

RESPONSABILIDADE CIVIL

TRANSPORTE DE PASSAGEIRO

Recurso

MS 66

BASE DE CÁLCULO — INCLUSÃO DO MONTANTE DO PRÓPRIO IMPOSTO DEVIDO - PREVISÃO EM LEI

RESUMO

- É evidente que os autores têm legitimidade ativa ad causam, uma vez que são eles que arcam com o encargo financeiro do imposto. A legitimidade decorre do próprio Código Tributário Nacional (artigo 166). É evidente, também, que pela mesma razão de fato, têm os autores interesse de agir. É óbvia a necessidade da tutela pleiteada para que possam recuperar o que alegam ter pago indevidamente. - A legitimidade passiva da Eletropaulo S.A. também não pode ser afastada. Como concessionária do Estado e contribuinte de direito, é ela quem efetua o cálculo do imposto na forma impugnada. Por isso, deve ser mantida na relação processual. - Quanto ao mérito, no entanto, a razão está com as apelantes. A forma de cálculo do imposto que vem sendo observada não padece de ilegalidade. Ela é prevista no artigo 33 da Lei Estadual n. 6.374, de 1989, que dispõe que o montante do imposto integrará sua própria base de cálculo. A mesma norma está contida no artigo 14 do Convênio ICMS n. 66, de 1988. - Ora, o convênio e a lei estadual foram editados com base no artigo 34, § 8º, das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, que, transcorrido o prazo nele previsto para que fosse editada a lei complementar necessária à instituição do ICMS, outorgou aos Estados competência para fixar normas provisórias sobre a matéria. - Por outro lado, no que interessa à solução da demanda, a Constituição da República dispõe apenas que aos Estados compete instituir imposto sobre "... operações relativas à circulação de mercadorias..." - artigo 155, inciso II -, conferindo, por outro lado, ao legislador complementar a competência para editar normas sobre a base de cálculo - artigo 146, inciso III, a. - Ao empregar o termo genérico operações, a Carta não proíbe que a base de cálculo seja integrada também pelo próprio imposto embutido na operação atual. Isso não implica bitributação. Assinale-se, também, que quando a Constituição estabelece limitações à base de cálculo, ela o faz expressamente, como ocorre no artigo 155, § 2º, inciso XI: "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". - Além de tais limitações, a exigência essencial da Constituição, em matéria de ICMS, é a não-cumulatividade. Tanto isso é verdade que, ainda no regime da Constituição anterior, GERALDO ATALIBA afirmava que "... a lei complementar pode adotar qualquer sistemática, qualquer mecânica, qualquer método, desde que preserve a essencial exigência constitucional da não-cumulatividade do ICM, consistente no abatimento do imposto pago nas operações anteriores, quando do pagamento do imposto incidente sobre cada nova operação" ("Lei Complementar na Constituição", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971, pág. 80). - Por isso tudo, preservada a não-cumulatividade do imposto e ante a ausência de vedação constitucional relativa à questão em discussão, o convênio e, posteriormente, a legislação estadual podiam prever, tal como ocorreu, que o imposto integrasse sua própria base de cálculo. Assim o fizeram, de acordo com a competência plena conferida pelo referido artigo 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Anote-se que a sistemática contra a qual se insurgem os autores não é novidade introduzida pelo convênio e lei estadual já referidos. Ao contrário, tradicional em nosso Direito, ela já era prevista no Decreto-lei n. 406, de 1968, artigo 2º, § 7º. - Nem se diga que a forma de cálculo em discussão viola o artigo 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Conforme consignado no acórdão que julgou a Apelação Cível n. 219.397-2-0, referido pela Fazenda do Estado (fls.), a expressão "preço então praticado na operação final", empregada no dispositivo, não pode ser interpretada como "o

preço puro da energia elétrica", mas significa o valor da operação, na qual está embutido o imposto. Esse também o entendimento acolhido no julgamento da Apelação Cível n. 250.522-2-9, Relator Desembargador Laerte Nordi, ao examinar a alegação de violação à referida disposição transitória: E se o montante do imposto é incluído na base de cálculo, a alíquota estará sendo aplicada sobre o valor da operação". - Por tudo isso, não existindo ilegalidade ou inconstitucionalidade na forma de cálculo contra a qual se insurgem os apelados, os pedidos não po

EMENTA

Ao empregar o termo genérico operações, a Carta não proíbe que a base de cálculo seja integrada também pelo próprio imposto embutido na operação atual. Isso não implica bitributação. (Ementa trecho do acórdão)

NOTA DA REDAÇÃO

Revista dos Tribunais