



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 359.399 - DF (2013/0193571-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **ROBERTO CERVellini REVESTIMENTOS LTDA**
ADVOGADOS : **LUIZ PAULO JORGE GOMES - SP188761**
 THIAGO BOSCOLI FERREIRA E OUTRO(S) - SP230421
 JOSÉ MAURO DE OLIVEIRA JÚNIOR - SP247200
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E**
 TERRITÓRIOS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. REMISSÃO. NÃO RECONHECIMENTO DO DIREITO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280 DO STF.

1. À luz da Súmula 280 do STF, este Tribunal Superior não conhece de recurso especial quando a revisão do acórdão recorrido depender da interpretação de lei local.

2. Hipótese em que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu pelo não reconhecimento da remissão de créditos de ICMS, ao fundamento de que "o convênio ICMS 86/11 (...) concedeu remissão dos créditos tributários suspensos ao final do prazo de suspensão, ou seja, após 31.12.2013, para os fatos geradores ocorridos até 31.12.2008. (...) Conquanto suspenso o crédito tributário até 31.12.2013, a suspensão não impede a constituição da diferença apurada em decorrência do regime normal e o disciplinado na revogada L. 2.381/99, desde que não ultrapassado o prazo decadencial previsto para o lançamento. (...) Logo, durante o prazo de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previsto na L. 4.732/11, e enquanto não ocorre a remissão, é possível a constituição da diferença do crédito tributário apurada em decorrência do regime normal e o disciplinado na revogada L. 2.381/99, desde que não decorrido o prazo decadencial".

3. Nesse contexto, inafastável o óbice da Súmula 280 do STF, porquanto não basta à solução da controvérsia o registro do acórdão recorrido a respeito da remissão tributária; antes, seria necessária a própria interpretação da legislação local para o fim de revisar a conclusão do acórdão impugnado, o que não é adequado em recurso especial.

4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Regina Helena Costa.

Brasília, 1º de março de 2018 (Data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 359.399 - DF (2013/0193571-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno de ROBERTO CERVELLINI REVESTIMENTOS LTDA. contra decisão em que conheci do agravo para não conhecer do seu recurso especial no qual sustenta a inadequação da ação civil pública para a anulação do Termo de Acordo em Regime Especial – TARE, bem como a perda superveniente do interesse de agir, tendo em vista a remissão dos créditos tributários de ICMS não recolhidos pelo regime normal de apuração, conforme autorização do Convênio CONFAZ/ICMS n. 86/2011.

A agravante sustenta, em síntese, que "está claro que a pretensão do agravado perdeu seu objeto (perda do interesse processual), desta vez por superveniente argumento, qual seja, a configuração da extinção do crédito por meio da remissão concedida pelo Convênio ICMS n. 86/2011 ratificado pela Lei Distrital n. 4.732/2011, a qual concedeu remissão ao crédito tributário aqui exigido" (e-STJ fl. 978).

Impugnação apresentada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL (e-STJ fls. 981/982).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 359.399 - DF (2013/0193571-0)

VOTO

O EXMO. SR.MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Como assinalado na decisão agravada, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ).

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem entendeu que a remissão da Lei n. 4.732/2011 não prejudicaria a constituição do crédito tributário durante o prazo de suspensão da sua exigibilidade, desde que ele fosse constituído dentro do prazo decadencial. Vejamos, no que interessa, o que está consignado no voto condutor do acórdão recorrido:

É atribuição do Ministério Público, conferida pela Constituição, promover ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF).

Recentemente, em 12.8.2010, pondo fim à discussão sobre a legitimidade ativa, o c. STF, julgou o RE 576.155/DF e deu provimento ao recurso do Ministério Público do Distrito Federal, considerando que esse detém legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública visando à declaração de nulidade de “*Termo de Acordo de Regime Especial – TARE*”, firmado entre o Distrito Federal e diversos contribuintes do ICMS na capital.

[...]

Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.

O objeto da ação é a anulação do acordo denominado TARE n. 44/2005 e o conseqüente ressarcimento ao erário, em razão da ilegalidade do ato administrativo.

O acordo firmado entre os apelantes, que estabeleceu a apuração do ICMS por regime especial, foi revogado pela L. 4.100, de 29.2.08, que extinguiu todos os termos de acordo firmados com base na L. 2.381/99.

A revogação dos termos de acordo pela L. 4.100/08 não implicou na perda do objeto da presente ação porque com ela se pretende a nulidade do ato, o que importa em efeitos *ex tunc* e confere ao fisco a possibilidade de cobrar a diferença entre o ICMS pago e o que deveria ter sido recolhido, diferentemente da revogação, com efeitos *ex nunc*.

Não obstante, em 30.9.2011, foi firmado pelo CONFAZ o convênio ICMS 86/11, mediante o qual foi suspensa a exigibilidade do crédito tributário de ICMS decorrente da diferença entre o regime normal de apuração e o regime de apuração instituído pela revogada L. 2.381/99.

O convênio prevê a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos até 31.12.2008, até 31.12.2013.

Além disso, referido convênio concedeu remissão dos créditos tributários suspensos ao final do prazo de suspensão, ou seja, após 31.12.2013, para os fatos geradores ocorridos até 31.12.2008.

E a Lei Distrital 4.732/11, de 29.12.12, homologou o convênio ICMS 86/11 e ratificou todos os seus termos.

Conquanto suspenso o crédito tributário até 31.12.2013, a suspensão não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impede a constituição da diferença apurada em decorrência do regime normal e o disciplinado na revogada L. 2.381/99, desde que não ultrapassado o prazo decadencial previsto para o lançamento.

Segundo art. 150, § 4º, do CTN, o fisco tem cinco anos, a contar da data do fato gerador, para promover a homologação do crédito tributário que o sujeito passivo pagou antecipadamente, ou cobrar a diferença, pena de tornar-se definitivo o crédito e extinta a obrigação tributária.

A suspensão - fato temporário e circunstancial - impede apenas a cobrança do tributo. Não impede a constituição do crédito mediante o lançamento desse.

Logo, durante o prazo de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previsto na L. 4.732/11, e enquanto não ocorre a remissão, é possível a constituição da diferença do crédito tributário apurada em decorrência do regime normal e o disciplinado na revogada L. 2.381/99, desde que não decorrido o prazo decadencial.

Rejeito a preliminar de perda do objeto.

Descabido o pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental da L. 4.732/11 e do convênio CONFAZ n. 86/2011 feito pelo Ministério Público, ainda que, referidas normas tenham sido editadas no decorrer da ação.

O pedido deve ser deduzido na via própria, por meio de ação direta ou, de forma incidental, na inicial ou como matéria de defesa. Não se admite inovação na fase recursal, pena de supressão de instância.

Os apelantes sustentam que inadequada a via eleita porque: a presente ação civil pública busca, na verdade, declaração de inconstitucionalidade de lei distrital (2.381/99), os beneficiários da decisão podem ser identificados, e, não há, na hipótese, direito difuso a ser resguardado a legitimar a atuação do Ministério Público.

A leitura da inicial revela que não foi requerida a declaração de inconstitucionalidade de lei distrital, seja como pedido ou causa de pedir.

A ação civil pública, na hipótese, não é usada como substitutivo de ação direta de inconstitucionalidade de lei distrital, já que a inconstitucionalidade do ato normativo não é objeto do pedido, e sim a anulação do termo de acordo. Frise-se: o objeto da lide é anular o “tare” e não declarar a inconstitucionalidade da lei distrital.

A declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade, na hipótese, por configurar simples prejudicial da postulação principal, pode ser declarada em ação civil pública. Trata-se de controle difuso, desempenhado pelos diversos órgãos jurisdicionais no âmbito das competências que lhe são conferidas constitucionalmente.

[...]

E o efeito *erga omnes* da sentença na ação civil pública (art. 16, da L. 7.347/85), não impede a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade no bojo dessa ação. **É que a sentença, ainda que proferida nessa ação, sujeita-se aos limites subjetivos da coisa julgada, vinculando apenas as partes da respectiva relação processual (CPC, art. 472).**

Rejeito a preliminar de inadequação da via eleita.

O interesse de agir surge da eventual possibilidade de dano ao patrimônio público e da disputa fiscal entre os Estados, devido a tributação com alíquotas diferenciadas instituída com o regime especial.

Eventual prejuízo causado ao erário, com a redução das alíquotas do ICMS, por dizer respeito ao patrimônio público, legitima a atuação do *Parquet*, mediante ação civil pública, posto que o interesse tutelado interessa à toda coletividade.

Rejeito a preliminar de falta de interesse de agir.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Postula o autor a anulação do termo de acordo de regime especial, com o qual se alterou o cálculo do ICMS devido pela segunda ré, fixando-se alíquotas distintas daquelas estipuladas na Resolução nº 22, do Senado Federal, recolhendo-se, em consequência, imposto com alíquotas que variam de 2,5% a 4% nas saídas interestaduais, e de 1% a 4,5%, nas saídas internas.

A ADIN nº 2.440, em que se discute a constitucionalidade do Tare, foi julgada prejudicada por perda superveniente do objeto, nos seguintes termos:

“Bem examinados os autos, constato que a presente ação direta de inconstitucionalidade perdeu o seu objeto ante a revogação dos atos normativos impugnados.” (17.3.2008. Ministro Ricardo Lewandowski).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal anulou o termo de acordo de regime especial instituído pelo Distrito Federal na ACO 541-1, em que, segundo o relator, eminente Ministro Gilmar Mendes, “além de prever hipótese ficta de incidência do ICMS, previu receita indevida ao Distrito Federal, através do recolhimento do tributo sem correspondente fato impositivo real, prejudicando a incidência dos impostos aos Estados remetentes e destinatários do imposto” (ACO 541-1/DF, Pleno, DJ 30-06-2006).

O Decreto Distrital 20.322/99 regulamentou a L. Distrital 2.381/99 e possibilitou ao comércio atacadista ou distribuidor do DF abater, a título de montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores, incidente sobre a saída de mercadorias, o equivalente a alíquotas variáveis.

Contudo, a Constituição Federal atribui ao Senado Federal competência para, por meio de resolução, estabelecer as alíquotas do ICMS, cabendo à lei complementar regulamentar os benefícios e as isenções fiscais (art. 155, IV e XII, “g”).

E a LC 24/75 estipula que as isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal (art. 1º). Nota-se que a L. Distrital 2.381/99, que alterou o regulamento do ICMS do DF, ao conceder ao contribuinte a opção pelo abatimento de percentagem fixa de ICMS, a título do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores, para que, ao final do período, fosse feito o ajuste com base na escrituração regular do contribuinte, concedeu crédito presumido de ICMS na operação anterior e possibilitou o recolhimento de quantia menor que a devida.

Permite, referida lei, o cálculo do imposto com alíquotas diferenciadas, diversas das alíquotas efetivadas em cada operação de circulação da mercadoria.

A redução do tributo importa em conceder benefício fiscal, que, na hipótese, tratando-se de ICMS, necessita de prévia deliberação conjunta dos estados e do DF, consoante art. 155, § 2º, XII, g, da CF, o que não ocorreu na espécie.

Decidiu, a propósito, o col. STF:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.004, DE 14 DE ABRIL DE 1998, DO ESTADO DE ALAGOAS. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS PARA O SETOR SUCRO-ALCOOLEIRO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Ato normativo que, instituindo benefícios de ICMS sem a prévia e necessária edição de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, como expressamente revelado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, contraria o disposto no mencionado dispositivo constitucional.

Ação julgada procedente.”

(STF, ADIN nº 2458/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 16.5.2003, p. 90).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A disciplina que faz o art. 155, § 2º, XII, g, da CF, visa manter o equilíbrio econômico nas relações entre os estados, evitando que os estados criem benefícios para atrair empreendimentos para o seu território e que importariam em perda de receita em outros estados.

A LC 24/75, ao regulamentar esse artigo, impõe a necessidade de celebrar convênio entre o Distrito Federal e os Estados para a concessão de isenções sobre o ICMS, o que se estende a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiros-fiscais, que resultem em redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus (art. 1º, § único, inciso III).

Além disso, segundo o art. 150, § 6º, da CF, a concessão de isenção de imposto somente poderá ser instituída por meio de lei específica e que regule exclusivamente a matéria tratada.

A exigência constitucional de convênio interestadual alcança a concessão de crédito presumido (CF, art. 155, § 2º, VI, e XII, g).

A Suprema Corte, no julgamento da ACO 541-1/DF, apreciando a questão, decidiu que acordos de concessão de benefícios fiscais, devem ser celebrados na forma estabelecida na referida LC 24/75.

[...]

O Distrito Federal, ao instituir nova forma de cálculo do ICMS por decreto, afrontou, pois, o disposto no art. 155, § 2º, inciso V, “a” e “b”, da CF, segundo o qual compete ao Senado Federal, por resolução, disciplinar as alíquotas do ICMS.

A LC 87/96, atendendo ao princípio constitucional da não-cumulatividade, previu sistema de compensação na apuração do ICMS, permitindo que a lei estadual estabeleça que o imposto seja pago em parcelas periódicas e por estimativa, para certo período, desde que, ao fim do período, seja feito o ajuste com base na escrituração regular do contribuinte, que pagará a diferença apurada, se positiva e, caso contrário, a diferença será compensada com o pagamento referente aos períodos seguintes (arts. 19 e 26, III, § 1º).

Ocorre que, ao que consta, depois de um ano de vigência do termo, o Senhor Subsecretário da Receita do DF não cumpriu a exigência de ajuste final com base na escrituração fiscal regular do contribuinte.

O regime especial estipulado permite que a empresa signatária deixe de fazer o necessário ajuste final, alterando o regime de compensação. Mais uma vez, institui-se benefício fiscal.

O acordo firmado, denominado *tare*, não atende, pois, a preceitos constitucionais a que submetida a concessão de benefícios e incentivos fiscais.

Enseja dano ao erário público, pois diminui a arrecadação, fato que tem que ser compensado com a majoração da carga tributária, onerando, ao final, os contribuintes do DF.

Constitui ainda afronta aos princípios da livre concorrência e do pacto federativo, vez que as empresas que receberam o incentivo obtêm privilégios em detrimento das outras que não o receberam, comprometendo o equilíbrio da ordem econômica no âmbito local e das relações econômicas interestaduais.

Nego provimento aos recursos.

Nos embargos de declaração, a sociedade empresária pediu integração quanto à inadequação da via eleita e à inexistência de prejuízo ao erário, contudo o órgão judicial os rejeitou, sem acréscimo de fundamentação (e-STJ fls. 597/606).

Pois bem.

Como se observa, inafastável o óbice da Súmula 280 do STF, porquanto não basta à solução da controvérsia o registro do acórdão recorrido a respeito da remissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tributária. Antes, seria necessária a própria interpretação da legislação local para o fim de revisar a conclusão do acórdão recorrido, o que não é adequado em recurso especial, nos termos da Súmula 280 do STF.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0193571-0

AgInt no
AREsp 359.399 / DF

Números Origem: 00445717720068070001 20060110445717 20060110445717AGS 201301935710
445717720068070001

PAUTA: 01/03/2018

JULGADO: 01/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITO BELLO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ROBERTO CERVELLINI REVESTIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : LUIZ PAULO JORGE GOMES - SP188761
THIAGO BOSCOLI FERREIRA E OUTRO(S) - SP230421
JOSÉ MAURO DE OLIVEIRA JÚNIOR - SP247200
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ROBERTO CERVELLINI REVESTIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : LUIZ PAULO JORGE GOMES - SP188761
THIAGO BOSCOLI FERREIRA E OUTRO(S) - SP230421
JOSÉ MAURO DE OLIVEIRA JÚNIOR - SP247200
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Regina Helena Costa.