



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

455
[assinatura]

1ª Câmara de Direito Público

Recurso de Agravo de Apelação Cível nº 0241798-5 (N.P.U. 0001470-26.1997.8.17.0001)

Agravante: Fazenda Pública Estadual de Pernambuco

Agravado: Menelau Comércio Ltda

Relator: Des. Erik de Sousa Dantas Simões

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO DE AGRAVO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM AFASTADA. ICMS. ISENÇÃO CONCEDIDA AO AÇÚCAR UTILIZADO PARA A FABRICAÇÃO DE RAÇÃO, POR FORÇA DO ARTIGO 9º, INCISOS XVIII "A" E XXXVIII, "C", DO DECRETO ESTADUAL Nº 5.698, DE 13/03/1979. DIREITO À REPETIÇÃO DO ICMS RECOLHIDO NA VENDA DO PRODUTO ISENTO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 188 DO STJ. RECURSO DE AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Não prospera a alegada ilegitimidade ativa da parte autora, ora agravada, porquanto os autos comprovam que não houve transferência do encargo objeto da lide, tendo a própria Purina do Nordeste autorizado a Menelau Comércio Ltda. a requerer da Fazenda Estadual o valor total do imposto destacado e recolhido, pois jamais se creditou de tais valores, uma vez que os produtos adquiridos eram isentos do imposto, por força do art. 9º, inciso XVIII, alínea "a", e inciso XXXVIII, alínea "c", do Decreto Estadual nº 5.698/79.
2. Não há controvérsia acerca da isenção concedida ao açúcar utilizado para a fabricação de ração, por força do artigo 9º, incisos XVIII "a" e XXXVIII, "c", do Decreto Estadual nº 5.698, de 13/03/1979, o que não foi contestado pelo Estado de Pernambuco, o qual se ateve, apenas, a infirmar as alegações da parte autora atinente à prova da destinação da mercadoria.
3. Com efeito, ao realizar a venda do açúcar, o agravado recolheu o valor do ICMS que deveria ser compensado com aquele devido na saída do produto final. Ocorre que a isenção outorgada pelo referido Decreto ao produto ensejou o não creditamento do imposto na saída do mesmo, restando ao recorrido o direito à repetição.
4. Restou incontroverso nos autos, por meio das Notas Fiscais e demais documentos anexados ao caderno processual, que os recolhimentos foram feitos pela Menelau Comércio Ltda, mas a compensação não se deu porque as saídas foram beneficiadas pela isenção do Imposto.

[assinatura]



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

5. Assim, cabível a condenação do Estado à repetição do indébito a título de ICMS relativo aos fatos descritos nestes autos, em valores que serão definidos em liquidação.
6. Em relação aos juros e correção monetária, atento às valiosas diretrizes trazidas pelo eminente Des. Jorge Américo, revejo meu posicionamento para aplicar os índices na forma descrita no voto-vista lançado pelo ilustre Desembargador.
7. Quanto aos juros de mora, merece destaque a Súmula nº 188, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual *“Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”*.
8. Honorários advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.
9. Recurso de Agravo desprovido.
10. Decisão Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Agravo nº 0241798-5, em que são partes as acima indicadas, acordam os Excelentíssimos Desembargadores que compõem a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Pernambuco, por unanimidade de votos, **dar parcial provimento** ao Recurso de Agravo interposto, nos termos do voto do Relator, estando tudo de acordo com as notas Taquigráficas, votos e demais peças que passam a integrar este julgado.

Recife, 10 de junho de 2014.


Des. Erik de Sousa Dantas Simões
Relator



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

497
d

1ª Câmara de Direito Público

Recurso de Agravo de Apelação Cível nº 0241798-5 (N.P.U. 0001470-26.1997.8.17.0001)

Agravante: Fazenda Pública Estadual de Pernambuco

Agravado: Menelau Comércio Ltda

Relator: Des. Erik de Sousa Dantas Simões

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Agravo interposto contra Decisão Terminativa que deu parcial provimento à apelação, para afastar a ilegitimidade ativa *ad causam* e, com fundamento no artigo 515, § 3º, do CPC, julgou procedente a ação ordinária, condenando o Estado de Pernambuco a restituir à parte autora os valores recolhidos indevidamente (fls. 469/472).

Alega o agravante que a demanda deve ser julgada improcedente porque o agravado não é titular do direito à suposta restituição, mas a Purina do Nordeste S/A, empresa a quem o mesmo vendeu suas mercadorias.

Aduz que a isenção referida na inicial foi concedida ao produto "ração". porém não restou comprovado nos autos que o açúcar vendido pelo recorrido tenha sido utilizado exclusivamente na produção de ração animal.

Sustenta, ainda, que a afirmação da Purina do Nordeste sobre não ter aproveitado os créditos relativos ao ICMS destacado indevidamente nas notas fiscais emitidas pela recorrida demonstra que, de fato, foi a Purina quem suportou inteiramente o ônus do tributo que se pretende restituir, pois o destaque em nota fiscal configura a transferência do encargo para o adquirente que, no caso, sequer aproveitou o crédito respectivo.

Argumenta, por fim, que a empresa Purina do Nordeste S/A, contribuinte de fato, de direito e beneficiária da isenção, não poderia transferir para terceiros créditos de sua titularidade.

Requer, portanto, a reforma da decisão fustigada, com o provimento do recurso de agravo interposto, para que seja mantida a sentença de primeiro grau que reconheceu a ilegitimidade ativa *ad causam*.



497

PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

Não havendo razão para o exercício do juízo de retratação e, verificada a tempestividade e o preenchimento dos demais requisitos legais, coloco o presente recurso em mesa para que seja devidamente julgado pelo Colegiado, em conformidade com os ditames legais.

É o Relatório.

Recife, 27 de maio de 2014.


Des. Erik de Sousa Dantas Simões
Relator



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

499
D

1ª Câmara de Direito Público

Recurso de Agravo de Apelação Cível nº 0241798-5 (N.P.U. 0001470-26.1997.8.17.0001)

Agravante: Fazenda Pública Estadual de Pernambuco

Agravado: Menelau Comércio Ltda

Relator: Des. Erik de Sousa Dantas Simões

VOTO

Inicialmente, não prospera a alegada ilegitimidade ativa da parte autora, ora agravada, porquanto os autos comprovam que não houve transferência do encargo objeto da lide, tendo a própria Purina do Nordeste autorizado a Menelau Comércio Ltda. a requerer da Fazenda Estadual o valor total do imposto destacado e recolhido, pois jamais se creditou de tais valores, uma vez que os produtos adquiridos eram isentos do imposto, por força do art. 9º, inciso XVIII, alínea "a", e inciso XXXVIII, alínea "c", do Decreto Estadual nº 5.698/79 (fl.13).

A ação busca a restituição de ICMS recolhido na venda de açúcar destinado à fabricação de ração, cuja saída era isenta do tributo.

Insta frisar que não há controvérsia acerca da isenção concedida ao açúcar utilizado para a fabricação de ração, por força do artigo 9º, incisos XVIII "a" e XXXVIII, "c", do Decreto Estadual nº 5.698, de 13/03/1979, o que não foi contestado pelo Estado de Pernambuco, o qual se ateve, apenas, a infirmar as alegações da parte autora atinente à prova da destinação da mercadoria.

Com efeito, ao realizar a venda do açúcar, o agravado recolheu o valor do ICMS que deveria ser compensado com aquele devido na saída do produto final. Ocorre que a isenção outorgada pelo referido Decreto ao produto ensejou o não creditamento do imposto na saída do mesmo, restando ao recorrido o direito à repetição.

Restou incontroverso nos autos, por meio das Notas Fiscais e demais documentos anexados ao caderno processual, que os recolhimentos foram feitos pela Menelau Comércio Ltda, mas a compensação não se deu porque as saídas foram beneficiadas pela isenção do Imposto.

Erik



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

Vale transcrever a conclusão do Parecer Ministerial de fls. 427/428, segundo o qual *"está devidamente provado nos autos que a autora destacou e recolheu ICMS na venda de açúcar à empresa Purina nos anos de 1980 e 1981, a qual utilizou na fabricação de rações balanceadas, cuja saída era isenta do produto. Por outro lado, dúvida alguma resta quanto ao fato de que em razão da razão balanceada gozar de isenção do ICMS a Purina não aproveitou o crédito decorrente do destaque do tributo, razão pela qual tem a autora direito à repetição do indébito. Registre, ainda, que restou atendida a exigência contida no art. 166 do Código Tributário Nacional, vez que a documentação acostada aos autos comprova que não houve transferência do encargo"*.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. ICMS. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 17% PARA 18%. COMPENSAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CREDITAMENTO. TRIBUTO INDIRETO. CTN, ART. 166. NECESSIDADE DE PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. I - E jurisprudência do STJ que a compensação, a restituição ou o creditamento de tributos indiretos, como é o caso do ICMS, exige a comprovação da ausência de repasse do encargo financeiro ao contribuinte de fato, nos termos do disposto no art. 166 do CTN. Precedentes: AgRg nos EREsp nº 728.325/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 26.05.2008; AgRg na Pet nº 6.055/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 09.06.2008; AgRg no Ag 856.006/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ de 17.12.2007; AgRg no Ag nº 910.440/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ de 21.02.2008; REsp nº 766.682/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ de 30.05.2008; AgRg no REsp nº 613.188/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ de 28.03.2005. II - Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg nos EREsp: 997244 SP 2008/0035308-6, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 11/03/2009, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/04/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES. ICMS. ARTIGO 166 DO CTN. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 18% PARA 17%. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO. TRIBUTO INDIRETO. PROVA DA NÃO-REPERCUSSÃO. NECESSIDADE. I. A compensação via creditamento de valores pagos indevidamente por tributos indiretos, a exemplo o ICMS, pela manifesta pretensão de ressarcimento, exige a prova negativa da repercussão, não obstante a inconstitucionalidade da majoração da alíquota do ICMS de 17% para 18%. 2. É cediço nesta Corte que, verbis: "Em se tratando de ação



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Salmões

declaratória, onde se busca o reembolso pela via indireta do creditamento (auto-lançamento) e não pela via direta do pagamento mediante ação de repetição de indébito, incide a norma do artigo 166, Código Tributário Nacional, segundo a qual, a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo." (AGA 437657/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 22/09/2003). 3. Embargos de declaração da Fazenda Estadual acolhidos com efeitos infringentes, para negar provimento ao próprio recurso especial. Embargos da empresa prejudicados. (STJ - EDcl no AgRg no Ag: 853712 SP 2006/0279611-7, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 05/06/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.06.2008 p. 1)

Assim, cabível a condenação do Estado à repetição do indébito a título de ICMS relativo aos fatos descritos nestes autos. em valores que serão definidos em liquidação.

Em relação aos juros e correção monetária, atento às valiosas diretrizes trazidas pelo eminente Des. Jorge Américo, revejo meu posicionamento para aplicar os índices na forma descrita no voto-vista lançado pelo ilustre Desembargador.

Desse modo, quanto à correção monetária, deverão ser aplicados os seguintes índices:

- “(a) ORTN, do efetivo pagamento indevido – nos anos de 1980 e 1981 – até 09/12/83;
- (b) UFR, de 10/12/1983 até 31/12/1989;
- (c) BTN – Fiscal de 01/01/90 até 31/01/1991;
- (d) TRD, de 01/02/91 até 27/11/91;
- (e) UFEPE, de 28/11/91 até 31/12/95;
- (f) UFIR, de 01/01/96 até 31/01/00; e
- (g) SELIC, de 01/02/00 em diante.”

Quanto aos juros de mora, merece destaque a Súmula nº 188, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”.



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Souza Dantas Simões

502

À luz de todo o exposto, voto pelo **PROVIMENTO PARCIAL** deste Recurso de Agravo, apenas para reformar a decisão agravada quanto à aplicação dos juros e da correção monetária, na forma acima estabelecida, mantendo-se a Decisão Monocrática ora hostilizada em todos os seus demais termos.

É como voto.

Recife, 10 de junho de 2014.


Des. Erik de Souza Dantas Simões
Relator



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO NA APELAÇÃO Nº 0001470-26.1997.8.17.0001 (0241798-5)

AGRAVANTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE PERNAMBUCO

PROCURADOR: FERNANDA CONÇALVES BRAGA

AGRAVADO: MENELAU COMÉRCIO LTDA

ADVOGADO: JAIME PIRES DE MENEZES (OAB/PE 002917)

RELATOR: DES. ERIK DE SOUSA DANTAS SIMÕES

VOTO-VISTA

1. Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira (Vogal): Cuida-se de AGRAVO interposto contra decisão que deu provimento monocrático (art. 557, §1º-A, do CPC) à apelação manejada por MENELAU COMÉRCIO LTDA em face de sentença terminativa (art. 267, VI, do CPC) prolatada pela 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital e, no exercício da competência outorgada pelo artigo 515, §3º, do Código de Processo Civil, julgou procedente a pretensão do apelante à repetição do indébito tributário decorrente do recolhimento antecipado do ICMS incidente sobre o açúcar vendido à empresa Purina do Nordeste S/A para fabricação de ração balanceada, produto este beneficiado por isenção prevista no artigo 9º, inciso XVIII, alínea "a", e inciso XXXVIII, alínea "c", do Decreto Estadual nº 5.698/79.

2. O agravante suscita a ilegitimidade do apelante/agravado para pleitear a restituição do tributo antecipado, ao argumento de que não restou demonstrada a utilização do açúcar na fabricação de ração, tampouco a não transferência do encargo financeiro para o adquirente. Sustenta, ademais, que a Purina do Nordeste S/A, contribuinte de fato e beneficiária da isenção, não poderia transferir o seu crédito tributário ao apelante/agravado por mera declaração de não creditamento.

Feita essa breve contextualização, passo a expô as razões de meu voto.

504

3. Quanto ao mérito recursal, acompanho o posicionamento adotado pela relatoria.

A não-repercussão foi satisfatoriamente demonstrada com a juntada de declaração da adquirente - Purina do Nordeste S/A - de que não se creditou do ICMS antecipado pelo apelante/agravado, uma vez que o açúcar dele adquirido foi utilizado na fabricação de ração balanceada, produto cuja operação de venda é favorecida por isenção tributária, nos termos do artigo 9º, inciso XVIII, alínea "a", e inciso XXXVIII, alínea "c", do Decreto Estadual nº 5.698/79.

Entendo, pois, satisfeita a exigência do artigo 166 do Código Tributário Nacional e devida, por consequência, a restituição do tributo recolhido indevidamente.

4. Peço vênia, no entanto, para divergir quanto à fixação dos consectários legais.

A relatoria, ao prover monocraticamente o apelo do ora agravado, decidiu pela incidência do IGPM como índice de atualização monetária do indébito repetido, a partir do efetivo recolhimento, bem como pela aplicação de juros moratórios à razão de 1% (um por cento) ao mês, a contar do trânsito em julgado.

Com todo respeito, entendo que tais cominações destoam da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar ação direta de inconstitucionalidade voltada contra o artigo 100, §12, da Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 62/09, afirmou o seguinte posicionamento:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE "SUPERPREFERÊNCIA" A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM





PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE.

(...)

5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).

506

6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão "independentemente de sua natureza", contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.

(...)

9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte.

(ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, já havia decidido, antes mesmo da referida declaração de inconstitucionalidade, que "os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente" (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12).

Cumpra a este colegiado, portanto, à luz dos referidos precedentes jurisprudenciais, perquirir quais os índices de correção monetária e juros de mora aplicáveis à condenação da Fazenda Pública Estadual na hipótese de repetição do indébito tributário.





PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

4.1. Quanto aos critérios de correção monetária do indébito tributário, a resposta é encontrada na legislação estadual que rege o procedimento administrativo-fiscal.

Nesse passo, é preciso atentar que os pagamentos indevidos remontam aos anos de 1980 e 1981, mostrando-se imprescindível a rememoração das sucessivas alterações legislativas ocorridas ao longo do tempo.

Atualmente, o procedimento administrativo-tributário encontra-se disciplinado, no âmbito do Estado de Pernambuco, pela Lei nº 10.654, de 27 de novembro de 1991. O referido diploma, em seus artigos 50, 86 e 87, com a redação alterada pelo art. 1º da Lei nº 12.970, de 26 de dezembro de 2005, dispõe sobre a correção monetária do indébito tributário, nos seguintes termos:

Art. 50. Relativamente às quantias restituídas, na forma prevista nesta Seção:

I - até 31 de janeiro de 2000, serão corrigidas de acordo com os mesmos índices exigidos para atualização dos tributos e a respectiva aplicação dos juros não-capitalizáveis ocorrerá a partir da data em que transitar em julgado a decisão definitiva que determinar a restituição, observado o disposto nos artigos 86 a 90;

II - a partir de 01 de fevereiro de 2000, estarão sujeitas à aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, fixada para os títulos federais, nela computada a respectiva atualização.

Parágrafo único. A atualização das quantias restituídas e a respectiva aplicação dos juros, conforme previstas no "caput", são atribuições do órgão fazendário que reconheça definitivamente o direito do contribuinte à restituição.

(...)

108

Art. 86. O valor dos tributos estaduais e das respectivas penalidades será atualizado monetariamente a partir do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador ou do vencimento do prazo de recolhimento, conforme dispuser decreto do Poder Executivo.

§ 1º Relativamente à atualização referida neste artigo:

I – até 31 de janeiro de 2000, será calculada pelo funcionário fazendário competente, com base na UFEPE;

II – a partir de 01 de fevereiro de 2000, com a adoção da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, fixada para os títulos federais, estará computada na mencionada taxa.

§ 2º Os prazos para pagamento de tributos fixados na legislação fiscal serão somente considerados para efeito do respectivo recolhimento, sem a incidência de penalidade.

Art. 87. Até a termo Inicial da aplicação da Lei nº 10.402, de 29 de dezembro de 1989, bem como da norma prevista no artigo anterior, os débitos tributários serão corrigidos com base no artigo 6º, da Lei nº 9.402, de 23 de dezembro de 1983 e respectiva regulamentação.

Observa-se, pois, que a legislação estadual preconiza a adoção dos índices de correção monetária vigentes em cada período, em respeito à regra de direito intertemporal segundo a qual *tempus regit actum*.

O primeiro diploma legal a reger a matéria no período investigado foi a Lei Estadual nº 7.123, de 21 de junho de 1976, que em seus artigos 25, §1º, e 52, dispunha que as quantias a restituir seriam acrescidas de correção monetária, efetuada semestralmente de acordo com os índices estabelecidos pelo Governo Federal.

Cabe anotar, nesse ponto, que ao tempo em que vigorava o aludido diploma legal, segundo a jurisprudência do STJ, aplicava-se à repetição de indébito tributário pela Fazenda Nacional a variação da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional – ORTN – como índice de correção monetária (REsp 1110310/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011).

Posteriormente, o indigitado critério de correção monetária foi substituído, no Estado de Pernambuco, pela Unidade de Referência Fiscal (URF), por força da Lei



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

Estadual nº 9.402, de 8 de dezembro de 1983, e decretos que a regulamentaram.

Em sucessivo, a Lei Estadual nº 10.402, de 29 de dezembro de 1989, regulamentada pelo Decreto nº 14.176, editado na mesma data, adotou o índice de variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN-Fiscal), instituído pela Lei Federal nº 7.799, de 10 de julho de 1989, como critério de atualização monetária dos tributos estaduais.

Com a extinção do BTN-Fiscal pela Medida Provisória nº 294, de 31 de janeiro de 1991, foi editado o Decreto Estadual nº 14.823, de 21 de fevereiro de 1991, prevendo a adoção da Taxa Referencial Diária (TRD), divulgada pelo Banco Central do Brasil, como índice substitutivo a partir de 1º de fevereiro daquele ano.

Com a superveniência da Lei Estadual nº 10.654, de 27 de novembro de 1991, já mencionada, a repetição do indébito tributário passou a ser atualizada monetariamente com base na Unidade Fiscal do Estado de Pernambuco (UFEPE), conforme a redação originária de seus artigos 50 e 86, §1º.

Poucos anos após, a UFEPE foi substituída pela Unidade Fiscal de Referência (UFIR), criada pela Lei Federal nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, por expressa disposição do artigo 1º da Lei Estadual nº 11.320, de 29 de dezembro de 1995.

Por fim, foi editada a Lei Complementar Estadual nº 26, de 26 de novembro de 1999, que alterou a redação do parágrafo único do artigo 14 da Lei Estadual nº 11.514, de 29 de dezembro de 1987, para adotar a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), fixada para os títulos federais, como índice de atualização monetária dos débitos tributários estaduais.

Cumprasse assinalar, entretanto, que apenas a partir de 1º de fevereiro de 2000, a SELIC foi efetivamente adotada no Estado de Pernambuco, conforme disposto no Decreto Estadual nº 21.887, de 30 de novembro de 1999, vigorando desde

7

510
W

então como critério de atualização monetária dos débitos tributários estaduais. Não por outra razão, as redações dos artigos 50 e 86 da multicitada Lei nº 10.654/91 foi alterada pela Lei nº 12.970/05, para adequá-las aos novos parâmetros.

Assim, em conclusão, tem-se que os índices aplicáveis à correção monetária dos valores a restituir, no caso sob exame, são os seguintes:

- (a) ORTN, do efetivo pagamento indevido - nos anos de 1980 e 1981 - até 09/12/83;
- (b) URF, de 10/12/83 até 31/12/89;
- (c) BTN-Fiscal, de 01/01/90 até 31/01/91;
- (d) TRD, de 01/02/91 até 27/11/91;
- (e) UFEPE, de 28/11/91 até 31/12/95;
- (f) UFIR, de 01/01/96 até 31/01/00; e
- (g) SELIC, de 01/02/00 em diante.

4.2. Quanto aos juros de mora, é assente o entendimento de que, na repetição do indébito tributário, são eles devidos a partir do trânsito em julgado da condenação da Fazenda Pública (Súmula nº 188 do STJ), fato esse ainda não ocorrido.

A legislação estadual prevê, atualmente, a aplicação da SELIC como taxa de juros moratórios e índice de correção monetária, nos termos da Lei Complementar Estadual nº 26/99, do Decreto Estadual nº 21.887/99 e da Lei Estadual nº 10.654/91, com a redação alterada pela Lei Estadual nº 12.970/05, já mencionados no tópico antecedente.

Anote-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à impossibilidade de cumulação da SELIC com qualquer outro índice de correção monetária ou de juros moratórios (REsp 1111175 SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2009, DJe 01/07/2009).

Descabe, pois, fixar juros de mora à razão de 1% (um por cento) no caso sob exame, como fez a decisão agravada.





PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

5. Por todo o exposto, peço vênica ao relator para dele divergir em parte e votar pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente agravo, em ordem a reformar a decisão agravada no capítulo que trata dos consectários legais (correção monetária e juros de mora), fixando-os nos termos indicados nas razões acima deduzidas.

Recife, 3. JUNHO, 2014

Jorge Américo P. de Lira
Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
Vogal