

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0035703-81.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E RESTAURANTES SECCIONAL SAO PAULO ABRASEL SP, é apelado DIRETOR EXECUTIVO DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA DO ESTADO DE SAO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial à apelação, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), PIRES DE ARAÚJO E OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 27 de agosto de 2012

RICARDO DIP

RELATOR

Assinatura Eletrônica

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Público

Apelação Cível 0035703-81.2010.8.26.0053

Procedência: São Paulo

Relator: Des. Ricardo Dip (Voto 27.377)

Apelante: Associação Brasileira de Bares e
Restaurantes -Seccional São Paulo

Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo

**ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.
INCIDÊNCIA SOBRE GORJETA. PLEITO ADICIONAL DE
COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. DENEGAÇÃO DA
SEGURANÇA EM PRIMEIRO GRAU.**

— Gorjeta é remuneração do empregado. Por isso que rendimento, atrai a incidência de tributação federal, não cabendo o concurso incidente de tributos municipais e estaduais sobre a propina, pois não se pode admitir que sobre ela, fato jurídico unitário, recaiam tributos aplicados por mais de uma pessoa política, certo que isso estaria a configurar bitributação.

— Somente se viabiliza a compensação de tributos quando existir lei autorizadora na órbita da pessoa federativa tributante (art. 170 do Cód.Trib.Nac.), lei essa que não se editou no Estado de São Paulo.

Provimento parcial da apelação.

RELATÓRIO:

1. A Associação Brasileira de Bares e Restaurantes -Seccional São Paulo impetrou o presente mandado de segurança coletivo com dúplice escopo:

(a) o de declarar-se a inexigibilidade da incidência de Icms sobre valores recebidos à conta de gorjeta pelos associados da impetrante, e

(b) o de autorizar-se a compensação tributária do que, a esse título, onerou, de fato, os mesmos associados, nos últimos dez anos, postulando-se sobre o valor correspondente a aplicação da taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia.

2. A r. sentença de origem denegou o *mandamus*, já por entender irrelevante a distinção da natureza da gorjeta (equivale a dizer, se receita do empregador ou remuneração dos garçons), sempre, de toda a sorte, integrando a base de incidência do Icms, já, de resto, pela falta de prova adequada do *quantum* suscetível de eventual compensação tributária (fls. 111-5).

3. Do decidido, apelou a impetrante (fls. 123-33), insistente na tese de que o cariz remuneratório das gorjetas aparta a incidência do Icms, ao par de que a inexigibilidade e, adiante, a compensação perseguidas concernem aos valores efetivamente repassados aos garçons e não à integralidade do quantum nominalmente recebido à conta de gorjeta.

Respondeu-se ao recurso (fls. 139-74).

Ensejou-se vista do feito à Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais em 30 de maio de 2012 (fl. 176).

VOTO:

4. A falta de intervenção do Ministério Público, em primeira instância, na fase recursal deste mandado de segurança, ainda que configure mácula processual (cf. art. 12, Lei nº 12.016, de 7-8-2009) **não** induz à nulidade, por múngua de indicação alguma de prejuízo em concreto suportado por qualquer das partes.

Nesse quadro, a **economia do processo** –princípio maiúsculo que lhe dirige a trajetória– recomenda que se avive sua **instrumentalidade**, reconhecendo-se o remédio de que não há nulidade sem prejuízo: *pas de nullité sans grief*, suplementado o vício originário com a intervenção do Ministério Público em segundo grau.

Não faltam, no egrégio Superior Tribunal de Justiça, julgados a que ancorar essa orientação. Recruto, a título ilustrativo, dos ementários daquela Corte:

– **“A efetividade do princípio da instrumentalidade das formas afasta a arguição de nulidade por falta (ou irregularidade) de pronunciamento do Ministério Público, no juízo monocrático, quando há, como na espécie, manifestação do *Parquet* sobre o mérito da**

controvérsia, em segundo grau de jurisdição, sem suscitar qualquer prejuízo ou nulidade, apta a suprir qualquer mácula” (REsp 308.662)

– **“Precedentes da Corte reconhecem que a ausência de intervenção do Ministério Público em 1º grau de jurisdição pode ser suprida com a manifestação no grau de apelação, considerando as circunstâncias concretas de cada caso, descartando a tese do especial sobre a existência de nulidade absoluta, que não pode ser suprida” (REsp 554.623)**

– **“A ausência de intimação do Ministério Público Federal em feito que versa sobre desapropriação para fins de reforma agrária, pode ser suprida pela manifestação do *Parquet* em segunda instância, não havendo prejuízo para as partes” (REsp 604.264)**

– **“A ausência de intimação do *Parquet* federal não é causa de nulidade quando suprida por pronunciamento posterior deste órgão e inexistente prejuízo às partes. Precedentes: REsp 271.680/CE, Rel. Min. José Delgado, DJU de 9.4.2001; REsp 549.707/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 9.5.2005 e REsp 604.264/RN, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 1.2.2006” (MC 10.651).**

5. A breve trecho que se aprecie a pretensão, tem-se por viável o vertente mandado de segurança coletivo, que se inclina à defesa de interesses comuns à categoria profissional de seus associados, não se vulnerando a legitimidade *ad causam* da impetrante ou seu interesse de agir pela só circunstância eventual de a alguns de seus associados não se propiciar a situação de fato atrativa do recebimento de gorjeta.

A questão convoca matiz peculiar, referindo-se a exigência fiscal não dirigida especificamente contra a impetrante. Calha –sem embargo da perseverança de

alguma controvérsia pretoriana— que o colendo Supremo Tribunal Federal tendeu a admitir, nesse quadro, a impetração do mandado de segurança coletivo (cf. RREE 181.438 e 193.382).

Não se vê, além disso, que os discutidos pleitos declaratório de não incidência do Icms e de compensação tributária sejam voltados contra lei em tese (verbete nº 266 da Súmula do eg. STF), porque, ao revés, empolgam **casos concretos** em que —isto não o nega a Fazenda Pública paulista— se tem exigido o pagamento do tributo.

Por outro lado, não falta ao caso direito líquido e certo: bastaria considerar que já com as informações da Administração pública se caracteriza **resistência** à postulação, e essas informações supririam o direito líquido e certo exigível para a impetração:

“...ter-se-á como líquido e certo —disse SEABRA FAGUNDES— o direito cujos aspectos de fato se possam provar, documentalmente, fora de toda a dúvida, o direito cujos pressupostos materiais se possam constatar pelo exame da prova oferecida com o pedido, ou de palavras ou omissões da informação da autoridade impetrada” (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 279; a ênfase gráfica não é do original; cf. também, em sentido equivalente, MS 8.946, do eg. STJ).

Coisa diversa é aferir —em fase pósterá— o *quantum* que, em cada situação concreta, acaso deva (ou não) abstrair-se da incidência do Icms ou a medida do que talvez deva (ou não) ser objeto da pleiteada compensação.

Por fim, declarar –se se entender, no plano do mérito, que se há de declarar– o direito à não incidência do Icms e o direito à compensação tributária não implica substituir ação de cobrança, nem extração de efeitos patrimoniais pretéritos, que se ensejam para eventual via judiciária (ou administrativa) própria (cf. verbetes nºs. 269 e 271 do Direito sumular do eg. STF).

6. **Gorjeta** é verba compreendida na remuneração do empregado (art. 457 do Decreto-lei nº 5.452, de 1º-5-1943: Consolidação das Leis do Trabalho; cf. também os enunciados nºs 290 e 354 da Súmula do eg. TST).

A **gorjeta** –por isso que **rendimento**– atraindo a incidência de **tributação federal** (cf., no eg. STF: RE 112.040, RE 596.695, AgR no Ag 692.437, AgR no Ag 739.454), e, exatamente em razão de que a gorjeta “**deve sofrer a incidência de, apenas, tributos e contribuições que incidem sobre o salário**” (REsp 399.596 -STJ), não cabe a concorrência incidental de tributos municipais e estaduais sobre as propinas (v. no eg. STJ: REsp 107.143, REsp 776.152 e AgR no Ag 1.235.274).

Com efeito, se com a gorjeta está a caracterizar-se um modo de **remuneração**, não se pode admitir que sobre ela, fato jurídico unitário, recaiam tributos aplicados por mais de uma pessoa política, certo que isso estaria a configurar bitributação.

Não impressiona, em contrário ao exposto, que a norma do § 1º do art. 13 da Lei complementar nº 87 (de 13-9-1996) preveja que a base de cálculo do Icms se integre pelo valor correspondente a “seguros, juros e **demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas**” (alínea a do inc. II; o realce gráfico não é do texto original), porque, para logo, essa norma não pode compreender-se em divórcio da repartição constitucional de competências tributárias, nem é o **fato** de lançar-se numa nota fiscal determinado valor recebido o quanto basta para dirimir a natureza jurídica do que se recebe.

Nesse mesmo sentido, julgando o colendo Supremo Tribunal Federal que o Icms, num caso de fornecimento de mercadorias com simultânea prestação de serviços em bares e estabelecimentos símiles do Estado de Santa Catarina, deveria incidir sobre o **total da operação** (RE 187.285) não julgou, mais além, o que deveria ou não deveria considerar-se parte dos valores referentes a esse fornecimento e à concomitante prestação de serviços.

Por isso mesmo, a inexigibilidade de incidência do Icms diz respeito apenas aos valores, *quoad substantiam*, recebidos pelos garçons a título de gorjeta e não aos que, pese embora o *nomen* gorjeta, não lhes sejam repassados.

Cabe averbar um fato superveniente à r. sentença de primeiro grau e à interposição dos recursos em pauta. O *Diário Oficial da União* de 21 de dezembro de 2011 publicou o teor de convênio (nº 125,

de 16-12 anterior), firmado na 144ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, pelo qual se decidiu autorizar o Distrito Federal e o Estado de São Paulo a excluir a **gorjeta** da base de cálculo do Icms concernente ao fornecimento de alimentação e bebidas por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, contanto que observado o limite de dez por cento do valor da conta.

7. O segundo dos fins perseguidos pela impetrante é o da **compensação tributária** referente a valores de Icms que oneraram de fato seus associados.

Embora vencível, por postergável para a execução a prova do efetivo ônus financeiro (art. 166 do Código Tributário Nacional), calha que a compensação pleiteada exige **lei local autorizadora** (ver, em caso relativo a gorjeta, no eg. STJ: REsp 912.865).

A compensação tributária somente é possível autorizada por lei expedida na órbita do poder tributante (cf., no eg. STJ: AgR no RMS 30.340, RMS 29.951, AgR no Ag 899.540, RMS 19.455, REsp 946.840, RMS 20.526), e **não há suporte normativo local para amparar o perseguido pleito compensatório.**

Com efeito, lê-se no *caput* do art. 170 do Código Tributário Nacional:

“A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a

compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.”

Ainda que a Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, torne possível a compensação de tributos da mesma espécie, **esse ato normativo não afeta as órbitas estaduais.**

Nesse mesmo sentido, realçam-se paramétricos julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça, firmes em ser assente

“que a extinção do crédito tributário mediante compensação somente é possível se houver lei autorizativa na esfera do Estado” (AgR no RMS 32.519, cf. ainda: AgR no RMS 27.769, AgR no REsp 1.196.680, RMS 31.816, RMS 31.165, REsp 1.192.662, AgR no Ag 1.207.543).

8. Ao fechar, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, observa-se que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, quodammodo, albergados nas questões decididas, invocando-se aqui o critério que se solidou no egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Já é pacífico nesta e. Corte que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDcl no RMS 18.205).

POSTO ISSO, pelo meu voto, dá-se parcial provimento à apelação da Associação Brasileira de Bares e Restaurantes -Seccional São Paulo, para o fim

de conceder em parte o mandado de segurança coletivo que impetrou nestes autos (053.10.035703-5 da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo) e declarar a inexigibilidade da incidência de Icms sobre os valores recebidos, pelos associados da impetrante, efetivamente sob o título de gorjeta.

Custas e despesas processuais repartidas entre as partes.

É como voto.

Des. RICARDO DIP -relator
(com assinatura eletrônica)