

Serviço público de combate a incêndio e taxas



Leonardo de Medeiros Fernandes

Bacharel em Direito pela UFPE. Advogado da Petrobras Distribuidora S.A. na Coordenação de Tribunais Superiores em Brasília. Professor.

RESUMO: Os órgãos da segurança pública dos estados-membros devem ser mantidos pelas receitas públicas de impostos entre outras dotações não tributárias, porque constituem serviços universais e gerais, isto é, indivisíveis e inespecíficos, beneficiando e protegendo a comunidade em geral. A partir dessa tese, o Supremo Tribunal Federal, em 24/05/2017, no Recurso Extraordinário 643.247/SP, julgou a inconstitucionalidade da taxa de combate a sinistros, instituída por lei municipal. Indiscutivelmente, a atividade ampla de prevenção e combate a incêndios, decorrente de um poder de polícia geral, empreendida pelos corpos de bombeiros militares – órgãos da segurança pública dos estados-membros –, deve ser financiada pelas receitas de impostos estaduais. Mas legítima é a taxa estadual quando seu fato gerador é a atividade especial de fiscalização e controle decorrente de um poder de polícia específico levado a cabo pelo órgão castrense, porque configura um serviço público divisível e específico. Diante da declaração de inconstitucionalidade da exação e na linha da jurisprudência do STF e STJ, surge o direito à devolução do crédito pelo pagamento indevido perante as Fazendas Públicas Municipais e Estaduais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Tributário. Taxa. Imposto. Poder de polícia. Serviço público. Jurisprudência.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A origem da discussão. 2. Afinal: taxas ou impostos? 3. Restituição do indébito? Conclusão. Referências.

Introdução

O eg. Supremo Tribunal Federal (STF), em 24/05/2017, julgou o Recurso Extraordinário (RE) 643.247/SP, na sistemática da repercussão geral (tema 16), em que se discutiu a *constitucionalidade de taxa de combate a sinistros, instituída por lei municipal*.¹ Em seguida, deliberou fixar a tese referente à repercussão geral (ata de julgamento disponibilizada no DJe em 03/08/2017):

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º/08/2017.

A decisão, ao que tudo indica, trará implicações nas receitas públicas arrecadadas pelo Poder Público e, bem assim, sobre o patrimônio das pessoas que sofrem (ou sofreram) a fiscalização decorrente do exercício do poder de polícia, possibilitando, inclusive, a par dessa declaração de inconstitucionalidade, manejar as respectivas ações de repetição de indébito (STJ, Primeira Seção, REsp 1.351.329/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 14/12/2016, DJe 19/04/2017).

1. A origem da discussão

O eg. STF possuía entendimento jurisprudencial sumulado no sentido de considerar *legítima* a instituição pelos estados-membros

da taxa de “serviço contra fogo” sintomaticamente denominada “taxa de bombeiros”, *in verbis*:

Súmula nº 549 do STF. A taxa de bombeiros do Estado de Pernambuco é constitucional, revogada a Súmula nº 274.²

A tese foi fixada, em sessão plenária, aos 03/12/1969, tendo como referência legislativa o artigo 19, II, da Constituição da República/1967 (CR) e, no caso concreto, o Código Tributário de Pernambuco (arts. 786 a 790):

Art. 19. Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios arrecadar:

[...]

II - taxas pelo exercício regular do poder de polícia ou pela utilização de serviços públicos de sua atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

Entre os precedentes invocados, cita-se o *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança* (RMS) 16.163/PE, com acórdão de relatoria do Ministro Eloy da Rocha. Amparado em parecer assinado pelo então Ministro o Professor Aliomar Baleeiro, aquele Tribunal Pleno decidiu, aos 03/04/1969, pela *constitucionalidade* e legitimidade da taxa para serviços contra incêndio exigíveis de proprietários de imóveis e de estabelecimentos que têm o serviço à sua disposição, ao fundamento de que:

Quem paga a taxa recebeu o serviço ou vantagem; goza da segurança decorrente de ter o serviço à sua disposição, ou, enfim, provocou uma despesa do poder público. A casa de negócio, a fábrica ou o proprietário podem não invocar nunca o socorro dos bombeiros, mas a existência duma corporação disciplinada e treinada para extinguir incêndios, dotada de

1 Lei nº 8.822/1978 do Município de São Paulo.

2 Súmula nº 274 do STF. “É inconstitucional a taxa de serviço contra fogo cobrada pelo Estado de Pernambuco”.

veículos e equipamentos adequados e mantida permanentemente de prontidão, constitui serviço e vantagem que especialmente lhe aproveita e reduz a um mínimo inevitável seus prejuízos e riscos [...].

(STF, Pleno, RMS 16.163/PE, Relator para o Acórdão Ministro Eloy da Rocha, j. 03/04/1968, DJ 29/12/1969)

Esse entendimento veio a ser mantido até a égide da CR/1988, que repetiu aquela fórmula constitucional,³ fundamentando várias leis estaduais ainda em vigor, reconhecida assim no âmbito do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

TRIBUTÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA PELA UTILIZAÇÃO POTENCIAL DO SERVIÇO DE EXTINÇÃO DE INCÊNDIOS. LEIS ESTADUAIS 6.763/75 E 14.938/2003. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A taxa de segurança pública, devida pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios, instituída pela Lei mineira 6.763/75, com a redação dada pela Lei Estadual 14.938/2003, restou considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por envolver atividade estatal que se traduz em prestação de utilidade específica e divisível, cujos beneficiários são suscetíveis de referência individual (RE 206777/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 25.02.1999, DJ 30.04.1999; e RE-AgR 473611/MG, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 03.08.2007).

2. Recurso ordinário desprovido. (STJ, Primeira Turma, RMS 21.219/MG, Relator Ministro Luiz Fux, j. 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

Por anos, várias pessoas contribuíram

com o tributo estadual “taxa de serviço contra fogo” ou “taxa de bombeiros” instituída, por lei, em benefício de corporações do corpo de bombeiros militar, que se inserem, na estrutura administrativa dos estados-membros, por força de norma constitucional:

CR/1988, Art. 144. [...] § 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Nesse ano de 2017, o eg. STF foi instado a se pronunciar sobre a validade de *lei municipal* de São Paulo que instituiu a similar “taxa de combate a sinistros”.

Com efeito, formalmente, essas exações instituídas pelo poder edilício são inconstitucionais por adentrarem na órbita de competência dos estados-membros *ex vi* § 6º do artigo 144 da CR/1988.

Sucedo que o eg. STF foi além da análise do aspecto formal, no controle difuso, e, analisando a matéria tributária, também considerou a referida exação municipal inconstitucional, ao entendimento de que os *serviços de prevenção e combate ao fogo* levados a cabo pelos *órgãos de segurança pública estaduais* deveriam ser financiados exclusivamente pela receita dos impostos e não taxas. Razão assiste ao eg. STF. Explicamos melhor.

Da leitura do enunciado da Súmula nº 549 do STF (de 1969) extrai-se a “revogação” do enunciado da Súmula nº 274 do STF (de 1963); o qual continha tese diametralmente oposta àquele, ou seja, decidia-se pela *inconstitucionalidade* dessa exação, *in verbis*

Súmula nº 274 do STF. É inconstitucional a taxa de serviço contra fogo cobrada pelo Estado de Pernambuco.

3 CR/1988, “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;”.

O enunciado da Súmula nº 274 foi firmado em sessão plenária, aos 13/12/1963, sob a égide da CR/1946, anterior, portanto, à reforma tributária da Emenda Constitucional 18/1965. Invocou-se, naquele momento, o precedente no RE 48.879/PE que, amparado em outras decisões do próprio STF (v.g. RMS 9.468), decidiu que “o serviço de incêndio participa da natureza dos encargos de ordem geral da administração pública” (STF, Segunda Turma, RE 48.879/PE, Relator Ministro Ribeiro da Costa, j. 06/08/1963, DJ 10/10/1963).

Nesse ano de 2017, o eg. STF foi instado a se pronunciar, no RE 643.247/SP, na sistemática da repercussão geral (tema 16), sobre a validade de *lei municipal* que instituiu a similar taxa de “combate a sinistros”. Ao que nos parece, o STF trilha agora o “caminho de volta” ao entendimento consubstanciado, naquele ano de 1963, no enunciado da Súmula nº 274 da sua jurisprudência dominante. Mas a questão não é simples.

2. Afinal: taxas ou impostos?

As taxas de serviços públicos remuneram serviços públicos singulares e especiais (aí inseridos os serviços relativos ao exercício do poder de polícia), isto é, divisíveis e específicos (*uti singuli*), nos termos do Código Tributário Nacional (CTN), artigo 79, II e III. A exemplo da *taxa de controle e fiscalização ambiental*, instituída pela Lei Federal nº 10.165/2000 e declarada constitucional pelo STF (RE 416.601/DF, Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 10/08/2005, DJ 30/09/2005) e a taxa municipal de coleta de lixo domiciliar igualmente legítima (Súmula Vinculante nº 19 do STF).⁴

4 Súmula Vinculante nº 19 do STF. “A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da CR/1988”.



Os serviços públicos que constituem serviço universal e geral (*uti universi*), ou seja, indivisíveis e inespecíficos, por exemplo, relacionados à segurança pública, devem ser financiados pelas receitas de *impostos*, porque o benefício se dilui por toda a coletividade, consoante se extrai do próprio CTN/1966:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Assim, os tributos de fato gerador vinculado a uma prestação estatal gozam de *referibilidade* em relação ao Estado, daí as taxas serem tributos contraprestacionais ou retributivos, porque remuneram essas atividades. Por outro lado, tributos como os impostos, que não possuem vinculação alguma, não exigem essa referibilidade, são simples tributos contributivos ou prestacionais.

Por essa razão, a CR/1988 veda a coincidência dos fatos geradores e bases de cálculo entre taxas e impostos,⁵ dado que são exações as quais, por natureza, jamais poderão se

5 Vedação essa extensível às contribuições de melhoria, malgrado o silêncio da legislação. Essa restrição, a partir da CR/1988, não se estende aos empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

confundir, estando essa distinção consagrada em nível constitucional.

Desse modo, a verificação da existência de especificidade e divisibilidade do tributo não será realizada pelo eg. STJ,⁶ uma vez que as leis impositivas reproduzem o disposto na Lei Maior, cabendo à Suprema Corte o seu exame:

CR/1988, Art. 145. [...] § 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.⁷

Esse foi, inclusive, o fundamento para a fixação da tese de inconstitucionalidade da taxa de “*iluminação pública*” (Súmula Vinculante nº 41 do STF).⁸⁻⁹

Como constatamos nos recentes arestos, esse fundamento vem sendo invocado pelo Pretório Excelso em situações análogas,¹⁰ especificamente sobre serviços de segurança pública:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA PARA EVENTOS. SERVIÇO PÚBLICO GERAL E INDIVISÍVEL. REMUNERAÇÃO MEDIANTE IMPOSTO. DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte é firme

6 Nesse sentido, conferir: STJ, Primeira Turma, AgRg no Ag 1.370.930/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/02/2012, DJe 28/02/2012.

7 *Idem*: CTN/1966, “Art. 77. [...] Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas”.

8 Súmula nº 670 do STF. “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”.

9 Posteriormente, o Congresso Nacional reagindo ao entendimento do eg. STF editou a Emenda Constitucional nº 39/2002 que acrescentou o “Art. 149-A: Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III”.

10 Outros precedentes: STF, ADI 1.942/PA, Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, j. 18/12/2015, DJe 12/02/2016; RE 269.374 AgR/MG, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 02/08/2011, DJe 19/08/2011.

no sentido de que a atividade de segurança pública é serviço público geral e indivisível. Logo, deve ser remunerada mediante imposto.

2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25, Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF).

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

(STF, Primeira Turma, RE 964.541/DF AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 24/03/2017, DJe 28/04/2017)

DIREITO TRIBUTÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA PARA EVENTOS. SERVIÇO PÚBLICO GERAL E INDIVISÍVEL. REMUNERAÇÃO MEDIANTE IMPOSTO. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 03.6.2015.

1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a atividade de segurança pública é serviço público geral e indivisível, logo deve ser remunerada mediante imposto. Isto é, viola o art. 145, II, do Texto Constitucional a exigência de taxa para sua fruição. Precedentes.

2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

3. Agravo regimental conhecido e não provido.

(STF, Primeira Turma, ARE 931.872 AgR/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, j. 05/04/2016, DJe 19/04/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO.

1. LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRI-

BUNAL DE JUSTIÇA LOCAL: AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA.

2. TAXA DE SEGURANÇA OSTENSIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

3. TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA: SERVIÇO DE EXTINÇÃO DE INCÊNDIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO RE 643.247. QUESTÃO SUSCETÍVEL DE REPRODUZIR-SE EM MÚLTIPLOS FEITOS. ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUANTO A ESSE ASPECTO, DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. NO MAIS, AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(STF, Segunda Turma, RE 583.268 AgR/SC, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 22/09/2015, DJe 01/10/2015)

Os órgãos de segurança pública da estrutura dos estados-membros, tanto na vertente repressiva (polícia civil), quanto preventiva (polícia militar e corpo de bombeiros militar), portanto, devem ser mantidos pelas receitas públicas de ICMS, IPVA e ITCMD, entre outras dotações não tributárias.

No caso sob exame, o resultado do julgamento do RE 643.247/SP ficou registrado no Informativo da Jurisprudência do eg. STF nº 866 (destaques nossos):

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 16 da repercussão geral, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutiu a constitucionalidade de taxa de combate a sinistros instituída por lei municipal. Na espécie, o tribunal de origem assentou a inconstitucionalidade da taxa, por considerar o serviço público por ela financiado de competência estadual. De acordo com o acórdão recorrido, houve inadequação do custeio, por meio de

taxa, em face da ausência de especificidade e divisibilidade do serviço (*vide* Informativo 855).

Prevaleceu o voto do ministro Marco Aurélio (relator).

O relator inicialmente citou a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.942 MC/PA (DJ de 22.10.1999), no sentido de que, em face do art. 144, “*caput*”, V e § 5º (1), da Constituição Federal, sendo a *segurança pública dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado somente pode ser sustentada por impostos, e não por taxa.*

Consignou que a prevenção e o combate a incêndios se fazem mediante a atuação da polícia retratada no corpo de bombeiros, sendo atividade essencial do Estado e, por isso, remunerada por meio de impostos. Desse modo, entendeu ser inconcebível que, a pretexto de prevenir sinistro relativo a incêndio, venha o Município a substituir-se ao Estado, com a criação de tributo sob o rótulo de taxa.

O ministro reforçou que a atividade precípua do Estado é viabilizada mediante arrecadação de impostos. Por sua vez, *a taxa decorre do exercício do poder de polícia ou da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à disposição. Assim, no âmbito da segurança pública, no tocante à preservação e ao combate a incêndios, nem mesmo o Estado poderia instituir validamente taxa.*

Em suma, considerou que a manutenção do corpo de bombeiros, que é um órgão estadual, e não municipal, é feita estritamente por impostos, e não por taxas. Vencidos os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que deram provimento ao recurso.

(STF, Pleno, RE 643.247/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 24/05/2017)

Em seguida, a Corte deliberou, à unanimidade, fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior: “A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim” (ata de julgamento disponibilizada no DJe em 03/08/2017).

Em cotejo, invocamos o precedente, na composição da Suprema Corte há época da consolidação da Súmula nº 274, que bem delinea a tese aqui defendida:

TAXA DE BOMBEIROS. RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA. PROVIMENTO. CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, ART. 786. O imposto único não exclui, de modo absoluto, a incidência de taxas remuneratórias de serviço público. O serviço de incêndio participa da natureza dos encargos de ordem geral da administração pública, a que incumbe prestá-lo ou pô-lo a disposição, não apenas de determinado número ou classe de estabelecimentos comerciais ou industriais, mas, sim, a toda a população de uma localidade, onde se instale a capital do estado ou seus Municípios. A taxa de bombeiros é, sem dúvida, tributo destinado ao custeio de serviço de exclusivo interesse público, como o é o da defesa nacional, o do ensino primário, o de polícia, etc., serviços estes que devem ser custeados por impostos. (STF, Segunda Turma, RE 48.879/PE, Relator Ministro Ribeiro da Costa, j. 06/08/1963, DJ 10/10/1963)

Questão bem diversa, porém, na qual entendemos legítima a exação, refere-se ao caso em que o fato gerador da taxa estadual é a *atividade especial de fiscalização e controle* e a correspondente expedição de alvarás, por exemplo, autorizando a regularidade de empreendimentos, sindicando as saídas

de emergência, a eficiência de extintores de incêndio, etc., porque é um serviço público decorrente de um *poder de polícia específico* levado a cabo pelo corpo de bombeiros.

Trata-se aqui de um *serviço específico e divisível (uti singuli)*, que se destaca daquela *atividade ampla de prevenção e combate a incêndios* decorrente de um *poder de polícia geral* próprio do órgão castrense e, portanto, *serviço público inespecífico e indivisível (uti universi)*, esse sim objeto da novel jurisprudência do eg. STF.

Situação idêntica ocorre com a vigente *taxa federal*, instituída pela Lei nº 10.826/2003, e cujo fato gerador é a emissão do *porte de arma de fogo*. Essa autorização é dada ou pelo exército brasileiro¹¹ ou pelo departamento da polícia federal¹² em idêntico exercício de *poder de polícia especial, atividade especial, específica e divisível*.

E veja-se que o poder de polícia é legitimamente exercido pelos órgãos das forças armadas (art. 142 da CR/1988) e da segurança pública da União (art. 144, I, da CR/1988), ambos, igualmente mantidos pelas receitas tributárias dos impostos para realização das suas *atividades amplas, respectivamente, de defesa da Pátria e dos Poderes constituídos, preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio*. Esse raciocínio, portanto, aplica-se integralmente ao caso das corporações de bombeiros militares.

Ainda sobre o tema, acresça-se que a jurisprudência do eg. STJ, seguindo orientação da Suprema Corte, “firmou-se no sentido de que é legítima a cobrança da taxa de fiscalização e funcionamento quando notório o exercício do poder de polícia pelo aparato administrativo do ente municipal, de modo que é dispensável a comprovação do exer-

11 Lei nº 10.826/2003, “Art. 27. Caberá ao Comando do Exército autorizar, excepcionalmente, a aquisição de armas de fogo de uso restrito”.

12 Lei nº 10.826/2003, “Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm”.

cício efetivo de fiscalização”. (STJ, Segunda Turma, REsp 936.487/ES, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 24/08/2010, DJe 30/09/2010)

3. Restituição do indébito?

No RE 643.247/SP, o eg. STF decidiu pela falta de higidez constitucional da *lei municipal* da “taxa contra fogo” por invadir competência reservada aos estados-membros. Assim, em relação a essa taxa municipal, o direito a repetir o indébito é inegável. Igualmente, quanto à impossibilidade de taxa estadual nessas hipóteses, embora a Corte Constitucional não tenha analisado *in casu* lei estadual alguma, entendemos também possível, na linha dos fundamentos invocados, no próprio *decisum*, provocar a devolução desses créditos.

Ao que nos parece, essas “taxas” municipais e estaduais que têm fato gerador a *atividade ampla de prevenção e combate a incêndios* exigidas dos contribuintes, nos últimos 05 (cinco) anos, poderão, a partir desse *decisum* da Corte Constitucional, ser repetidas conforme dispõem os artigos 165 e 167 do CTN/1966.

E porque configuram tributos sujeitos a lançamento de ofício, o prazo prescricional quinquenal para pleitear a repetição tributária é contado da extinção do crédito tributário, do efetivo pagamento da exação (arts. 168, I, e 156, I, do CTN/1966).

Mas, se as obrigações tributárias estiverem constituídas e pendentes de lançamento, poderão ser manejadas as ações administrativas ou judiciais cabíveis para obstar a constituição do crédito respectivo, atentando-se que prescreve em 02 (dois) anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição. Esse prazo é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública (art. 169 do CTN/1966).

A propósito, de acordo com o eg. STJ, há interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pleito de repetição de indébito pelo recolhimento de tributo tido por inconstitucional (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1537841/DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 17/09/2015, DJe 28/09/2015).

Quanto ao tema o eg. STJ decidiu, na sistemática dos recursos repetitivos, que o trânsito em julgado da declaração do STF relativa à inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo (controle concentrado) ou a publicação de resolução do Senado Federal que suspenda a execução da lei (controle difuso) não têm influência na contagem do prazo prescricional referente aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício ou por homologação:

REPETITIVO. PRESCRIÇÃO. TAXA. ILUMINAÇÃO. [...] O trânsito em julgado da declaração do STF relativa à inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo (controle concentrado) ou a publicação de resolução do Senado Federal que suspenda a execução da lei (declaração da inconstitucionalidade em controle difuso) não têm influência na contagem do prazo prescricional referente aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício ou por homologação. Deste modo, visto que só em 4/4/2000 os recorrentes ajuizaram a ação pleiteando a repetição de indébito da taxa de iluminação pública (lei municipal declarada inconstitucional) referente aos exercícios de 1990 a 1994, inequivocamente houve a prescrição, pois transcorrido o prazo prescricional quinquenal entre o pagamento do tributo e a propositura da ação [...].

(STJ, Primeira Seção, REsp 1.110.578/SP, Relator Ministro Luiz Fux, j. 12/05/2010, Informativo do STJ nº 0434).

Mais recentemente, perante o eg. STJ, buscou-se repetir crédito de contribuição



especial cuja lei instituidora foi declarada inconstitucional, mesmo não tendo o serviço público sido utilizado, conforme se infere do julgado,¹³ *in verbis*:

[...] CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE SERVIÇO DE SAÚDE. COMPULSORIEDADE AFASTADA PELO STF. [...]

4. Como representativo da citada jurisprudência, transcreve-se parte do já referido AgRg no AREsp 209.380/MG (Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 15.5.2013): “diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da cobrança compulsória de contribuição para custeio de serviços de saúde, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 64/2002, há de se reconhecer o direito de repetição das parcelas indevidamente recolhidas, independentemente

13 Apontamos ainda outros precedentes sobre casos idênticos nos quais se determinou a repetição de indébito baseada na declaração de inconstitucionalidade do tributo, *verbis gratia*: STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp 209.380/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 07/05/2013, DJe 15/05/2013; Primeira Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.280.082/MG, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18/12/2012, DJe 05/02/2013; Primeira Turma, AgRg no REsp 1.302.649/RS, Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 11/09/2012, DJe 17/09/2012; Segunda Turma, REsp 1.167.786/MG, Relator Ministro Castro Meira, j. 15/06/2010, DJe 28/06/2010.

da disponibilidade e do uso dos serviços por parte dos servidores” [...]

(STJ, Primeira Seção, REsp 1.351.329/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 14/12/2016, DJe 19/04/2017)

Nessa hipótese, da decisão final que reconhece o direito do contribuinte ao crédito, a Fazenda Pública deverá observar, como regra geral, a sistemática dos precatórios delineada no artigo 100 da CR/1988. É reconhecido, entretanto, ao contribuinte beneficiário do indébito o direito de, ao invés de receber por precatório, optar pela *compensação tributária*,¹⁴ modalidade de extinção do crédito tributário, desde que, nos autos da execução fiscal que se pretenda aproveitar, seja juntada a certidão do trânsito em julgado daquela sentença (artigos 170 e 170-A, ambos do CTN/1966).

Ocorrido o trânsito em julgado da decisão que determinou a repetição do indébito, é facultado ao contribuinte manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou mediante compensação, uma vez que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação.

(Súmula nº 461 do STJ; Primeira Seção, EREsp 502.618/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, j. 08/06/2005, DJ 01/07/2005).

Ademais, trata-se de exigência legal, porque o CTN/1966, a partir da reforma de 2001, determinou ser “vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial” (art. 156, II, art. 170-A, ambos do CTN/1966).

14 Súmula nº 213 do STJ. “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”. Súmula nº 460 do STJ. “É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte”.

Isso ante a evidente necessidade de se assegurar a indisponibilidade do patrimônio público. Por essa razão, há muito, a jurisprudência afasta a possibilidade de *liminares* – tutelas provisórias¹⁵ – para manejar a compensação de créditos tributários, porque tal medida precária – em procedimento de caráter essencialmente satisfativo – não se presta para afirmação da suficiência, certeza e liquidez dos créditos lançados.

Sobre o tema, o eg. STJ consolidou sua jurisprudência:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. [...]

IV. O julgamento exarado no Recurso Especial Repetitivo 1.167.039/DF, no sentido de que a compensação tributária deve aguardar o trânsito em julgado da decisão judicial, nos termos do art. 170-A do CTN, ainda que se trate de tributo declarado inconstitucional, não fez qualquer ressalva ou diferenciação quanto à espécie de exação objeto da declaração de inconstitucionalidade. (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.286.900/MG, Relatora Ministra Assusete Magalhães, j. 15/09/2015, DJe 25/09/2015).

DIREITO PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. EXIGÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA FINS DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA.

O disposto no art. 170-A do CTN, que exige o trânsito em julgado para fins de compensação de crédito tributário, somente se aplica às demandas ajuizadas

após a vigência da LC 104/2001, a qual acrescentou o referido artigo ao CTN. Precedentes citados: REsp 1.266.798-CE, Segunda Turma, DJe 25/4/2012; e AgRg nos EDcl no REsp 1.100.424-PR, Segunda Turma, DJe 27/4/2011. (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.240.038/PR, Relator Ministro Og Fernandes, j. 08/04/2014, Informativo do STJ nº 541).

Da restituição desses créditos vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar (art. 167, parágrafo único, do CTN/1966; Súmula nº 188 do STJ).¹⁶

O eg. STJ consolidou o entendimento, em sede de recurso repetitivo (Tema 145), de que a “taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices” seja de juros ou atualização monetária, porque o seu cálculo abrange, além dos juros, a inflação do período (Súmula nº 523 do STJ; Primeira Seção, REsp 1.111.175/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 10/06/2009, DJe 01/07/2009).

TAXA SELIC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

Na repetição de indébito, os juros SELIC são contados a partir da data da entrada em vigor da lei que determinou sua incidência no campo tributário (art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95). A taxa SELIC reflete, basicamente, as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário e se decompõe de taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado, não podendo ser aplicada

¹⁵ Anote-se que se legitima ao contribuinte o manejo de mandado de segurança para ver declarado o seu direito à compensação tributária, desde que preenchidos os requisitos da Lei nº 12.016/2009, a qual, no mesmo sentido, dispõe que “não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários” (art. 7º, § 2º). Doutra banda, o juiz que julgar a ação mandamental não poderá determinar a convalidação do procedimento compensatório, tendo em vista a necessidade de dilação probatória e por ser essa tarefa reservada à autoridade administrativa competente. Nesse sentido: Súmula nº 212 do STJ. “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”.

¹⁶ Súmula nº 188 do STJ. “Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”.

cumulativamente com outros índices de reajustamento, tais como UFIR, IPC e INPC.

(STJ, Primeira Turma, REsp 210.821/PR, Relator Ministro Garcia Vieira, j. 03/08/1999, Informativo do STJ nº 0026)

Quanto à correção monetária, na repetição de indébito tributário, ela incidirá a partir do pagamento indevido (Súmula nº 162 do STJ). Decidindo o eg. STJ que esse tema classifica-se como matéria de ordem pública e integra o pedido de forma implícita. Por isso, não caracteriza julgamento *extra* ou *ultra petita* sua inclusão *ex officio* no *decisum* feita pelo juiz ou tribunal; pois, nessa hipótese, conforme precedentes, é prescindível aplicar o princípio da congruência (STJ, Corte Especial, REsp 1.112.524/DF, Relator Ministro Luiz Fux, j. 1º/09/2010, DJe 30/09/2010).

Conclusão

Os órgãos da segurança pública, na estrutura orgânica dos estados-membros, tanto na vertente repressiva (polícia civil), quanto preventiva (polícia militar e corpo de bombeiros militar) devem ser mantidos pelas receitas públicas de ICMS, IPVA e ITCMD, entre outras dotações não tributárias.

Isto posto, *atividade ampla de prevenção e combate a incêndios* decorrente de um *poder de polícia geral* empreendida pelos corpos de bombeiros militares, órgãos da segurança pública dos estados-membros, deve ser financiada pelas receitas de *impostos estaduais*, porque constituem serviços universais e gerais, isto é, indivisíveis e inespecíficos (*uti universi*), beneficiando e protegendo a comunidade em geral.

Mas legítima é a taxa estadual cujo fato gerador é uma *atividade especial de fiscalização e controle* decorrente de um *poder de polícia específico* levado a cabo pelo órgão castrense, porque configura um serviço público divisível e específico (*uti singuli*).

E, diante do *decisum*, no RE 643.247/SP (repercussão geral – tema 16), entendemos existente o interesse de agir na ação de devolução de pagamento indevido perante as Fazendas Públicas Municipais e Estaduais. Configurada assim, na linha da jurisprudência do STF e STJ, a possibilidade jurídica do pedido de inexistência de relação jurídico-tributária cumulado com pleito de repetição de indébito pelo recolhimento de tributo tido por inconstitucional, acrescentando-se ao crédito os juros moratórios, a partir do trânsito em julgado da decisão judicial, e a devida correção monetária, a partir do pagamento indevido.

Referências

BRASIL. *Constituição da República, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. *Lei nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000*. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10165.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. *Lei nº 5.172/1966, de 25 de outubro de 1966*. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Enunciados das súmulas da jurisprudência dominante e precedentes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciados das súmulas da jurisprudência dominante e precedentes*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 jun. 2018.