

Transbrasil entrou na Justiça em dezenove Estados

01/07/2002

A Transbrasil ingressou, na semana passada, com o pedido de restituição de ICMS em dezenove Estados brasileiros. Segundo o escritório **Roberto Teixeira & Advogados Associados**, que defende a empresa, os valores devidos são de cerca de R\$ 400 milhões. Esse valor seria o suficiente para que a empresa retomasse suas operações, entendem os advogados.

O pedido tem base na decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucional a cobrança do imposto (ADI nº 1.089/DF). O recolhimento foi suspenso mas os valores cobrados entre 1989 e 1994 não foram devolvidos.

A empresa pede que os valores sejam atualizados integralmente pela correção monetária, incluídos os expurgos inflacionários dos diversos planos econômicos ocorridos na década de 1990, acrescidos de juros.

Leia a íntegra de um dos pedidos da Transbrasil

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Publica da Capital do Estado de São Paulo

TRANSBASIL S/A LINHAS AÉREAS, empresa com sede no Aeroporto Internacional de Brasília, hangar da Transbrasil em Brasília, Distrito Federal, e escritório principal nesta Capital do Estado de São Paulo, na Rua General Pantaleão Teles, nº 40, Jardim Aeroporto, inscrita no CNPJ sob o nº 60.872.173/0001-21 por seus bastante procuradores que esta subscrevem (docs nºs 01,02,03), vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., propor a presente

Ação de Repetição de Indébito

pelo Rito Ordinário, com fundamento nos artigos 282 e seguintes do Código e Processo Civil e 165 do Código Tributário Nacional, em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

DOS FATOS

A Autora é empresa nacional que, há quase meio século, se dedica ao transporte aéreo de passageiros e cargas, atuando dentro e fora do território nacional, conforme previsto em seu Estatuto Social anexo, e por esta razão integra o quadro de associados do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias - SNEA.

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 155, inciso II, ampliou a base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, incluindo em seu campo de incidência a Prestação de Serviços de Transporte de Passageiros e Cargas e Comunicações, hipóteses que não eram vislumbradas na Constituição anterior e em sua regulamentação até então vigente. À luz do referido dispositivo constitucional, a partir daquela data, a Autora estaria sujeita ao



recolhimento do ICMS.

Não obstante a nova previsão constitucional, pacífico é o entendimento de que ainda havia a necessidade de regulamentação por meio de lei complementar a fim de que referida inovação do ICMS fosse exigível dos contribuintes que exerciam as atividades supra mencionadas.

Todavia, no afã arrecadatário dos Estados, o Conselho de Política Fazendária (“CONFAZ”), em Reunião do dia 14 de dezembro de 1988, invadindo a competência legislativa do Congresso Nacional, pretendeu regulamentar referida inovação constitucional mediante a edição do Convênio ICMS 66/88, o qual foi ratificado por todos os Estados da Federação.

A partir de então, as empresas, tais como a Autora, que exerciam as atividades incluídas na Constituição de 1988, descritas no artigo 155, II, foram injustamente compelidas ao recolhimento do ICMS sobre tais atividades. Isto porque, repise-se, no plano da hierarquia das leis, somente a lei complementar poderia regulamentar dispositivo constitucional, NUNCA um convênio formalizado pelas Secretarias das Fazendas Estaduais.

Face à patente inconstitucionalidade do Convênio editado pelo CONFAZ, criou-se uma verdadeira celeuma jurídica em nossos Tribunais sobre a questão.

Em meados de junho de 1994, o SNEA propôs, perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contestando a validade do Convênio nº 66/88, que pretendeu, provisoriamente, ditar os parâmetros para a cobrança do ICMS, Convênio 25/91 e outros Convênios, dos quais decorrem as Leis Estaduais para cobrança do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, na parte que instituíram nos respectivos Estados o ICMS sobre os serviços de navegação aérea.

A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade do SNEA recebeu o número nº 1083-2 e, por ocasião do seu ingresso – a Procuradoria Geral da República ajuizou outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, envolvendo os mesmos dispositivos de lei acima citados e fundamentando, judicialmente, seu pedido, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo SNEA, tendo sido os autos devidamente apensados e recebido o número 1.089-1.

Tal medida culminou no histórico julgamento (conforme acórdão ora juntado como doc. nº 04) de 12 de setembro de 1996, que julgou, POR UNÂNIMIDADE, procedente a mencionada ADIN para :”NO ARTIGO 1º BEM COMO NO INCISO IX, DO ARTIGO 2º DO CONVÊNIO ICMS Nº 66, DE 14.12.88, EXCLUIR, SEM REDUÇÃO DO TEXTO, A COMPREENSÃO DAS PALAVRAS ‘SERVIÇOS DE TRANSPORTES INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL’ A NAVEGAÇÃO AÉREA E PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAL AS DEMAIS NORMAS IMPUGNADAS DO MESMO CONVÊNIO” .

Em razão disto, todos os recolhimentos efetuados à título de ICMS decorrentes de prestação de serviços de transporte aéreo, desde a edição e ratificação do Convênio ICMS 66/88, foram corretamente reconhecidos como indevidos, sendo passíveis de serem restituídos àqueles que

estiveram sujeitos a cobrança de tal imposto, como é o caso da Autora.

Assim sendo e ainda nos termos do artigo 165, I do Código Tributário Nacional, serve a presente para requerer a repetição dos valores pagos indevidamente pela Autora à título de ICMS sobre a prestação de serviços de transporte aéreo, baseando seu pedido na procedência in totum da ADIN 1089/DF, já transitada em julgado, conforme certidão anexa (doc. nº 05) pelas razões abaixo aduzidas.

Preliminarmente

i - Da Inocorrência da Prescrição

NÃO HÁ QUE SE COGITAR, NEM DE FORMA REMOTA, A PRESCRIÇÃO, do direito de pleitear a restituição da totalidade dos valores recolhidos indevidamente a título de ICMS sobre a prestação de serviços de transporte aéreo desde o mês de competência junho de 1989 até abril de 1994. Vejamos.

I.1- Da Inocorrência de Prescrição do Direito da presente Ação de Repetição de Indébito

Sobre o tema, temos que o prazo prescricional para a propositura de ação visando a repetição do montante pago indevidamente é de 5 (cinco) anos, tendo início a partir da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa assertiva tem por fundamento o pronunciamento da C. 1ª Turma, do E. STJ que, ao apreciar o REsp. nº 116884/PR, cujo Relator foi o Exmo. Ministro Garcia Vieira, decidiu que a contagem do prazo prescricional tem por termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da Lei que fundamentou o gravame, conforme se verifica da ementa abaixo citada:

“COMPENSAÇÃO - PIS - DECADÊNCIA - PRESCRIÇÃO

O prazo decadencial começa a correr após decorridos 05 anos da ocorrência do fato gerador, somados mais 05.

O prazo prescricional tem por termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o gravame.

Recentes decisões da Egrégia Primeira Seção firmaram entendimento no sentido de admitir a compensação. (...)”

(REsp nº 116.884/PR, proc. 96.0079524-0, DJ 09/03/98, pág. 16) (g.n.)

No mesmo sentido temos a seguinte decisão:

“COMPENSAÇÃO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INCONSTITUCIONALIDADE - RE 116.77-9-RS - LEI Nº 7.787/1989 - PRESCRIÇÃO - CORREÇÃO

O C. STF no RE 166.772-9/RS, declarou a inconstitucionalidade das expressões avulsos, autônomos e administradores”, do artigo 3º, da Lei nº 7.787/89, já suspensas pelo Senado

Federal. O crédito é líquido e certo, permitida a compensação. O prazo prescricional só tem início a partir da decisão da excelsa corte. Neste caso não ocorreram prescrição nem decadência.

Reconhecido o crédito, deve ser devolvido com correção.

Recurso improvido “

(REsp nº 132.438/SC; Proc. nº 97.0034584-0; DJ 01/12/97; pag. 62674) (g.n.)

Os julgados retro são plenamente aplicáveis ao caso dos autos, tendo em vista que a ADIN nº 1.089/DF, que excluiu “sem redução do texto, a compreensão das palavras ‘serviços de transportes interestadual e intermunicipal’ a navegação aérea” do campo de incidência do ICMS, foi decidida em 12 de setembro de 1996 e publicada em 27 de junho de 1997. Assim, a AUTORA tem a partir da referida data 5 (cinco) anos para requerer a restituição do montante pago indevidamente a tal título.

Isto porque, foi a decisão proferida na ADIN nº 1.089/DF publicada em 27 de junho de 1997, que tornou erga omnes a declaração de inconstitucionalidade da referida exação, extirpando de nosso ordenamento jurídico o dispositivo legal acima referido.

E sem prejuízo dessa discussão, salientamos que a Autora, no intuito de garantir seu direito ao crédito ora pretendido, ingressou com Notificação Judicial (doc. nº 06) em 13 de dezembro de 1996, para cumprimento do disposto no artigo 174, inciso I e II do Código Tributário Nacional. Vejamos:

“Art. 174 – A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pela citação pessoal feita ao devedor;

II – pelo protesto judicial.”

Assim, com a efetivação da citação da Notificação, interrompeu-se, pois, a contagem do prazo para a propositura da medida competente para a restituição do crédito tributário da Autora.

Portanto, resta inquestionável a inoccorrência da prescrição do direito da Autora de pleitear os créditos de ICMS objeto da presente, visto que sua contagem inicia-se, somente, a partir da data da publicação do acórdão proferido nos autos da ADIN nº 1.089/DF, ou seja 27 de junho de 1997.

I.2 – Prescrição Decenal

“TRIBUTÁRIO – EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO – CONSUMO DE COMBUSTÍVEL – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – DECADÊNCIA – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA.

- O Tributo arrecadado a título de empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis é daquele sujeito a lançamento por homologação. Em não havendo tal homologação, faz-se impossível cogitar em extinção do crédito tributário.

- À falta de homologação, a decadência do direito de repetir o indébito tributário somente ocorre, decorridos cinco anos, desde a ocorrência do fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco, para apuração do tributo devido.” (Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 42.720-5; Embargante: União Federal; Embargado: Vitorino Bassani)(grifamos)

II- Da Inquestionável Legitimidade Ativa da Autora - Ausência de Repasse do Valor do ICMS para as Tarifas de Transporte Aéreo.

“Os direitos de crédito da Consulente, decorrentes de pagamento indevido do ICMS são certo e realizáveis por meio de compensação ou restituição. Segundo a documentação da Consulente, parece estar comprovado que é incabível, por parte das Fazendas Públicas estaduais, como obstáculo à repetição ou ao creditamento, o argumento da ausência de interesse ou legitimidade. É que o valor do imposto foi por ela suportado, sem transferência a terceiros, usuários e seus serviços.

De acordo com certidão, fornecida pelo DAC (Departamento de Aviação Civil), que fundamentou a ação direta junto ao Supremo Tribunal Federal, o valor do ICMS não foi incluído entre os vários elementos dos custos formadores do cálculo das tarifas aéreas domésticas básicas. Seu ônus não integrou assim, a formação do preço das tarifas utilizadas pela Consulente, nem tampouco foi faturado em destaque ao adquirente. No caso em exame, fica evidente que o encargo financeiro correspondente ao ICMS, foi, dessa forma, injustamente suportado pela Consulente.

(...)

No caso ora comentado, os fundamentos constitucionais do ICMS foram ofendidos, pois a Consulente foi colocada em posição desvantajosa frente a seus competidores, arcou com o ônus do imposto, que lhe foi exigido, sem causa jurídica. Reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, a ilegitimidade da cobrança do imposto pago pela Consulente, e estando comprovado o direito à repetição ou à compensação - art. 166 do CTN - não vislumbramos oposição ou objeção juridicamente viável a sua realização. O Direito subjetivo da Consulente é certo, disponível e efetivamente incorporado a seu patrimônio.” (destacamos)

III - Dos Efeitos do Julgamento da ADIN Nº 1.089/Df

“TRANSPORTES AÉREOS - ICMS

Dada a gênese do novo ICMS na Constituição de 1988, tem-se que a sua exigência no caso dos transportes aéreos configura nova hipótese de incidência tributária, dependente de norma complementar à própria carta, e insuscetível, à luz de princípios e garantias essenciais daquela, de ser inventada, mediante convênio, por um colegiado de demissíveis ad nutum

Procedência da ação direta com que o Procurador-Geral da República atacou o regramento convencional da exigência do ICMS no caso dos transportes aéreos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, À UNANIMIDADE DE VOTOS, em julgar procedente a ação para, no art. 1º, bem como no inciso IX do art. 2º do Convênio ICMS nº 66, de 14.12.88, excluir, sem redução do texto, a compreensão das palavras ‘serviços de transporte interestadual e intermunicipal’ a navegação aérea. E para declarar inconstitucional as demais normas impugnadas do mesmo Convênio.”

(ADIN nº 1.089/DF. STF – Plenário. Relator Ministro Francisco Resek. DJU de 27/06/97. Ementário nº 1875-02) (destacamos)

Tendo em vista que os principais efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade consistem exatamente na retirada da norma dita por inconstitucional do ordenamento jurídico desde o seu nascedouro – o conhecido efeito ex tunc – e na sua aplicação erga omnes, temos por certo que a decisão que determinou exclusão do ordenamento jurídico da norma que tentou regulamentar a cobrança do ICMS sobre os serviços de transportes aéreos, qual seja, o Convênio ICMS nº 66/88 tornou indevidos todos os montantes recolhidos pela Autora, conforme guias de recolhimento ora juntadas (doc. nº 08).

“Essa ação, como vimos, tem por objeto a própria questão de constitucionalidade. Portanto, qualquer decisão, que decrete a inconstitucionalidade, deverá ter eficácia erga omnes (genérica) e obrigatória. Mas a Constituição não lhe deu esse efeito, explicitamente, como seria desejável. Deixou a questão na mesma indefinição do sistema anterior, sem dizer também se se aplicará, à declaração de inconstitucionalidade em tese, a suspensão prevista no art. 52, X, que, por seus termos, somente se refere à declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum. De fato, este dispositivo fala em lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, parece, pelo ‘definitiva’, que se trata de conclusão de uma série de decisões, o que é característica de decisão num processo concreto, não compreendida as decisões definitivas prolatadas em processos de competência originária do próprio Pretório Excelso.

(...)

Em suma, a sentença aí faz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, que não poderão mais dar-lhe execução sob pena de arrostar a eficácia da coisa julgada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade, em tese, visa precisamente atingir o efeito imediato de retirar a aplicabilidade da lei. Se não fosse assim, seria praticamente inútil a previsão constitucional de ação direta de inconstitucionalidade genérica.”

“Art. 165 – O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4 do artigo 162, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; (...)”

“A depreciação monetária criou uma completa insegurança jurídica, impedindo a realização de todos os contratos a longo prazo e prejudicando o próprio desenvolvimento do País. Uma reação que se impunha e pode-se afirmar que a correção monetária conseguiu garantir a estabilidade jurídica numa fase de inflação galopante, tendo, outrossim, incontestável justificação moral e econômica.

(...)

A moeda sempre preencheu duas funções básicas lembradas pelos economistas. Era medida de valor e meio de pagamento. Continuando a ser meio de pagamento, em virtude das normas existentes sobre o curso legal e o curso forçado, a moeda foi perdendo a sua função de denominador comum de valores, surgindo, assim, uma dissociação entre suas finalidades...

(...)

A correção monetária ou correção do valor monetário, também denominada revalorização dos créditos, é o resultado das várias técnicas utilizadas pelo jurista, pelos tribunais ou pelo legislador, para adaptar as dívidas às suas verdadeiras finalidades, diante de modificações circunstanciais que impossibilitem o funcionamento da moeda como medida de valor...” (‘A correção monetária e o Poder Liberatório do Cruzeiro’ in “A Correção Monetária no Direito Brasileiro’ – Coordenação Ives Gandra da Silva Martins e Gilberto de Ulhôa Canto – São Paulo, Editora Saraiva, 1983, pág. 1 a 23)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ICM/ICMS. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS EXCEDENTES. APROVEITAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA INDEPENDENTEMENTE DE LEI ESPECÍFICA

Têm os contribuintes do ICM/ICMS direito de corrigir monetariamente os créditos tributários excedentes, independentemente de lei específica, porque é sistêmico o instituto da correção monetária. Precedentes da corte de do Colendo STJ.

Incidente de uniformização de jurisprudência acolhido, ficando a matéria sumulada nos seguintes termos:

‘São corrigíveis monetariamente os créditos excedentes do ICM/ICMS sem embargo no disposto no artigo 30 da Lei Estadual nº 8.830/89 – RS” (Uniformização de Jurisprudência nº 595023474 – 1º Grupo de Câmaras Cíveis de Porto Alegre).

“TRIBUTÁRIO – ICMS – CRÉDITO TRIBUTÁRIO – APROVEITAMENTO TARDIO – CORREÇÃO MONETÁRIA

I – Incide correção monetária sobre o crédito tributário tardiamente aproveitado. Tal reajuste constitui mera atualização de valores, no escopo de impedir o enriquecimento ilícito do Estado, em detrimento do contribuinte.

II – Reconhecer o crédito e negar a respectiva correção, corresponde a indeferir o creditamento.” (REsp nº 82.008-SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJ de 18.03.96)

“TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA EM CRÉDITO EXTEMPORÂNEO RECONHECIDO. CABIMENTO.

I – A atualização monetária não constitui ‘acréscimo’, senão resgate do valor real da moeda corroído pelo fenômeno inflacionário. Não há qualquer aumento no valor corrigido, mas sua simples preservação.

II – Recurso provido.” (REsp nº 68.033-6/SP – Rel. Min. César Asfor Rocha – DJ de 20.11.95)

(Tabela indicando os índices de correção dos planos econômicos arbitrados pela Justiça)

“PROCESSUAL CIVIL – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCLUSÃO DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – ÍNDICES DO IPC DE JAN/89 (42,72%), MARÇO/90 (84,32%), ABRIL/90 (44,80%), MAIO/90 (7,87%) E FEVEREIRO/91 (21,87%).

A jurisprudência pacífica deste Tribunal vem decidindo pela aplicação dos índices referentes ao IPC, para atualização dos cálculos relativos a débitos ou créditos tributários, referentes aos meses indicados. Consagrando voto do E. Ministro Sálvio de Figueiredo, proferido no REsp. 43.055/SP, a Eg. Corte Especial proclamou o entendimento majoritário, pela inclusão do percentual de 42,72%, na atualização dos cálculos relativos a débitos ou créditos tributários, abrangendo apenas 31 (trinta e um) dias do mês de janeiro de 1989. Ressalva do ponto de vista do relator. Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Francisco Falcão.” (RESP 140084/SP, DJ 25/10/1999, pág. 00072- g.n.)”

“LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – INFLAÇÃO DE JANEIRO DE 1989, MARÇO, ABRIL E MAIO DE 1.990 E MARÇO E ABRIL DE 1.991.

Em obediência ao princípio constitucional da justa indenização, correta a atualização da indenização fixada com os índices que reflitam a verdadeira inflação.

Recurso improvido.

.....

Em obediência ao princípio constitucional da justa indenização (CF, art. 5º, XXIV), vem este Colendo Superior Tribunal de Justiça, reiterada e uniformemente, reconhecendo como correta a atualização do preço fixado com os índices que reflitam a verdadeira inflação.

.....

Pelas mesmas razões que levaram este Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões das 1ª e 2ª Turmas e da 1ª Seção admitir a inclusão nos cálculos da inflação de janeiro de 1.989, de 70,28%, justificam a aplicação da inflação ocorrida nos meses de março (84,32%), abril (44,80%) e maio (7,87%). Se na vigência dos sucessivos planos econômicos implantados pelo Governo (Cruzado, Verão, Collor I e Brasil Novo), continuou a existir a inflação, devem ser aplicados seus verdadeiros índices que reflitam a real inflação do respectivo período e este resultado só será alcançado se a indexação for feita pelo IPC e não pelo BTN.

Lei nenhuma pode determinar qualquer índice de correção monetária em indenização decorrente de desapropriação que seja influir à verdadeira inflação do período, sem ferir a Constituição Federal que impõe o pagamento justo ao expropriado. Na execução em ação de desapropriação não é necessário nenhuma norma legal para fixar o índice de reajustamento do preço fixado, porque este deve ser sempre corrigido com a inflação real e não com índices expurgados, instituídos por leis inconstitucionais. Se os referidos índices representam a verdadeira inflação do período, devem eles ser aplicados sobre o montante da indenização em obediência ao postulado constitucional da justa indenização, intocável por lei de hierarquia inferior.”(1ª Turma do S.T.J., Recurso Especial nº 33.492-9-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 28.04.93, votação unânime)

“RECURSO ESPECIAL N. 37.804-4 - PR (93.0022776-9) TERCEIRA TURMA (DJ, 11.09.1995)
RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES

“II - Correção monetária relativa ao mês de janeiro de 1989. De acordo com a orientação da Corte Especial do STJ, o índice a ser adotado é o de 42,72%, ou o fator 1,4272.

III - Correção monetária relativa aos meses de março, abril e maio de 1990. De acordo também com a orientação da Corte Especial do STJ (EREsps ns. 36.623, 39.688, 42.798 e 45.906, sessão do dia 10.11.94), corrige-se pelo IPC.

(...)

A respeito dessa matéria, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, assentando a sua jurisprudência, nos termos seguintes: Correção monetária relativa ao mês de janeiro de 1989. De acordo com a orientação da Corte Especial do STJ, o índice a ser adotado é de 42,72%, ou o fator de 1,4272 (REsp n. 43.055 e EREsp n. 24.168, sessão do dia 25.08.94).2. Correção monetária relativa aos meses de março e abril de 1990. De acordo também com a orientação da Corte Especial do STJ (EREsps ns. 36.623, 39.688, 42.798 e 45.906, sessão do dia 10.11.94), corrige-se pelo IPC (por exemplo, o de março foi de 84,32%).3. Recurso especial conhecido e provido em parte (quanto ao primeiro ponto) (REsp n. 33.396, de minha relatoria, DJ de 20.02.95, g.n.).

“O fumus boni iuris está inequivocamente presente. A rigor, fácil é constatar que houve realmente o referido expurgo, não sendo, portanto, difícil reconhecer aí a aparência de bom direito.(...) Ora, sendo a UFIR uma medida de valor, deve, obrigatoriamente, refletir sempre a variação monetária ocorrida, sem o que não estará sendo uma medida de valor, mas

instrumento de manobras econômicas promovidas unilateralmente pelo Governo, que, ao “maquiar” a inflação, visam benefícios eleitorais ou injuridicamente aumentos da arrecadação.(...) Isto posto, concorrentes mas não prestigiados os requisitos previstos no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, concedo a liminar postulada, para que a impetrante possa utilizar-se da diferença entre os índices do IPC-M e da UFIR, divulgados para os meses de julho e agosto de 1994, para corrigir seus balanços, sendo certo que a eficácia desta decisão subsiste até que seja proferida sentença na medida cautelar ajuizada no 1º grau” (TRF, 3ª Região, Juiz. Dr. Andrade Martins, nos autos do Mandado de Segurança nº 95.03.104771-4) (destacamos).

“Os juros nada mais são do que um pagamento, que se faz, para a utilização de capital alheio, com ou sem a concordância do titular deste. São frutos civis, advêm de uma importância em dinheiro, que se considera principal, com relação a eles (acessórios)

Surgem desta maneira, as duas espécies de juros: compensatórios e moratórios. Os primeiros são devidos como compensação pelo uso do capital de outrem; os segundos pela mora, pelo atraso, em sua devolução.” (in ‘Teoria Geral das Obrigações’ AZEVEDO, Álvaro Villaça. – Editora RT, 7ª edição, pág.247)

“Juro é o preço do uso do capital. Vale dizer, é o fruto produzido pelo dinheiro, pois é como fruto civil que a doutrina o define. Ele a um tempo remunera o credor por ficar privado de seu capital e paga-lhe o risco em que incorre de o não receber de volta.

Distinguem-se os juros em compensatórios e moratórios.

Quando compensatórios, os juros são frutos do capital empregado e nesse sentido é que melhor assenta o conceito acima formulado. Quando moratórios, constituem indenização pelo prejuízo resultante do retardamento culposos (cf. Clóvis Beviláqua, ob. cit., obs. ao art. 1062).” (in ‘Direito Civil – Parte Geral das Obrigações’- RODRIGUES Silvio – volume 2 – editora Saraiva – 17ª edição, pág 317)

IV.2.1 – Dos Juros Moratórios

Os juros moratórios, na esfera do Direito Tributário, estão previstos nos artigos 161, §1º e 167 do Código Tributário Nacional, a seguir transcritos in verbis:

“Art. 161: O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

Parágrafo 1º: Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

(...)

Art. 167: A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter

formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a julgar.”

Pela análise do transcrito dispositivo infra-constitucional, fica claro que somente incidirão juros moratórios sobre o montante indevidamente recolhido ao erário público, a partir do trânsito em julgado da sentença que declarar indevido o recolhimento de determinado tributo.

Neste sentido, vejamos os brilhantes ensinamentos do mestre Hugo de Brito Machado:

“A restituição do tributo indevidamente pago enseja a restituição na mesma proporção, das multas e dos juros respectivos. Se o tributo não era devido, indevida também era a multa, e indevidos os juros. A restituição é de todo o crédito indevidamente pago, que há de ser monetariamente corrigido. Assim já vinha decidindo o Supremo Tribunal Federal, que inicialmente decidira em sentido contrário. Hoje, relativamente aos tributos federais, há lei determinando a correção monetária (Lei nº. 8383/91, art. 66, § 3º).

(...)

A restituição do que a título de crédito tributário foi pago indevidamente depende de uma decisão administrativa. A partir da data em que essa decisão transita em julgado, isto é, torna-se definitiva no âmbito da administração, se por qualquer motivo a restituição não se efetiva, o valor respectivo é acrescido de juros (CTN, art. 167, parágrafo único).” (in ‘Curso de Direito Tributário’ – MACHADO, Hugo de Brito – editora Malheiros, 9ª edição, pág 140 – grifos nossos)

IV.2.2 – Dos Juros Compensatórios

Mas não bastasse tudo isso, ainda é escorreito afirmar que, no caso de recolhimento indevido de tributos, torna-se direito dos contribuintes a consideração dos juros compensatórios no momento da restituição do indébito.

Com efeito, ao recolher qualquer tributo, e sendo este indevido, por qualquer razão que seja, o contribuinte esta disponibilizando ao Estado parte de seu patrimônio. Tal fato enseja a impossibilidade de fruição universal e irrestrita deste patrimônio e, por consequência, o não recebimento de seus frutos, por quem de direito, ou seja, o contribuinte.

A quantia indevidamente recebida fica disponibilizada para utilização do Fisco. Ora, detendo um capital que não lhe pertence, o Fisco pode aplicá-lo, usá-lo da forma que desejar, recebendo por decorrência desta atitude, como detentor do capital, frutos que também não são seus. Desta maneira, sendo indevido o recolhimento, o Fisco deve ressarcir o contribuinte também por esta indisponibilização daquilo indevidamente retido!!!

“Juros são frutos (acessórios) decorrentes da utilização do capital alheio (principal). Assim como o trabalho gera salário, o arrendamento, o aluguel e o capital produzem juros .

(...)

Quanto ao aspecto subjetivo do crédito, os juros podem ser de três espécies: remuneratórios, compensatórios ou moratórios. Remuneratórios são aqueles decorrentes da convenção, da lei ou da sentença, a título de rendimento do capital ou do bem do credor utilizado pelo devedor. Compensatórios são os devidos para indenizar os danos ocasionados pelo devedor no caso de apropriação compulsória de bens do credor. Moratórios são os decorrentes do atraso culposos do devedor...

(...)

O CTN omitiu-se quanto à incidência de juros compensatórios na hipótese de repetição de indébito tributário, estipulando tão somente, em favor do sujeito passivo, juros moratórios contados a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória (art. 167), à taxa de 1% ao mês (art. 161, §1º).

Já em favor da Fazenda Pública determinou em lastimável confusão terminológica, a incidência de juros moratórios (quando, na verdade, são compensatórios) sobre o crédito não pago pelo sujeito passivo, a partir do seu vencimento, na mesma taxa de 1% acima referida.

(...)

A disparidade de tratamento era, pois, substancial, tornando-se insustentável, principalmente diante da isonomia (CF, art. 5º) Exige tal princípio paridade absoluta de tratamento na relação jurídico tributária entre os sujeitos ativo e passivo.

(...)

Ora, enquanto o primeiro ente sempre cobrou seus débitos com juros mensais após o seu vencimento, hoje à taxa de mercado (Selic), o segundo auferia modestos juros de 1% ao mês apenas a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória, e nada – absolutamente nada –, pelo tempo em que a Fazenda Pública usufruiu indevidamente do seu dinheiro.

(...)

Mas não é só o princípio isonômico que conflita tal desigualdade de tratamento. Atrita, ademais, com toda a principologia constitucional que versa sobre a matéria, a saber:

- da justa indenização (art. 5º XXIV) (...)
- a do due process of law (art. 5º, LV) (...)
- a da igualdade do tratamento tributário em situação equivalente (art. 150, inc. II) (...)
- a da moralidade dos atos da administração pública (art. 37)

(...)

(in 'A Incidência da Taxa Selic como Juros na Compensação ou Restituição do Indébito Tributário' – in Revista Dialética de Direito Tributário: São Paulo. Editora Dialética. Volume 43. Abril/1999. Pág. 8 e segs.- destacamos)

Ora é certo que os juros compensatórios são efetivamente cobrados pelo Fisco quando há atraso do contribuinte no cumprimento da obrigação tributária, pois incidem desde a data de vencimento do débito, uma vez que o Fisco aplica tais juros, com natureza nitidamente compensatória, sob a alcunha de juros moratórios, nos casos de pagamento de débitos tributários em atraso, sem que haja qualquer lançamento administrativo ou determinação judicial.

“Art. 39 – A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subsequentes.

(...)

§ 4º – A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.”

Diante de todo o exposto, restou comprovado que :

Preliminarmente, sobre os créditos pretendidos pela Autora não há que se falar em preclusão, tendo em vista que o prazo prescricional dos tributos sujeitos à homologação é de 10 (dez) anos, sendo que a contagem do prazo para a propositura da medida necessária visando sua restituição e de 5 (cinco) anos, contados da data em que se declarou, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do tributo pago indevidamente;

Outrossim, em razão da Notificação Judicial proposta pela Autora em 13/12/1996, nos termos dos inciso I e II do artigo 174, do Código Tributário Nacional, interrompeu-se a contagem do prazo prescricional para a propositura de ação de cobrança do crédito tributário da Autora;

É plena e indiscutível a legitimidade da Autora para requerer a restituição do ICMS pago indevidamente sobre suas operações tendo em vista que em nenhum momento repassou o seu custo ao consumidor final, in casu seus passageiros, arcando sozinha com o ônus do tributo;

Em razão do julgamento da ADIN nº 1.089/DF, todos os recolhimentos feitos pela Autora de ICMS sobre seus serviços de transporte aéreo em razão do Convênio ICMS nº 66/88 se tornaram indevidos, sendo passível de serem restituídos à luz do artigo 165 do Código Tributário Nacional; e

Os créditos da Autora deverão ser corrigidos monetariamente por índices que refletiram efetivamente a inflação ocorrida no período dos recolhimentos, incluídos os expurgos

inflacionários decorrentes do Plano Verão (jan/89 42,71%), Collor I (mar/90 84,32, abril/90 44,80 e maio/90 2,49%), Collor II (fev/91 21,87%) e do Plano Real (julho/94 37,44%, ago/94 5,32%), bem como seja acrescidas de juros moratórios e compensatórios, calculados em 1% ao mês desde a data de cada pagamento, bem como a partir de janeiro de 1996, seja aplicada a Taxa SELIC como forma de cômputo dos juros e da correção monetária;

seja determinada a citação da Fazenda do Estado de São Paulo, para, querendo, contestar a presente, aduzindo as razões de fato e de direito que reputar cabíveis;

seja, ao final, julgado PROCEDENTE o pedido da ação, para CONDENAR a Ré à restituição das quantias pagas indevidamente pela Autora à título de ICMS sobre seus serviços de transporte aéreo - conforme documentação em anexo - em razão do julgamento do Excelso Pretório na ADIN nº 1.089/DF, corrigidos monetariamente e acrescidas de juros moratórios e compensatórios nos moldes acima expostos;

seja, ainda, condenada a Fazenda do Estado de São Paulo a responder pelo importe das custas, honorários e demais cominações inerentes à sucumbência.

Dá-se à causa, para efeitos fiscais e de alçada, o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Estes os termos em que, protestando por provar o alegado através de todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente mediante prova documental, e dando à presente o valor de R\$ (...), bem como requerendo que as intimações sejam realizadas tão somente em nome dos advogados ROBERTO TEIXEIRA (OAB/SP nº 22.823), VALESKA TEIXEIRA (OAB/SP nº 153.720) e GABRIELA ZANCANER BRUNINI (OAB/SP nº 172.632).

ROBERTO TEIXEIRA

OAB/SP Nº 22.823

VALESKA TEIXEIRA

OAB/SP Nº 153.720

GABRIELA ZANCANER BRUNINI

OAB/SP Nº 172.632

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2002-jul-01/transbrasil_entrou_justica_dezenove_estados/