



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000157116

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007772-55.2017.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado AUFÍ VEÍCULO E MÁQUINAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO E CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 9 de março de 2018.

Oswaldo Luiz Palu
Relator
Assinatura Eletrônica

VOTO N.º 22652

APELAÇÃO nº 1007772-55.2017.8.26.0566

COMARCA : SÃO CARLOS

APELANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADA : AUFI VEÍCULOS E MÁQUINAS LTDA

MMª. Juíza de 1ª Instância: Gabriela Müller Carioba Attanasio

APELAÇÃO. Ação declaratória c.c. pedido de restituição/apropriação de créditos. ICMS. Substituição tributária 'para frente' ou progressiva. Pretensa restituição dos valores pagos a maior a título de ICMS, por meio de creditamento na escrita fiscal, ante a verificação da venda final da mercadoria (veículos novos) em importância inferior à da base de cálculo presumida, afastando-se a restrição da legislação de regência do Estado de São Paulo, que autoriza a restituição vindicada apenas nos casos em que a base de cálculo presumida é estabelecida por autoridade competente. **Sentença de primeiro grau que julgou procedentes os pedidos.**

1. ICMS. Substituição tributária 'para frente' ou progressiva. Artigo 150, § 7º, do Diploma Maior. Pagamento a maior decorrente da venda final da mercadoria em importe inferior ao da base de cálculo presumida adotada para fins de viabilização da indigitada sistemática de recolhimento. Pretensa restituição dos referidos valores pagos a maior a título de ICMS, por meio de creditamento na escrita fiscal, afastando-se a restrição da legislação de regência do Estado de São Paulo, que autoriza a restituição vindicada apenas nos casos em que a base de cálculo presumida é estabelecida por autoridade competente.

Admissibilidade da pretensão. Incidência, no caso, do novo entendimento firmado no C. STF sobre o tema, notadamente por ocasião do recente julgamento do RE nº 593.849/MG (**Tema 201**), submetido à sistemática da repercussão geral. Julgado do STF que determinou o creditamento apenas a partir da distribuição desta ação (modulação) e não fatos pretéritos a ela. **Fatos futuros abrangidos, com a possibilidade, óbvia, de que o Fisco do Estado acompanhe e fiscalize a exatidão do que for creditado pela autora no ICMS-ST.**

2. Restituição que deve ser realizada por meio de creditamento no livro de apuração do ICMS da requerente, consoante os termos do artigo 270, inciso I, do RICMS/00, ressalvando-se a prerrogativa da Administração Tributária de proceder a fiscalização do referido procedimento.

3. Critério de cálculo da correção monetária e juros de mora. Lei 11.960/09. Colendo STF que julgou em 20.09.2017 o Tema

810 (RE 870.947/SE) que trata da validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública. No tocante às relações jurídicas tributárias, o julgado é claro no sentido de que devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput).

Repetição de indébito que deve ser atualizada mediante a incidência de juros de mora pela taxa Selic, que é o indexador utilizado pela Fazenda Pública Estadual na hipótese de pagamento de seus tributos em atraso, à luz do artigo 1º, da Lei Estadual nº 10.175/1998, com termo inicial dos juros a partir do trânsito em julgado, em conformidade com o art. 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e com a Súmula 188 do E. STJ.

Incidência de correção monetária calculada pela Tabela Prática do TJSP (que adota o IPCA-E) desde cada recolhimento indevido após a citação havida nos autos, até o início da contagem dos juros, momento a partir do qual só incidirá a SELIC. Compatibilização dos diferentes termos iniciais de incidência dos consectários legais. Precedente da C. Câmara.

4. Sentença mantida, com observações, majorada a honorária na forma do artigo 85, § 11, da lei adjetiva de 2015. Recurso não provido.

I – RELATÓRIO

Cuida-se de **recurso de apelação** interposto em confronto à r.sentença de **fls. 665/668, cujo relatório se adota**, que, nos autos da ação declaratória c.c. repetição de indébito movida por **AUFI VEÍCULOS E MÁQUINAS LTDA** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, julgou procedentes os pedidos** para garantir à autora, a partir da data do julgamento pelo Pretório Excelso do RE nº 593.849/MG, ou seja, após 20.10.2016, o direito à restituição e/ou compensação do ICMS pago a maior em regime de

substituição tributária 'para frente', autorizando-a a efetivá-lo administrativamente, por meio de crédito em sua escrita fiscal, sempre que comprovado o excesso de tributação, isto é, sempre que a base de cálculo presumida for superior ao valor real da venda do produto por ela realizado, sendo que os recolhimentos indevidos, feitos a maior, até a data da prolação da sentença, deverão ser corrigidos desde a data do recolhimento a maior, na forma da Lei nº 11.960/09, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado, nos termos do artigo 167, do Código Tributário Nacional. Em razão da sucumbência, ficou condenada a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** ao pagamento das custas judiciais e despesas processuais em reembolso, bem como honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) a incidir sobre o valor dado à causa.

Inconformada, apela a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO (fls. 674/689), e alega, preliminarmente, que a r.setença de primeiro grau deve ser anulada, porquanto violado seu direito de defesa, na medida em que mister à solução da lide a produção de prova pericial tendente à verificar se, de fato, há diferença entre o valor da base de cálculo presumida e o real valor de venda dos bens comercializados pela

requerente. No que atina ao tema de fundo, preconiza o ente requerido que a decisão proferida nos autos do RE nº 593.849/MG não se aplica aos fatos imponíveis objeto da lide, sendo certo, outrossim, que a questão decidida pela Corte Suprema girou em torno de legislação do Estado de Minas Gerais. Requer a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, assim, o provimento do apelo, de sorte seja anulada a r.sentença de primeiro grau e determinada a produção de prova pericial, ou a fim de que seja revertida a decisão de mérito, julgando-se improcedente a demanda. Caso mantido o r.julgado singular, pugna o ente requerido seja repelida a possibilidade de compensação por meio de crédito em escrita fiscal dos valores ditos pagos a maior.

Recurso tempestivo e isento de preparo, que fica recebido no duplo efeito legal. Contrarrazões da empresa autora a **fls. 696/701. É o relatório.**

II – FUNDAMENTO E VOTO

1. **Deve ser mantida incólume a r. sentença de primeiro grau, com observações.**

2. **AUFI VEÍCULOS E MÁQUINAS LTDA** ingressou para com a presente ação declaratória c.c. repetição de indébito em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** alegando (**fls. 01/09**), primeiramente, que é uma empresa que tem por objeto social o comércio de veículos novos e usados, peças e acessórios, derivados de petróleo e correlatos, a prestação de serviços de assistência técnica, consertos, reparos e afins, e a intermediação de venda de veículos, sendo certo que, diante das referidas atividades que pratica, é sujeito passivo da obrigação tributária relativa ao ICMS. Nesse diapasão, consignou a sociedade requerente que, no que toca à venda de veículos novos, o recolhimento do ICMS se dá pela sistemática da substituição tributária 'para frente' ou progressiva, figurando a requerente na qualidade de substituída, conquanto a retenção antecipada do gravame estadual é realizada pela empresa fabricante dos veículos. Ocorre que, consoante preconiza a requerente, o recolhimento do ICMS por meio da indigitada sistemática da substituição tributária 'para frente' vem se dando a maior, uma vez que a venda final dos veículos novos se efetiva por valor inferior aquele adotado como base de cálculo presumida para fins de efetivação da sistemática de tributação de que se trata. No entanto,

na forma como assevera a autora, não obstante o sobredito flagrante recolhimento a maior de ICMS, não logra reaver os valores indevidamente recolhidos, em especial considerando-se que a Lei Estadual nº 6.374/89, no § 3º, do artigo 66-B, limita a repetição de valores pagos a maior a título de ICMS em regime de substituição tributária progressiva apenas nas hipóteses em que a base de cálculo presumida é fixada por autoridade competente, o que não ocorre com os veículos novos. Todavia, consoante argumenta a requerente, tal limitação cai por terra diante do novo entendimento do Pretório Excelso firmado quando do julgamento do RE nº 593.849/MG, por meio do qual assentado que o contribuinte substituído terá garantido o direito à restituição do ICMS pago a maior em regime de substituição tributária progressiva sempre que a venda final se efetivar por importe inferior ao da base de cálculo presumida. Assim, diante desse novo cenário, justificou a requerente a intervenção perante o Judiciário por meio da presente ação, tendo pugnado, no que interessa, 'in verbis' **(fls. 09 – grifos originais):**

“b) Que determine a citação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, na pessoa de seu representante legal para que, querendo e no prazo, conteste a presente ação, a

qual, no final, deverá ser julgada procedente para o fim de ser reconhecido/declarado o direito da autora de lançar em sua escrita contábil e utilizar-se do crédito fiscal decorrente da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação de venda de veículos novos for inferior à presumida, no total de R\$90.610,80, consoante demonstrativo incluso (apurado entre 20/10/2016 a 30/06/2017), bem assim os valores pertinentes aos créditos que forem apurados no decorrer da presente ação, tudo devidamente acrescido de correção monetária (inclusive a aplicação da Taxa Selic ou outro índice a ser indicado por Vossa Excelência, conforme itens 28 e 29), convertendo-se em caráter definitivo, eventual tutela provisória concedida (...)”

3. Objecção. Nulidade da r.sentença de primeiro grau por cerceamento de defesa. Não há se falar, com todo o respeito ao quanto argumenta a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, em nulidade da r.sentença vergastada ante a ocorrência de suposta violação ao seu direito de defesa.

3.1. Nesse sentido, prescindível para a solução da ação em tela a produção de prova pericial, a uma considerando-se a natureza declaratória do pleito principal, e a duas levando-se em conta que, do cotejo da prova documental coligida pela requerente a **fls. 27/436**, possível aferir-se a dita existência da diferença entre o valor adotado como base de cálculo para fins de recolhimento do ICMS pelo regime de substituição tributária 'para frente' em operações de venda de veículos novos, e o valor efetivo da venda final ao consumidor.

Desse modo, fica repelida a objeção processual ventilada pela **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**.

4. Mérito. Consiste a substituição tributária 'para frente', em linhas gerais, na determinação imposta ao sujeito passivo da obrigação tributária relativa ao ICMS concernente no dever de pagar, **antecipadamente**, não somente o imposto de que se trata devido em relação à operação por ele praticada, mas, também, aquele referente à operação ou operações posteriores.

Isto é, nos tributos que incidem em cadeia de operações, **tais como o ICMS**, a legislação pode atribuir aquele que figura na ponta inicial dessas operações a responsabilidade pelo pagamento antecipado da exação referente a todas as operações subsequentes. **É a intitulada responsabilidade por substituição.**

4.1. Infere-se que o regime de substituição tributária 'para frente' ou progressiva, ao impor o pagamento antecipado do gravame incidente em toda uma sucessão de operações, tem potenciais fatos imponíveis, ou seja, fatos imponíveis presumidos. Logo, se não ocorridos, não há como se negar a repetição dos valores, inquestionavelmente, sob pena de se albergar locupletamento ilícito do Poder Público.

Elucide-se: para fins de cobrança do ICMS no regime de substituição tributária 'para frente' o fisco, como ocorre no Estado de São Paulo, estabelece bases de cálculo presumidas, seja por meio da elaboração da intitulada pauta fiscal, seja por meio da adoção de margens de valor agregado, sendo certo que essas bases de cálculo presumidas buscam, a

rigor, alcançar da forma mais precisa o valor da mercadoria quando da venda ao consumidor final. Resta determinada, portanto, verdadeira base de cálculo ficta apta a possibilitar a implementação do regime de tributação em deslinde. **Contudo**, essa base de cálculo presumida preestabelecida e sobre a qual é calculado o ICMS nem sempre alcança a realidade do mercado, conquanto, em muitos casos, o valor da mercadoria quando da comercialização ao consumidor final é inferior ao estabelecido previamente (nada impede, claro, que a venda final se dê por valor superior ao previamente estabelecido), implicando, conseqüentemente, no recolhimento a maior da exação estadual. **Assim**, instalou-se a seguinte controvérsia: **nos casos em que o valor final da mercadoria comercializada é inferior àquele previsto na base de cálculo presumida, é possível ao contribuinte substituído a repetição dos valores pagos a maior a título de ICMS na forma determinada pelo artigo 150, § 7º, da Carta Magna?**

4.2. E pondere-se que, a fim de harmonizar o procedimento referente à aplicação do § 7º, do artigo 150, do Diploma Maior, fora firmado o Convênio ICMS nº 13/97, o qual, corroborando o entendimento de que cabível a restituição do ICMS nas

hipóteses em que recolhido sob o sistema da substituição tributária 'para frente' apenas nos casos em que não ocorrido integralmente o fato impositivo, assim dispôs:

"Cláusula primeira - A restituição do ICMS, quando cobrado sob a modalidade da substituição tributária, se efetivará quando não ocorrer operação ou prestação subsequentes à cobrança do mencionado imposto, ou forem as mesmas não tributadas ou não alcançadas pela substituição tributária.

Cláusula segunda Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996.

Cláusula terceira Este Convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União."

4.3. **Entretanto,** o Estado de São Paulo não fora signatário do indigitado Convênio ICMS nº 13/97 e, ao arrepio do posicionamento então adotado na

Corte Suprema, promulgou a Lei nº 9.176/95, que introduziu na Lei nº 6.374/89, norma de regência do ICMS no Estado de São Paulo, o artigo 66-B, que assim reza **(g.n.)**:

"Artigo 66-B - Fica assegurada a restituição do imposto pago antecipadamente em razão da substituição tributária:

I - caso não se efetive o fato gerador presumido na sujeição passiva;

II - caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior a presumida.

§ 1º - O pedido de restituição, sem prejuízo de outras provas exigidas pelo fisco, será instruído com cópia da documentação Fiscal da operação ou prestação realizada, que comprove o direito a restituição.

§ 2º - O Poder Executivo disporá sobre os pedidos de restituição que serão processados prioritariamente, quer quanto a sua instrução, quer quanto à sua apreciação, podendo, também, prever outras formas para devolução do valor, desde que adotadas para opção de contribuinte.

§ 3º - O disposto no inciso II do "caput" deste artigo aplica-se apenas na hipótese de a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária ter sido fixada nos termos do "caput" do artigo 28."

(...)

Artigo 28 - No caso de sujeição passiva por substituição, com responsabilidade atribuída em relação às operações ou prestações subsequentes, a base de cálculo será o preço final a consumidor, único ou máximo, autorizado ou fixado por autoridade competente."

4.4. Cumpre colocar que, no entanto, a legislação de regência do Estado de São Paulo estabeleceu uma série de requisitos tendentes a autorizar a restituição do ICMS pago a maior em regime de substituição tributária 'para frente', requisitos estes que vieram, em especial, estabelecidos no Regulamento do ICMS e nas Portarias CAT n°s 17/99, 63/99 e subsequentes, estando a questão hodiernamente disciplinada pela Portaria CAT n° 158/2015 e supervenientes alterações.

4.5. O Estado de São Paulo, além de impor os sobreditos requisitos tendentes a autorizar a restituição do ICMS pago a maior em regime de substituição tributária 'para frente', introduziu por meio da Lei Estadual nº 13.291/2008 o § 3º ao artigo 66-B da Lei Estadual nº 6.374/89, comando normativo esta que veio a limitar a possibilidade de restituição do ICMS pago a maior em regime de substituição tributária progressiva às hipóteses em que a base de cálculo presumida é fixada **por autoridade competente (artigo 28, citado)**.

E na espécie, fica claro dos autos que o que busca a empresa autora é exatamente ver reconhecido seu direito à restituição dos valores recolhidos a maior a título de ICMS nas operações de venda de veículos novos alcançadas pelo regime de substituição tributária 'para frente' sem a referida restrição prevista no § 3º, do artigo 66-B, da Lei Estadual nº 6.374/89 concernente na autorização dessa restituição apenas nas hipóteses em que a base de cálculo presumida for estabelecida por meio de pauta fiscal, isto é, fixada por autoridade competente, conquanto a base de cálculo presumida do ICMS-ST em vendas de veículos novos não é fixada desse modo, o

que vem impedindo a restituição dos valores pagos a maior.

4.6. **Diante desse quadro,** pondere-se que, seguindo-se a jurisprudência que vinha assentada nesta Colenda Corte acerca da celeuma em deslinde, como acima anotado, a pretensão da requerente estaria fadada ao insucesso, pois que o entendimento que se adotava era de que não havia se falar que as restrições e limites impostos pelo fisco do Estado de São Paulo no que atina à restituição de valores pagos a maior a título de ICMS nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária progressiva contradiziam o previsto no artigo 150, § 7º, da Carta Magna por não se coadunar às expressões "imediate e preferencial" nele constantes, levando-se em conta que legislação bandeirante teria alargado o campo de incidência do mencionado comando constitucional ao permitir a restituição de valores pagos a maior em regime de substituição tributária progressiva não somente em casos de não-ocorrência do fato gerador presumido, mas também nos casos em que a venda final se efetive em importe inferior àquele estabelecido na base de cálculo presumida, não obstante o entendimento até então consagrado no C.STF na direção de que a repetição desses valores somente se viabilizaria com a

não ocorrência total do fato gerador presumido.

4.7. No entanto, em outubro de 2016, por ocasião do julgamento do RE nº 593.849/MG, **invocado pela empresa autora**, submetido ao regime de repercussão geral, o Colendo Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento e passou a entender que, nos casos em que o ICMS é recolhido sob o regime de substituição tributária 'para frente' e verificada a venda efetiva da mercadoria por valor inferior ao daquele previsto na base de cálculo presumida adotada para recolhimento do gravame, é devida ao contribuinte substituído a restituição do importe da exação estadual paga a maior.

Assim restou ementado referido julgado (Rel. Min. Edson Fachin):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

REVOGAÇÃO PARCIAL DO PRECEDENTE. ADI 1.851.

1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: **'É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida'**.

2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.

3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.

4. O modo de raciocinar 'tipificante' na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta.

5. De acordo com o art. 150, § 7º, *in fine*, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado.

6. **Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI**

1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.

7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, § 11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado."

4.8. **Dessume-se,** portanto, que, doravante, ao encontro da pretensão formulada pela autora, em tendo havido o recolhimento do ICMS por meio do regime de substituição tributária 'para frente' e verificado que a venda final se deu efetivamente por importância inferior à base de cálculo presumida, terá o contribuinte substituído o direito de reaver o valor do gravame pago a maior.

Fica claro que a Administração Tributária pode e deve submeter à fiscalização as operações de restituição do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária progressiva, conforme destacou em seu brilhante voto condutor o

ilustre Ministro Edson Fachin, relator do RE 593.849/MG.

4.9. A situação, agora, parece estar corretamente delineada diante do novo posicionamento adotado pela Corte Suprema, relevando mencionar que o novel entendimento da Corte Constitucional possui efeitos 'erga omnes', inexoravelmente.

5. Logo, diante de todo esse cenário, forçoso o reconhecimento de que acertadamente agiu a nobre juíza da causa, porquanto deve ser aplicado na hipótese o entendimento firmado pelo Pretório Excelso em seu Tema 201, e, assim, garantido à requerente o direito à restituição do ICMS pago a maior em regime de substituição tributária 'para frente' por ocasião da venda de veículos novos, **sendo imperioso registrar que, do cotejo dos documentos trazidos à colação pela autora e juntados a fls. 27/436, depreende-se que o ICMS-ST nas operações com venda de veículos novos praticadas pela autora vem sendo recolhido a maior, conquanto a base de cálculo presumida adotada para recolhimento da exação é superior ao importe da venda final.**

6. Anote-se, ainda, que ao reverso do quanto preconiza a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO a restituição deferida deve ser realizada por meio de creditamento no livro de apuração do ICMS da autora, consoante os termos do artigo 270, inciso I, do RICMS/00, repise-se, a prerrogativa da Administração Tributária de proceder a fiscalização do referido procedimento, sendo incensurável também neste ponto o r.julgado singular.

7. Por fim, insta registrar que a r. sentença de primeiro grau comporta apenas retificação no que toca à atualização dos valores em atraso a serem restituídos, ou seja, aqueles valores pagos a maior a título de ICMS no regime de substituição tributária progressiva em operações de vendas de veículos novos cujos fatos geradores se deram a partir de 20.10.2016.

7.1. Nesse sentido, tenha-se presente que, sobre a questão, o Pretório Excelso assim firmou seu entendimento quando do julgamento do RE 870.947/SE, tema nº 810/STF, DJE de 20.09.2017:

"...

O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública **é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico tributária**, aos quais devem ser aplicados **os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário**, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de **relação jurídica não tributária**, a fixação dos juros moratórios segundo o **índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional**, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; (...)" (g.n)

7.2. Saliente-se que meu último entendimento sobre o assunto era pelo afastamento da Lei n.º 11.960/09 em razão do julgamento das **Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.357 e 4.425**, pelo Plenário do STF em 13 e 14 de março de 2013, no qual se decidiu pela declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 5º da Lei 11.960/09, ocasião em que definida a sua invalidade.

7.3. Cheguei a determinar, assim, para as condenações impostas à Fazenda Pública, quando baseadas em relação jurídico-tributária, como no caso, a incidência das normas do Código Tributário Nacional, com juros de mora de 1% ao mês na forma dos artigos art. 161, § 1º c.c. 167.

7.4. Feitas tais considerações, nesta oportunidade **curvo-me ao entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal** para que o valor da repetição de indébito verificado no presente caso seja **atualizado mediante a incidência de juros de mora pela taxa Selic**, que é o indexador utilizado pela Fazenda Pública Estadual na hipótese de pagamento de seus tributos em atraso, à luz do **artigo 1º, da Lei Estadual nº 10.175/1998**, com termo inicial dos juros a partir do trânsito em julgado, em conformidade com o artigo 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e com a Súmula 188 do E. STJ.

7.5. Tal entendimento atende ao princípio constitucional da isonomia, na linha do entendimento esposado no julgamento do **RE 870.947/SE, tema nº 810/STF**, acima reproduzido, e também ao quanto

decidido no **REsp nº 1.111.189/SP**, relatado pelo Min. Teori Albino Zavascki, segundo a sistemática dos recursos repetitivos. Veja-se:

“RECURSO REPETITIVO. TRIBUTOS ESTADUAIS. REPETIÇÃO. INDEBITO. TAXA SELIC. A Seção, ao apreciar o REsp como recurso repetitivo (Res. nº 8/2008-STJ e art. 543-C do CPC), deu a ele provimento e reiterou que, relativamente a tributos federais, a sua jurisprudência está assentada no seguinte entendimento: na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia seja por compensação, são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súm. nº 188-STJ, sendo que os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º/01/1996. A partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.250/1995, desde cada recolhimento indevido. Relativamente a tributos estaduais ou municipais, a matéria continua submetida ao princípio geral adotado pelo STF e pelo STJ, segundo o qual, em face da lacuna do art. 167, parágrafo único, do CTN, a taxa dos juros de mora na repetição de indébito deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso. E a taxa de juros incidente

sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso. Nessa linha de entendimento, a jurisprudência deste Superior Tribunal considera incidente a taxa Selic na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre pagamento atrasado de seus tributos. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei Estadual nº 10.175/1998 prevê a aplicação da taxa Selic sobre impostos estaduais pagos com atraso, o que impõe a adoção da mesma taxa na repetição do indébito. Precedentes citados: EREsp 399.497-SC, DJ 7/3/2005; EREsp 225.300-PR, DJ 28/1/2003; EREsp 291.257-SC, DJ 6/9/2004 e EREsp 610.351-SP, DJ 1º/7/2005. REsp 1.111.189-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 13/05/2009.”

7.6. Finalmente, não se olvide que, adotando-se quanto aos juros de mora o percentual fixado pela taxa SELIC, fica obstada a incidência concomitante de qualquer outro índice a título de correção monetária, eis que o indexador já abarca ambos os consectários.

7.7. Nesse contexto, considerando que a

correção monetária tem por termo inicial as datas dos pagamentos indevidos, após a citação havida nos autos; enquanto o início de juros moratórios só se dará após o trânsito em julgado, como já esposado acima, **objetivando compatibilizar a aplicação da SELIC** (que já é composta de juros e correção monetária) com os diferentes termos 'a quo' de incidência dos consectários legais, fica determinada a incidência de correção monetária calculada pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça (que adota o IPCA-E, esclareça-se) até o início da contagem dos juros, momento a partir do qual só incidirá a SELIC.

7.8. Nesse sentido, já decidiu a C. 9ª Câmara de Direito Público:

“REEXAME NECESSÁRIO - SERVIDOR PÚBLICO - Associação compulsória ao IAMSPE e pagamento de contribuição de 2% dos vencimentos para assistência médica - Ilegalidade e inconstitucionalidade - O atual regime constitucional não permite ao Estado instituir contribuição social de seus servidores visando o custeio do sistema de saúde - Precedentes - Restituição apenas dos valores vertidos após a citação - Precedentes - R. Sentença mantida.
CONSECTÁRIOS LEGAIS - Juros moratórios - Tratando-se de

restituição de pagamento indevido cujo desconto outrora efetivado ostentava natureza tributária, aplica-se a taxa SELIC, a partir do trânsito em julgado, conforme decidido no REsp nº 1.111.189-SP, na sistemática dos recursos repetitivos e Súmula nº 188, do STJ – Indexador que tem a dupla finalidade de atualizar o poder de compra do capital e penalizar a mora – Correção monetária contada de quando feitos os descontos a partir da citação da demanda – Aplicação da Tabela Prática do TJ/SP até que se inicie a contagem dos juros, quando só incidirá a SELIC – Tema 810 do STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Fixação em R\$ 600,00 nos termos do revogado CPC/1973 – Modificação de ofício do fundamento processual, para que conste o art. 85, § 8º do CPC/2015, já que vedada a reformatio in pejus. Recurso oficial improvido, com observação.” (Reexame necessário 1014965-93.2016.8.26.0037, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 21/11/2017)

7.9. Desse modo, fica retificada a r. sentença de primeiro grau no ponto, afastada, no presente caso, a incidência da Lei 11.960/2009, ficando admitida, quanto aos consectários legais, eis que se trata de relação jurídico-tributária, a incidência de juros de mora segundo a SELIC (que já abarca correção monetária), a partir do trânsito e

juízo, em cumprimento à decisão proferida no RE nº 870.947/SE, TEMA 810, na linha do entendimento citado do STF e determinada, ainda, a incidência de correção monetária calculada pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça (que adota o IPCA-E, esclareça-se) desde cada recolhimento indevido, após a citação havida nos autos, até o início da contagem dos juros, momento a partir do qual só incidirá a SELIC.

Observe-se que o ganho da autora, nesta ação, apenas inclui fatos geradores ocorridos após a distribuição da ação, conforme modulação do acórdão do C. STF no julgamento feito, mais fatos geradores futuros, cabendo ao Fisco a fiscalização da veracidade das informações ('6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral').

8. **Destarte**, na linha de todo o entendimento supra alinhavado, fica mantida tal como lançada a r. sentença de primeiro grau, ressalvada a questão relativa aos consectários legais e o termo 'a quo' do início da vantagem postulada, como citados.

9. Coloque-se, mais e finalmente, que diante do não provimento do apelo interposto pela **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, majoro para **11% (onze por cento)** sobre o valor da causa o importe da honorária a que condenada esta a pagar, observando-se, assim, a norma imperativa prevista no § 11, do artigo 85, da lei adjetiva de 2015.

10. Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento ao recurso de apelação interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com observações.

OSWALDO LUIZ PALU

Relator