Registro: 2017.0000694463

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0004381-88.2013.8.26.0101, da Comarca de Caçapava, em que é apelante OBRA SOCIAL E ASSISTÊNCIA NOSSA SENHORA ROSA MYSTICA, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 11 de setembro de 2017.

MARCELO MARTINS BERTHE
RELATOR
ASSINATURA ELETRÔNICA

Voto nº 13.288

5ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0004381-88.2013.8.26.0101

Apelante: Obra Social e Assistência Nossa Senhora Rosa Mystica

Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo

Juiz sentenciante: Simone Cristina de Oliveira Souza da Silva

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. 1. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, SEM FINS LUCRATIVOS. DOAÇÃO. ITCMD. VALORES DESTINADOS À REALIZAÇÃO DOS FINS ESTATUTÁRIO DA ENTIDADE LIGADA À IGREJA CATÓLICA. Preenchimentos dos requisitos legais e constitucionais que garantem a imunidade tributária de impostos sobre o patrimônio de entidade de assistência social, sem fins lucrativos. Direcionamento dos valores à concretização dos fins estatutários. Inteligência do art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal c.c. Art. 9º, inciso IV, alínea c, e art. 14 do Código Tributário Nacional. Caráter de Entidade assistencial sem fins lucrativos na área religiosa suficientemente comprovada com a documentação acostada aos autos. 2. CORREÇÃO MONETÁRIA. No julgamento das ADI 4.357 e 4.425 foi declarada a inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" entendendo o STF que, por arrastamento, o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/09 também é, em parte, inconstitucional. Aplicação do índice IPCA/IBGE que reflete a correção monetária. 3. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de Ação de Procedimento Comum, interposto contra a r. sentença de fls. 109/111, proferida pela MM. Juíza da 2ª Vara Judicial da Comarca de Caçapava, que julgou improcedente o pedido, reconhecendo que embora inexistente lei complementar trazendo os requisitos para a imunidade tributária de entidade de assistência social, não restou comprovado que o valor doado foi convertido para as finalidades da entidade de assistência social, de modo que devido o ITCMD.

A particular interpôs o recurso sustentando, em síntese, que a imunidade decorre do texto constitucional, e toda finalidade da entidade de assistência social está descrita no seu ato constitutivo, sendo o valor revertido para sua realização (fls. 115/121).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 124/132).

É o relatório.

O recurso comporta acolhimento.

Por primeiro, importante destacar que inexiste lei complementar tratando da questão e ela seria necessária, até porque, como se sabe, toda vez que o texto constitucional faz alusão à “lei” deve-se entender esta como lei complementar e nunca ordinária, como bem apontado pela magistrada sentenciante.

No tocante à demonstração do atendimento aos requisitos legais para caracterização da particular como entidade beneficente, os documentos acostados são suficientes a permitir a conclusão de que a particular é entidade beneficente.

Compulsando os autos, especificamente o estatuto social, verifica-se que a apelada é pessoa jurídica de direito privado ligada à Igreja Católica, tem natureza de associação civil, sem fins lucrativos, com caráter beneficente e predominância na área de obras de piedade, apostolado e caridade cristã, a assistência social, cultural, filantrópica e beneficente.

Por outro lado, não restam dúvidas de que o valor arrecadado por doação direta esteja relacionado com a realização dos objetivos institucionais previstos nos seus atos constitutivos.

Assim, o valor proveniente de doação e utilizado com finalidade de persecução do objeto social da particular, voltado à assistência social, são atingidos pela imunidade do art. 150, inciso VI, alínea “c”, não havendo que se falar recolhimento de ITCMD, porquanto, inexistente a restrição no texto constitucional.

Acrescente-se, ainda, que a única interpretação possível é que o valor recebido por doação será destinada à efetivação daquilo previsto no Estatuto Social, até porque a boa-fé deve ser presumida.

Na verdade, havendo desvio de finalidade, cabe à Fazenda Pública, a posteriori, lançar o tributo, após prévio procedimento administrativo em que se verificar eventual mal utilização do dinheiro doado.

Neste sentido, a Constituição Federal assevera a imunidade na instituição de impostos de forma ampla:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras asseguradas, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e os Municípios:
> VI – Instituir impostos sobre;
> c) patrimônios, renda e serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos de lei.

E mais, o Código Tributário Nacional reconhece expressamente a imunidade de entidade de assistência social:

> Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> IV - cobrar imposto sobre:
> c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo;
>
> Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades

nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

A propósito, não há notícia nos autos de que não tenha a entidade apelante preenchido todos os requisitos previstos na Lei Complementar.

Aliás, esta nesta linha é a orientação deste E. Tribunal de Justiça:

DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Imunidade tributária – Entidade de assistência social sem fins lucrativos – Pretensão ao reconhecimento da imunidade e restituição do ITCMD recolhido sobre valores recebidos a título de doação – Cabimento – Benefício fiscal que atinge o patrimônio, a renda e os serviços prestados pela instituição sem fins lucrativos - Precedentes – Inteligência do art. 150, VI, 'c', e § 4º, da CF/88 combinado com os arts. 9º, IV, 'c', e 14, ambos do CTN – Juros moratórios pela Taxa Selic e computados desde o trânsito em julgado – Honorários

Advocatícios – Redução que se impõe – Sentença parcialmente reformada - Recurso da Fazenda Estadual provido em parte (Apelação nº 0027791-96.2011.8.26.0053, Capital, Rel. Des. Leme de Campos, 6ª Câmara de Direito Público, j. 10.10.2016).

MANDADO DE SEGURANÇA – ITCMD – Pretensão de isenção do imposto visto se tratar de entidade educacional sem fins lucrativos – Possibilidade – Inteligencia do art. 150, inciso VI, letra "c" da Constituição Federal e artigos 9º, letra "c" e art. 14 do CTN - Sentença que concedeu a segurança que sera mantida. Recurso desprovido. (Apelação nº 0925310-03.2012.8.26.0506, Ribeirão Preto, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, 7ª Câmara de Direito Público, j. 20.06.2016).

RECURSO VOLUNTÁRIO DA FESP e APELAÇÃO DA AUTORA - Ação declaratória de imunidade tributária (ITCMD) c/c pedido de liminar - Fundação Hildebrando de Araújo - Entidade de assistência social sem fins lucrativos – Ausência do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social-CEBAS – A perícia concluiu que não há a necessidade do CEBAS para ser reconhecida a imunidade tributária, vez que a Fundação preencheu os requisitos legais (Constituição Federal e Código Tributário Nacional) - Fundação que logrou demonstrar sua qualidade de assistência social sem fins lucrativos, diante da previsão de seu Estatuto Social (artigos 2º e 3º - fls. 36); bem como pelo fato de ser detentora do Título de Utilidade Pública Estadual (fls. 71/76); está devidamente registrada no Conselho Nacional de Assistência Social (fls. 148/149) e, por ter sua imunidade tributária reconhecida pela Delegacia da Receita do Estado do Paraná (fls. 163/164) – Exegese do art. 150, inciso VI, "c", da CF e do artigo 14, do CTN – Imunidade tributária reconhecida (ITCMD) – Honorários advocatícios fixados condignamente ao caso vertente – Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São

Paulo e do E. Superior Tribunal de Justiça - Sentença que julgou procedente a ação e condenou a FESP em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, mantida – Recurso da Fundação-autora descabido uma vez que reconhecida a imunidade tributária, ora mantida, o reclamo recursal diz respeito ao cumprimento da título judicial com todas as consequências legais reclamadas - Recursos improvidos (FESP e Fundação). (Apelação nº 0046119-45.2009.8.26.0053, Capital, Rel. Des. Marcelo L. Theodósio, 11ª Câmara de Direito Público, j. 15.12.2015).

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA – IMUNIDADE DE ITCMD – ENTIDADE EDUCACIONAL, SEM FINS LUCRATIVOS – Pretensão inicial da entidade educacional voltada ao reconhecimento do seu suposto direito à imunidade tributária quanto ao recolhimento do ITCMD incidente sobre todos os bens e valores recebidos a título de doação, na forma do art. 150, VI, "c", da CF/88 – Admissibilidade - Benefício fiscal que atinge o patrimônio, a renda e os serviços prestados pela instituição educacional sem fins lucrativos - Precedentes do C. STF e deste E. Tribunal de Justiça – Inteligência do art. 150, VI, "c", e § 4º, da CF/88 combinado com os arts. 9º, IV, "c", e 14, ambos do CTN – Sentença parcialmente reformada - Recursos, oficial e voluntário da Fazenda Estadual, desprovidos e recurso da autora parcialmente provido. (Apelação nº 0056463-80.2012.8.26.0053, Capital, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, 4ª Câmara de Direito Público, j. 29.06.2015).

Desta forma, suficientemente demonstrado nos autos ser a particular entidade beneficente de assistência social e aplicável a imunidade tributária aos bens incorporados ao seu ativo para a consecução dos seus objetivos de caráter assistencial, tem-se como subsistente a pretensão de reconhecimento da

imunidade do ITCMD pela Fazenda do Estado.

Por fim, quanto à atualização do débito, por se tratar de matéria de ordem pública e para se evitar possíveis distorções na fase de execução, cumpre fazer algumas observações.

Em relação à utilização da Lei 11.960/09, anote-se que a declaração de inconstitucionalidade de outras normas do ordenamento jurídico com semelhante disposição, não contamina totalmente a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, alterado pela Lei 11.960/09.

Isto porque o reconhecimento de inconstitucionalidade nas ADI 4.357 e 4.425 pelo Supremo Tribunal Federal, limitou-se à expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança".

A Suprema Corte decidiu desta forma, pois entendeu que o índice oficial de remuneração básica, aplicado à caderneta de poupança, não reflete à correção monetária, já que sempre inferior.

Assim, forçoso reconhecer que foi declarada inconstitucional, em parte, por arrastamento, da redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, alterado pela Lei 11.960/09, continuando, porém, vigentes as demais disposições.

Saliente-se, de outro lado, que o STF, dando interpretação conforme, no julgamento das ADI 4.357 e 4.425, ao § 12 do art. 100

da Constituição Federal, alterado pela EC 62/09, entendeu que os critérios de fixação de juros moratórios devem prevalecer para devedores públicos e privados nos limites de cada relação jurídica realizada. Assim, rejeitou o privilégio legal fazendário.

Portanto, só é possível concluir o índice que deve ser utilizado para correção de dívidas dos entes públicos (monetária e de juros) deve corresponder ao dos devedores privados.

Seguindo este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça[1] consolidou, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, em sede de Recurso Especial Representativo de Controvérsia, que o IPCA/IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo) melhor reflete a inflação acumulada no período (REsp 1.270.439-PR, Rel. Min. Castro Meira, DJe. 02.08.2013), o que se adota neste voto:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PENSIONAMENTO PREVISTO NO ART. 950 DO CC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997. MP 2.180-35/2001. LEI 11.960/2009. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. IRRETROATIVIDADE. [...] 6. O art. 1º-F da Lei 9.494/1997, incluído pela MP 2.180-35, de 24.8.2001, com a redação alterada pelo art. 5º da Lei 11.960, de 29.6.2009, tem natureza processual, devendo ser

[1] EDcl no AgRg no AREsp 10693 / RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11.10.2013; AgRg no AREsp 50407 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26.09.2013; REsp 1337579 / PB, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 26.09.2013; EDcl nos EDcl nos EDcl no AREsp 16466 / RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25.09.2013; AgRg no AREsp 296900 / MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 06.09.2013; EDcl no REsp 1066058 / PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 27.08.2013; AgRg no AREsp 261596 / SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 22.08.2013;

aplicado imediatamente aos processos em tramitação, vedada, entretanto, a retroatividade ao período anterior à sua vigência. 7. A Primeira Seção do STJ, alinhando-se ao entendimento da Egrégia Corte, no julgamento do REsp 1.270.439/PR, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C do CPC), estabeleceu que, a partir da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/2009, a) "a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança"; b) "os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para a qual prevalecerão as regras específicas" (REsp 1270439/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 02/08/2013). 8. No caso dos autos, como a condenação imposta à União deriva de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/1999, com redação dada pela Lei 11.960/2009. Por sua vez, a correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. 9. Recurso Especial do particular parcialmente provido com o propósito de fazer retornar os autos à origem para que estabeleça o valor a ser arbitrado a título de pensão vitalícia. Recurso Especial da União provido em parte. (REsp 1.292.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02.10.2013).

Destarte, em consonância com o aqui disposto, tratando-se de matéria de ordem pública, os juros de mora aplicáveis aos processos devem ser aqueles estabelecidos na lei vigente no período, nunca inferior àquele pelo qual

a Fazenda Pública recebe seus créditos, atingindo os processos em curso.

No julgamento da ADI 4.357/DF pelo C. Supremo Tribunal Federal ficou assentado que "A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão "independentemente de sua natureza", contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário".

Desta forma, tratando a repetição de indébito de crédito de natureza tributária, forçoso reconhecer que os juros de mora incidentes devem ser aqueles previstos no art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional, qual seja de 1% ao mês.

No que tange à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da taxa referencial da poupança – TR realizada nas ADI 4.357 e 4.425, forçoso reconhecer que se refere apenas aos créditos em precatórios expedidos até 25.03.2015, mas não às condenações atuais.

Como se sabe, a modulação dos efeitos realizada pelo E.

Supremo Tribunal Federal tem caráter evidentemente político. Com o reconhecimento da inconstitucionalidade da TR, que ordinariamente teria efeito ex tunc, invariavelmente surgiria um caos geral no pagamento dos precatórios em todos os Estados na Federação, até mesmo porque as verbas públicas já estavam destinadas para o pagamento na ordem cronológica.

Caso não houvesse a modulação, surgiria a necessidade de novo empenho orçamentário, com recálculo de todos os precatórios expedidos, o que travaria qualquer pagamento.

De outro lado, nenhum sentido faz, em sede de condenação atual, determinar a aplicação da TR até aquela data, reconhecidamente inconstitucional, já que no momento oportuno haverá o início da execução, com a apresentação de cálculos e, por fim, a expedição do precatório já contendo a correção pelo IPCA, na forma determinada pelo E. STJ e E. STF.

Aliás, a esse respeito, já havia a decisão do Min. Luiz Fux, determinando que no pagamento dos precatórios continuasse a ser usada a TR até que fossem os efeitos da decisão das ADI modulados, como agora aconteceu.

Todavia, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da Lei 11.960/09 não parece que tenham sofrido os efeitos dessa modulação, que expressamente restringiu à Emenda 62, confirmando o que já estava sendo feito, quando monocraticamente o Min. Luiz Fux determinou que no pagamento dos precatórios sujeitos à Emenda 62 se continuasse aplicando a TR até a modulação. E foi o que ocorreu. Vinha sendo

aplicada a TR e, agora, o IPCA.

De resto, nas novas condenações contra a Fazenda Pública, não há razão lógica para que seja usada a TR até certa data (25.03.2015) e a partir de então o IPCA. Do mesmo modo, apenas no pagamento dos precatórios vinha sendo usada a TR, também agora para o pagamento de precatórios antes expedidos e sujeitos à Emenda 62 é que incidirá a regra da modulação de efeitos.

As novas condenações e os precatórios expedidos depois não se submetem à modulação, mas à regra geral, como já vem acontecendo.

A Lei 11.960/09 teve reconhecida a inconstitucionalidade da TR e quanto à declaração que atingiu a norma dessa lei não se fez modulação, até porque nada justificaria determinar a modulação da declaração de inconstitucionalidade para suspender os seus efeitos nas decisões nos processos de conhecimento.

Em outras palavras, a modulação atinge apenas as execuções em curso contra a Fazenda Pública, assim considerados os precatórios expedidos e que se tenham submetido ao regime especial da Emenda 62. Foram modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma constante na Emenda 62, mas não foram modulados os efeitos da Lei 11.960/09, que foi declarada inconstitucional.

Finalmente, a matéria relativa à inconstitucionalidade

reconhecida na Lei 11.960/09, por arrastamento, como já mencionado, é agora objeto de Repercussão Geral recentemente reconhecida e explicitada no denominado Tema 810 do E. STF.

O reconhecimento da Repercussão Geral vem em boa hora, porque há de por fim às diversas interpretações que se vem dando às condenações impostas à Fazenda Pública, no que tange aos juros de mora e correção monetária.

Entretanto, a Repercussão Geral não suspende a decisão de inconstitucionalidade da TR na Lei 11.960/09, já decidida como consta do V. Acórdão prolatado nas ADI 4.357 e 4.425.

Enquanto não decidida a Repercussão Geral, prevalece, parece a mim inegável, a decisão proferida sobre o mesmo tema no REsp 1.270.439-PR julgado no procedimento de Recurso Repetitivo pelo E. STJ, cuja decisão continua produzindo todos os seus efeitos legais.

Assim, impõe-se o afastamento da TR, julgada inconstitucional pelo E. STF e a aplicação, no seu lugar, do IPCA, como decidido pelo E. STJ, no regime dos recursos repetitivos.

Por tais razões, a r. sentença comporta reparo, a fim de que a demanda seja julgada totalmente procedente.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso.

Ante a inversão da sucumbência, condena-se a Fazenda Pública ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 5.000,00, nos termos do art. 85, §8º, do Novo Código de Processo Civil.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de recurso, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem, expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

MARCELO MARTINS BERTHE
Relator