

24/05/2019**SEGUNDA TURMA****AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 32.648 RIO GRANDE DO NORTE**

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
AGTE.(S)	: MUNICIPIO DE SAO TOME
ADV.(A/S)	: HUMBERTO ANTONIO BARBOSA LIMA E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Agravo regimental em reclamação. 2. Direito Tributário e Processual Civil. 3. Repartição de receitas tributárias. Repasse da parcela do ICMS a município. 4. Reclamação em face de acórdão que, na origem, aplica paradigma da sistemática da repercussão geral (RE-RG 705.423, tema 653). Pretensão de aplicação do RE-RG 572.762 (tema 42). 5. Descabimento da ação reclamationária. Usurpação de competência do STF. Inocorrência. 6. Ausência de aderência estrita entre o ato reclamado e o paradigma apontado como violado. 7. Impossibilidade de utilização da reclamação como sucedâneo recursal. 8. Argumentos incapazes de infirmar a decisão agravada. 9. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 17 a 23 de Maio de 2019.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

RCL 32648 AGR / RN

Documento assinado digitalmente

24/05/2019

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 32.648 RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
AGTE.(S)	: MUNICIPIO DE SAO TOME
ADV.(A/S)	: HUMBERTO ANTONIO BARBOSA LIMA E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha lavra que negou seguimento à Reclamação, com fundamento na jurisprudência deste Tribunal. Eis alguns trechos do julgado:

“Verifico que o juízo reclamado negou seguimento ao recurso, com base no RE-RG 705.423 (tema 653). Cito trecho da decisão proferida:

‘Ocorre que, melhor analisando a questão, observa-se, em primeiro lugar, que a tese fixada para o TEMA 42/STF, embora diga respeito ao ICMS, não tem aplicabilidade ao caso em discussão.

Com efeito, aqui se discute a possibilidade do Estado deduzir da base de cálculo da porcentagem do ICMS devida aos municípios os valores que deixaram de ser recolhidos em função dos incentivos fiscais regularmente concedidos.

No entanto, da leitura do voto condutor do acórdão

RCL 32648 AGR / RN

do Re 572.762 (TEMA 42), resta evidenciado que o objeto da decisão está ligado à possibilidade do Estado reter o repasse de tais recursos em função de incentivos fiscais, não tendo sido analisada a composição propriamente dita da base de cálculo dos valores a serem destinados aos municípios. Demais disso, ainda da leitura do voto vencedor e dos debates transcritos, consta, inclusive, a conclusão de que, naquele caso analisado, o tributo vinha sendo recolhido e estava ingressando na contabilidade do Estado, porém era destinado a um fundo através do qual seria concedido uma espécie de incentivo fiscal. Assim, a tese fixada para o TEMA 42 partiu da premissa de que o ICMS havia sido arrecadado e que o Estado, ao reter as parcelas destinadas aos Municípios, vinha interferindo ilegalmente no sistema constitucional de repartição de receitas. Para corroborar tal conclusão, o corpo do voto condutor da tese fixada para o TEMA 653, o relator, Ministro Edson Fachin, esclarecendo sobre a diferença das questões analisadas no TEMA 42, escreveu que "a rigor, constituem em controvérsias substancialmente distintas, porquanto são díspares os contextos fáticos-normativos adjacentes aos litígios.

No julgamento acima, o STF assentou que o repasse das receitas públicas tributárias transferidas via fundo de participação, não podem sujeitar-se às técnicas e condicionantes previstos em programa estadual de benefício fiscal. Portanto, é inviável a retenção de parcela do produto da arrecadação do ICMS."

Assim, resta evidente que, em relação ao TEMA 42, a questão foi analisada sob a ótica do momento do repasse da porcentagem do produto da arrecadação do ICMS aos municípios, não havendo qualquer incursão sobre o impacto da concessão de incentivos fiscais sobre a base de cálculo dos valores a serem repassados. Desta forma, não cabe aqui a aplicabilidade de tal tema para a resolução do caso em discussão, motivo pelo qual o presente recurso

RCL 32648 AGR / RN

não poderia ser admitido com base no que preceitua o art. 1041, do CPC. Analisando agora a alegação do recorrente de que a presente questão não poderia ser decidida com a aplicação da tese fixada para o TEMA 653, como restou decidido no acórdão recorrido, tem-se que não assiste razão tal argumento.

Com efeito, embora seja evidente que a fixação da tese respectiva tenha sido destinada a solucionar caso concreto referente à composição da base de cálculo do FPM em relação ao percentual do IR e IPI arrecadados, tendo sido discutido o impacto incidente sobre tal cálculo em decorrência das isenções fiscais concedidas pela União, sendo que, no presente caso, cuida-se do repasse da parcela do ICMS devidaaos Municípios, tem-se que as conclusões levada a efeito em tal julgamento qualificado do Supremo Tribunal Federal, já que submetido ao sistema de repercussão geral, também se aplicam ao caso tratado no presente feito.

Isso porque o acórdão tratou de delimitar o conteúdo jurídico da expressão “produto da arrecadação”, a fim de avaliar se as isenções fiscais podem interferir na composição do FPM.

E, nesse caso, o art. 158, IV, da Constituição Federal, preceitua que pertence ao Município vinte e cinco por cento do “produto da arrecadação” do ICMS.

Nesse sentido, resta evidente que a fixação do conteúdo jurídico da expressão “produto da arrecadação” também afetará a compreensão do que deve compor a base de cálculo do percentual do ICMS devido aos municípios.

Veja-se que, no voto condutor do acórdão que fixou a tese para o TEMA 653, o relator esclarece que o cerne do debate consiste em aferir a diferença entre participação direta e indireta dos entes federados na arrecadação tributária, sendo a participação direta aquela prevista nos arts. 157 e 158 da Constituição Federal e a indireta aquela

RCL 32648 AGR / RN

constituída via fundos e transferências, a exemplo do FPM, de modo que, junto com a criação de tributos exclusivos de competência de cada ente federado, as participações diretas e indiretas acima aludidas compõem o sistema de repartições de receitas tributárias.

No voto, ainda, o relator destaca que o poder de isentar é decorrência lógica do poder de tributar e que a autonomia financeira dos municípios não importa em direito subjetivo destes para interferir no exercício pleno da competência tributária da União.

Além disso, assentou que, em nosso sistema, a repartição das receitas tributárias pode ser feita pelo critério da fonte, através da cobrança de tributos próprios dos entes federados, bem assim pelo critério do produto, através da participação destes no resultado de tributos da competência do ente central, sendo que, nesta hipótese, não há direito a uma participação dos demais entes tomando como referência uma arrecadação potencial máxima, em que fossem incluídos na base de cálculo o que se deixou de recolher em função de incentivos fiscais concedidos.

Nessa perspectiva, concluiu que “a desoneração tributária regularmente concedida impossibilita a própria previsão de receita pública. Logo, torna-se incabível interpretar a expressão “produto da arrecadação” de modo que não se deduzam essas renúncias fiscais.”

Sendo assim, considerando que o repasse do ICMS devido pelos Estados aos Municípios também tem sua base de cálculo centrada no “produto da arrecadação”, cujo alcance jurídico foi dado no julgamento do TEMA 653, conforme acima explicitado, o qual concluiu, ainda, que o poder de conceder isenções fiscais é decorrência lógica do poder de tributar, sendo inerente à competência tributária conferida pela Constituição Federal a cada ente federado, é de se concluir que o acórdão recorrido está em consonância com referida tese.

RCL 32648 AGR / RN

Com efeito, a conclusão objeto de irresignação no presente recurso foi no sentido de que as isenções fiscais concedidas pelo Estado podem sim reduzir os repasses dos percentuais de ICMS aos municípios. Assim, em virtude do acórdão recorrido estar em consonância com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal (TEMA 653/STF), incide, portanto, o art. 1.030, I, do Código de Processo Civil. (eDOC 2, p. 210 -215)

Desta decisão foi interposto agravo regimental, o qual restou assim ementado:

‘AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APLICAÇÃO DE PARADIGMA JULGADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 705.423/SE. TEMA 653. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. ICMS. DECISÃO OBJURGADA QUE SE ALINHOU À ORIENTAÇÃO FIXADA PELO STF. ARGUMENTAÇÃO DO AGRAVANTE INSUFICIENTE A ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (eDOC 2, p. 259)

Nesses termos, observo que a autoridade reclamada fundamentou-se em entendimento exarado por esta Corte no citado paradigma (tema 653), conforme se depreende do seguinte excerto destacado na ementa abaixo transcrita:

‘RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. FEDERALISMO FISCAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. COMPETÊNCIA PELA FONTE OU PRODUTO.

RCL 32648 AGR / RN

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. AUTONOMIA FINANCEIRA. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. CÁLCULO. DEDUÇÃO OU EXCLUSÃO DAS RENÚNCIAS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS. IMPOSTO DE RENDA - IR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o livre exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração. 2. A expressão ‘produto da arrecadação’ prevista no art. 158, I, da Constituição da República, não permite interpretação constitucional de modo a incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação e dos estágios da receita pública. 3. **A demanda distingue-se do Tema 42 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2008, DJe 05.09.2008. Isto porque no julgamento pretérito centrou-se na natureza compulsória ou voluntária das transferências intergovernamentais, ao passo que o cerne do debate neste Tema reside na diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado Fiscal por parte de ente federativo. Precedentes. Doutrina.** 4. Fixação de tese jurídica ao Tema 653 da sistemática da repercussão geral: ‘É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.’ 5. Recurso

RCL 32648 AGR / RN

extraordinário a que se nega provimento'. (RE 705.423, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe 5.2.2018)

Assim, observo que o Tribunal reclamado aplicou corretamente ao caso concreto o decidido por esta Corte.

Conforme disposto na Constituição Federal, compete ao STF processar e julgar originariamente reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, "I", da CF/88).

Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18.3.2016, estabelece o rol das hipóteses de cabimento da reclamação, conforme a seguir transcrito:

'Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

IV – **garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência** (...). (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)". (Grifou-se)

No caso dos autos, não obstante a parte reclamante ter exaurido as instâncias ordinárias, não vislumbro a aplicação errônea da tese firmada por esta Corte no âmbito da repercussão geral. Com efeito, a parte pretende, em verdade, a revisão da tese firmada por este Tribunal em recurso afetado pela sistemática da repercussão geral.

Saliente-se ainda o entendimento do STF no sentido de que o instrumento processual da reclamação não pode ser empregado como sucedâneo recursal ou atalho processual para

RCL 32648 AGR / RN

fazer chegar a causa diretamente ao Supremo Tribunal Federal, conforme ocorre nestes autos.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes: Rcl 9.545, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 13.5.2010; e Rcl 5.494, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 11.12.2009, esta com a seguinte ementa:

‘RECLAMAÇÃO - ALEGADO DESRESPEITO A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INADMISSIBILIDADE - INADEQUAÇÃO DO EMPREGO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO RESCISÓRIA, DE RECURSOS OU DE AÇÕES JUDICIAIS EM GERAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO DE RECLAMAÇÃO - PRECEDENTES - RECURSO IMPROVIDO. - Para que se legitime o acesso à via reclamatória, impõe-se a demonstração da efetiva ocorrência de desrespeito a julgamento emanado do Supremo Tribunal Federal ou, ainda, de usurpação de competência desta Suprema Corte. - O remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. - A reclamação, constitucionalmente vocacionada a cumprir a dupla função a que alude o art. 102, I, 'I', da Carta Política (RTJ 134/1033), não se qualifica como sucedâneo recursal nem configura instrumento viabilizador do mero reexame do conteúdo de atos jurisdicionais ou administrativos, eis que tal finalidade revela-se estranha à destinação constitucional subjacente à instituição dessa medida processual. Precedentes’.

Desse modo, inadmissível esta reclamação, tendo em vista a utilização desta via processual como sucedâneo recursal”.

Nas razões recursais, o agravante, em síntese, repisa as teses já

RCL 32648 AGR / RN

defendidas na exordial.

Nessa esteira, afirma que “(...) Durante o andamento processual, houve a formação de jurisprudência relacionada a tributo (IR e IPI), parte (União) e dispositivo constitucional (art. 159, CF) diversos e, de um momento para outro, esquece-se de todos os fundamentos trazidos no tema 42 e toda a jurisprudência favorável aos municípios quanto ao repasse do ICMS, gerando evidente prejuízo àqueles que adentraram judicialmente com base em expectativas formadas na jurisprudência do STF e do TJRN”. (eDOC 7, p. 29)

Expostas as ponderações, requer seja reconsiderada a decisão agravada.

É o relatório.

24/05/2019

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 32.648 RIO GRANDE DO NORTE

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): No agravo regimental não ficou demonstrado o desacerto da decisão recorrida.

Verifico que as alegações da parte são impertinentes e decorrem de mero inconformismo com o teor do *decisum*.

O agravante não trouxe argumentos suficientes para infirmar o julgado, visando apenas à rediscussão da matéria já decidida em conformidade com a jurisprudência desta Corte.

Compulsando os autos, verifico que o Tribunal reclamado aplicou corretamente a tese jurídica firmada por esta Corte no julgamento do RE-RG 705.423 (tema 653), tendo em vista que a discussão, de fato, refere-se à possibilidade do Estado repassar o valor efetivamente arrecadado do ICMS, ou seja, considerando o impacto decorrente de incentivos, benefícios e isenções legais concedidos. Não se trata, assim, de concessão de incentivos fiscais sobre valores já arrecadados de ICMS e que não podem ser indevidamente retidos, conforme decidido no tema 42 de repercussão geral.

Deve-se ressaltar que o panorama jurídico e fático que ensejou a aprovação dos temas 653 e 42 é substancialmente diverso. A diferença não se encontra nos impostos tratados (IR ou ICMS – ambos sujeitos à repartição constitucional de receitas tributárias), mas sim na maneira em que o incentivo fiscal foi concedido e, principalmente, no momento em que foi concedido. O tema 653 esclarece que a concessão regular de incentivos fiscais pelo ente que possui competência para legislar sobre o respectivo tributo é válida. Por outro lado, o tema 42 clarifica que, uma vez arrecadado o tributo, o ente estatal não pode dispor da parte que não lhe cabe. Desta feita, não é juridicamente válida a retenção de tributos já arrecadados e que tenham destinação constitucional a outro ente federativo em razão de repartição de receitas tributárias. Afinal, uma vez

RCL 32648 AGR / RN

arrecadado o tributo devido, o ente estatal deve repassá-lo a quem de direito, não podendo dispor sobre aquilo que não lhe pertence.

Nesses termos, observo que o recorrente pretende, em verdade, a revisitação da tese firmada por este Tribunal em recurso afetado pela sistemática da repercussão geral, tendo em vista que não se vislumbra erro na aplicação do referido precedente. Desse modo, incabível a reclamação.

Além disso, reitero que este Tribunal veda o uso da reclamação como sucedâneo recursal. Nesse sentido, transcrevo o seguinte trecho da ementa do voto do Min. Celso de Mello, na Rcl-AgR 4.381:

“(...) o remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal”. (Rcl 4.381-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 5.8.2011)

Por fim, em homenagem ao princípio da celeridade processual, ressalto que não houve a intimação para apresentação de contrarrazões ao presente recurso, tendo em vista a ausência de prejuízo à parte ora agravada (art. 6º c/c art. 9º do CPC/2015). Nesse sentido, confirmam-se a Rcl 20.896-AgR, Primeira Turma, DJe 7.2.2018 e a Rcl 27.893-AgR, Primeira Turma, DJe 9.2.2018, ambas de relatoria do Min. Alexandre de Moraes.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 32.648

PROCED. : RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S) : MUNICIPIO DE SAO TOME

ADV.(A/S) : HUMBERTO ANTONIO BARBOSA LIMA (20876/CE, 793-A/RN) E
OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 17.5.2019 a 23.5.2019.

Composição: Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Edson Fachin.

Marcelo Pimentel
Secretário