

Consultor Tributário: Litígio federativo segue regras processuais próprias

A diferença entre (a) a soma dos preços das mercadorias vendidas e dos serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação prestados por um estabelecimento contribuinte do ICMS num determinado ano e (b) a soma dos preços dos serviços de igual natureza e das mercadorias por ele adquiridos no mesmo período constitui o Valor Adicional Fiscal (VAF) anual desse estabelecimento.

De igual modo, a soma do VAF anual de todos os estabelecimentos contribuintes do ICMS situados em um município resulta no VAF anual deste. Já a soma do VAF anual de todos os municípios de um estado leva ao VAF total desse estado naquele ano.

A relação entre o VAF de cada município e o VAF total do estado é expressa num percentual. A média dos percentuais assim apurados nos anos 1 e 2, calculada no ano 3, dá o índice de participação de cada localidade na receita do ICMS no ano 4 (ou melhor, na parcela distribuível segundo tal critério: pelo menos três quartos de 25% da arrecadação proporcionada pelo imposto).

Interessam para o cálculo as mercadorias e os serviços em princípio tributáveis pelo ICMS, ainda que beneficiados por imunidade, isenção ou diferimento^[1].

Essa regra tem sido fonte de certa incompreensão, em rigor devida à confusão entre níveis de análise distintos. Uma coisa é o que vai ser dividido: parte da arrecadação efetiva, pois ninguém dá o que não tem. Outra, o critério que orientará tal rateio, para o qual não importa se as operações e as prestações consideradas — aliás, ocorridas dois ou três anos antes da obtenção da receita partilhável — geraram ou não ICMS para os cofres estaduais.

A escolha do legislador preserva os interesses dos municípios que, embora hospedem intensa atividade econômica, por razões alheias à sua vontade (imunidades constitucionais, isenções ou diferimentos outorgados por lei estadual, entre outras), geram pouca arrecadação de ICMS. Isso o que registrou o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 130.685/SP (2ª Turma, relator ministro Marco Aurélio, DJ 02/10/1992)^[2].

Pois bem: imagine-se que um estado resolva calcular o VAF, não segundo o método direto acima descrito, mas a partir de sistema indireto de aplicação mais cômoda. Isso o que fez Minas Gerais em parte dos anos 1980, quando apurou o VAF por meio da divisão da receita efetiva obtida em cada município por uma alíquota de 12,75%, pretensamente representativa da média ponderada das alíquotas incidentes sobre o conjunto das operações de circulação de mercadorias (à época, os serviços ainda não tinham sido incorporados ao imposto).

O desvio em relação ao método direto é inevitável, consideradas as óbvias diferenças de perfil econômico existentes entre as várias localidades: um município com a maior parte de suas atividades



sujeitas a alíquotas menores será prejudicado (pois gerará pouca arrecadação), e outro com muitas operações tributadas pelas maiores alíquotas será beneficiado, pela razão inversa.

Claro, assim, que o fato de ser aplicado indistintamente a todos os Municípios não evita que um critério genérico de cálculo do VAF, discrepante da Constituição (naquela época) ou da lei complementar (atualmente), prejudique algumas localidades e beneficie outras, ficando as primeiras por isso mesmo legitimadas a questioná-lo em juízo.

Muito bem: a decisão que lhe impõe o dever de complementar os repasses feitos a município prejudicado pelo seu método irregular de cálculo do VAF cria, para o Estado, um direito de crédito contra as localidades por ele indevidamente favorecidas em razão do mesmo sistema.

Com efeito, se o valor a distribuir entre os municípios é fixo (25% da arrecadação do ICMS em cada mês), tem-se um jogo de soma zero, no qual o aumento da parcela devida a um leva inexoravelmente à redução do montante atribuível a outro ou outros.

O cálculo daquele aumento e dessa redução faz-se pelo cotejo entre o produto do valor partilhável no período em tela pelos: (a) índices de participação efetivamente aplicados ao município-autor e aos municípios que devem suportar a decisão; e (b) índices de participação que lhes seriam aplicáveis segundo o critério direto de apuração do VAF.

Os municípios que devem arcar com o ônus da decisão são aqueles previamente conhecidos (discussão da imputação do VAF a “a” ou “b”) ou, em se tratando de critério genérico, todos aqueles para os quais for positivo o resultado da subtração enunciada no parágrafo anterior.

Nesse último caso, o valor a ser recuperado pelo estado (igual ao que este terá de pagar ao município-autor) será dividido entre os municípios assim identificados na proporção da vantagem indevida conferida a cada um.

Referido crédito pode ser objeto de retenção — inclusive sob a forma de compensação com futuras transferências obrigatórias a serem feitas aos Municípios antes agraciados —, não se sujeitando o estado, frente às suas municipalidades, ao regime dos precatórios. É o que decorre do artigo 160, parágrafo único, inciso I, da Constituição[3], como conformou o STF na Petição 1.665/MG (decisão singular do ministro Moreira Alves, DJ 24/02/1999).

Não bastasse isso, a compensação, que se realizará mediante a correção *a posteriori* dos índices de participação dos municípios, tem respaldo expresso no artigo 3º, parágrafo 9º, da Lei Complementar 63/1990[4].

Nem calha a ideia de que a compensação seria inviável por falta de identidade das partes envolvidas. O que se tem, em matéria de repartição de receitas estaduais, são relações paralelas do estado com cada um dos seus municípios, e não relações destes últimos entre si. O estado pagou a mais a um ou alguns municípios e a menos a outro ou outros. A compensação faz-se entre o estado e os primeiros (em detrimento destes) e entre o estado e os segundos (em favor destes últimos).

Por fim, cabe indagar se este direito de crédito do estado nasce apenas contra os municípios que tenham sido citados na ação em que o critério de apuração do VAF que os favorecia veio a ser invalidado. Trata-se de debate sobre os limites subjetivos da coisa julgada e a exegese do artigo 472 do CPC[5].

Cândido Dinamarco enumera, entre os terceiros que, não tendo feito parte da lide, são atingidos pela sentença, “os sujeitos de uma situação jurídica incompatível com a decisão” [6] — categoria a que se subsumem os municípios privilegiados por critério de rateio depois anulado, cujo ganho indevido é atestado de forma automática pela decisão anuladora.

A submissão dessas pessoas aos efeitos da sentença de processo que não integraram, acresce o autor, não constitui regra no Brasil, sendo “de aplicação rara e restrita aos precisos casos indicados em lei”, constituindo em tais hipóteses “um substitutivo da necessidade do litisconsórcio” [7]. A mesma lição encontra-se em Vicente Greco Filho[8].

A única exigência é que a referida lei, que traz exceção ao artigo 472 do CPC, emane da União, detentora de competência exclusiva para legislar sobre Direito Processual (CF, artigo 22, inciso I). Este é exatamente o caso da Lei Complementar 63/90, que criou o sistema de conta-corrente (artigo 3º, parágrafo 9º, já referido).

Com tudo isso, face ao caráter excepcional desta regra e em homenagem ao princípio do contraditório, temos por prudente — embora não obrigatório — afirmar a necessidade de litisconsórcio passivo naquelas situações em que é possível determinar de plano os prejudicados pela procedência do pedido autoral, como ocorreu em duas decisões do STJ (1ª Turma, Medida Cautelar 10.510/GO, relator ministro Luiz Fux, DJ 20/03/2006; 2ª Turma, Recurso Especial nº 1.063.123/AM, relator ministro Castro Meira, DJe 21/11/2008), cujas conclusões não devem ser estendidas para hipóteses diversas daquelas que lhes deram ensejo.

E a situação em estudo é diversa, visto que a invalidação de critério genérico como o da divisão da arrecadação efetiva por uma alíquota ponderada atinge de forma diferente cada um dos municípios do estado que o adote: reduzindo-lhes a participação no ICMS, aumentando-a (só estes municípios teriam de ser citados, a ser necessário o litisconsórcio) ou mesmo mantendo-a inalterada, na remota hipótese de haver coincidência entre os resultados dos métodos direto e indireto de apuração.

Somente o estado — que detém as informações sobre os fatos geradores de ICMS ocorridos em cada município — poderia, e mesmo assim depois de muitos cálculos, enquadrar cada localidade numa das três categorias acima. Do município que vai a juízo reclamar as suas perdas não se pode exigir tal esforço, e tampouco que chame aos autos todos os municípios do estado, o que levaria à total inviabilização do seu direito material, tamanha seria a balbúrdia processual causada por tal litisconsórcio multitudinário.

A disparidade dos efeitos da regra combatida sobre cada um dos Municípios do Estado é causa impeditiva do litisconsórcio, como atesta o Tribunal de Justiça de São Paulo (6ª Câmara de Direito Público, Apelação 057.713.5/4-00, relator desembargador Afonso Faro, registro em 18/04/2000).

A irrazoabilidade da citação indiscriminada de centenas de municípios foi declarada em acórdão da mesma Corte estadual, que contou com a adesão dos hoje ministros Ricardo Lewandowski e Sidnei Beneti (9ª Câmara de Direito Público, Apelação 059.336.5/8-00, relator desembargador Yoshiaki Ichihara, registro em 24/08/2000).

A situação faz pensar: se a disputa fosse sobre o Fundo de Participação dos municípios, e não se conhecessem de saída os atingidos pela decisão pretendida, impor-se-ia a citação dos mais de 5,5 mil municípios brasileiros...?

O absurdo do resultado aponta para a irrazoabilidade da premissa e confirma o acerto das soluções processuais aqui propostas.

Este e outros temas serão debatidos no 17º Congresso Internacional de Direito Tributário, organizado pela Associação Brasileira de Direito Tributário (Abradt), nos dias 25, 26 e 27 de setembro, em Belo Horizonte. As inscrições podem ser feitas neste [link](#).

[1] As operações e prestações imunes a serem consideradas são apenas as referidas no artigo 155, parágrafo 2º, X, *a* e *b* (exportações de produtos ou serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação; saídas interestaduais de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica), e no artigo 150, VI, *d*, da Constituição (livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão).

Todas as afirmações até este ponto têm apoio nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar 63/90.

[2] O acórdão continua atual, embora a Constituição atual – ao contrário da Emenda Constitucional 1/69 (artigo 23, parágrafo 8º, na redação da Emenda Constitucional 17/80) – não conceitue diretamente o VAF, limitando-se a atribuir tal competência à lei complementar (artigo 161, I). Isso porque a definição trazida pela Lei Complementar 63/90 é claramente inspirada naquela veiculada pela Emenda Constitucional 17/80.

Isso explica por que a matéria, que tinha índole constitucional e atraía a jurisdição do STF, hoje é legal e recai na competência do STJ.

[3] “Artigo 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

I – ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias.”

[4] “Artigo 3º, parágrafo 9º. Quando decorrentes de ordem judicial, as correções de índices deverão ser publicadas até o dia 15 (quinze) do mês seguinte ao da data do ato que as determinar.”

[5] “Artigo 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.”

[6] *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. III, p. 318-319.

[7] *Op. cit.*, p. 319-323.

[8] *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2, p. 256.

**Texto alterado às 13h44 do dia 19/9 para correção.*

Date Created

18/09/2013