

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S) : JAGUARY ENGENHARIA, MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA
ADV.(A/S) : MARCO AURÉLIO DE BARROS MONTENEGRO E
OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.

3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea "i" no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar "fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço". Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar



RE 582.461 / SP

tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos.

4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento).

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso extraordinário e, no mérito, também por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 18 de maio de 2011.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente.

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : JAGUARY ENGENHARIA, MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA
ADV.(A/S) : MARCO AURÉLIO DE BARROS MONTENEGRO E
OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ementado nos seguintes termos:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. A inclusão do montante de imposto na sua própria base de cálculo não se confunde com a dupla tributação, nem afronta o princípio da não-cumulatividade – A regra do artigo 13, § 1º, da Lei Complementar nº 87/96, que já existia no artigo 2º, § 7º, Dec. Lei nº 406/68, no artigo 14 do Convênio nº 66/88, e constante do artigo 33 da Lei nº 6.374/89, não afronta a Constituição Federal que diz caber à lei complementar a definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuinte dos impostos (CF, art. 146, III, 'a') - Legalidade da aplicação da taxa Selic – Multa moratória, fixada nos termos da legislação vigente – Não ocorrência de afronta ao princípio constitucional da vedação ao confisco". (fl. 34)

A insurgência volta-se contra a legislação do ICMS no Estado de São Paulo, especificamente no que diz respeito ao art. 33 da Lei 6.374/1989,

RE 582.461 / SP

daquele ente federativo, cujo teor se transcreve:

“Art. 33. O montante do imposto integra sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”.

A empresa recorrente – Jaguary Engenharia Mineração e Comércio Ltda. –, em suas razões recursais (fls. 16-30), alega, em síntese, que o acórdão recorrido viola os princípios do *ne bis in idem* (art. 155, II, da CF), da legalidade (art. 150, I, da CF), da anterioridade tributária (art. 150 III, “b”), da capacidade contributiva (art. 154, § 1º) e da vedação ao confisco (art. 150, IV, da CF).

Sustenta que a base de cálculo do ICMS deve corresponder, necessariamente, ao valor da operação mercantil realizada, de tal sorte que, no seu entender, a inclusão do valor do imposto na sua base de cálculo implica bitributação, ou seja, cobrança de imposto sobre imposto, hipótese não contemplada pela Constituição Federal.

Alega, ainda, que a Lei Complementar 87/1996 não legitima a prática do “cálculo por dentro” do imposto, porquanto todas as leis devem buscar seu fundamento de validade na Constituição Federal, e não o contrário. Idêntica observação é feita no que tange ao Convênio Interestadual n. 66/1988, previsto no art. 34, § 8º, do ADCT, que utiliza o mesmo critério de cálculo.

Em suma, conclui que a figura do cálculo “por dentro” do ICMS transborda os limites previstos na Constituição Federal, criando nova espécie tributária, não prevista pelo constituinte.

Relativamente à multa de 20% (vinte por cento) prevista na legislação estadual, afirma ser abusiva por violar os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

Nesse ponto, sustenta que a Fazenda já dispõe de juros moratórios maiores, bem como de correção monetária. Observa, ainda, que a legislação ordinária limita a cláusula penal dos contratos a 10% (dez por cento). Assim, a multa de 20% (vinte por cento), em seu ver, é desarrazoada e confiscatória, e o ônus pelo seu inadimplemento, ao fim, é

RE 582.461 / SP

transferido para o consumidor final.

No que diz respeito à utilização da Taxa Selic, a recorrente aduz que esta prática gera majoração do ICMS, sem autorização legal, tendo em vista que referida taxa está sujeita ao temperamento do mercado financeiro e às ingerências do Banco Central do Brasil. Ressalta a necessidade de autorização legal para a majoração de tributo, salvo exceções expressas na Constituição Federal, entre as quais não se insere o ICMS.

Conclui, então, que, em razão de a Taxa Selic oscilar ao sabor mercadológico, sua aplicação acarreta majoração do tributo a qualquer tempo, em afronta, também, ao princípio da anterioridade, além de conferir natureza remuneratória ao tributo, o que não se admite, na medida em que o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN) permite a fixação de taxa de juros apenas em patamar igual ou inferior a 1% (um por cento).

Em contrarrazões de fls. 42/50, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo alega, preliminarmente, que o recurso extraordinário não deve ser processado, por não ter sido demonstrada a repercussão geral da matéria debatida nos autos, bem como por falta de indicação expressa de violação a dispositivo constitucional.

No mérito, o Fisco ressalta que o cálculo conhecido como “método por dentro”, pelo qual o imposto é “embutido” no valor da mercadoria, constitui destaque de valor para mero controle escritural, não resultando, portanto, bitributação, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 254.202, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 4.8.2000.

Afirma também, em contrarrazões, que a multa pune o atraso no pagamento do tributo, não se confundindo, portanto, com os juros, que remuneram, nem com a correção monetária, que propicia mera atualização do dinheiro. Assim, aduz que referidos institutos são distintos, inexistindo, assim, violação ao princípio da não cumulatividade.

No que diz respeito à Taxa Selic, sustenta que vem sendo utilizada há alguns anos na esfera federal para atualização do débito tributário,

RE 582.461 / SP

com legalidade reconhecida, por ser uma taxa oficial, que se insere no âmbito do Direito Econômico, não se sujeitando, dessa forma, à reserva legal.

Argumenta, ainda, a inaplicabilidade do art. 192 da Constituição, que limita a taxa de juros a 12% (doze por cento) ao ano, em razão de referido dispositivo exigir lei complementar para regular a matéria.

Inicialmente, o presente recurso não foi admitido pelo Tribunal *a quo*, entretanto, nesta Suprema Corte, o Ministro Cezar Peluso, então relator, deu provimento ao agravo de instrumento interposto para convertê-lo neste recurso extraordinário (fl. 64).

Em 23.10.2009, a repercussão geral do tema foi reconhecida (DJe 5.2.2010) e, em 24.4.2010, o processo foi redistribuído a mim, em virtude da ocupação da Presidência deste Tribunal pelo então relator do feito, Min. Cezar Peluso.

Já como relator, deferi o ingresso da Fazenda Nacional na qualidade de *amicus curiae* e determinei a inclusão do processo em pauta, para trazê-lo a julgamento.

É o relatório.

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): As preliminares suscitadas em contrarrazões não devem prosperar.

O recorrente destinou tópico específico de seu recurso extraordinário à demonstração da repercussão geral da matéria debatida nos autos. Sustentou, no item III, que a alegada superposição da legislação ordinária à Constituição Federal tem o condão de acarretar insegurança jurídica e que a sobrecarga tributária pode gerar atraso no processo econômico da nação (fl. 19).

Também não deve prosperar a tese do Fisco no sentido de que o recorrente não indicou expressamente o dispositivo constitucional que teria sido violado, uma vez que se alegou, com clareza, violação aos princípios do *ne bis in idem* (art. 155, II, da CF), da legalidade (art. 150, I, da CF), da anterioridade tributária (art. 150 III, "b"), da capacidade contributiva (art. 154, § 1º) e da vedação ao confisco (art. 150, IV, da CF).

Passo, então, à análise do mérito.

I- DA INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC NA ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO

Inicialmente, registro precedentes nos quais esta Corte concluiu que a matéria relativa à utilização da taxa SELIC em débitos tributários restringe-se à matéria infraconstitucional.

Não obstante, diante da existência de precedente no qual o tema foi enfrentado à luz do princípio da isonomia, bem como do reconhecimento, pelo Plenário, da repercussão geral na matéria tratada no presente recurso-paradigma, manifesto-me pela legitimidade da incidência da taxa SELIC na atualização do débito tributário.

Trata-se de índice oficial e, por essa razão, sua incidência não implica violação ao princípio da anterioridade tributária, tampouco confere

RE 582.461 / SP

natureza remuneratória ao tributo.

No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.

Entendimento diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos seriam exonerados, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias.

Registro, ainda, o julgamento do Recurso Especial 879.844, Rel. Min. Luiz Fux, em que o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar processo-paradigma da sistemática dos recursos repetitivos, concluiu pela legalidade da aplicação da Taxa Selic na atualização de débitos tributários, em acórdão cuja ementa dispõe, na parte que interessa:

“A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. (Precedentes: AgRg no Ag 1103085/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009; REsp 803.059/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 24/06/2009; REsp 1098029/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009; AgRg no Ag 1107556/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 01/07/2009; AgRg no Ag 961.746/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 21/08/2009)

3. Raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias”.

RE 582.461 / SP

Assim, é legítima a utilização da taxa SELIC como índice de atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei que, legitimamente, determina a sua adoção.

II- DO MÉTODO DE CÁLCULO “POR DENTRO” DO ICMS

Discute-se, no presente recurso extraordinário, a possibilidade de o valor destacado do ICMS integrar a base de cálculo do referido imposto.

Em suma, o recorrente sustenta que deve figurar na base de cálculo do ICMS somente o “valor da mercadoria”, argumentando que a incidência da alíquota sobre o valor do negócio acrescido do valor do ICMS caracteriza uma “tributação em cascata” ou tributação “por dentro”, ao arrepio da Constituição Federal.

Em virtude da dinâmica da não cumulatividade do ICMS, a praxis mercantil destaca, nas notas fiscais relativas à circulação de mercadoria, o valor da venda do produto e o valor que o contribuinte direto deve pagar ao Fisco a título de ICMS. A soma das quantias corresponde à operação mercantil.

Primeiramente, observo que a inclusão do valor destacado do tributo em sua própria base de cálculo não é um fenômeno isolado no sistema tributário pátrio.

Sobre o tema, confira-se estudo de Everardo Maciel e José Antônio Schontag:

“Nos regimes de tributação *ad valorem*, são admitidas diversas formas de incidência de alíquotas. Basicamente, elas podem ser grupadas em três categorias: proporcionais, “por dentro” e “por fora”. A opção por uma delas decorrerá exclusivamente e sempre da legislação de regência, informada pela técnica de tributação mais adequada.

Na incidência proporcional, o tributo devido é calculado pela aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo. São exemplos dessa hipótese o IPI e o imposto de importação. No

RE 582.461 / SP

IPI, a base de cálculo definida no CTN é 'o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria', sem que se faça qualquer menção à inclusão do próprio imposto em sua base de cálculo. Por conseguinte, um aumento de 10% na alíquota implica aumento de 10% no imposto devido.

Na incidência 'por dentro', o tributo goza da peculiar condição de integrar sua própria base de cálculo. É o caso do ICMS, conforme preceituam o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea *i*, da Constituição e o art. 13, § 1º, da Lei Complementar nº 87. Ainda que possa parecer estranho para leigos, aumento de 10% na alíquota do ICMS significa aumento de 11,11% no imposto devido.

A base de cálculo do ICMS, na conformidade com a Lei Complementar nº 87, é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria. Portanto, no caso de saídas de um estabelecimento industrial o ICMS e o IPI têm a mesma base de cálculo, observadas as seguintes peculiaridades quanto à tributação reflexa: o IPI incide sobre o ICMS, pois de acordo com o texto constitucional esse imposto estadual é parte integrante do valor da operação; por sua vez, o ICMS, ressalvados as situações previstas no art. 155, § 2, XI, da Constituição, também incide sobre o IPI.

Constituem outros exemplos da incidência 'por dentro': a contribuição social incidente sobre a folha de salário e a devida pelo empregado, previstas, respectivamente, no inciso I, *a*, e no inciso II do art. 195 da Constituição. No primeiro caso, a contribuição ao incidir sobre a folha de salário incide, em consequência, sobre a contribuição do empregado; no outro, a contribuição do empregado ao incidir sobre o valor bruto da remuneração incide, por conseguinte, sobre ela mesma.

Inclusões ou exclusões na incidência 'por dentro', tal como ocorre no imposto de renda, são as previstas na legislação aplicável, como é o caso da expressa exclusão da incidência do imposto sobre a contribuição do empregado.

Por fim, no tocante à incidência 'por fora', o tributo é excluído de sua base de cálculo previamente à determinação do

RE 582.461 / SP

montante devido. Era o que acontecia com a CSLL, desde sua instituição até o advento da Lei nº 9.316, de 1996. O mesmo aumento de 10% na alíquota, nessa hipótese, resultaria em aumento de 9,09% do tributo devido.

A ampla diversidade dos exemplos apontados serve apenas para demonstrar que não é inusitado, no modelo tributário brasileiro, um tributo incluir, em sua base de cálculo, ele próprio ou outro tributo. Houvesse algum impedimento de incidência reflexa, o ICMS e as contribuições sociais deveriam ser excluídos da base de cálculo do IPI, o imposto de importação e as contribuições sociais da base de cálculo do ICMS, as contribuições sociais da base de cálculo do ISS e delas mesmas, etc. Ao fim e ao cabo, haveria uma verdadeira subversão do sistema tributário brasileiro sem motivação razoável". (MACIEL, Everardo & SCHONTAG, José Antônio. "O ICMS E A BASE DE CÁLCULO DA COFINS", *Valor Econômico*, edição de 2.8.2002)

No que diz respeito ao cálculo "por dentro" do ICMS, o tema foi objeto de amplo debate nesta Corte, no julgamento do RE 212.209, Red. para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 14.2.2003, ementado nos seguintes termos:

"Constitucional. Tributário. Base de cálculo do ICMS: inclusão no valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo. Constitucionalidade. Recurso desprovido".

Na sessão de 23.6.1999, o Plenário do STF, vencido apenas o Min. Marco Aurélio, pacificou o entendimento no sentido de que a quantia referente ao ICMS faz parte do "conjunto que representa a viabilização jurídica da operação" e, por isso, integra sua própria base de cálculo.

Em outras palavras, a base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/ c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e

RE 582.461 / SP

recebida pelo vendedor na operação.

Por ocasião do julgamento do mencionado RE 212.209, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Nelson Jobim, o Ministro Moreira Alves ressaltou a necessidade de inclusão destacada do montante próprio do ICMS na sua base de cálculo, tendo em vista que a sistemática de compensações deste tributo lhe confere mecânica diversa de imposto sobre valor agregado. Oportunamente, transcrevo suas precisas considerações:

“Se o ICMS não for um imposto por dentro, jamais chegaremos ao que se deve chegar com a observância do princípio da não-cumulatividade, com o seu jogo de compensações. Ademais, o fato gerador é que decorre da Constituição, mas é a lei complementar que impõe a base de cálculo, e ela só seria inconstitucional, nesse ponto, se estabelecer base de cálculo que não se coadune com o fato gerador, o que não ocorre aqui, em que a base de cálculo é a única que se compatibiliza com o próprio imposto, inclusive para a observância da não-cumulatividade.”

Merece destaque, ainda, o voto do Min. Ilmar Galvão, que, mais uma vez, foi bastante elucidativo quanto à possibilidade de incidência “por dentro” de tributos:

“Sr. Presidente, não é a primeira vez que esta questão é discutida no Supremo Tribunal Federal. Já tive ocasião de relatar casos análogos, não só aqui mas também no STJ. Esse, aliás, não poderia ser um assunto novo, se o DL n° 406 está em vigor há trinta anos. Não seria somente agora que o fenômeno da superposição do próprio ICMS haveria de ser identificado.

Vale dizer que, se a tese ora exposta neste recurso viesse a prevalecer, teríamos, a partir de agora, na prática, um novo imposto. Trinta anos de erro no cálculo do tributo.

Em votos anteriores, tenho assinalado que o sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre

RE 582.461 / SP

tributo. Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo, salvo a exceção, que é a única, do inciso XI do parágrafo 2º do art. 155 da Constituição, onde está disposto que o ICMS não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos.

(...)

Se, na verdade, não pudesse haver tributo embutido na base de cálculo de um outro tributo, então não teríamos que considerar apenas o ICMS, mas todos os outros. O problema se mostra relativamente à contribuição para o IAA e para o IBC, não havendo como afastar essas contribuições da base de cálculo do ICMS.

Por que, então, o problema em torno do ICMS sobre ICMS e não do ICMS sobre o IPI, sobre as contribuições (COFINS, PIS)? Na verdade, o preço da mercadoria, que serve de base de cálculo ao ICMS, é formado de uma série de fatores: o custo; as despesas com aluguel, empregados, energia elétrica; o lucro; e, obviamente, o imposto pago anteriormente. O problema, diria que é até de ordem pragmática, em face da dificuldade, quase incontornável, de eliminar-se da base de cálculo de um tributo tudo o que decorreu de tributação.

O inciso do art. 34 do ADCT, sobre energia elétrica, é a prova do afirmado, ao estabelecer que o imposto é cobrado sobre o valor da operação final. É assim que o ICMS incide.

Peço vênia, portanto, para não conhecer do recurso." (Voto do Min. Ilmar Galvão no RE 212.209/RS, Red. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 14.2.2003).

Destarte, assentou-se de maneira inequívoca que a Constituição Federal não torna imune o montante referente ao ICMS recebido pelo contribuinte *de jure* e repassado pelo contribuinte *de facto*, pois constitui

RE 582.461 / SP

parte do valor final da operação de transferência de mercadoria. Nesse sentido colaciono os seguintes julgados desta Suprema Corte: AI-AgR 633.911, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe, 1.2.2008; RE-AgR 358.911, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 4.7.2006; AI-AgR 522.777, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 16.12.2005; AI-AgR 397.743, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 18.2.2005; AI-AgR 413.753, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 15.10.2004, RE-AgR 236.409, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 2.3.2001, RE 209.393, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 9.6.2000.

Consigne-se, por fim, que a Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea "i" no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar "*fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço*".

Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas.

Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos.

Ademais, diz o § 1º do art. 13 da Lei Complementar 87, de 1996, que integra a base de cálculo do ICMS o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Enfim, a incidência da alíquota sob a forma denominada ICMS "por dentro" é compatível com a Constituição brasileira, motivo pelo qual julgo constitucional o art. 33 da Lei Estadual Paulista 6.374/89, tendo em vista a inexistência, na Lei Maior, de qualquer óbice à inclusão do montante do ICMS na sua própria base de cálculo.

III- DA MULTA MORATÓRIA DE 20% (VINTE POR CENTO)

RE 582.461 / SP

Relativamente à multa moratória, o Tribunal *a quo* pronunciou-se nos seguintes termos:

“Revela notar, nesse passo, de que o § 3º, do art. 192, c Constituição Federal, que anteriormente previa o limite anual dos juros moratórios, foi revogado pela Ementa Constitucional nº 40, de 29 de maio 2003.

A multa moratória (arts. 87 e 98 da Lei nº 6.374/91) não tem caráter compensatório, mas punitivo. Há se distinguir aludida sanção tributária da correção monetária, que representa mera atualização do valor da moeda real.

(...)

Fixada em 20% (vinte por cento) sobre o valor do imposto corrigido, nos termos do artigo 87 da Lei nº 9.399, não há se falar em afronta ao princípio constitucional da vedação ao confisco.” (fl. 36)

De fato, a aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos.

A propósito, o Tribunal Pleno desta Suprema Corte, por ocasião do julgamento da ADI-MC 1075, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2006 e da ADI 551, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.10.200, entendeu abusivas multas moratórias que superam o percentual de 100% (cem por cento), conforme ementas reproduzidas no que interessa:

“(...) É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da

RE 582.461 / SP

Constituição da República. **Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/94, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento).** - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. - **O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do "quantum" pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais"** (grifei).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente."

Portanto, a natureza punitiva da multa moratória não afasta, *per si*, o alegado caráter confiscatório, tendo em vista

RE 582.461 / SP

que, a depender do seu percentual, ela poderá bem cumprir sua função sancionatória ou, de forma desarrazoada, possuir perfil confiscatório em razão de seu vulto.

No caso concreto, a legislação prevê multa razoável de 20% (vinte por cento), quantia suficiente para compelir o contribuinte a cumprir sua obrigação tributária sem configurar esvaziamento patrimonial do contribuinte”.

Destarte, o acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). Sobre o tema, confirmam-se os acórdãos do AI-AgR 675.701, Rel. Min. Ricardo Lexandowski, DJe 3.4.2009 e do RE 239.964, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 9.5.2003, cujas ementas transcrevo, respectivamente:

“TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. INCIDÊNCIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. MULTA CONFISCATÓRIA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. II - A apreciação da questão relativa à incidência da Taxa SELIC sobre débitos tributários depende do prévio exame de normas infraconstitucionais. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Precedentes. III - O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que não é confiscatória multa de 20% sobre o valor do tributo. IV - Agravo regimental improvido.” (AI-AgR 675.701, Rel. Min. Ricardo Lexandowski, DJe 3.4.2009)

“IPI. MULTA MORATÓRIA. ART. 59. LEI 8.383/91. RAZOABILIDADE. A multa moratória de 20% (vinte por cento) do valor do imposto devido, não se mostra abusiva ou desarrazoada, inexistindo ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 239.964, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 9.5.2003)

RE 582.461 / SP

Dessa forma, repilo a alegação de efeito confiscatório da multa fixada em 20% (vinte por cento) sobre o valor do imposto corrigido, nos termos do artigo 87 da Lei nº 9.399, pois não há que se falar em afronta ao princípio constitucional da vedação ao confisco.

IV - DISPOSITIVO

Ante o exposto, tendo em vista que o ICMS “por dentro”, a multa moratória de 20% (vinte por cento) e a incidência da Taxa Selic na atualização do débito tributário não configuram violação à Constituição Federal, **nego provimento** ao recurso extraordinário.

18/05/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO****EXPLICAÇÃO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Presidente, só pedindo vênua ao eminente Relator, pelo simples fato de que fui eu que apontei esse caso específico à repercussão geral, dizer ao Plenário que é matéria pacificada no Tribunal. Então, todas as três questões que aí estão incluídas, todas já foram reiteradamente examinadas pela Casa e todas no sentido que agora aponta o eminente Relator.

Portanto, se me permitem, adianto voto nesse sentido.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator) -
CANCELADO.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - CANCELADO.

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, no julgamento que gerou o precedente que se diz motriz, em 1999, dos que estão hoje no Plenário, apenas eu participei, já que se aposentaram os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e o Ministro Nelson Jobim, redator designado para o acórdão.

O processo veio à balha sob o ângulo da repercussão geral, e penso que foi para realmente se apreciar a matéria de fundo e não apenas se dizer que há esse precedente. E, na esteira desse precedente, que realmente foi do Plenário, cabe apenas ratificar – não retificar – a óptica prevalecente à época.

A meu ver, a importância do tema, considerados os contribuintes, consideradas as franquias constitucionais quanto aos contribuintes, é enorme. Permito-me lançar as razões que, na qualidade de relator do processo que deu origem ao precedente – estava, então, no exercício da Presidência –, me levaram a concluir pela extravagância, para dizer o mínimo, com a devida vênia daqueles que entendem de forma contrária, desse cálculo do ICMS por dentro.

Disse, então, Presidente:

"Colho do acórdão atacado premissa corretíssima: a teor do disposto no artigo 146 da Carta da República, o veículo próprio à disciplina básica dos tributos, envolvida aí a base de cálculo, é a lei complementar. Não é nesse campo que se situa a lide ora em exame" – porque se tinha, realmente, a Lei Complementar –. "O que persegue a contribuinte é a exclusão da base de cálculo do ICMS do próprio valor desse tributo. Assim, cumpre a esta Corte proclamar a viabilidade, ou não, da chamada incidência em cascata e que para Vittorio Cassone em 'ICMS – Lei Complementar nº 87/96, Comentários publicados no IOB' configura o ICMS 'por dentro'. As denominações,

RE 582.461 / SP

portanto, sucedem-se: ao lado do ICMS cobrado em substituição tributária" – aí se tem a base constitucional – "para frente" – mas o tributo é único, leva em conta a operação realizada, o negócio jurídico, o valor do negócio jurídico – "tem-se o ICMS 'por dentro'. Veja-se a que ponto é dado chegar quando se parte para elucubrações visando a refazer o equilíbrio dos caixas, arrecadando-se tributos mediante sutis artifícios, como se não houvesse um figurino constitucional rígido a respeito, revelando, por isso mesmo, garantia do contribuinte" – o figurino constitucional. "Sim, embora se reconheça aos Estados a competência para instituir impostos sobre 'operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior' (artigo 155, II, da Constituição Federal), bem como ao legislador nacional, via lei complementar, o balizamento geral dos tributos, as atuações não de fazer-se com apego irrestrito à Carta da República que a todos" – indistintamente – "submete. Elucide-se a forma engendrada para, de forma indireta, chegar-se à majoração do tributo: as notas fiscais relativas às operações de circulação de mercadorias consignam, em parcelas destacadas, o preço de venda e, considerada a percentagem a incidir sobre este, a quantia devida pelo vendedor (contribuinte de direito) ao fisco a título de Imposto de Circulação de Mercadorias. Pois bem, em que pese a esse destaque, iniludivelmente o meio de controle do recolhimento do tributo, passou o fisco – à mercê, é fato, de norma de estatura superior à local" – que seria a lei complementar – "no que este repetiu preceito de diploma abrangente e aplicável em todo território nacional – a exigir do vendedor não o recolhimento do valor decorrente da incidência da alíquota sobre o preço do negócio mercantil, mas o resultante do somatório das parcelas, criando-se, assim, uma segunda base de cálculo estranha, a mais não poder, à premissa de que os tributos pressupõem, em geral, uma vantagem, um ganho para aquele que está compelido a satisfazê-lo. Em última

RE 582.461 / SP

análise, a forma consagrada conflita com a assertiva de que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre o valor das operações” – não é o valor da operação acrescido do próprio tributo que incide em relação a essa operação – “relativas à circulação de mercadorias, e não de novo tipo que derivaria de incidência de alíquota própria, é certo, ao ICMS, sobre o valor que representa este último. Conforme salientado por Vittorio Cassone nos ‘Comentários à Lei Complementar nº 87/96’:

A regra matriz constitucional direciona para uma base de cálculo “por fora” e não “por dentro”, como vem ocorrendo.

“Neste mesmo sentido concluiu Roque Antônio Carrazza em ‘ICMS’, 4ª edição, Malheiros Editores Ltda., à página 140” – aí cito a obra –, “fazendo-o de forma incisiva e demonstrando até mesmo estarecimento” – que é o meu – “pela ousadia do legislador comum:

“Deveras” – disse o mestre – “a lei complementar ao estabelecer que a base de cálculo do ICMS corresponde ao valor da operação ou prestação somado ao próprio tributo, extrapolou os limites constitucionais, ferindo a regra-matriz do tributo, determinou, por meio deste estratagema, a cobrança de ICMS sobre grandezas estranhas à materialidade de sua hipótese de incidência.”

Continuai:

“A seguir, desenvolvendo esta ideia, escancarando o que é de percepção” – a meu ver – “nítida, consideradas as balizas maiores do tributo no que estão na Carta da República, fez ver os defeitos apresentados pelo que rotulou como estratagema e que seria meio inusitado de chegar-se a receita de tributo *sui generis*, de tributo totalmente apartado da autorização

RE 582.461 / SP

constitucional, fruto da incidência de percentagens sobre o valor representado por si próprio, pelo próprio imposto:"

Disse, então, o mestre Carrazza:

a) A criação discrepa da competência atribuída na Carta da República aos Estados-membros e ao Distrito Federal;

b) Criou-se figura "híbrida e teratológica que não se ajusta aos modelos de nenhum dos cinco impostos que a Constituição, como vimos, rotulou de ICMS. Nem de qualquer outro atribuído à competência dessas pessoas políticas.

E concluiu o tributarista:

Se o imposto é sobre operações mercantis, sua base de cálculo só pode ser o valor da operação mercantil realizada. Se o imposto é sobre prestações de serviços de transporte transmunicipal ou de comunicações, sua base de cálculo só pode ser o preço do serviço prestado.

Ressaltei:

"Impossível é levar em conta valor dissociado daquele que surge no mundo jurídico antes da incidência do imposto. Consoante afirma o consagrado tributarista, o valor decorrente da forma de cálculo merecedora de glosa mostra-se como um verdadeiro adicional do ICMS, no que parte do Estado para a consideração de base de cálculo já integrado de uma percentagem do próprio tributo. À evidência, atua o fisco cobrando imposto sobre imposto a pagar" – transporte isso para o imposto de renda, por exemplo –, "desconhecendo a regra que remete à capacidade econômica do contribuinte, já que este nada auferir" – ele não arrecada, em si, o tributo; quem arrecada é o Estado –, "nada alcança, a ponto de ensejar a tributação. A

RE 582.461 / SP

porcentagem do ICMS passa a ter, em si, duas bases: a primeira ligada à operação de circulação de mercadorias ao preço da venda entabulada e efetuada, e aí conta-se com o respaldo constitucional. A vantagem do vendedor com o negócio jurídico gera a obrigatoriedade de recolher o tributo; a segunda base de cálculo passa a ser algo que não integra o patrimônio do vendedor: não o ganho deste ao efetuar a operação, mas sim, quantia que é direcionada aos cofres públicos, ou seja, a resultante da incidência da alíquota do ICMS sobre o valor da transação. A ordem natural das coisas direcionaria, caso passível de agasalho o absurdo, ao recolhimento do tributo pelo próprio Estado, porquanto a parcela do ICMS integra vantagem reconhecida, constitucionalmente, a ele próprio.

O cálculo na espécie 'cascata', para utilizar jargão que veio à balha com a Gratificação por Tempo de Serviço da Magistratura, resulta, como exemplificado por Carrazza, em majoração da própria alíquota do ICMS. Existente na base de 18%, acaba sendo majorado para 21,95%, via a integração cumulada. As transgressões à Carta da República são múltiplas. Considero inobservado o preceito do artigo 145, § 1º, no que revela como razão de ser do tributo a capacidade econômica do contribuinte. Ora, uma coisa é satisfazê-lo à luz da vantagem alcançada; outra totalmente diversa é estar-se compelido a recolhê-lo em virtude de algo que já representa uma desvantagem, um ônus tributário, como é o resultante da alíquota incidente sobre o valor da operação a título de ICMS.

Em segundo lugar, entendo que se colocou em plano secundário a premissa que, em face da razoabilidade, da ordem natural das coisas, decorre do inciso II do artigo 155 do Diploma Maior. O tributo não pode extravasar, dada a alíquota e a base de incidência, o valor, em si, da operação.

Em terceiro lugar, noto o menosprezo à norma configuradora de garantia constitucional que é a do inciso I do § 2º do referido artigo 155. Como preservar-se a não-cumulatividade se se chega ao cálculo englobado?

RE 582.461 / SP

Mais do que isso, tenho como olvidada a legalidade estrita dos tributos. A alíquota há de ser aquela adremente estipulada e que não sofre, via sutil colocação, acréscimo. Relembre-se a lição de Alfredo Augusto Bechker sobre a natureza jurídica do tributo”:

O critério de investigação da natureza jurídica do tributo que se demonstrará ser o único verdadeiramente objetivo e jurídico, parte da base de cálculo para chegar ao conceito do tributo. Este só poderá ter uma única base de cálculo. A sua conversão em cifra é que poderá variar de método: ou peso e/ou medida e/ou valor. Quando o método é o valor, surge facilmente o perigo de se procurar atingir este valor mediante a valorização de outro elemento que consistirá, logicamente, outra base de cálculo e, com isso, ipso facto, desvirtuou-se o pretendido gênero jurídico do tributo. Haverá tantos distintos gêneros, quantas diferentes bases de cálculo existirem (Teoria Geral do Direito Tributário, 2ª edição, Saraiva, 1972, página 339).

Vale frisar que na própria Carta da República encontra-se obstáculo até mesmo a cálculo de tributo envolvendo outro tributo, quando as espécies são distintas.

Aqui, não. É cálculo de tributo, considerado o valor decorrente do próprio específico tributo.

Então, o que se haverá de dizer quando, via o mesmo tributo, chega-se à duplicidade? Preceitua o inciso XI do § 2º do artigo 155 da Carta da República que não se compreende na base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, em operação entre contribuintes e relativamente a mercadoria destinada à industrialização ou à comercialização que gere o surgimento de fato gerador dos dois tributos.

RE 582.461 / SP

Aliás, especificamente sobre o ICMS, o legislador constituinte dispôs, muito embora em preceito de natureza transitória, que, considerada a energia elétrica, seria calculado "sobre o preço então praticado na operação final" (§ 9º do artigo 34 do ADCT), o que obstaculiza o cálculo cumulativo.

Por outro lado, cabe indagar: é possível adotar-se a óptica da bitributação, como ocorre no caso do ICMS, a outros impostos, a exemplo do Imposto sobre a Renda? Se se endossar a cobrança dobrada, ter-se-á que admitir que também esta pode-se verificar quanto ao Imposto de Renda, quando, então, ter-se-ia o cálculo normal para chegar-se a ele, voltando-se, posteriormente, à feitura de contas com o resultado já incluído na renda líquida.

Pois bem, à mercê do disposto no artigo 146 da Carta da República, em interpretação isolada e de interesse do Estado na recomposição do respectivo caixa, parte-se para a normatização da matéria ao arropio dos ditames constitucionais. É óbvio que a lei complementar há de compreender-se, há de estar afinada com os preceitos maiores contidos no único diploma em relação ao qual é reconhecida supremacia, ou seja, a Constituição Federal.

Por tais razões," - concluí - "conheço e provejo este recurso extraordinário para, reformando o acórdão proferido pela Corte de origem, de folha 141 à 148, julgar procedente o pedido formulado na inicial, invertidos os ônus da sucumbência, tais como consignados na sentença do juízo (folha 83 a 90)."

Fiz ver e concluí pela inconstitucionalidade.

Presidente, o que transparece é que se partiu de premissa segundo a qual o vendedor fatura o ICMS. Utilizo o vocábulo "fatura" no sentido de arrecadar o resultado da operação própria a esse tributo, quando essa arrecadação é feita aos cofres públicos. Não tem o vendedor - e não vamos cogitar da transferência ao contribuinte de fato e, com isso, majorar o próprio tributo - qualquer vantagem no que há a incidência do tributo. O tributo não integra o valor do negócio jurídico, o valor da

RE 582.461 / SP

operação mercantil, valor que, segundo a Constituição, serve de base à incidência do ICMS. Não vejo como dizer que é possível esse cálculo por dentro quanto ao ICMS, no que, inclusive, a Lei Maior veda a consideração de outro tributo, como consignei no voto, para ter-se posteriormente esse cálculo, sem que se reconheça a possibilidade de ocorrências do fenômeno, num passe verdadeiramente de mágica, passe à margem da Constituição da República, no tocante aos demais tributos, às demais espécies tributárias.

Repito, Presidente, não consigo conceber que se abandone o que previsto de forma imperativa, cogente, a revelar franquia constitucional favorável aos contribuintes, que é a base de incidência retratada pelo valor do negócio jurídico; não concebo que se adite a previsão constitucional para mencionar-se que a base de incidência deve ser acrescida do próprio tributo para, num passo subsequente, vir-se a, novamente, calcular, já acrescido o valor do negócio jurídico, a recalcular o tributo.

Embora após o julgamento verificado – e reafirmo que este Colegiado não participou do julgamento, excluída a minha própria pessoa, sou o remanescente daqueles que estiveram presentes no Plenário quando do enfrentamento do tema –, não consigo imaginar, a não ser que se parta, ante a observância quase que automática que ocorreu nesses últimos anos após o precedente, para reescrever a Carta da República. Não consigo imaginar essa forma de cálculo que, repito, uma vez assentada quanto ao ICMS sem uma justificativa inclusive socialmente aceitável, poderá ser transportada – e a capacidade de invenção do homem é ilimitada, principalmente quando se busca receita – para o cálculo de qualquer outro tributo.

Por isso, reconhecendo que há o precedente, tomado quando a Corte era composta de outros Ministros, e que, após isso, praticamente se partiu para a observância automática do precedente, estou convencido de que o cálculo por dentro, no que vendedor não fatura ICMS, discrepa, a mais não poder, do figurino constitucional.

Peço vênias ao relator para prover o recurso.

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

ADITAMENTO AO VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Presidente, Vossa Excelência me permite? Eu não fiz leitura do meu voto nesta parte, tenho certeza de que o Ministro Gilmar Mendes também fez um resumo de suas ponderações, mas já que houve a objeção agora colocada pelo Ministro Marco Aurélio, eu gostaria, se Vossa Excelência me permite, de, especificamente quanto à questão do ICMS por dentro, tecer algumas considerações que estão no voto escrito. Peço a Vossa Excelência que faça juntar, juntamente com as duas outras questões também pacificadas no Tribunal.

Tem razão o Ministro Marco Aurélio quando diz que a nossa jurisprudência é antiga sobre a matéria, está consolidada e tem sido repetida ao longo do tempo, embora, hoje, a Corte conte com uma composição bastante diferente daquela que originou o precedente inicial. No entanto, com vênias do Ministro Marco Aurélio, creio que a jurisprudência do Tribunal ainda continua válida e direi o porque em meu voto escrito.

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. O recurso extraordinário trazido a julgamento versa sobre três questões com repercussão geral reconhecida por esta Corte na assentada de 22 de outubro de 2009. Dizem respeito:

- a) à constitucionalidade da incidência do ICMS sobre o valor da operação, com destaque ao ICMS “por dentro”, apenas para fins de controle, sem direito à sua exclusão da base de cálculo;
- b) à constitucionalidade da taxa SELIC;
- c) à constitucionalidade da multa moratória de 20%.

Sobre todos esses temas, o Tribunal tem jurisprudência consolidada. Abre-se a oportunidade, agora, de dar ao entendimento do Tribunal os efeitos do instituto da repercussão geral.

2. A questão do ICMS na base de cálculo do próprio ICMS é bastante antiga. Basta lembrarmos que tal sistemática de cobrança “por dentro” já era aplicada ao antigo ICM.

Assim determinava o art. 2º, § 7º, do DL 406/68, há mais de quarenta anos:

“§ 7º O montante do imposto de circulação de mercadorias integra a base de cálculo a que se refere este artigo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”.

A LC 87/1996 repete tal sistemática:

RE 582.461 / SP

"Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I – na saída de mercadoria... o valor da operação;

[...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo (Redação da LC 114/02):

I – o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;".

A EC 33/2001, por sua vez, acrescentou a alínea "i" ao inciso XI do § 2º do art. 155 da Constituição, dispondo expressamente sobre a matéria ao tornar inequívoco que cabe à lei complementar fixar a base de cálculo do ICMS "de modo que o montante do imposto a integre".

A questionada Lei Estadual SP 6.374/89 dá ao ICMS a mesma conformação:

"Art. 33. O montante do imposto integra sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle".

3. Este Tribunal tem jurisprudência consolidada no sentido da validade dessa forma de cálculo, do que são exemplo os acórdãos dos Recursos Extraordinários 212.209, 209.393, 254.202 e 219.202.

No RE 212.209, o Ministro Moreira Alves assim se pronunciou:

"...é a lei complementar que impõe a base de cálculo e ela só seria inconstitucional, nesse ponto, se estabelecesse base de cálculo que não se coadune com o fato gerador, o que não ocorre aqui, em que a base de cálculo é a única que se compatibiliza com o próprio imposto, inclusive para a observância do princípio da não-cumulatividade".

O valor da operação é aquele pago para a realização do

RE 582.461 / SP

negócio, podendo abranger os próprios tributos nela incidentes, seguros, juros e frete.

Por certo que a Constituição pode determinar exclusões, como o faz por meio do art. 155, § 2º, XI, ao dispor no sentido de que a base de cálculo do ICMS não compreenderá o montante do IPI quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador dos dois impostos, o que resta reproduzido no art. 13, § 2º, da LC 87/96.

Mas não há uma garantia constitucional genérica contra a sobreposição de tributos, o que foi destacado pelo Ministro Ilmar Galvão ainda no mesmo RE 212.209:

“Em votos anteriores, tenho assinalado que o sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo, salvo a exceção, que é a única, do inciso XI do parágrafo 2º do art. 155 da Constituição, onde está disposto que o ICMS não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos.

*...
Na verdade, o preço da mercadoria, que serve de base de cálculo ao ICMS, é formado de uma série de fatores: o custo; as despesas com aluguel, empregados, energia elétrica; o lucro; e, obviamente, o imposto pago anteriormente. O problema, diria que é até de ordem pragmática, em face da dificuldade, quase incontornável, de eliminar-se da base de cálculo de um tributo tudo o que decorreu de tributação”.*

Efetivamente, a instituição de impostos retrata a riqueza em determinada perspectiva, não havendo direito a que os impostos incidam sobre uma riqueza líquida, depurada de quaisquer ônus

RE 582.461 / SP

tributários.

E diga-se mais: com a já referida EC 33/01, passou a haver dispositivo constitucional que autoriza expressamente que o montante do ICMS integre a respectiva base de cálculo (art. 155, § 2º, XII, alínea "i").

Não se pode, assim, dizer que decorra do Sistema Tributário Nacional a necessidade de que as bases de cálculo dos tributos sejam depuradas, delas se excluindo necessariamente os tributos que as componham ou que nelas estejam incorporados.

4. Não se trata, em absoluto, de tributação de custo incorrido com o pagamento de tributos, o que representaria violação à base econômica e ao próprio princípio da capacidade contributiva.

Trata-se, isto sim, da tributação de determinada manifestação de riqueza pelo valor nela envolvido.

Note-se, por exemplo, que o Imposto de Renda da Pessoa Física incide sobre a totalidade dos rendimentos, de modo que, no contracheque dos empregados, por exemplo, é destacada a retenção por dentro. Ou seja, os próprios rendimentos tributados é que suportam o pagamento do imposto, não havendo direito a uma fórmula que faça com que a alíquota incida sobre valores líquidos após a incidência do próprio imposto. Do ponto de vista econômico, isso pode implicar uma carga efetiva aparentemente superior, mas há que se considerar que o montante utilizado para pagamento do imposto também constitui disponibilidade do contribuinte, tanto que é capaz de ser destinado para satisfazer obrigação sua.

Não há dúvida de que o ICMS, diferentemente do IRPF, constitui um imposto do tipo indireto, ou seja, um imposto que enseja a transferência do ônus econômico a outra pessoa considerada como

RE 582.461 / SP

contribuinte de fato.

Tal característica de imposto indireto, contudo, não limita o dimensionamento legal da sua base de cálculo, limitada que está, isto sim, à amplitude da base econômica dada à tributação. Não havendo extrapolação do conteúdo econômico da grandeza prevista no art. 155, II, da Constituição, ou seja, da riqueza retratada pelas “operações relativas à circulação de mercadorias”, não há inconstitucionalidade.

Ademais, a transferência do ônus tributário dá ainda maior elasticidade à tributação por afastar, sob a perspectiva do contribuinte de direito, questionamentos quanto a eventual ausência de capacidade contributiva.

5. Note-se, ainda, que o destaque do ICMS, ainda que “por dentro”, não viola de modo algum a técnica da não-cumulatividade.

O destaque é determinado “para fins de controle”, sendo um dos seus objetivos justamente facilitar a operacionalização das apropriações de crédito pelos comerciantes adquirentes, conforme já observava Aliomar Baleeiro em sua obra *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª edição, Forense, 1999, p. 436.

Entendo, portanto, que a jurisprudência do Tribunal sobre a matéria deve ser mantida, reconhecendo-se a constitucionalidade do cálculo do ICMS “por dentro”.

6. Quanto à taxa SELIC – Sistema Especial de Liquidação e de Custódia –, também não há inconstitucionalidade a ser reconhecida.

Não há que se invocar violação à legalidade estrita do art. 150, I, da Constituição, porque os juros não compõem a norma tributária impositiva, não estando inseridos nos lindes do seu aspecto quantitativo.

RE 582.461 / SP

A SELIC é instituída e cobrada não a título tributário, mas a título de juros no pagamento de tributos em atraso.

Aliás, configura índice que abrange juros e correção monetária. Cumpre tanto a função de recomposição monetária do valor devido como de compensação pela mora, equivalendo, aliás, ao custo que o próprio governo suporta para tomar recursos mediante emissão de títulos.

Note-se que as próprias dívidas civis têm se subordinado à incidência de tal índice, na medida em que o art. 406 do CC diz que os juros moratórios, quando não convencionados, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, o que acaba por remeter ao art. 13 da Lei 9.065/95 e art. 61, § 3º, da Lei 9.430/96.

Embora se trate de índice variável, há lei que prevê a sua incidência e que é suficiente para tanto, não havendo que se exigir, como visto, legalidade absoluta a impedir qualquer delegação ou integração.

A determinação legal da sua incidência, ademais, não viola a reserva de lei complementar para dispor sobre normas gerais, porquanto o art. 161, § 1º, do CTN estabelece a taxa de 1% para a hipótese de a lei não dispor de modo diverso. Não se trata sequer de um limite aos juros, mas de norma geral de caráter supletivo.

O art. 1º da Lei Estadual 10.175/98 está, pois, no espaço deixado pelo art. 161, § 1º, do CTN, não afrontando o art. 146, III, da CF. O mesmo ocorre, aliás, com a legislação federal, que adota o mesmo índice.

Como taxa de juros, a determinação de cobrança da SELIC

RE 582.461 / SP

também não estava sujeita à observância do art. 150, III, b, da Constituição. Este submete a instituição dos tributos à anterioridade de exercício, não impedindo novas disposições sobre juros moratórios com aplicação imediata a partir da sua publicação.

7. Quanto à análise do caráter confiscatório da multa de 20%, cabem algumas considerações.

As multas, como qualquer punição, devem guardar certa proporcionalidade com a gravidade da infração cometida. Deve haver adequação entre o grau da infração e o percentual da multa cominada, de modo que se evidencie ser esta necessária e suficiente às finalidades de prevenção e de repressão, sem implicar ofensa desarrazoada e excessiva contra o patrimônio do infrator.

A multa moratória, diferentemente das multas de ofício e das multas isoladas, pune o simples inadimplemento, o atraso no pagamento. Não se trata de multa destinada a punir a sonegação, a fraude, o conluio ou qualquer outro ato de maior gravidade que indique a existência de dolo e de manobras para iludir o Fisco, o que exigiria multa com maior potencial repressor.

A multa moratória tem de ser capaz, isto sim, de contraindicar e inibir o atraso no pagamento dos tributos, tornando oneroso para o contribuinte tal procedimento. Mas não deve se prestar, de outro lado, a abusos, inviabilizando, pela sua excessiva carga, que o contribuinte infrator consiga resgatar sua dívida.

A Constituição de 1934 limitava os juros moratórios a 10%:

"Art. 184. O produto das multas não poderá ser atribuído, no todo ou em parte, aos funcionários que a impuserem ou confirmarem. Parágrafo único. As multas de mora por falta de pagamento de impostos ou taxas lançados não poderão exceder de dez por cento sobre,

RE 582.461 / SP

a importância em débito”.

Nas constituições posteriores, assim como na atual, não há dispositivo específico sobre a matéria.

Este Tribunal, deparando-se com multas demasiadamente onerosas, reduziu-as de 100% para 30%, do que é exemplo o RE 81.550, julgado em maio de 1975. Considerou, então, que deveria haver uma compatibilização com a utilização do instrumento da correção monetária, que já compensava a perda do valor aquisitivo da moeda. Já no RE 220.284-6/SC, julgado em maio de 2000, reconheceu a constitucionalidade de multa de 30%.

Por ocasião do julgamento do RE 239.964, de minha relatoria, julgado em 2003, a 1ª Turma desta Corte entendeu que 20% constituíam percentual admissível. Eis a ementa:

“IPI. MULTA MORATÓRIA. ART. 59. LEI 8.383/91. RAZOABILIDADE. A multa moratória de 20% (vinte por cento) do valor do imposto devido não se mostra abusiva ou desarrazoada, inexistindo ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Recurso extraordinário não conhecido.”

Reexaminando a questão, sob o prisma da proporcionalidade, por certo que 20% é percentual bastante oneroso, em nada comparável aos 2% estabelecidos por lei para as relações de consumo, nos termos do art. 52 do Código de Defesa do Consumidor, com a redação da Lei 9.298/96:

“Art. 52... § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação”.

Mas há de se destacar que as multas anteriormente

RE 582.461 / SP

aplicadas nas relações de consumo, de 10%, conforme a redação original do CDC, não eram inválidas. Foi uma opção do legislador trazê-las a patamar inferior por razões de equidade.

A par da legislação estadual atacada, também a legislação federal trabalha com o percentual de 20% para a multa moratória, embora como limite à cumulação da multa diária de 0,33%, nos termos dos arts. 61 da Lei 9.430/96 e 35 da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 11.941/09

Estivéssemos, agora, nos deparando com multa de 40% ou mesmo de 30%, não hesitaria em entender que atualmente não poderiam perdurar. Quanto à multa de 20%, é, sem dúvida, pesada para o contribuinte inadimplente. Mas tenho que não se deve ir ao ponto de dizê-la inválida. A relação tributária não é equiparável às relações de consumo. A obrigação de pagar impostos consubstancia dever fundamental.

8. Ante todo o exposto, voto no sentido de reconhecer a constitucionalidade da incidência do ICMS calculado “por dentro” do valor da operação, bem como da lei estadual que estabelece a SELIC como índice de juros moratórios e da multa moratória de 20%, razão pela qual nego provimento ao recurso extraordinário, com efeitos de repercussão geral para as três questões analisadas.

18/05/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu só gostaria de ratificar o voto exatamente nesse sentido, de que a emenda constitucional estabeleceu, de forma clara, no artigo 155, § 2º, XII, "i", que o montante do imposto integra a base de cálculo do ICMS; hoje é explícito.

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), sim, porque passa a haver um confisco quando se tem cobrança à margem do que previsto em termos de tributo, de base de incidência. Agora, não é pelo valor em si, é pela inexistência de móvel para essa própria cobrança.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), sim, como também concluo que há transgressão ao princípio da não cumulatividade, porque é contrassenso dizer que o produto do recolhimento a título de tributo, de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS, deve ser considerado na operação subsequente e assentar que, nessa operação subsequente, pode-se ter, como também na anterior, o cálculo duplicado, ou seja, somando-se à base de incidência, ao valor da operação, o relativo ao próprio tributo.

É interessante, porque não podemos partir para a noção comum de confisco, que está muito ligada ao valor. Devemos considerar que a cobrança pelo Estado é indevida e que, a partir dela, sob o rótulo de tributo, tem-se verdadeiro confisco, porque de cobrança de tributo não se trata.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Celso de

RE 582.461 / SP

Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), Vossa Excelência me permite?

Sob o ângulo constitucional, penso que passa a haver enriquecimento indevido do Estado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência me permite traduzir o que Vossa Excelência está a afirmar, pelo menos na minha percepção? Se o principal não é devido, a multa não é devida; e cobrar multa sem o débito principal é confisco. É isso?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A premissa é única: o vendedor não fatura ICMS. Quem o faz é o Estado, mas este não paga tributo, muito menos considerado valor resultante de tributo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso eu já entendi.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ele não soma ao respectivo patrimônio o valor decorrente do ICMS. O resultado da operação é recolhido aos cofres públicos. Como, então, vai satisfazer o ICMS sobre a quantia resultante do cálculo do mesmo tributo?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu entendi a colocação do Ministro Marco Aurélio, mas, naquele momento em que eu deveria ter julgado, preferi ouvir os Colegas mais experientes, e talvez tenha sido muito diminuto. Pode estar dando a impressão, claro que cada um de nós tem uma percepção desse fenômeno...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Claro, claro. Vossa Excelência me permite? Não se pode consagrar, em um Colegiado, o apego ao misoneísmo. Só porque, no passado, concluiu-se de certa forma, sendo o Colegiado outro Colegiado em termos de composição, não se pode passar a bater carimbo. Isso não é julgamento.

RE 582.461 / SP

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Marco Aurélio, eu recebo - digamos assim - essa sua fala até como uma homenagem da minha participação agora no Colegiado. Eu até agradeço. Apenas eu não tive a oportunidade de esclarecer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A óptica, perdoem-me os colegas que entendem de forma diversa, é possível, porquanto sou voz isolada. Aliás, não sou mais, porque tenho o apoio e o convencimento do Ministro Celso de Mello. A atuação em Colegiado é isso: cada qual votando segundo a ciência e a consciência possuídas.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), peço desculpas aos colegas se disse algo e o entenderam desagradável.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, agora votando na ordem, se isso for permitido, só para poder esclarecer, porque votei de forma quase que monossilábica. Então, gostaria só de esclarecer, porque eu quis ouvir os Colegas que me antecederam.

Senhor Presidente, nós temos hoje uma Constituição, quer dizer, já nesse momento diferente, como destacou o Ministro Marco Aurélio, uma Constituição pós-positivista que tem princípios, e tem princípios-regra também. Então, eu até me convergiria para a opinião do Ministro Marco Aurélio, se nós estivéssemos no campo do princípio da Justiça Tributária. Então, sob o ângulo da Justiça Tributária, é efetivamente uma prática no Brasil imposto sobre imposto, não é só ICMS, sobre a estratégia tributária do Brasil que cobra alguns impostos sobre outros impostos, contribuição social sobre o imposto. Mas o que ocorre é que aqui nós temos um princípio-regra, e qual é o princípio-regra? Porque não estamos votando contra a Constituição. O princípio-regra é de que compete aos Estados a cobrança do ICMS e a lei complementar vai estabelecer esses elementos que configuram a incidência desse imposto, e essa lei terá que ser uma lei complementar. E a Constituição diz: esta lei complementar deverá ter, dentre outras coisas, a base de cálculo do ICMS. E diz mais a Constituição: quando essa lei complementar estabelecer a base de cálculo do ICMS, nessa base de cálculo, ela tem que fazer incluir o imposto conforme dispõe o artigo 155, § 2º, alínea "i". A lei complementar, na hipótese do ICMS, tem que fixar a base de cálculo de modo que o montante do imposto a integre. Está escrito na Constituição Federal.

E o que fez o legislador complementar, na Lei Complementar nº 87, como destacou a Ministra Ellen Gracie? O legislador complementar estabeleceu que incide o ICMS sobre o valor da mercadoria e mais sobre a base de cálculo, incluindo-se o ICMS devido. Então, se é justo ou se é

RE 582.461 / SP

injusto pouco importa, está na Constituição Federal, está na lei complementar.

De sorte que, muito embora haja uma homenagem à nova composição, a jurisprudência se mantém e é muito importante que ela se mantenha, porque hoje a jurisprudência tem uma presunção de legitimidade tal como as leis. Essa jurisprudência é mais do que vintenária, uma ruptura dessa jurisprudência, que está de acordo com a Lei Complementar nº 87, traz severos desastres e prejuízos para os Estados que contam com essa receita e os seus conseqüentários.

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

TRIBUNAL PLENO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, só para registrar que eu trouxe voto por escrito,
mas não vou lê-lo. Só para incluir no acórdão.

###

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Trata-se de recurso extraordinário interposto por JAGUARY ENGENHARIA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA., com supedâneo na alínea “a” do permissivo constitucional.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo restou assim ementado:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. A inclusão do montante do imposto na sua própria base de cálculo não se confunde com a dupla tributação, nem afronta o princípio da não cumulatividade – A regra do artigo 13, § 1º, da Lei Complementar n 87/96, que já existia no artigo 2º, § 7º, Dec. Lei n 406/68, no artigo 14 do Convênio n 66/88, e constante do artigo 33 da Lei n 6.374/89, não afronta a Constituição Federal que diz caber à lei complementar a definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos (CF, art. 146, III, ‘a’) – Legalidade da aplicação da Taxa Selic – Multa moratória fixada nos termos da legislação vigente – Não ocorrência de afronta ao princípio constitucional da vedação de confisco. Recurso improvido.”

No extraordinário, sustenta-se: (i) violação ao art.155, inciso II da Constituição Federal, sob o argumento de que a Lei n 6.374/89 do Estado de São Paulo, ao impor a cobrança do ICMS incluindo em sua base de cálculo o valor do próprio imposto, fere o princípio da não cumulatividade e da vedação de **bis in idem**, ou seja, *“cobrança de dois tributos pela mesma pessoa política em decorrência do mesmo fato gerador, já que traz um adicional do imposto que não tem qualquer relação com a operação mercantil realizada”*; (ii) inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC tal como prevista na Lei Estadual n 10.175/98, por afronta aos incisos I

RE 582.461 / SP

(princípio da legalidade estrita) e III (princípio da anterioridade) do art. 150 da Carta Magna, bem como aos princípios da indelegabilidade da competência tributária e da segurança jurídica, levantando-se a tese de que a referida taxa referencial sofre oscilações ao sabor do mercado financeiro e está sujeita a ingerências do Banco Central do Brasil, além de ser reajustada pelo Poder Executivo, usurpando-se, assim, a competência do Poder Legislativo sobre a matéria; (iii) vulneração do art. 150, IV (vedação do tributo com efeito de confisco), argumentando-se que a multa de mora, prevista na legislação estadual no patamar de 20% (vinte por cento), é exorbitante.

O Estado de São Paulo apresentou contrarrazões às fls. 44/50, sustentando que a Lei Estadual nº 10.175/98 não contrariou as normas constitucionais invocadas. Para tanto, citou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 205.236, Rel. Min. Humberto Martins), que teria assentado a legalidade da utilização da taxa SELIC como taxa de juros em matéria tributária, não cumulando essa, ademais, com outros índices de correção monetária.

Sobre a discussão da inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo – o chamado “cálculo por dentro” –, lembra que a questão foi pacificada por esta Corte no RE nº 254.202-4/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

A Procuradoria-Geral da República pugna pelo não provimento do recurso.

Passo à análise das razões recursais.

A prática de se admitir a inclusão de tributo na base de cálculo de outro tributo é admitida tradicionalmente na jurisprudência brasileira. Diversas súmulas foram editadas tanto pelo antigo Tribunal Federal de Recursos como pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo exemplos as de nº 258/TRF, 68/STJ e 94/STJ.

Nesta Corte, em muitos casos, não se conheceu de recursos extraordinários que visavam contrariar esse entendimento, pois se considerava que a questão jurídica em debate era de cunho infraconstitucional. Contudo, no julgamento do RE nº 212.209/RJ (DJ de

RE 582.461 / SP

14/2/03, Rel. Min, **Marco Aurélio**), esta Corte, por maioria, julgou constitucionais o inciso I do § 1º do art. 13 da LC 87/96 e o art. 14 do Convênio 66/88, os quais determinam que o ICMS integre sua própria base de cálculo.

Na oportunidade, o **Ministro Ilmar Galvão** ponderou:

“Sr. Presidente, não é a primeira vez que essa questão é discutida no Supremo Tribunal Federal. Já tive ocasião de relatar casos análogos, não só aqui mas também no STJ. Esse, aliás, não poderia ser um assunto novo, se o DL nº 406 está em vigor há trinta anos. Não seria agora o fenômeno da superposição do próprio ICMS haveria de ser identificado.

Vale dizer que, se a tese ora exposta neste recurso viesse a prevalecer, teríamos a partir de agora, na prática, um novo imposto. **Trinta anos de erro no cálculo do tributo.**”

Com a vênia dos que pensam em contrário, entendo que é o caso de ratificar a jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal Federal (RE nº 212.209/RS), no sentido de que o ICMS, como tributo indireto, que é repassado ao consumidor final, integra o preço da mercadoria ou do serviço, é parte dos custos de produção do bem. Tanto é assim que, ainda que o vendedor (contribuinte de direito) não pague o imposto, terá o comprador (contribuinte de fato) arcado com esse ônus tributário.

A inclusão do tributo repassado ao consumidor, em sua própria base de cálculo, é uma decisão do legislador e, no Brasil, essa tem sido a tradição. Daí, entendo relevante para deslinde da questão do cálculo por dentro, estabelecer a natureza desses tributos que se incluem nos preços pagos ao consumidor final, a partir de antiga distinção doutrinária entre impostos diretos e indiretos.

A dicotomia tributos diretos e indiretos é assim explicada por Luciano Amaro (**Direito Tributário Brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.90):

“ Uma classificação, de fundo econômico, mas com efeitos

RE 582.461 / SP

jurídicos, é a que divide os tributos em diretos e indiretos. Os primeiros são devidos 'de direito', pelas mesmas pessoas que, 'de fato' suportam o ônus do tributo; é o caso do imposto de renda. Os indiretos, ao contrário, são devidos 'de direito', por uma pessoa (dita 'contribuinte de direito'), mas suportados por outra ('contribuinte de fato'): o 'contribuinte de direito' recolhe o tributo mas repassa o respectivo encargo financeiro para o 'contribuinte de fato', os impostos que gravam o consumo de bens ou serviços (IPI, ICMS, ISS) estariam aí incluídos."

Elidie Palma Bifano (Aspectos relacionados ao cálculo "por dentro" do ICMS, RFDT, ano 6, nº 33 p. 86/113), citando autores estrangeiros e analisando os sistemas tributários de outros países, pontua, no que interessa mais diretamente ao caso concreto:

"O estudioso de fiscalidade Maurice Laure afirma que os contribuintes aceitam os tributos, com maior facilidade, em função da forma pela qual eles são apresentados e que o Fisco conhece bem, esse fenômeno psicológico. Dessa forma os tributos podem ser diferenciados como 'impostos que se vêem e impostos que não se vêem', esses últimos pagos sem que o contribuinte disso se dê conta. Os impostos indiretos, para o autor, são pagos por pessoas que sabem não serem, definitivamente, os contribuintes, porque esses impostos estão dissimulados nos preços e o seu ônus é repassado para o consumidor."

Para o autor, "calcular um tributo "por dentro" significa considerar que ele integra a sua própria base de cálculo. Nada mais lógico do que essa afirmativa, pois, se o fenômeno econômico que enseja a tributação pelos impostos é a riqueza, o tributo estará, sempre, contido dentro da riqueza gerada, exceto: (i) se o poder tributante decidir que essa parcela, correspondente ao tributo, deve ser excluída da riqueza tributável; (ii) se o tributo que onera a riqueza for calculado por fora da riqueza ou (iii) se o tributo é tão injusto que não há riqueza suficiente para exigí-lo. O fenômeno do tributo integrando a riqueza,

RE 582.461 / SP

“por dentro”, é facilmente visualizável nos impostos que incidem sobre riqueza acrescida, como é o caso do imposto sobre a renda, quando o beneficiário se submete à tributação na fonte, deixando um pedaço de sua riqueza para o Poder Público.”

Por ocasião do julgamento do RE nº 212.209/RJ, o eminente Ministro Nelson Jobim, no que foi acompanhado pela maioria, bem colocou a sistemática do chamado “cálculo por dentro” do ICMS.

“ Vejamos a seguinte hipótese, meramente matemática: admitindo que num produto, no valor de cem reais, vendido da empresa “A” para a empresa “B”, sobre ela incidisse uma alíquota de 18%, que é mais ou menos a praticada, teríamos 18% do imposto. Quanto a empresa adquirente paga? Cem ou cento e dezoito reais? Se ele adquire por cento e dezoito, a operação que ele praticou foi de cento e dezoito. Isto é verdadeiro porque, em 1966, quando se criou o tributo, foi dito que a alíquota da operação subsequente incidiria sobre a base de cálculo de impostos anteriores. Criou-se uma fórmula de mercado de transferência para o adquirente do imposto pago. Admitindo-se que seja verdadeiro o que estou dizendo, se o valor da mercadoria inicialmente era de cem reais e o imposto era de 18%, foi vendida, transferida para o primeiro adquirente, o segundo na operação, por cento e dezoito. Esta mercadoria adquirida foi utilizada como insumo para um produto qualquer desse adquirente, e agregou-se a esse valor mais cem reais. Essa mercadoria vai para o mercado por duzentos e dezoito, nos quais estaria embutido o valor do tributo que o adquirente, tendo em vista a regra de 1966, estava transmitindo para o adquirente final. Sobre esses duzentos e dezoito reais, teríamos uma nova alíquota de 18%, que resultaria um tributo no valor de R\$ 39,24, sendo que o adquirente teria um crédito relativo ao tributo da operação anterior de 18%. O que teríamos? O produtor inicial estaria devendo ao Estado dezoito reais, que foram pagos no preço da venda a ser transmitida pelo segundo adquirente, que colocaria o produto no mercado por duzentos e dezoito reais, e sobre este valor incidiria 18%, resultando um

RE 582.461 / SP

tributo no valor R\$ 39,24. Mas, ele tem o crédito da operação anterior. Logo, o tributo devido pelo segundo adquirente, considerando a operação de débito e crédito, na sua contabilidade, seria de R\$ 21,24, que daria os R\$39,24 sobre o total da operação. Nesse caso, não haveria cumulatividade.

Outro aspecto importante foi levantado pelo Ministro **Moreira Alves** e diz respeito à efetividade do princípio da não cumulatividade, assegurada com a técnica do chamado “cálculo por dentro do ICMS”:

“Há que fazer duas observações. Se o ICMS não for um imposto por dentro, jamais chegaremos ao que se deve chegar com a observância do princípio da não-cumulatividade, com o seu jogo de compensações. Ademais, o fato gerador é que decorre da Constituição, mas é a lei complementar que impõe a base de cálculo, e ela só seria inconstitucional, nesse ponto, se estabelecer base de cálculo que não se coadune com o fato gerador, o que não ocorre aqui, em que a base de cálculo é a única que se compatibiliza com o próprio imposto, inclusive para a observância do princípio da não-cumulatividade.”

Com efeito, importa ressaltar que a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo não ofende o princípio constitucional da não cumulatividade desse tributo. A não cumulatividade é a possibilidade de compensar o tributo pago nos elos anteriores da cadeia produtiva com o tributo a ser arrecadado em novas operações a ele sujeitas. O **quantum** de crédito a ser compensado não se altera, pois o valor da operação sujeita à nova tributação contera o imposto e, automaticamente, compensará o imposto pago nas operações anteriores, calculado segundo os mesmos critérios.

Nem se sustenta a assertiva de que o cálculo por dentro acarreta a alteração indevida de base de cálculo. Esta continua a mesma, o valor da operação, que levará em conta todos os custos incorridos pelo vendedor mais a margem de lucro.

Concluindo, a incidência do ICMS no denominado “cálculo por

RE 582.461 / SP

dentro” é expediente nitidamente constitucional. A alíquota deve ser aplicada sobre o preço estabelecido na operação final, revelando-se o destaque na nota fiscal mera indicação para fins de controle. Nas palavras do Ministro Nelson Jobim, o ICMS *“incide sobre um dado objetivo, chamado operação”*.

Nessa linha, julgado da Segunda Turma de relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**:

“Agravamento regimental em recurso extraordinário. 2. ICMS. Base de cálculo. Inclusão do valor da operação. Cálculo ‘por dentro’. Precedentes. 3. Agravamento regimental a que se nega provimento” (RE nº 358.911/SP-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 13/12/05).

No mesmo sentido, RE nº 254.202/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJ de 4/8/2000; AI nº 397.743/SP-AgR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, DJ de 18/2/05)

Quanto à incidência da taxa SELIC nos débitos tributários, tenho para mim que é o caso de ratificar a jurisprudência da Corte, no sentido de que essa questão tem nítido cunho infraconstitucional, não se prestando o recurso extraordinário ao deslinde da alegada afronta ao princípio da legalidade, porquanto isso implicaria a análise das normas do BACEN e da própria Lei Estadual 10.175/98 do Estado de São Paulo, sem descurar da Lei nº 9.250 de 26/12/95, que instituiu a SELIC na esfera federal.

“DIREITO TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC NA ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL 10.175/98. 1. A controvérsia quanto à aplicação da taxa SELIC sobre débitos tributários é de âmbito infraconstitucional, o que elide o processamento do recurso extraordinário. Ausência de ofensa direta à Constituição Federal. 2. Agravamento regimental improvido” (RE 504.301/SP-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, DJe de 5/2/10).

RE 582.461 / SP

No mesmo sentido, AI 675.701-AgR, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, 1ª Turma, DJe de 3/4/09; AI nº 613.584/RS-AgR, Rel. Min. **Cármen Lúcia**.

Por fim, como bem salientou a Ministra **Ellen Gracie** na sua manifestação quanto à repercussão geral, no que concerne à multa moratória, a jurisprudência também é firme no sentido de que o patamar de 20% é razoável e não ofende os princípios da capacidade contributiva e da vedação de confisco.

“A multa moratória de 20% (vinte por cento) do valor do imposto devido, não se mostra abusiva ou desarrazoada, inexistindo ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco” (RE 239.964, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 15/4/2003, Primeira Turma, DJ de 9/5/03 - grifamos).

“ICMS. Multa de 30% imposta por lei sobre o valor do imposto devido. Alegação de ter essa multa caráter confiscatório. - É de rejeitar-se a preliminar de não-conhecimento do recurso extraordinário pela circunstância de a recorrente não haver indicado a alínea do inciso III do artigo 102 da Constituição, uma vez que, das razões desse recurso, se alega expressamente a ofensa a texto constitucional (ao artigo 150, IV, da Carta Magna), permitindo-se, assim, identificar o enquadramento dele na hipótese prevista na letra “a” do citado inciso III do artigo 102 da Constituição. - Não se pode pretender desarrazoada e abusiva a imposição por lei de multa - que é pena pelo descumprimento da obrigação tributária - de 30% sobre o valor do imposto devido, sob o fundamento de que ela, por si mesma, tem caráter confiscatório. Recurso extraordinário não conhecido” (RE 220.284, Rel. Min. **Moreira Alves** - grifamos).

Colhe-se do voto do Ilustre Ministro **Moreira Alves**, citando parecer da Procuradoria Geral da República:

RE 582.461 / SP

“Aliás, os próprios argumentos expendidos pela recorrente sustentando: a) que a multa arbitrada em 30% (trinta por cento) violaria o princípio da vedação ao confisco, revelando sua excessiva onerosidade (assertiva sua e eivada de subjetivismo) que implicaria, a médio prazo, na despatrimonialização ou transferência de propriedade do contribuinte para o Estado; b) a insistência no tema de gradual transferência de recursos, esgrimindo com o argumento de Ives Gandra da Silva Martins de restar configurado o confisco face à tributação agregada, que retira a capacidade do contribuinte de sustentar-se e desenvolver-se; introduzem na discussão elementos (indeterminados) que somente uma análise da generalidade dos negócios desenvolvidos pela recorrente e sua comprovação permitiriam concluir, o que desborda do âmbito do presente apelo excepcional” (fls. 144).

No mesmo sentido, AI 755.741-AgR, Rel. Min. **Cezar Peluso**, julgamento em 29/9/2009, Segunda Turma, DJe de 29/10/09.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

18/05/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, acompanho, em parte, o Ministro Relator.

Eu apenas não acompanho quanto à fixação da taxa Selic, que mantenho meu entendimento de não conhecimento do recurso, porque tenho decidido como infraconstitucional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Isso só porque o tema foi posto, levantado, e não haverá nenhuma colisão aqui. Quer dizer, pode-se suscitar em face do princípio da isonomia, como se pode suscitar a questão à luz da própria aplicação do princípio da legalidade no âmbito do STJ, até como citei precedente da relatoria de Vossa Excelência.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - E a vantagem é que, agora, com força vinculante.

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, eu gostaria de dizer apenas o seguinte: antes de a matéria ficar afetada ao exame, ao juízo de repercussão geral, eu analisei e concluí pelo acerto da jurisprudência da Corte, como se vê do RE nº 529.217.

Quanto à utilização da Selic para fins de imposição de juros, eu também já me pronunciei, no RE nº 464.136, dando por essa possibilidade. No que tange ao caráter confiscatório da multa de 20%, eu não encontrei precedentes, a não ser um precedente da Segunda Turma, Ministro Cezar Peluso, da relatoria de Vossa Excelência, e um outro monocrático, da Ministra Cármen Lúcia, no Agravo de Instrumento nº 701.477.

Assim como o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Celso de Mello, inquieta-me muito, também, considerar, na base de cálculo de ICMS, um tipo de materialidade estranha à hipótese de incidência, nele próprio, como operação de circulação de mercadorias.

Mas o fato é que a Ministra Ellen Gracie bem observou, na linha do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, que a Emenda Constitucional nº 33 agregou ao artigo 155 um parágrafo, acho que foi ao § 2º, a alínea XII. Essa alínea XII diz, textualmente, que:

"Art. 155.....
§ 2.º
XII - cabe à lei complementar:
i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. "

Mas, antes disso, já na Constituição originária, sem precisar de emenda, portanto, a Constituição dizia no inciso XI do parágrafo 2º desse mesmo artigo 155:

RE 582.461 / SP

"Não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação..." etc, etc.

Quer dizer, ao que parece, com esse propósito de dizer que o próprio ICMS integra sua base de cálculo, não o IPI. É essa norma a que se refere a Ministra Ellen Gracie, comparece, como tantas vezes se observa na Constituição, como uma norma de reforço numa aparente redundância.

A Constituição faz muito uso desse tipo de técnica de normatividade como que dizendo de si para si mesma: se uma norma não entrar em ignição, a outra vai entrar. De sorte que, mesmo correndo o risco da redundância, da repetição, eu estou investindo na minha própria eficácia. Então, como reforço de minha própria eficácia, eu vou usar de um discurso normativo que pode ser chamado até de redundante ou repetitivo.

Seja como for, Senhor Presidente, vou votar um pouco intranquilo, um pouco inquieto. O que eu posso prometer é - a mim mesmo - seguir meditando no tema para me animar, quem sabe, a contrariar essa jurisprudência consolidada. Mas, por enquanto, não.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas seria bom que Vossa Excelência fixasse, porque, eventualmente, dependendo do resultado do julgamento, podemos aprovar súmula vinculante e tranquilizar essa matéria.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não. Acho que essa matéria, exatamente por essa inquietação que desperta em alguns Ministros, talvez não fosse propícia à sumulação vinculante.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - São dois Ministros.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Bem, seja como for, Senhor Presidente, com essa ponderação, reveladora de minha própria inquietação mental, eu vou acompanhar o eminente Relator cumprimentando-o pelo voto e peço vênias aos que dissentem de Sua Excelência.

18/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : JAGUARY ENGENHARIA, MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA
ADV.(A/S) : MARCO AURÉLIO DE BARROS MONTENEGRO E
OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Só para deixar claro; eu até tinha feito um voto mais detalhado, dizendo que essa questão sobre a técnica da cobrança proporcional, por dentro ou por fora, tem uma ampla discussão doutrinária e também jurisprudencial, como foi amplamente citado. E, de fato, acaba resultando num poder de conformação do próprio legislador.

O artigo citado de Everardo Maciel e Schontag diz claramente:

"Na incidência 'por dentro', o tributo, peculiarmente, integra sua própria base de cálculo. É o caso do ICMS, conforme preceituam o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea i, da Constituição e o art. 13, § 1º, da Lei Complementar nº 87. Ainda que possa parecer estranho para leigos, **aumento** de 10% na alíquota do ICMS significa **aumento** de 11,11% no imposto devido".

Quer dizer, no fundo, aqui, é uma técnica: se se faz por dentro, obviamente haverá um tipo de repercussão, senão vai se ter um outro tipo de elevação. Em suma, é um tipo de escolha que se faz e, muitas vezes, o próprio constituinte sobre isso se pronuncia. Não há aqui

RE 582.461 / SP

nenhum excesso, não há aqui nenhuma exorbitância. Ao final se sabe, exatamente, quanto de tributo está sendo efetivamente cobrado. O próprio princípio da transparência, aqui, devidamente honrado.

E, obviamente, a multa de que se fala – aí temos que adotar algum critério de razoabilidade ou proporcionalidade – tem por objetivo, obviamente, desestimular o não cumprimento da obrigação tributária, que é tão vital para a preservação do Estado social. Tanto é que Casalta Nabais, esse notável jurista português, escreveu aquele alentado texto "O Dever Fundamental de Pagar Impostos". Se nós queremos o Estado prestador de serviço, obviamente, o Estado se haure nos recursos que lhe são fornecidos.

18/05/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461 SÃO PAULO****PROPOSTA**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, proponho à Corte a edição de súmula vinculante, pelo seguinte: como neste julgamento reconhecemos, previamente, que há repercussão geral, o tema não subirá novamente ao Supremo em via de recurso extraordinário.

De modo que outras cogitações serão para trabalhos acadêmicos.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministra Ellen Gracie (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), não há outra saída, senão observar essa consequência. Existem reiterados pronunciamentos. Admito.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)- Não. E a matéria agora já não volta para o Supremo, dado o reconhecimento da repercussão geral e da eficácia desse julgamento.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Exatamente. Ao longo do tempo, nós temos reiterados pronunciamentos desde aquele precedente inicial.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - De modo que, para tranquilizar o comércio jurídico, enfim, a segurança jurídica, talvez fosse o caso...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Teremos, Presidente,

RE 582.461 / SP

dentro em pouco, ante a dicção do Supremo, a vinda à balha de uma lei prevendo o cálculo do imposto de renda por dentro!

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Presidente, Vossa Excelência me permite?

Eu apenas colocaria uma ponderação, já que estou inteiramente de acordo com a sumulação da matéria. Acho que a súmula melhor funciona, exatamente, nas matérias tributárias para trazer segurança jurídica ao contribuinte e, também, ao fisco. Sugeriria que a matéria fosse encaminhada pela forma regimentalmente prevista, com a proposta de uma súmula vinculante, com a cuidadosa redação desta proposta e a apreciação com as instâncias regimentais.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu também. Pela comissão de jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Embora a mim me pareça, com o devido respeito, que o enunciado seria simples: dizer que é constitucional a inclusão do valor do imposto na sua base de cálculo já seria o suficiente. Mas, enfim, se querem deixar para o processamento comum, não me oponho.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu acho que seria, porque é a via normal. A via regimental é essa, vamos observar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então, curvo-me à decisão do Colegiado, e deixamos isso para o processamento regimental.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, eu acho que Vossa Excelência poderia já apresentar a formulação que foi desenvolvida e encaminhar à Comissão de Regimento.

RE 582.461 / SP

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu já deixo, então. Sim. À Comissão, eu sugiro o seguinte....

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É. Encaminha para a Comissão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu vou deixar consignada a seguinte redação para encaminhar à Comissão: *"É constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na sua própria base de cálculo."*

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Mas são três as questões que foram examinadas nesse recurso. Então, acho que ou fazemos três súmulas ou fazemos uma súmula só abrangendo as três matérias. Porque todas as três são pacificadas, Presidente.

Ainda pondero a Vossa Excelência a utilidade e a prudência de se seguir o caminho regimentalmente previsto, com a apresentação...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Nós vamos seguir. Eu só estou dando uma sugestão de redação.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Bem, Vossa Excelência vai, depois, apresentar por escrito, então.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Pois é. É isso que estou pedindo ao Secretário que registre. É sugestão de redação. Não estamos aprovando súmula nenhuma.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461**

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : JAGUARY ENGENHARIA, MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA

ADV.(A/S) : MARCO AURÉLIO DE BARROS MONTENEGRO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário, contra o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia, que dele conhecia apenas em parte. No mérito, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Em seguida, o Presidente apresentou proposta de redação de súmula vinculante, a ser encaminhada à Comissão de Jurisprudência, com o seguinte teor: "É constitucional a inclusão do valor do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na sua própria base de cálculo." Falaram, pelo recorrido, o Dr. Aylton Marcelo Barbosa da Silva, Procurador do Estado e, pelo *amicus curiae*, a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procuradora da Fazenda Nacional. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, em viagem oficial à Federação da Rússia, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 18.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário