZA, em face do PREFEITO MUNICIPAL DE CAMANDUCAIA e, via de consequência, DENEGO A SEGURANÇA, com fundamento no art. 6º, §5º da mencionada lei c/c art. 267, I do Código de Processo Civil.

Custas, pelo impetrante, cuja exigibilidade fica condicionada ao disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Arquive-se, observadas as formalidades legais.

Camanducaia, 15 de fevereiro de 2011.

FÁBIO AURÉLIO MARCHELLO

Juiz de Direito Substituto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Mandado de segurança – Inscrição estadual em cadastro de ICMS – Negativa em razão de débito fiscal – Liberdade de exercício da atividade econômica – Ofensa a direito líquido e certo - Concessão da ordem		
COMARCA:	Carmo do Paranaíba		
JUIZ DE DIREITO:	Denes Marcos Vieira		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0143.06.012961-4	DATA DA SENTENÇA:	18/07/2011
REQUERENTE(S):	Doutor Coffee Especialista em Café Ltda.		
REQUERIDO(S):	Chefe da Administração Fazendária de Carmo do Paranaíba		

RELATÓRIO

Vistos etc.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela empresa Doutor Coffee Especialista em Café Ltda. em face do Chefe da Administração Fazendária de Carmo do Paranaíba, no qual a impetrante requer seja o impetrado compelido a proceder sua inscrição estadual.

Alega, em breve síntese, que, conquanto esteja registrada junto à JUCEMG, ao CNPJ e à Receita Federal, o impetrado indeferiu sua inscrição estadual, argumentando que um de seus sócios teria dívida ativa inscrita e não quitada junto ao fisco estadual. Contudo, tal cobrança indireta, além de inconstitucional é também arbitrária, impedindo o livre exercício do comércio. Ao final, pugnou pela antecipação dos efeitos concretos da sentença e concessão da segurança. Juntou documentos de ff. 20-40.

Notificado, o impetrado apresentou alegações às ff. 43-52 e ff. 82-93, aduzindo que: I – inexistente direito líquido e certo, posto que a empresa impetrante não provou os fatos aduzidos na inicial; II – algumas execuções não foram embargadas, assim como alguns processos administrativos não foram impugnados; III – a impetrante deveria comprovar que as execuções estão garantidas, visando à obtenção de certidão positiva com efeitos negativos; IV – a exigência da certidão negativa, para deferimento da inscrição estadual, é legal, porque prevista no Decreto Estadual n. 43.080, de 2002 e art. 216,§1º, III, da Lei Estadual n. 6.763,

1975; V – a cobrança indireta de dívida é algo previsto no ordenamento jurídico pátrio; VI – o art. 216 da Lei Estadual n. 6.763, 1975 é constitucional. Por fim, pugnou pela denegação da segurança e juntou documentos.

Às ff. 65-69 foram antecipados os efeitos concretos da sentença e determinado ao impetrado que procedesse à inscrição estadual da impetrante.

O representante do Ministério Público apresentou parecer às ff. 73-77 e ff. 95-98.

Vieram-me conclusos os autos.

FUNDAMENTOS

No presente *mandamus*, a empresa Doutor Coffee Especialista em Café Ltda. pretende seja o impetrado, Chefe da Administração Fazendária de Carmo do Paranaíba, compelido a proceder sua inscrição estadual.

O impetrado, por sua vez, alega que a impetrante não pode obter a inscrição estadual, porque um dos sócios da empresa possui débitos fiscais, para com o fisco estadual.

Inicialmente, ressalto que a existência do débito fiscal é fato incontroverso.

O documento de f. 39 comprova que o pedido de inscrição estadual fora indeferido em razão da existência de “certidão de débito positiva”, em nome de um dos sócios da empresa impetrante.

Sobre a questão ora discutida, assim dispõe o art. 99, inc. IV, §§ 2º e 3º, do RICMS/2002 - Decreto nº 43.080, de 2002:

Art. 99 - Para obter a inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, o interessado deverá apresentar à Administração Fazendária (AF) a que estiver circunscrito os seguintes documentos:

(...)

IV - requerimento de certidão negativa de débito para com a Fazenda Pública Estadual, observado o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo;

§ 1º - A certidão prevista no inciso IV do caput deste artigo será exigida:

I - dos diretores, tratando-se de sociedade anônima, e dos sócios, no caso das demais sociedades, devendo constar que os mesmos não são responsáveis, isoladamente ou em conjunto com terceiros, por crédito tributário junto à Fazenda Pública Estadual;

(...)

§ 2º - Não será concedida a inscrição quando for constatada a existência de débito inscrito em dívida ativa de responsabilidade das pessoas a que se refere o parágrafo anterior.

De acordo com a citada norma, a obtenção da inscrição estadual da nova sociedade empresária está condicionada ao pagamento de dívida fiscal porventura existente, porque tanto a empresa, como os sócios, precisam apresentar certidão negativa de débito.

Entretanto, entendo que tal meio de coerção administrativa é inconstitucional e ilegal, pois implica em restrições a direitos individuais, tais como o direito de propriedade, de acesso ao judiciário, do devido processo legal e da presunção de inocência.

Ressalto que, não obstante a Administração Pública possua a prerrogativa de autoexecutoriedade no exercício do poder de polícia, tal prerrogativa não se aplica à cobrança de débitos administrativos, incluindo neles os débitos fiscais.

Ademais, o Estado dispõe de meios para cobrar os seus créditos, devendo buscar o pagamento dos débitos fiscais regularmente constituídos pelas vias judiciais adequadas (execução fiscal, verbis gratia).

Nesse diapasão, a conduta adotada pela Administração Pública é ilegal e inconstitucional, pois pretende obrigar o contribuinte, mediante coerção indireta (quicá, direta), a pagar obrigação fiscal, ao invés de aforar as ações judiciais hábeis ao seu recebimento.

Certo é que a Administração possui outros meios hábeis para receber seus créditos, dentre eles os fiscais, não sendo razoável ou legal que se utilize de meios coercitivos, tais como a negativa de liberação de inscrição estadual, imprescindível para funcionamento regular das atividades da impetrante, para arrecadar tais valores.

Aliás, questiona-se: como o contribuinte pode pagar seus débitos fiscais se a própria Administração o impede de auferir renda através de atividade comercial lícita?

Como bem esclarecido na decisão de ff. 65-69:

Trata-se de um abuso de direito por parte da Fazenda querer inviabilizar a vida profissional, não só próprio devedor tributário, que por sua razão não poderia participar que qualquer outra empresa, bem como, e aqui vai a pior conseqüência, de outra pessoa jurídica que nada deve ao fisco, inviabilizando a livre iniciativa de outras pessoas sem causa jurídica.

(...)

Não é razoável e nem é proporcional ao fim que se colima, impedir que uma empresa possa se inscrever perante o fisco, apenas porque um dos seus sócios é sócio de outra empresa em dívida com o Fisco.

Não é razoável porque esta empresa (impetrante) não foi constituída de forma fraudulenta e nem visa fraudar o pagamento daquele crédito tributário discutido em outras plagas. A penalização desta última empresa em face do débito de outra, sem o concurso do elemento subjetivo de prejudicar o Fisco em suas atividades, torna a medida até mesmo iníqua.

Aliado a isso, o condicionamento imposto limita ou restringe totalmente o desenvolvimento das atividades comerciais e econômicas, restringindo, ainda, a livre iniciativa, ofendendo, nesse ínterim, ao disposto no art. 170, parágrafo único, da Constituição da República de 1988.

Não se olvida que o art. 170 da Constituição da República, de 1988, permite a possibilidade de serem instituídas, por lei infraconstitucional, condicionantes para o exercício da atividade econômica. Contudo, tais pressupostos não podem vedar totalmente a atividade comercial e econômica, sobremaneira quando a Administração possui meios adequados para buscar a satisfação de seu crédito e sanar eventuais pendências.

Destarte, deve haver uma harmonização entre o direito da Administração em estipular pressupostos para o exercício da atividade comercial e econômica e próprio direito do cidadão ao exercício da atividade comercial e econômica, de modo que aquele não tolha, definitivamente, esse.

Desse modo, a exigência de apresentação de certidão negativa de débito fiscal dos sócios para a obtenção da inscrição estadual da nova sociedade empresária, com o intuito de forçar o pagamento de tributos, configura abuso de poder pela Administração Fazendária.

Aliás, sobre o assunto, imprescindível colacionar aqui os ensinamentos do doutrinador Hugo de Brito Machado:

A exigência de quitação de tributos está autorizada apenas nos casos dos artigos 191, 192 e 193 do CTN. A lei que amplia os casos dessa exigência, estabelecendo formas de cerceamento da liberdade de exercício da atividade econômica é inconstitucional. Primeiro, porque afronta o art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal. Segundo, porque institui forma oblíqua de cobrança de tributos, permitindo que esta aconteça sem a observância do devido processo legal. (Curso de Direito Tributário. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 377).

Nesse mesmo sentido há muito vem decidindo o e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA. FISCO ESTADUAL - NEGATIVA DE INSCRIÇÃO DE FILIAL POR CAUSA DE DÍVIDA DA OUTRA EMPRESA QUE TEM COMO SÓCIO UM SÓCIO DA IMPETRANTE - LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA - IMPEDIMENTO - OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONCESSÃO. 1- A autoridade coatora não é parte no mandado de segurança. É apenas substituto processual do ente público em nome do qual praticou o ato dito ilegal e abusivo, este, sim, o sujeito passivo da ação mandamental. Não há que se falar, portanto, em ilegitimidade passiva, principalmente em hipóteses como a dos autos, em que, chamada a prestar informações, a autoridade apontada como coatora sustenta a legalidade do ato impugnado. 2- O ato de negar inscrição cadastral de filial de empresa cujos sócios são também sócios de empresas inadimplentes com obrigações tributárias estaduais, constitui ilegalidade, que viola direito líquido e certo da contribuinte. (Apelação Cível n.º 1.0024.08.191842-7/001. Relator Des. Maurício Barros. j. 29.09.2009, in: www.tjmg.jus.br, acesso em 18.07.2011).

MANDADO DE SEGURANÇA - INSCRIÇÃO ESTADUAL - NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONDICIONAMENTO - EXISTÊNCIA DE DÍVIDA - NÃO CABIMENTO - ARTIGOS 5º, XIII, E 170,

PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. Ilegítima a atitude do Fisco em exigir a prévia regularização de pendências, como requisito para autorizar a inscrição do estabelecimento, junto ao Cadastro de Contribuintes do ICMS. Exegese dos artigos 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição de 1988; Súmula n. 547 do colendo STF. (Apelação cível / reexame necessário n.º 1.0105.09.311491-3/002 - Rel. Des. Silas Vieira, 3ª Câmara Cível, j. 17.02.2011, p. em 22.03.2011, in: www.tjmg.jus.br, acesso em 18.07.2011).

Outro não é o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIZAÇÃO DE SÓCIO-GERENTE NÃO COMPROVADA. INSCRIÇÃO ESTADUAL DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL FAZ PARTE. POSSIBILIDADE. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp. 1.101.728/SP, Min. Teori Albino Zavascki, na sessão do dia 11.03.2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que a simples falta do pagamento de tributo não configura, por si só, circunstância que acarrete a responsabilidade subsidiária dos sócios. 2. Não comprovada a responsabilidade pessoal do sócio pelas dívidas da empresa, não se pode negar seu direito a certidão negativa de débito, muito menos o de outras pessoas jurídicas das quais eventualmente faça parte. 3. Tal entendimento tem aplicação ao caso, em que houve recusa de fornecimento de inscrição estadual a pessoa jurídica em virtude de dois de seus sócios integrarem também quadro societário de empresa devedora de tributos. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp. 867495 / ES. Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. 1ª Turma. DJ 12/05/2009. Publicação DJe 20/05/2009, in: www.stj.jus.br, acesso em 18.07.2011).

Dessa forma, o ato do impetrado que indeferiu o pedido de inscrição estadual à impetrante mostra-se ilegal e inconstitucional, ofendendo ao direito líquido e certo dessa em obter dita inscrição, devendo, portanto, a segurança ser concedida.

CONCLUSÃO

Posto isso, concedo a segurança e, por conseguinte, decreto a ilegalidade do ato do impetrado e autoridade coatora, Chefe da Administração Fazendária de Carmo do Paranaíba, que indeferiu a inscrição estadual da impetrante, Doutor Coffee Especialista em Café Ltda., ante a existência de débitos fiscais em nome de um dos sócios da empresa requerente.

Ademais, mantenho a decisão de ff. 65-69, que determinou a inscrição estadual da impetrante, salvo se por outro motivo não lhe tiver sido vedada a vergastada inscrição.

Intime-se o impetrado e o Estado de Minas Gerais, informando-lhes do inteiro teor desta decisão, nos termos do art. 13 da Lei 12.016, de 2009 (nova Lei do Mandado de Segurança).

Decorrido o prazo recursal voluntário, encaminhem-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça (art. 14, § 1º, da Lei 12.016, de 2009).

Sem condenação ao pagamento de custas e honorários advocatícios, nos termos do Enunciado 512 da Súmula do e. Supremo Tribunal Federal e Enunciado 105 da Súmula do e. Superior Tribunal de Justiça.

P. R. I.

Carmo do Paranaíba, 18 de julho de 2011.

Denes Marcos Vieira

Juiz de Direito Substituto, em cooperação

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Mandado de segurança – Serviços notariais e de registro - ISS – Base de cálculo – Preço do serviço - Denegação da ordem		
COMARCA:	Belo Horizonte		
JUIZ DE DIREITO:	André Leite Praça		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	0024.09.481.909-1	DATA DA SENTENÇA:	20/03/2009
REQUERENTE(S):	José Augusto Silveira		
REQUERIDO(S):	Prefeito Municipal de Belo Horizonte		

Vistos etc.

JOSÉ AUGUSTO SILVEIRA impetrou MANDADO DE SEGURANÇA contra ato do EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, sustentando, em apertada síntese, que o ISSQN incidente sobre serviços notariais e de registro deve ser calculado com base no §1º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, que estabelece que, se o serviço for prestado pessoalmente pelo contribuinte, a base de cálculo será fixa, não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho, pelo que devem ser suspensos os efeitos da Lei Municipal nº 9.677/08, que alterou a redação da Lei Municipal nº 8.725/03, que determina, para o caso, o cálculo com base na receita de emolumentos.

A liminar foi deferida.

O Impetrado prestou informações, sustentando, em suma, que não seria cabível na espécie o mandado de segurança, posto ser discutível se a prestação de serviço tributada é feita sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, já que cartórios têm empregados e uma verdadeira estrutura empresarial, e que o Impetrante não pode ser enquadrado como profissional autônomo.

A liminar foi revogada, em juízo de retratação.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem.

É o Relatório.

Decido.

Nas precisas palavras do saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES:

“Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”. (Mandado de Segurança, Malheiros Editora, 30ª edição, pág. 25/26).

Agora, como é por todos sabido, a demonstração do direito líquido e certo, em sede de mandado de segurança, demanda prova pré-constituída, notadamente porque o mandamus não comporta a fase instrutória inerente aos ritos que contemplam cognição primária.

Neste sentido posiciona-se a doutrina:

"(...) Finalmente, o último requisito é o que concerne ao direito líquido e certo. Originariamente, falava-se em direito certo e incontestável, o que levou ao entendimento de que a medida só era cabível quando a norma legal tivesse clareza suficiente que dispensasse maior trabalho de interpretação.

Hoje, está pacífico o entendimento de que a liquidez e certeza referem-se aos fatos; estando estes devidamente provados, as dificuldades com relação à interpretação do direito serão resolvidas pelo juiz.

Daí o conceito de direito líquido e certo como o direito comprovado de plano, ou seja, o direito comprovado juntamente com a petição inicial. No mandado de segurança, inexistente a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito." (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in Direito Administrativo, Editora Atlas, 13ª Edição, pág. 626).

De fato, em sede de mandado de segurança, não há espaço para dilação probatória, devendo o direito ser líquido e certo, na lição do já citado Professor HELY LOPES MEIRELLES:

"(...) é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o

mesmo do legislador civil (CC, art. 1533). É um conceito impróprio - e mal-expresso - alusivo a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subseqüente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações." (in obra citada, págs. 38/39).

E outra não é a posição dos tribunais pátrios:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS. VERDADEIRA PRETENSÃO DE EXERCER O MONOPÓLIO DO SERVIÇO. ALEGADA NECESSIDADE DE PRÉVIO ESTUDO DE VIABILIDADE ECONÔMICA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. ... omissis

7. O Mandado de segurança - remédio de natureza constitucional - visa a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado, e por ter rito processual célere não comporta dilação probatória.

8. Dessarte, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de ser contemplado em norma legal e ser indúvidoso (certo e incontestável).

9. Revelando seu exercício dependência de circunstâncias fáticas ainda indeterminadas, o direito não enseja o uso da via da segurança, embora tutelado por outros meios judiciais.

10. Segurança denegada.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MS Nº 8821/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 23/06/2004).

Pois bem.

Como já colocado na decisão de fls. 209/212, os bem lançados argumentos trazidos pelo Impetrado afastam a indispensável certeza do direito invocado na inicial.

Com efeito, é certo que os serviços notariais e de registro são exercidos, por delegação do Poder Público, pelos notários, ou tabeliães, e oficiais de registro, ou registrador, profissionais do direito.

Contudo, não podemos nos esquecer, por outro lado, que os notários e registradores, no efetivo desempenho de suas funções, autorizados por lei, contratam escreventes e auxiliares como empregados, bem como podem indicar substitutos, que, simultaneamente com o titular, podem praticar todos os atos que lhe sejam próprios, exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos.

Assim, não se mostra correto dizer que a prestação de serviços pelos notários e registradores desenvolve-se, exclusivamente, sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, como exige a lei, verbis:

“Art 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.” (grifei).

A bem da verdade, a atividade do Impetrante, nos dias de hoje, assume verdadeiros contornos empresariais, dada a estrutura administrativa complexa que a maioria dos cartórios possui, pois, como afirmado pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, e destacado pelo digno Representante do Ministério Público em seu parecer, o intuito dos notários e registradores é, legitimamente, o lucro.

E não é despidendo lembrar, outrossim, que o art. 7º da LC 116/03 definiu, como regra, que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço. Assim, tratando-se o benefício encartado no §1º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68 de uma exceção, como é sabido, por princípio de hermenêutica, seja quando subtrai direitos, seja quando adiciona direitos face à regra, deve ser interpretada restritivamente.

Lado outro, não há como reconhecer os notários e registradores como profissionais liberais ou autônomos.

Afinal, consoante assente entendimento do excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público, exercendo os notários e registradores atividade estatal.

Ora, se o serviço é público, exercido em caráter privado por delegação do ente estatal, nos precisos termos do art. 236 da Constituição Federal, os notários e registradores estão, obviamente, estritamente vinculados à respectiva legislação regulamentar da atividade. São, portanto, prestadores de serviço público, jamais profissionais liberais ou autônomos.

E, por fim, a responsabilidade dos notários e registradores pelos serviços prestados não é pessoal, total e ilimitada.

Com efeito, já proclamou o excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que o Estado tem responsabilidade objetiva pelos danos causados a terceiros pelos notários e registradores, dada a natureza estatal das atividades por eles exercidas.

Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TABELIÃO. TITULARES DE OFÍCIO DE JUSTIÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. C.F. , art. 37, § 6º. I. - Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais

funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º). II. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.” (RE 209354 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 02/03/1999, DJ 16-04-1999 PP-00019 EMENT VOL-01946-07 PP-01275).

Por tudo isso, denego a segurança.

Custas, pelo Impetrante.

Sem honorários, nos termos da Súmula 512 do STF e 105 do STJ.

P.R.I.

Belo Horizonte, 20 de março de 2009.

André Leite Praça

Juiz de Direito

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND			
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Repetição de indébito – IPSEMG – Contribuição social para custeio da saúde – Caráter compulsório – Inconstitucionalidade - Procedência		
COMARCA:	Varginha		
JUIZ DE DIREITO:	José Fernando Ribeiro Carvalho Pinto		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	69699.11.2010.8.13.0707	DATA DA SENTENÇA:	04/10/2011
REQUERENTE(S):	Antônio Osmar Braga		
REQUERIDO(S):	Instituto de Previdência do Servidor Estadual de Minas Gerais - IPSEMG		

VISTO

Antônio Osmar Braga, nos autos qualificado, propôs ação ordinária de restituição em face do Instituto de Previdência do Servidor Estadual de Minas Gerais - IPSEMG - Instituto de Previdência dos Servidores de Minas Gerais, também qualificado, aduzindo que através da LC 64/2002 foi estabelecida contribuição compulsória de 3,2% dos servidores do Estado de Minas Gerais, para custeio de atendimento odontológico e médico.

Prossegue, aduzindo que com a propositura de uma ADIN (3106) perante o Supremo Tribunal Federal, que, julgada, entendeu inconstitucional a cobrança do precitado percentual de 3,2% sobre a remuneração dos servidores, pelo que requerem a procedência dos pedidos, para o fim de ver o Instituto de Previdência do Servidor Estadual de Minas Gerais - IPSEMG – impedido de continuar a cobrança do percentual em questão – contribuição social destinada ao custeio de assistência médica – bem assim condenado ao pagamento do indébito verificado pela cobrança das contribuições pretéritas, mais as cominações de estilo.

A inicial (ff. 2/22) se fez acompanhar dos documentos de ff. 23/82.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela de mérito foi deferido (ff. 83/85) para o fim de determinar ao requerido que se abstinhasse de proceder quaisquer descontos nos vencimentos dos autores a título de custeio de assistência médica, decorrentes da Lei Complementar 64/02 e 70/03.

Citado o requerido (f. 93), sobreveio resposta sob a forma de contestação (ff. 103/106).

As partes requereram o julgamento antecipado, vindo os autos conclusos para julgamento.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO e DECIDO

Cuida-se de ação de restituição proposta em face do Instituto de Previdência do Servidor Estadual de Minas Gerais - IPSEMG buscando o ressarcimento de valores supostamente pagos a mais, em decorrência do desconto de 3,2% sobre o salário dos autores, realizados em decorrência da LC 64/02, alusivos ao custeio de atendimento médico e odontológico, tendo a norma sido posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3106, segundo sustentam os autores na exordial, que buscaram, via antecipação dos efeitos da tutela, a suspensão dos descontos incidentes.

O Instituto de Previdência do Servidor Estadual de Minas Gerais, em sua contestação, afirma que os valores já pagos não podem ser reavidos, porque se cuidam de relações jurídicas consolidadas ao longo do tempo, cabendo ao servidor interessado em suprimir tais descontos efetuar requerimento administrativo colimando a cessação dos mesmos, bem assim que as cobranças são legítimas e legais diante da legislação aplicável, notadamente o artigo 85 da Lei Complementar 64/2002.

Esses, os fatos.

No que atine ao Direito em discussão, tem-se que o artigo 85 da LC nº 64/2002, já com a redação dada pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 70, de 30/07/2003, dispõe que a contribuição de 3,2%, destinada ao custeio dos serviços de assistência à saúde, será descontada compulsoriamente e recolhida diretamente ao IPSEMG.

Noutro giro, tal cobrança foi reputada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN 3106.

Realmente, a expressão compulsória do parágrafo 5º, do artigo 85 da LC 64/02 é inconstitucional. Nossa Carta Magna não autoriza o custeio da saúde pelo servidor público. O dispositivo legal sob exame não observou os comandos nos artigos 195 e 198, parágrafo 1º, da Carta Magna, segundo os quais somente a União tem competência para instituir qualquer nova espécie de contribuição. Não pode haver imposição aos servidores públicos de adesão a um plano de saúde complementar, custeado pelos descontos de 3,2% sobre seus vencimentos.

A pedra de toque é, pois, saber se a cobrança pode ou não ser efetuada.

Estou em que a resposta é negativa.

Vejamos.

Como cediço, o poder tributário juridicamente delimitado e partilhado entre os diversos níveis de governo - no Brasil, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios -, a que se dá o nome de competência tributária, tem como instrumento a Constituição Federal, integrando a própria organização jurídica do Estado. E, evidentemente, só pode ser atribuído às pessoas jurídicas de Direito Público, dotadas de poder legislativo, porquanto é exercida através da edição de lei.

Assinala Hugo de Brito Machado que, como um dos princípios jurídicos da tributação, o princípio da competência 'obriga a que cada entidade tributante se comporte nos limites da parcela de poder impositivo que lhe foi atribuída. Temos um sistema tributário rígido, no qual as entidades dotadas de competência tributária têm, definido pela Constituição, o âmbito de cada tributo, vale dizer, a matéria de fato que pode ser tributada' ("Curso de Direito Tributário", 18ª ed., Malheiros, 2000, p. 38).

Vigora em nosso sistema tributário o regime das competências privativas, tanto para os impostos como para os demais tributos, vinculados, como é o caso da contribuição social.

As contribuições de seguridade social, como espécies de contribuição social, têm suas bases bem definidas na Constituição da República, estabelecendo o artigo 149 da Constituição competir exclusivamente à União instituir contribuições sociais.

O parágrafo único desse mesmo dispositivo, entretanto, estendeu aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para instituírem tal contribuição, a ser cobrada de seus servidores. Inicialmente - na redação original do citado dispositivo constitucional, anterior à Emenda Constitucional nº 41/2003 -, para custeio, em benefício dos servidores, de sistemas de previdência e assistência social.

Com o advento da aludida Emenda Constitucional (nº 41/2003), a matéria sofreu significativa alteração, estando regulada, agora, no parágrafo primeiro do mencionado artigo, que tem a seguinte redação:

'Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefícios destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União'.

Ora, se em sua redação anterior a norma vinha suscitando polêmica quanto à finalidade da contribuição em comento - debatendo-se em torno do conceito de assistência social -, agora quer nos parecer que o novo texto, resultante da Emenda, ao limitar a finalidade da contribuição ao custeio do regime previdenciário, dissipou as dúvidas existentes, restando definitivamente excluída a competência das demais pessoas jurídicas de Direito Público para instituição do tributo para financiamento de sistema de saúde.

Assinalou com precisão a eminente Desembargadora Maria Elza, no voto condutor do Acórdão que suscitou incidente:

'Os conceitos finalísticos inerentes à Constituição não podem ser elásticos pelos entes políticos de direito público sob pena de invasão de competência e, primordialmente, de declaração de inconstitucionalidade das legislações tributárias que ultrapassem a competência constitucional'

E, mais adiante, arremata a culta Desembargadora:

'Decerto que o Estado tem numerosas finalidades importantes e dignas a serem cumpridas, no entanto não lhe é autorizado instituir um tributo para custear cada uma delas, sendo as competências tributárias estritamente aquelas previstas na Constituição.

O direito à saúde é garantido constitucionalmente, devendo ser propiciado aos cidadãos por esforço comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 196). (...)'

Em outra ADI, nº 1.920-6, do Estado da Bahia, que versa sobre questão análoga, o Ministro Nelson Jobim deferiu liminar determinando a suspensão da exigibilidade do tributo, sinalizando para a inconstitucionalidade da contribuição instituída naquele Estado da Federação para o custeio da saúde de seus servidores.

A decisão está assim ementada:

'Constitucional. Lei nº 7.249/98 do Estado da Bahia. Cria sistema próprio de seguridade social e assistência à saúde. Institui contribuição compulsória dos servidores do estado para a saúde. Impossibilidade. Inteligência do art. 149, parágrafo único da CF. Regra de exceção que se interpreta restritivamente. Inatacável o art. 5º pois apenas relaciona os segurados obrigatórios. Não qualifica a contribuição. Liminar deferida em parte' (julg. 23/06/1999, DJU 20/09/2002).

Como se nota, a tendência verificada, por ora, no Supremo Tribunal Federal, é no sentido da declaração da inconstitucionalidade da contribuição Estadual em tela.

De fato, entendo que, por absoluta incompetência tributária, ausente autorização Constitucional para tanto, não pode o Estado de Minas Gerais instituir contribuição para custeio da saúde de seus servidores, em caráter compulsório.

Nada impede que os servidores públicos que desejarem continuar a usufruir do serviço de assistência à saúde oferecido pelo Estado, através do IPSEMG, continuem a contribuir, com um percentual descontado de seus vencimentos. Todavia, a meu aviso, afigura-se manifestamente inconstitucional o caráter compulsório desta contribuição, determinado pelo § 4º do artigo 85 da Lei Complementar nº 64/2002, que lhe confere a feição de tributo, eis que o Estado não tem competência para instituí-lo.

Ademais, a ADI nº 3.106 foi recentemente julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal que julgou parcialmente procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão "definidos no art. 79", contida no artigo 85, caput, da Lei Complementar nº 64/2002, tanto em seu texto original quanto com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 70/2003, bem como do vocábulo "compulsoriamente",

inserido no § 4º do artigo 85 da LC 64/2002 e no § 5º do artigo 85 na redação dada pela LC 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL - CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DA SAÚDE - ART. 85 DA LEI COMPLEMENTAR 64/02 - INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a cobrança, em caráter compulsório, da contribuição para custeio de saúde prevista no artigo 85, § 1º, da Lei Complementar nº 64/02 (Incid. Inconst. 1.0000.05.426852-9/000 da Corte Superior). Agravo retido não conhecido. Preliminar rejeitada. Sentença confirmada no reexame necessário". (TJMG. Apelação Cível nº 1.0024.07.757581-9/001. Rel. Des. Heloísa Combat. J. 07/10/2008).

Com efeito, demonstrada a inconstitucionalidade do caráter compulsório da contribuição à saúde, devida é a restituição do importe descontado compulsoriamente.

Nesse diapasão, com relação ao pedido de repetição dos valores indevidamente pagos a título de contribuição saúde para IPSEMG, cumpre apreciar, a priori, a extensão dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.106/MG, supra mencionada.

A este respeito, eis o entendimento doutrinário:

"Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (ex tunc) e para todos (erga omnes), desfazendo, desde a sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos ex tunc)." (MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 16ª ed. - São Paulo: Atlas, 2004, p. 646)

Assim, regra geral, declarada a inconstitucionalidade da norma pelo STF, reputar-se-ão insubsistentes os atos decorrentes de sua aplicação.

Pois bem.

O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 possibilita ao Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada de 2/3 de seus membros e em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Nestas hipóteses, pode-se fixar que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade da lei ocorra em momento distinto de seu pronunciamento pelo STF, acarretando verdadeira mitigação da solução da nulidade retroativa absoluta.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI nº 3.106/MG, não realizou a modulação dos efeitos de sua decisão, sendo vedado a este Tribunal de Justiça fazê-lo, por se tratar de competência privativa da Corte Constitucional.

Desta forma, deve ser aplicado à espécie a regra geral de insubsistência dos atos decorrentes da aplicação da lei declarada inconstitucional, o que leva ao direito de a parte ser ressarcida dos valores indevidamente pagos, em razão da compulsoriedade do pagamento da

contribuição saúde para o IPSEMG à qual foi submetida, em razão do disposto no art. 165, do Código tributário Nacional.

Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê do julgado proferido pelo eminente Ministro Luiz Fux, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, A, DA CF/1988. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. INCONSTITUCIONALIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. O recolhimento indevido de tributo enseja a sua restituição ao contribuinte, à luz do disposto no artigo 165, do Código Tributário Nacional. 2. O Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.106/MG, de relatoria do Min. Eros Grau, julgado em 14.04.2010 e no RE 573.540/MG, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 14.04.2010 (DJe 11/06/2010), concluiu pela natureza tributária da contribuição para o custeio da assistência à saúde de Minas Gerais instituída pelo artigo 85 da Lei Complementar Estadual nº 64/2002, declarando, ademais, a sua inconstitucionalidade. 3. "O fato de os contribuintes terem ou não usufruído do serviço de saúde prestado pelo Estado de Minas Gerais é irrelevante, pois tal circunstância não retira a natureza indevida da exação cobrada, segundo consignado no aresto recorrido. Nos termos do artigo 165 do CTN, o único pressuposto para a repetição do indébito é a cobrança indevida de tributo ". (REsp 1.167.786/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/06/2010, DJe 28/06/2010) 4. Precedentes: AgRg no REsp 1.186.727/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010; REsp 1.059.771/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, DJe 19/06/2009. 5. Inexiste ofensa do art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e provido." (REsp 1194981/MG. D.J. 24/08/2010)

Nesse sentido é o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CUSTEIO DA SAÚDE. LEI COMPLEMENTAR 64/2002. COMPULSORIEDADE. ILEGALIDADE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS. CORREÇÃO. APLICAÇÃO DO ART.161 §1º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. REDUÇÃO. NECESSIDADE. I - Conforme recente julgado do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional a contribuição prevista no art. 85, §1º da Lei Complementar 64/2002, ante seu caráter compulsório. II - Caracterizada a inconstitucionalidade da contribuição, a suspensão dos descontos é medida que se impõe. III - No que tange aos juros de mora, ao indébito de natureza tributária deve ser aplicado o disposto no art. 161, §1º, do CTN. IV - Quando sucumbente a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com o art. 20, §4º, observadas as alíneas do §3º. V - Quando a verba honorária é fixada em valor excessivo, sua redução é medida que se impõe. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.664972-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): ESTADO MINAS GERAIS E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): MILENA DE BRITO ALVES E OUTRO(A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. LEITE PRAÇA

No que guarda atinência ao pleito de devolução dos valores pagos a maior, o e. Superior Tribunal de Justiça recentemente se manifestou:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE. Instituto de Previdência do Servidor Estadual de Minas Gerais - IPSEMG -. VIOLAÇÃO DO ARTIGO. 535, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE TRIBUTO CUJA COMPULSORIEDADE FOI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL LOCAL E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CABIMENTO. DICÇÃO DOS ARTS. 3 E 165, I DO CTN. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (AgRg no RECURSO ESPECIAL 1.206.761 –MG)

Extrai-se do v. acórdão acima que o fato de os contribuintes terem ou não usufruído do serviço de saúde prestado pelo Estado de Minas Gerais é irrelevante, pois tal circunstância não retira a natureza indevida da exação cobrada, segundo consignado no aresto recorrido.

No mesmo diapasão decisão do Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Luiz Fux, no Agravo de Instrumento 720474, j. 13.04.2011.

Não pairam, assim, dúvidas, de que os autores não só têm o direito de não mais verem descontados os valores de seus vencimentos, na esteira da antecipação dos efeitos da tutela concedida “initio litis”, mas sim e também direito ao recebimento, corrigido, do valor que lhes foi descontado.

Para a correção dos valores a serem pagos, observar-se-á o contido no artigo 161 §1º do CTN quanto aos juros e correção monetária, posto que a discussão aqui é tributária e como tal deverá ser tratada, forte no princípio da isonomia.

Deverá se observar o marco prescricional do Dec. 20.910 de 06/01/1932 no que atine à prescrição.

O valor devido deverá ser apurado em liquidação de sentença, por arbitramento.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por Antônio Osmar Braga em face do Instituto de Previdência do Servidor Estadual de Minas Gerais - IPSEMG – para condená-lo à devolução da quantia correspondente ao percentual de 3,2% incidente sobre seus salários e cobrados por força da LC 64/02, devidamente corrigidos na forma do artigo 161 § 1º do Código Tributário Nacional, sendo que os valores deverão ser apurados em necessária liquidação de sentença, por arbitramento. Fica confirmada a decisão que antecipou os efeitos da tutela de mérito, para o fim de impedir descontos nos contracheques dos autores do desconto em tela Fixo honorários no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), na forma do artigo 20 § 4º do Código de Processo Civil.

Submeto a presente sentença ao duplo grau de jurisdição.

P.R.I.

Varginha, 04 de Outubro de 2011

José Fernando Ribeiro Carvalho Pinto

Juiz de Direito em substituição

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR Coordenação de Indexação de Acórdãos e Organização de Jurisprudência - COIND		 	
SENTENÇA			
PALAVRAS-CHAVE:	Repetição de indébito – IPTU – Imóvel situado em zona urbana – Imóvel rural – Não configuração – Critério para caracterização – Destinação econômica do imóvel – Irrelevância – Localização – Improcedência do pedido		
COMARCA:	Cambuí		
JUIZ DE DIREITO:	Patrícia Vialli Nicolini		
AUTOS DE PROCESSO Nº:	043648-1	DATA DA SENTENÇA:	02/08/2010
REQUERENTE(S):	MESSIAS ANTONIO TEIXEIRA		
REQUERIDO(S):	FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE CAMBUÍ		

SENTENÇA

VISTOS, ETC...

MESSIAS ANTÔNIO TEIXEIRA, devidamente qualificado nos autos por seu advogado, ajuizou a presente Ação Ordinária c/c Repetição de Indébito em face da FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE CAMBUÍ, alegando ser proprietário de um imóvel situado no local conhecido como Jardim Américo e que até a presente data ele mantém as suas características de imóvel rural, embora tenha sido incluído nos cadastros de IPTU e ele vem sendo cobrado do autor.

Que referido imposto não seria devido, conforme o disposto na Lei Municipal n.º. 01/2001, em face da destinação rural.

Quer ver ser declarada judicialmente a inexistência de fato gerador, bem como, que a requerida seja condenada a devolução de todo o imposto pago.

Com a inicial os documentos de fls. 07/41.

A decisão de fls. 42 designou audiência de conciliação e determinou a citação da requerida.

Realizada audiência de conciliação as partes não se compuseram.

A requerida apresentou contestação, fls. 49/57, onde alega em preliminar a falta de interesse de agir, pois deveria ter seguido o rito constante do art. 165 do CTN e prescrição dos valores pagos.

No mérito, que o imóvel do autor é servido de todas as benfeitorias urbanas e se encontra próximo a um posto de saúde. Que o fato gerador ocorreu sendo devido o imposto cobrado, em se tratando de área urbana.

Que tão somente o fato de o autor pagar ITR, pois a cobrança do IPTU não se dá sobre a área integral. Nega a ocorrência de bi-tributação.

Pugna pela improcedência e sua condenação aos ônus da sucumbência.

Com a contestação vieram os documentos essenciais.

O autor impugnou todos os termos da contestação apresentada.

O despacho de fls. 67 promoveu a conversão para o rito ordinário e determinou a especificação de provas.

Foi determinada no despacho de fls. 72 a juntada de legislação municipal e indeferida a produção das provas requeridas.

Juntada legislação municipal fls. 75/50.

O feito foi baixado em diligência às fls. 151 para a realização de auto de constatação.

Auto de constatação fls. 161, com posterior vista às partes.

Relatei.

Passo a decidir.

Cuidam os presentes autos de ação ordinária cumulada com repetição de indébito onde pretende o autor que seja declarada judicialmente a inexistência do fato gerador capaz de promover seu imóvel a devedor de IPTU, bem como a repetição dos valores devidos.

Das preliminares:

Falta de interesse de agir

Sem razão o requerido, pois, em que pese o autor não ter promovido a escolha do rito correto, nenhum prejuízo lhe adveio, pois exercitou normalmente sua defesa. Ademais, com a conversão para o rito ordinário, muito mais se afasta tal alegação em face de suas características peculiares.

Lado outro, em face do princípio da instrumentalidade das formas, somente se acatam tais alegações em face da ocorrência de efetivo prejuízo, o que não foi demonstrado nestes autos.

Preliminar que se afasta.

Prescrição

Verifico que o ajuizamento da presente ação dera-se em 01 de setembro de 2009 e que o pedido de indébito refere-se aos exercícios de 2004, 2005, 2008, estando, pois, prescrito em face do ano de 2004. Quanto aos demais, não se operara a prescrição quinquenal.

Superadas as preliminares levantadas, vou ao mérito.

Verifico que o imóvel do autor conta com quatro hectares e oitenta e quatro ares, o que equivale a 52.200 metros, sendo certo que o requerido logrou êxito em comprovar que sua tributação em face de 46.400 metros, portanto, não há que se falar em bi-tributação.

A Constituição Federal estabelece, na iniciativa de constitucionalização do Sistema Tributário Nacional, rígida repartição de competências tributárias, via da qual cada ente de direito público político recebe aptidão para instituir e cobrar determinados tributos.

Quanto à propriedade imóvel, a Constituição prevê a instituição de dois impostos, o IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano, de competência dos Municípios (artigo 156, inciso I); e o ITR - Imposto sobre a Propriedade Territorial RURAL, de competência da União (artigo 153, inciso VI).

Nos termos do artigo 146, incisos I e III da CF, cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais das ditas exações. O Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição com status de lei materialmente complementar, pelo que deve ser considerada norma geral em matéria tributária.

O art. 32, do CTN, estatui os elementos integrantes do IPTU:

“Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do IMÓVEL considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.”

Verifica-se pelo auto de constatação que o imóvel do autor se encontra sim em zona urbana, em uma avenida, e é dotado das seguintes melhorias: meio fio em toda a sua extensão, com canalização de águas, abastecimento de água pelo SAEE, iluminação pública e dista de um posto de saúde mais ou menos dois quilômetros e meio.

No que tange à sua destinação econômica, passo às seguintes considerações.

A prevalência do Decreto Lei 57/66, em face do Código Tributário Nacional não pode vingar, pois este último tem status de lei complementar. Referido decreto foi substituído pela Lei n.º. 5868/72, que teve declarada sua inconstitucionalidade através do RE93850-8-MG, Rel.Min. Moreira Alves, não podendo assim, voltar a vigor referido decreto-lei, que lhe é hierarquicamente inferior. Assim, o critério da destinação econômica não pode ser acolhido, prevalecendo a localização constante do Código Tributário.

Sobre a matéria, Hugo de Brito Machado manifestou-se da seguinte forma:

"...entendemos não ser legítima a alteração feita pelo Decreto- lei n. 57, de 18.11.1966, e pela Lei n. 5858, de 12.12.72, que modificou o mencionado decreto-lei. Em se tratando de disciplinar conflito de competência tributária, o instrumento hábil é a lei complementar. Já na vigência da Constituição anterior era assim, por força de seu art. 18, § 1o, e continua sendo assim atualmente, por força do estipulado no art. 146, inciso If da Constituição Federal de 1988. " (Curso de Direito Tributário, Malheiros, 13a Ed., pag. 285)"

Portanto, não há como ser acolhida a tese de destinação econômica do imóvel, já que ela não encontra ressonância no Código Tributário Nacional, não sendo outro o posicionamento doutrinário acerca da matéria:

"Os imóveis tributados são aqueles situados na zona urbana do Município. Para definição de zona urbana, o CTN adotou o critério geográfico. Assim, zona urbana é aquela definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de 2(dois) dos melhoramentos públicos referidos no §1º do art. 32 do CTN. A definição, por lei ordinária, de imóvel rural ou de imóvel urbano, segunda a destinação do imóvel é inconstitucional. Aliás, a se adotar o critério da destinação do imóvel impossibilitará ao Município o cumprimento de sua missão de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (art. 182 da CF), pois simplesmente desaparecerá a fronteira entre zona rural e urbana." (in Direito Financeiro e Tributário, Harada Kiyoshi, pág. 390, Atlas, 2002).

Eis o trato jurisprudencial:

IPTU - ZONA URBANA - ZONA RURAL - CRITÉRIO PARA CARACTERIZAÇÃO. O âmbito espacial de validade da norma tributária, que regula o IPTU, é a zona urbana do município, pois a distinção entre imóvel urbano e rural se faz segundo estabelece o próprio CTN, de acordo com a sua localização e não segundo a sua destinação. Número do processo: 1.0000.00.289469-9/000(1), Numeração Única: 2894699-79.2000.8.13.0000, Relator: EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, Data do Julgamento: 19/08/2002, Data da Publicação: 08/11/2002, Súmula:NEGARAM PROVIMENTO.

Com tais considerações, julgo improcedentes os pedidos constantes da inicial.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários que fixo em 10% sobre o valor da presente causa, sendo suspensa a sua exigibilidade, por estar amparado pela assistência judiciária gratuita.

P.R.I.C.

Cambuí, 2 de agosto de 2010.

Patrícia Vialli Nicolini

Juíza de Direito