

JURISPRUDÊNCIA

INTEIRO TEOR

GARANTIA DE EFETIVIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS. RECLAMAÇÃO. CABIMENTO.

RECURSO ESPECIAL Nº 863.055 - GO (2006/0142441-8)

RELATOR:	MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE:	FRIGORÍFICO MARGEN LTDA
ADVOGADO:	ROBERTA MARIA RANGEL FALCÃO RODRIGUES E OUTRO(S)
RECORRIDO:	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPR. POR:	PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADOR:	ANGÉLICA VELLA FERNANDES DUBRA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO DE TRIBUNAL NA ESFERA RECURSAL. RECLAMAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL POR AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INVIABILIDADE.

1. A Constituição Federal de 1988 deu estatura constitucional à Reclamação, prevendo-a, expressamente, entre as competências do STF e do STJ (arts. 102, I, “I”, e 105, I, “f”). A matéria está hoje disciplinada pela Lei 8.038/1990, como instrumento processual próprio dos Tribunais Superiores.

2. O princípio da efetividade das decisões judiciais autoriza a utilização da Reclamação no âmbito dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais para garantir a autoridade de suas decisões ou preservar sua competência diante de atos de juízes a eles vinculados.

3. A Reclamação dispensa previsão expressa em lei, por se inserir na esfera dos poderes implícitos dos Tribunais, que devem zelar pela preservação da autoridade de suas decisões, sob pena de desmoralização e ruína do ordenamento.

4. Mais do que direito, é obrigação do juiz, no intuito de assegurar a plena eficácia de suas decisões, fazer uso de todos os meios disponíveis, desde que não proibidos pelo legislador, incompatíveis com os princípios reitores do Estado de Direito Democrático e do direito processual moderno, ou ofensivos à dignidade da justiça. Logo, em vez de contrariar o sistema processual e judicial brasileiro,

JURISPRUDÊNCIA

a Reclamação é conseqüência natural da aspiração de segurança e efetividade da prestação jurisdicional.

5. Incabível Reclamação no âmbito dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais para preservação de suas competências em face de outras esferas do Poder Judiciário, devendo eventual conflito ser solucionado pelos Tribunais Superiores, nos termos do art. 102, I, “o”, e do art. 105, I, “d”, ambos da CF.

6. A Reclamação não se destina a combater o descumprimento de decisão judicial por autoridade administrativa, exceto se expressamente previsto em lei (art. 28 da Lei 9.868/1999) ou na Constituição (art. 103-A, § 3º, incluído pela EC 45/2004).

7. Tirante esses casos, a efetividade de decisão judicial já proferida deve ser assegurada por meio mais simples: basta a comunicação do descumprimento ao juiz de primeira instância (ou Tribunal, na situação excepcional de competência originária), que deverá expedir ofício ao administrador claudicante, tomando, a partir daí, as medidas de rigor, no sentido de garantir a força de sua autoridade e o conteúdo do provimento.

8. Mesmo na hipótese em que a decisão é proferida pelo Tribunal, em grau de recurso, caberá ao juízo de 1º grau assegurar seu cumprimento pelas partes, decorrência lógica do princípio da unicidade do sistema judicial.

9. Devem ser processadas como meras petições as reclamações propostas no Tribunal para cumprimento, pelas autoridades administrativas, de decisões proferidas em causas de sua competência originária (princípio da instrumentalidade do processo). Caracterizado o descumprimento, o Tribunal expedirá ofício ou, se necessário, aplicará medida sub-rogatória destinada a obter o mesmo resultado prático equivalente ao adimplemento do comando judicial.

10. Hipótese dos autos em que a Reclamação contra descumprimento de decisão por autoridade administrativa foi apresentada ao Tribunal Regional que decidiu o processo em grau recursal. Inviável o remédio processual, *in casu*, sem prejuízo de a pretensão do reclamante ser formulada por simples petição ao juiz de primeira instância.

11. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “A Seção, por unanimidade, com as ressalvas dos Srs. Ministros José Delgado e Teori Albino Zavascki, conheceu do recurso especial, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), José Delgado, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Sustentou, oralmente, a Dra. Roberta Maria Rangel Falcão Rodrigues, pela recorrente.

Brasília, 27 de fevereiro de 2008 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 863.055 - GO (2006/0142441-8)

RELATOR:	MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE:	FRIGORÍFICO MARGEN LTDA
ADVOGADO:	ROBERTA MARIA RANGEL FALCÃO RODRIGUES E OUTRO(S)
RECORRIDO :	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPR. POR :	PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADOR:	ANGÉLICA VELLA FERNANDES DUBRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto com fulcro no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE NOTIFICAÇÕES FISCAIS. INCABIMENTO. INICIAL INDEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL.

1. A reclamação, destinada a preservar a autoridade de uma decisão judicial, só é cabível se o juiz usurpa competência do Tribunal ou se lhe deixa de cumprir os acórdãos.

2. Para a obtenção de declaração de nulidade de um ato administrativo, indispensável o ajuizamento e o processamento de ação própria.

3. Pretensão não regulada pelo direito objetivo. Impossibilidade jurídica de seu deferimento pelo Tribunal.

4. Agravo regimental improvido.

A recorrente alega violação do art. 267, VI, do CPC e dos arts. 13 e 17 da Lei 8.038/1990. Aponta, ainda, dissídio jurisprudencial.

JURISPRUDÊNCIA

Sustenta, em síntese, que (fls. 510-511):

O direito de ver respeitada decisão judicial do Tribunal é um bem da vida que não está proibido pelo ordenamento jurídico. Ao contrário, as decisões dos Tribunais, porque existem para serem respeitadas, encontram, no ordenamento jurídico, exatamente a reclamação como instrumento para sua efetividade. Mormente as decisões mandamentais, que não exigem execução, mas cumprimento direto e imediato.

(...)

A reclamação é um remédio jurídico previsto na Constituição Federal, na Lei 8.038/90, nos regimentos dos Tribunais Superiores, e, segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.212/CE, insere-se no âmbito do *direito constitucional de petição*, destinando-se a garantir a autoridade das decisões dos tribunais. Pelo princípio da simetria deve ser acolhido em todos os sodalícios do país.

É, conseqüentemente, a solução que o ordenamento jurídico prevê para todas as situações em que um julgado de tribunal tiver sido desrespeitado.

O INSS apresentou contra-razões às fls. 611-618.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem.

É o **relatório**.

RECURSO ESPECIAL Nº 863.055 - GO (2006/0142441-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Discute-se no presente processo o cabimento de Reclamação, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em virtude de alegado descumprimento por autoridade administrativa de decisão proferida em Mandado de Segurança.

A recorrente alega ter obtido ordem judicial para afastar, a partir do mês de março de 1996, a exigência do recolhimento da contribuição social dos empregadores rurais sobre a receita resultante da comercialização da produção. A segurança foi concedida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que considerou inconstitucional a cobrança da exação.

Narra, ainda, que, em 19 de julho de 2002, foi atuada por auditores fiscais da Previdência Social, que efetuaram lançamento das mesmas contribuições que haviam sido afastadas pela decisão judicial.

Diante do descumprimento da ordem pela autoridade administrativa, a ora recorrente propôs Reclamação no TRF, requerendo a suspensão liminar dos atos reclamados e, ao final, a declaração de nulidade dos lançamentos.

A Corte Especial do TRF, em decisão unânime, entendeu cabível a Reclamação no âmbito daquele Tribunal, ainda que não prevista em lei ou regimento, mas considerou inviável a utilização desse instituto para declaração de nulidade de um ato administrativo. Por isso, extinguiu o feito sem julgamento do mérito.

O Recurso Especial sustenta ter ocorrido ofensa ao art. 267, VI, do CPC e aos arts. 13 e 17 da Lei 8.038/1990.

São dois, portanto, os pontos que devem ser examinados:

- a) o cabimento de Reclamação em Tribunal Regional Federal;
- b) a possibilidade de propor Reclamação contra ato de autoridade administrativa.

Quanto ao primeiro aspecto, o acórdão recorrido entendeu ser admissível a Reclamação no âmbito daquela Corte Regional (fl. 481).

Em relação ao segundo ponto, o Tribunal de origem afirmou que “não há como se admitir o alcance da reclamação além da hipótese em que o juiz inferior descumpra ordem ou usurpa competência do seu Tribunal” (fl. 482), afastando a aplicação do instituto contra atos de autoridades administrativas.

Passo à análise de ambas as questões.

1. Breves considerações sobre o instituto da Reclamação

A Reclamação talvez seja uma das matérias menos estudadas pelos processualistas brasileiros. Os poucos textos doutrinários que se dedicaram ao tema divergem quanto à natureza jurídica do instituto, havendo quem sustente se tratar de *recurso*, de *recurso anômalo*, de *remédio*, de *medida administrativa*, de *incidente processual*, de *ação mandamental*, de *mero procedimento* ou de *exercício do direito de petição* (Cfr. o excelente Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2000, pp. 431 e ss.).

A Reclamação surgiu por construção jurisprudencial do STF, que entendeu, a despeito da inexistência de norma legal, ser necessário instrumento que lhe permitisse fazer prevalecer seus julgados e preservar sua competência, sobretudo diante da Justiça local.

Seu reconhecimento, assim, seria decorrência do princípio dos poderes implícitos.

Em 1957, o instituto passou a ser previsto no Regimento Interno do STF, que, a partir da Constituição de 1967, adquiriu força de lei.

Com a Constituição de 1988, a Reclamação atinge estatura constitucional, em virtude de sua previsão expressa no rol das competências do STF e do STJ (arts. 102, I, “I”, e 105, I, “F”).

A Lei 8.038/1990 veio para disciplinar o cabimento do instituto no âmbito desses Tribunais Superiores.

Quanto à sua finalidade, a lei praticamente repete o texto constitucional, dispondo que caberá Reclamação “para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade” das decisões do STJ e do STF.

A ausência de densidade do texto normativo e a escassez de estudos doutrinários fazem com que a Reclamação, não obstante seu largo uso, não tenha ainda sido bem definida e delimitada com segurança pela jurisprudência.

Algumas questões, como as tratadas neste processo, encontram-se ainda em aberto, merecendo um exame mais aprofundado.

Desse modo, passo à análise dos pontos ventilados neste Recurso Especial à luz dos princípios que regem o direito processual civil e, mais especificamente, da finalidade do instituto da Reclamação.

2. Cabimento de Reclamação em Tribunal de Justiça

Como visto, a Reclamação encontra-se hoje prevista na Constituição e na Lei 8.038/1990. Contudo, não há qualquer norma legal a estabelecer seu cabimento além do âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Nessa linha, vale destacar o debate ocorrido no julgamento da ADI 2.212-1/CE, em que o STF analisava a validade de norma da Constituição do Estado do Ceará que estabeleceria a Reclamação na Corte local de Justiça.

Discutia-se se o instituto tinha natureza processual, o que acarretaria a inconstitucionalidade da norma por violação da competência atribuída à União (art. 22, I, da CF); ou se se enquadraria na competência estadual para organização judiciária (art. 125 da CF).

Apesar de amplo debate, em que se decidiu pela constitucionalidade da norma, não se pode extrair desse julgamento conclusão segura a respeito da natureza do instituto. Com efeito, o julgamento foi por maioria (que considerou que a norma não afrontava a competência da União para legislar sobre processo), e mesmo o Ministro Nelson Jobim, que acompanhou o voto-vencedor, reconheceu o caráter processual do instituto.

Ressalto, todavia, alguns aspectos que me parecem relevantes para a resolução do caso em tela.

O primeiro argumento que merece destaque foi lançado no parecer do então Advogado-Geral da União (hoje Ministro do STF), Gilmar Mendes. Sustentou ele que a Reclamação constituía instrumento essencial de defesa das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça estaduais no exercício da função de guardiões das Cartas locais.

Propôs, assim, interpretação conforme à Constituição Federal, admitindo-se a Reclamação nas Cortes estaduais apenas para preservar a autoridade das decisões proferidas no controle abstrato de normas, em virtude de sua eficácia geral e de seu efeito vinculante, deferidos pela Constituição Federal.

O segundo argumento que impende realçar foi trazido pelo Ministro Maurício Corrêa, que julgava inconstitucional a norma cearense. Transcrevo trecho de seu voto (grifei):

Convém observar, por fim, que apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, *lato sensu*, podem ser considerados Tribunais nacionais, na medida em que processam feitos em grau de recurso tanto na Justiça federal quanto Estadual, resolvendo, inclusive, os conflitos de competência entre essas esferas do Poder

Judiciário (CF, artigos 102, “o”; e 105, “d”). Têm nessa perspectiva na reclamação o instrumento de preservação de suas competências e garantia de efetividade de suas decisões, sem que com isso haja qualquer risco de quebra de harmonia entre as diversas instâncias do Poder, que é nacional, resguardada sempre a hierarquia jurisdicional.

Note-se que a possibilidade de o Tribunal de Justiça decidir, em sede de reclamação, que um Juiz Federal, um Tribunal Regional Federal, um Juiz do Trabalho ou um Tribunal de outro Estado, estaria usurpando sua competência ou descumprindo suas decisões, poderia resultar em grave risco de ruptura do equilíbrio das instituições judiciárias. Observe-se que excepcionalidade da medida é tão grande que nem mesmo os outros Tribunais Superiores (TST, STM e TSE) foram com ela contemplados pela Carta Federal.

De fato, por expressa determinação constitucional, os conflitos de competência entre esferas diversas do Poder Judiciário devem ser resolvidos pelo STJ (art. 102, I, “o”) ou pelo STF (art. 105, I, “d”).

Por fim, ressaltam-se as razões do voto-vencedor, proferido pela Ministra Ellen Gracie, que, após transcrever o Parecer do Advogado-Geral da União, pleiteando o cabimento da Reclamação no âmbito dos Tribunais de Justiça apenas em controle concentrado, *interpretou que o instituto deveria ter ampla aplicação nos Tribunais estaduais.* Veja-se (grifei):

Opinou o Advogado-Geral, assim, por uma interpretação conforme a Constituição, por meio de redução teleológica, *“para o fim de admitir a reclamação para preservar a autoridade das decisões proferidas no controle abstrato de normas perante as Cortes Estaduais.”*

Vou mais além.

Como ensina Ada Pellegrini Grinover no mencionado artigo, a natureza jurídica da reclamação está mais próxima do direito de petição, constitucionalmente assegurado ao cidadão e à cidadã, do que ao direito de ação ou ao direito de recorrer que tem a parte no bojo de uma relação processual. O objetivo desse instrumento é o de proporcionar à parte ou ao terceiro interessado um meio hábil de, nas palavras de Ada Pellegrini, *“postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento”*. Evita-se, por essa via, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, decorrente, por exemplo, de uma interpretação que extravase os seus limites, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva, transitada em julgado.

Não vejo porque não se possa, no âmbito estadual, em nome do princípio da simetria, dotar os Tribunais de Justiça desse instrumento, para garantir a autoridade das suas decisões que, não impugnadas pela via recursal, tenham ali mesmo transitado em julgado. Ou então para preservar a sua competência, eventualmente invadida por ato de outro Juízo ou Tribunal local.

O acórdão foi assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO RÊGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA.

1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF).

2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local.

3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais.

4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

Verifica-se que o STF admitiu o cabimento de Reclamação no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados, *sem qualquer restrição*, não tendo sido acolhido o Parecer do Advogado-Geral que propunha interpretação conforme à Constituição, limitando a aplicação do instituto às hipóteses em que a Corte atuasse em controle concentrado de constitucionalidade.

Desse modo, em virtude dos efeitos vinculantes da decisão do Supremo, é cabível, no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, “reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” (norma estadual considerada constitucional).

Parece-me evidente que os fundamentos da decisão do STF aplicam-se a todos os Tribunais de Justiça do país. Devem ser analisadas, então, as consequências da aplicação desses mesmos fundamentos aos Tribunais Regionais Federais. Passo a fazê-lo.

3. Cabimento de Reclamação em Tribunal Regional Federal

A competência dos Tribunais de Justiça distingue-se, basicamente, daquela atribuída aos Tribunais Regionais Federais apenas no que respeita ao controle concentrado de constitucionalidade, exercido somente pelos primeiros.

Ao admitir amplamente o uso da Reclamação nos Tribunais de Justiça (rechaçando a tese da aplicação apenas nos casos de controle concentrado de constitucionalidade), o STF desmontou os fundamentos que embasavam a rejeição à aplicação da medida nas Cortes locais, o que parece atingir também os Tribunais Regionais Federais.

Com efeito, havia dois argumentos contrários ao uso da Reclamação nos Tribunais locais: a) sua estrutura hierarquizada confere instrumentos capazes de assegurar a observância de suas decisões pelos juízes de primeiro grau; e b) a ausência de previsão legal. Ambos óbices, s.m.j., foram refutados pela decisão do STF.

Quanto ao primeiro, poder-se-ia sustentar que a previsão de correção parcial nos Tribunais locais, nos casos de erro ou abuso de juiz, afastaria a necessidade da reclamação, dada a semelhança entre os institutos. No âmbito federal, vale ressaltar o disposto na Lei 5.010/1966, que organiza a Justiça de primeira instância:

Art. 6º Ao Conselho da Justiça Federal compete:

I - conhecer de correção parcial requerida pela parte ou pela Procuradoria da República contra ato ou despacho do Juiz de que não caiba recurso ou que importe erro de ofício ou abuso de poder;

Colhe-se, ainda, do Regimento Interno do TRF da 1ª Região, ao qual foi dirigida a Reclamação:

Art. 265. Caberá correção parcial contra ato ou despacho de juiz de que não caiba recurso, bem como de omissão que importe erro de ofício ou abuso de poder.

As hipóteses de admissibilidade da correção parcial também são controvertidas na doutrina. Trata-se, originalmente, de medida administrativa e disciplinar, destinada a advertir ou punir o juiz que cometesse erro ou abuso de poder. Nesse sentido, a correção se dirigiria, como de fato se dirige em vários Tribunais, à Corregedoria de Justiça, e não ao órgão julgador de Segunda Instância

Ao longo do tempo, contudo, o uso da correção parcial foi ampliado por diversos Tribunais, que lhe emprestaram efeitos, inclusive, de cassação de decisões proferidas no processo em caso de erro ou abuso de poder de juiz de Primeiro Grau.

Assim, a correção adquire, muitas vezes, caráter de verdadeiro recurso, sobretudo a partir do CPC de 1939, que difundiu seu uso ao consagrar o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.

O uso recursal da correção é criticado por parte da doutrina que afirma que “todas as finalidades que ela pretendia alcançar, todos os supostos problemas que desejava obviar foram solvidos, com o novo regime do agravo” (Cfr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, ob. cit., p. 139).

A despeito da recorribilidade de todas as decisões interlocutórias por meio de agravo de instrumento e da previsão de correção parcial também nos regimentos dos Tribunais de Justiça (nos casos de erro ou abuso de poder), o STF considerou cabível a Reclamação na Corte local.

Ademais, no caso dos autos não é a correção parcial o instrumento adequado para socorrer o reclamante, tendo em vista que não se trata de ato de juiz de primeiro grau, mas de autoridade administrativa.

A linha de raciocínio implementada pelo voto-condutor da ADI 2.212-1/CE leva à conclusão de que o Supremo admite o uso da Reclamação em todos os Tribunais, com base no princípio da efetividade.

No mesmo diapasão, vale destacar a lição, sempre lapidar, de Ada Pellegrini Grinover, a minha adorada professora (“A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos Tribunais”, *in Consulex*, n.º 127 - Abril de 2002, p. 40, grifei):

[E]stendendo a mesma previsão ao Superior Tribunal de Justiça, a Carta Política deixa claro que não se trata de medida admissível com exclusividade na Suprema Corte, mas de providência de caráter geral, *destinada a fazer valer a autoridade de quaisquer tribunais*.

Ao lado desses, um terceiro argumento deve ser lembrado: é que *o remédio, agora previsto de forma expressa e clara, insere-se num quadro mais amplo de garantias processuais próprias do Estado de Direito*, consagradas não somente nas cartas constitucionais, mas também nos próprios textos internacionais, cuja maior preocupação é assegurar não apenas a proteção jurisdicional dos direitos, mas sobretudo a indispensável efetividade dessa mesma proteção.

Admitido, pois, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, o uso da Reclamação nos Tribunais Estaduais, não vejo como afastar, *a priori*, seu cabimento nos Tribunais Regionais Federais. De toda sorte, aqui se apresenta a questão da necessidade da existência de previsão legal expressa a autorizar o uso do instituto no âmbito desses Tribunais. Nesse ponto, e diante da premissa de que o objetivo da Reclamação é conferir efetividade às decisões judiciais, filio-me à corrente dos que, como o Ministro Sepúlveda Pertence, entendem que “outra manifestação de poder implícito dos tribunais é o poder de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência, a partir do qual o Supremo criou, para si mesmo, o instituto da reclamação” (voto proferido na ADI já mencionada).

Como manifestação do poder implícito dos Tribunais, entendo que o instituto da Reclamação não precisa estar previsto em lei, já que, com o intuito de preservar

a autoridade de suas decisões judiciais, cabe ao juiz fazer uso de todos os meios disponíveis, desde que não proibidos, incompatíveis com os princípios reitores do Estado de Direito Democrático e do direito processual moderno, ou ofensivos à dignidade da justiça.

4. Conclusões parciais sobre o cabimento de Reclamação em Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal

Assim, o estudo da origem e finalidade do instituto, bem como os fundamentos lançados pelos Ministros do STF no julgamento da ADI 2.212-1/CE levam-me a concluir, distinguindo as hipóteses de *preservação de competência e de garantia da autoridade da decisão judicial*, que:

a) a despeito da competência da União para legislar sobre direito processual, os Estados, com base no princípio da simetria, podem instituir Reclamação no âmbito dos Tribunais de Justiça, ao menos para preservar *a autoridade das decisões proferidas no controle abstrato de normas*, em virtude de sua eficácia geral e de seu efeito vinculante, deferidos pela Constituição Federal. Esse argumento, como é óbvio, não autoriza o uso do instituto pelos Tribunais Regionais Federais, já que não exercem controle concentrado de constitucionalidade;

b) a possibilidade de o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal decidir, em Reclamação, que um outro Tribunal (ou juiz a ele vinculado) estaria usurpando sua competência ou descumprindo suas decisões, poderia resultar em grave risco de ruptura do equilíbrio das instituições judiciárias. Desse modo, entendo *que não cabe Reclamação no âmbito dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais para preservação de suas competências* (eventuais conflitos devem ser solucionados pelos Tribunais Superiores, nos termos do art. 102, I, “o”, e do art. 105, I, “d”, ambos da CF). Constituem *exceções apenas os casos em que a usurpação de competência se dê por juiz de primeiro grau vinculado ao próprio Tribunal*, em causas de competência originária do colegiado (conforme o item seguinte);

c) o princípio da efetividade das decisões judiciais deve guiar a interpretação conferida ao instituto. Nesse sentido, é de se reconhecer que a Reclamação evita, no caso de *ofensa à autoridade de um julgado* por uma interpretação que extravase seus limites, a morosidade e ineficácia relativa das medidas processuais ordinariamente cabíveis quando ainda não se tem um provimento judicial definitivo. Assim, parece *possível a utilização do instituto da Reclamação no âmbito dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais para garantir a autoridade de suas decisões, diante de atos de juízes a eles vinculados*; e,

d) por se tratar de poder implícito dos Tribunais, a Reclamação não demanda expressa previsão legal, sendo decorrência lógica e necessária da competência dos órgãos colegiados para a preservação da autoridade de suas decisões.

5. Cabimento de Reclamação contra ato de autoridade administrativa

Como acima aludimos, a Reclamação, independentemente da natureza que se lhe atribua, constitui importante instrumento para conferir efetividade às decisões dos Tribunais, tornando desnecessária a *via crucis* recursal.

O instituto surgiu, já indicamos, a partir da necessidade do STF de fazer com que as instâncias inferiores cumprissem suas decisões.

A questão que se pretende responder nesse tópico é de outra ordem: diz respeito ao cabimento da Reclamação para fazer com que as partes (mais especificamente quando se trate de autoridade administrativa) obedeçam às decisões judiciais proferidas pelos Tribunais.

Desde logo ressaltam-se duas hipóteses expressamente previstas para o cabimento de Reclamação contra ato de autoridade administrativa:

a) a de decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, em virtude do disposto no art. 28 da Lei 9.868/1999, que atribui “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à *Administração Pública federal, estadual e municipal*”;

b) a de ato administrativo que contrariar súmula vinculante do STF, por força de expressa determinação constitucional (art. 103-A, § 3º, incluído pela EC 45/2004).

Os demais casos, a meu ver, demandam reflexão pelo STJ.

É bem verdade que diversos julgados do STJ admitem, explícita ou implicitamente (quando se analisa o mérito da Reclamação, examinando se o ato da autoridade efetivamente ofendeu a autoridade de sua decisão judicial), o manejo de Reclamação contra ato administrativo.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

RECLAMAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE ORDEM MANDAMENTAL DE REINTEGRAÇÃO DO RECLAMANTE AOS QUADROS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA - MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - OBRIGAÇÃO DE EXERCER O CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DOS ATOS DA ENTIDADE - RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

1. Ainda que o Ministério da Educação já tenha adotado as providências a que se incumbe, para a reintegração do Reclamante, estando esta a depender do cumprimento de diligências ulteriores, ainda não realizadas pela Universidade Federal de Roraima, tem a autoridade reclamada obrigação de exercer o controle e a fiscalização dos atos da entidade, a despeito de sua autonomia administrativa, que se considera relativa, nos termos da CR/88, arts. 207, 208 e 209.

2. Reclamação julgada procedente.

(Rel 1.042/DF, Rel. Ministro PAULO MEDINA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25.05.2005, DJ 01.08.2005 p. 314)

PROCESSO CIVIL – RECLAMAÇÃO – SERVIDORES PÚBLICOS - VENCIMENTOS - REAJUSTE - LEI Nº 8.880/94 - URV - RESÍDUO DE 3,17% - DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMPROVADO - SEGURANÇA CONCEDIDA - PEDIDO PROCEDENTE.

1 - A Reclamação tem por escopo a preservação da competência desta Corte, bem como a garantia da autoridade de suas decisões (art. 105, I, “f”, da Constituição Federal c/c art. 187, do RISTJ). Tendo sido reconhecido como devido o resíduo de 3,17% aos filiados da reclamante, a teor da aplicação conjunta dos arts. 28 e 29, parág. 5º, da Lei 8.880/94, correspondente à variação acumulada no IPC-r entre o mês da primeira emissão do Real e o mês de dezembro de 1994, resta evidente o intuito procrastinatório das autoridades coatoras ao não dar início à sua efetiva implementação.

2 - Precedentes (MS nºs 7.915/DF, 6.864/DF e 8.514/DF).

3 – Reclamação procedente, determinando-se às autoridades reclamadas o imediato cumprimento do decidido no julgamento do MS 4.380/DF, implementando-se o reajuste devido aos associados da Reclamante.

(Rcl. 815/DF, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26.11.2003, DJ 08.03.2004 p. 167)

(...)

4 - Em relação ao Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça, não houve afronta à decisão deste Tribunal. Isso porque não ocorreram irregularidades no procedimento administrativo, pois a defesa apresentada pelo ora reclamante foi devidamente apreciada, com análise do mérito.

5 - A reclamação visa a preservar a competência desta Corte Superior e/ou a garantir a autoridade das suas decisões, não servindo como alternativa recursal nem como substitutivo da ação rescisória.

6 - Indeferimento da reclamação, com a revogação da liminar inicialmente concedida, prejudicado o exame dos agravos regimentais interpostos pela União e pelo Ministério Público Federal.

(Rcl 1.410/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08.06.2005, DJ 01.08.2005 p. 298)

Contudo, esse entendimento não prevaleceu no julgamento, pela Primeira Seção, da Rcl 2.207-SP. O acórdão foi assim ementado:

AÇÃO DECLARATÓRIA. COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. DESCUMPRIMENTO DO DECISUM PELA ADMINISTRAÇÃO. RECLAMAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Descabe reclamação perante o STJ para garantir o cumprimento pela administração de *decisum* exarado em sede de ação declaratória. Inadequação da via eleita. O sistema processual pátrio prevê a utilização pela parte interessada do pro-

JURISPRUDÊNCIA

cesso de execução para a efetivação do direito que lhe foi reconhecido no processo de conhecimento.

2. Reclamação improcedente.

(Rcl 2207/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24.10.2007, DJ 07.02.2008 p. 1)

Essa interpretação parece conferir mais racionalidade ao sistema processual brasileiro, que é dotado de outros instrumentos aptos a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Explico.

É certo que, nas hipóteses em que o Tribunal age no exercício de sua *competência originária*, a ele devem ser disponibilizados os instrumentos destinados a fazer cumprir sua decisão judicial. Parece-me que é nesse sentido que a jurisprudência vem admitindo a Reclamação (para garantir a autoridade da decisão da Corte) contra atos de autoridade administrativa, notadamente quando se descumpre provimento mandamental.

A pergunta que se deve fazer, então, é a seguinte: a Reclamação é o instrumento adequado para que os Tribunais façam com que *a parte (autoridade administrativa)* cumpra suas decisões?

Nesse passo, cabem duas considerações principais.

Em primeiro lugar, a regra no processo civil é a de atribuir poderes ao Tribunal para executar os acórdãos que profere nas causas de competência originária, cabendo ao juiz de Primeira Instância a execução das decisões exaradas em sede recursal.

Como acentua Alexandre Moreira Tavares dos Santos, “manter a integridade deste sistema não é uma questão meramente teórica, mas principalmente de ordem pública, pois, se todos os acórdãos dos tribunais fossem executados pelos mesmos quando não cumpridos voluntariamente pela parte sucumbente, impossibilitar-se-ia o funcionamento destes” (“Da reclamação”, *in Revista dos Tribunais*, ano 92, volume 808, fevereiro de 2003, pp. 132-133).

Assim, a competência para fazer cumprir a decisão judicial não será do Tribunal nas hipóteses em que este atua como instância recursal, perdendo a razão de ser a apresentação de Reclamação contra ato ou omissão de uma das partes (ato não-judicial).

O mesmo entendimento ficou consagrado no voto do e. Ministro Noronha no julgamento da já mencionada Rcl 2.207-SP:

Portanto, caberia à ora reclamante, promover a execução da sentença que reconheceu o seu direito à repetição do indébito tributário, competindo ao juízo da execução dirimir qualquer questão quanto ao cumprimento da decisão exarada pelo Superior Tribunal. Persistindo o não cumprimento do *decisum* desta Corte, aí sim, cabível a reclamação.

Ademais, apenas como hipótese, imaginemos o que ocorreria se todos os contribuintes com direito a compensação de indébitos tributários reconhecido em processo de conhecimento, confirmado em grau de recurso por *decisum* deste Superior Tribunal, que não se sentissem satisfeitos em suas pretensões perante a autoridade administrativa, resolvessem, em vez valer-se do processo de execução, ajuizar reclamação perante esta Corte? O caos. Não tanto pela avalanche de reclamações, mas pelo desprestígio da execução, uma vez que esta Corte Superior seria transformada em juízo de execução em processos de conhecimento em que atuou em grau de recurso.

Conclui-se, assim, que, no mínimo, não cabe Reclamação contra ato de autoridade nos casos em que a decisão do Tribunal é proferida em grau de recurso.

Um exemplo permitirá melhor expressar o meu raciocínio. Vejamos.

Imaginem-se dois Mandados de Segurança impetrados na instância ordinária por dois diferentes contribuintes em face da mesma autoridade para assegurar direito líquido e certo. No primeiro, o juiz de primeiro grau defere a liminar e, ao final, concede a ordem. No segundo, o juiz e o Tribunal denegam a ordem, mas o STJ dá provimento ao Recurso Especial para concedê-la. Pergunta-se: no caso de descumprimento da decisão judicial pela autoridade administrativa, que remédio seria cabível em cada um dos casos?

Noutras palavras, se o fato de a autoridade administrativa descumprir a decisão judicial dos Tribunais Superiores desafiar Reclamação, como ficariam as hipóteses em que a decisão descumprida for proferida por juízo de primeiro grau? Não haverá instrumento processual disponível para que o magistrado faça cumprir sua decisão?

É evidente que o Judiciário necessita dispor de meios para fazer cumprir suas decisões, mas deve haver alguma racionalidade e sistemática na utilização dos instrumentos que visem à concessão de tutela ou à sua efetivação.

Assim, parece que há aqui um erro de perspectiva. Com o nobre intuito de conferir efetividade às suas decisões, o STJ passou a admitir Reclamação como meio de compelir a autoridade administrativa ao cumprimento do que foi decidido. Ocorre que não é essa a função da Reclamação, tal qual prevista constitucional e legalmente.

Ora, se a autoridade descumpre decisão mandamental proferida em Primeiro Grau, não há necessidade de ajuizar nova ação ou interpor qualquer recurso. Mediante simples petição a parte beneficiária da ordem poderá informar ao Juízo o descumprimento de sua decisão e solicitar providências para que seja integralmente observada.

Valendo-me novamente do estudo de Alexandre dos Santos (ob. cit. p. 133):

[S]e a parte já tem uma decisão mandamental do STF ou do STJ que uma autoridade administrativa não cumpre, seria um *bis in idem* ilógico obter outra decisão, em sede de reclamação, da mesma natureza e contra a mesma autoridade administrativa. Nesse caso, forçoso reconhecer que o efeito desta segunda decisão seria somente moral, haja vista que ela teria a mesma validade e eficácia da primeira.

JURISPRUDÊNCIA

Por isso, entendemos que o reclamante não tem interesse de agir para ajuizar reclamação contra autoridade administrativa nos processos subjetivos.

Arremata o autor:

Não obstante, é inequívoco que as mesmas providências que podem ser tomadas pelo colegiado em sede de reclamação para se fazer cumprir o julgado da corte, ou seja, a expedição de ofícios, e até mesmo a aplicação de medida sub-rogatória destinada a ter o mesmo resultado prático equivalente ao adimplemento do comando judicial, também podem ser tomadas pela presidência do órgão julgador, ou no incidente de execução submetido ao colegiado.

À mesma conclusão havia chegado o e. Ministro Ari Pargendler no julgamento da Rcl 526/DF, em que ficou vencido:

Aqui, não há decisão exorbitante do julgado a ser cassada, e sim, descumprimento do acórdão proferido pelo Tribunal no exercício de sua competência originária.

Nesta hipótese, o Tribunal deve fazer cumprir sua decisão por intermédio da Presidência do Órgão Julgador, mediante simples ofício de execução imediata.

A não ser assim, estar-se-á criando figura anômala, a da reclamação como ação de execução em mandado de segurança, desfigurando, a um tempo, ambos os institutos.

A própria dicção do art. 17 da Lei 8.038/1990 parece evidenciar que a Reclamação não se destina a combater o descumprimento de ordem judicial por autoridade administrativa. Transcrevo o dispositivo:

Art. 17. Julgando procedente a reclamação, o Tribunal *cassará a decisão exorbitante de seu julgado* ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

O provimento judicial nos casos de Reclamação é para: a) cassar *decisão* exorbitante de seu julgado; ou b) determinar medida adequada à preservação de sua competência.

Ora, ao exigir que uma das partes (a autoridade administrativa) cumpra a decisão judicial, o Tribunal não estará preservando sua competência, nem cassando decisão exorbitante de seu julgado. A “decisão” a ser cassada não é administrativa, mas claramente aquela proferida por outro juiz ou tribunal.

Como se depreende do exposto, o objetivo de afirmar o não-cabimento da Reclamação contra ato de autoridade administrativa não é negar efetividade às decisões judiciais. Antes, o contrário. Se uma das partes já tem a seu favor provimento mandamental e este é descumprido pela outra parte, não há necessidade de

instauração de nova ação, recurso ou qualquer outra categoria em que se pretenda enquadrar a Reclamação.

A efetividade da decisão judicial já proferida deve ser assegurada por meio mais simples: basta a comunicação do descumprimento ao juiz de primeira instância, que deverá expedir ofício ao administrador claudicante, tomando, a partir daí, as providências de rigor no sentido de garantir a força e o conteúdo de seu provimento e de sua autoridade. Excepcionalmente, no caso de competência originária do Tribunal, essa comunicação deve ser dirigida a esse órgão colegiado.

Diante do princípio da instrumentalidade do processo, entendo que devem ser *processadas como simples petições* (art. 67, XIX, do RI/STJ) as reclamações propostas no Tribunal para cumprimento pelas autoridades administrativas de decisões proferidas em causas de sua competência originária. Caracterizado o descumprimento, o Tribunal deve expedir ofícios ou, se necessário, aplicar medida sub-rogatória destinada a ter o mesmo resultado prático equivalente ao adimplemento do comando judicial.

Nesse ponto, e reafirmando meu compromisso com a efetividade da tutela jurisdicional, preocupa-me menos a aceitação da Reclamação para fazer cumprir decisões judiciais proferidas pelos Tribunais em causas de sua competência originária. Isso porque, cabendo a execução do julgado ao próprio Tribunal, pouco importa o *nomen juris* atribuído à medida que vise a dar cumprimento à decisão. Relevante será o procedimento adotado ao se processar a medida, devendo-se evitar a prolação de nova decisão judicial sobre algo que já foi apreciado.

Por outro lado, imprescindível parece-me fixar o entendimento de que não cabe Reclamação contra ato administrativo no âmbito dos Tribunais nas hipóteses em que estes atuem em grau de recurso. Trata-se, como já frisei, de observar o princípio de que ao Tribunal compete executar os acórdãos que profere nas causas de competência originária, mas cabe ao juiz de primeira instância a execução das decisões proferidas em sede recursal, já que, para repetir a citada lição de Alexandre Moreira Tavares dos Santos, “manter a integridade deste sistema não é uma questão meramente teórica, mas principalmente de ordem pública, pois, se todos os acórdãos dos tribunais fossem executados pelos mesmos quando não cumpridos voluntariamente pela parte sucumbente, impossibilitar-se-ia o funcionamento destes” (“Da reclamação”, *in Revista dos Tribunais*, ano 92, volume 808, fevereiro de 2003, pp. 132-133).

6. Conclusões

De todo o exposto, retiro as seguintes conclusões:

a) O princípio da efetividade das decisões judiciais autoriza a utilização do instituto da Reclamação no âmbito dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais para *garantir a autoridade de suas decisões* ou *preservar sua competência* diante de atos de juízes a eles vinculados;

JURISPRUDÊNCIA

b) por se tratar de poder implícito dos Tribunais, a *Reclamação não precisa estar prevista em lei*, cabendo aos órgãos colegiados a preservação da autoridade de suas decisões judiciais;

c) não cabe Reclamação no âmbito dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais para *preservação de sua competência em face de outras esferas do Poder Judiciário* (eventuais conflitos devem ser solucionados pelos Tribunais Superiores, nos termos do art. 102, I, “o”, e do art. 105, I, “d”, ambos da CF);

d) a Reclamação não se destina a *combater o descumprimento de ordem judicial por autoridade administrativa*, exceto nos casos expressamente previstos em lei (art. 28 da Lei 9.868/1999) ou na Constituição (art. 103-A, § 3º, incluído pela EC 45/2004). A efetividade da decisão judicial já proferida deve ser assegurada por meio mais simples, bastando a comunicação do descumprimento ao juiz de primeira instância (ou Tribunal, apenas na situação excepcional de competência originária), que deverá expedir ofício à autoridade claudicante;

e) mesmo nos casos em que a decisão é proferida pelo Tribunal, *em grau de recurso*, caberá ao juízo de primeiro grau assegurar seu cumprimento pelas partes;

f) devem ser processadas como *meras petições* as reclamações propostas no Tribunal para cumprimento pelas autoridades administrativas de decisões proferidas em causas de sua competência originária (princípio da instrumentalidade do processo). Caracterizado o descumprimento, o Tribunal deve expedir ofícios ou, se necessário, aplicar medida sub-rogatória destinada a ter o mesmo resultado prático equivalente ao adimplemento do comando judicial.

Diante do exposto, tendo em vista que, no caso concreto, se pretende o cumprimento, por autoridade administrativa, de decisão judicial proferida em grau de recurso pelo Tribunal Regional Federal, *nego provimento ao Recurso Especial*, sem prejuízo de a pretensão do reclamante ser formulada por simples petição dirigida ao juiz de primeira instância.

É como **voto**.

RECURSO ESPECIAL Nº 863.055 - GO (2006/0142441-8)

VOTO-MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI: Sr. Presidente, também ressaltando meu ponto de vista, como fez o Sr. Ministro José Delgado, mas, em homenagem ao precedente da Seção que acabou de ser publicado, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2006/0142441-8 **REsp 863055/GO**

Números Origem: 199701000062942 200501000138239

PAUTA: 27/02/2008

JULGADO: 27/02/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Ministra Impedida

Exma. Sra. Ministra: **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: FRIGORÍFICO MARGEN LTDA

ADVOGADO: ROBERTA MARIA RANGEL FALCÃO RODRIGUES E OUTRO(S)

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
- INSS

REPR. POR: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

PROCURADOR: ANGÉLICA VELLA FERNANDES DUBRA E
OUTRO(S)

ASSUNTO: Tributário - Contribuição - Social - Multa

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, a Dra. Roberta Maria Rangel Falcão Rodrigues, pela recorrente.

JURISPRUDÊNCIA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Seção, por unanimidade, com as ressalvas dos Srs. Ministros José Delgado e Teori Albino Zavascki, conheceu do recurso especial, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), José Delgado, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília, 27 de fevereiro de 2008

Carolina Vêras

Secretária

(Ementa publicada no DJe de 18/09/2009).

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LANÇAMENTO COMPLEMENTAR. PRAZO DECADENCIAL.

RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0)

RELATOR:	MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE:	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPR. POR:	PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADOR:	MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE E OUTRO(S)
RECORRIDO:	ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR:	CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO

CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inoocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: **REsp 766.050/PR**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; **AgRg nos EREsp 216.758/SP**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e **EREsp 276.142/SP**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o “primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do *Codex Tributário*, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, “Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro”, 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, “Direito Tributário Brasileiro”, 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos atos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deuse em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

JURISPRUDÊNCIA

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, com fulcro nas alíneas “a” e “c”, do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa restou assim transcrita:

“EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. LEGITIMIDADE RECURSAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Consoante já decidiu esta Corte e o STJ, o advogado não tem legitimidade para recorrer no processo de conhecimento quanto aos honorários advocatícios. Assim, correta a interposição do recurso pela empresa embargante.

2. Corte já reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91.

3. As normas dos artigos 150, § 4.º e 173 do CTN não são de aplicação cumulativa ou concorrente.

4. Decorridos mais de cinco anos entre a data do fato gerador mais recente e a notificação fiscal, impõe-se o reconhecimento da decadência.

5. Honorários advocatícios majorados para 10% do valor atribuído à causa, em consonância com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e com os precedentes desta Turma.”

Noticiam os autos que o ESTADO DE SANTA CATARINA ofereceu embargos à execução fiscal intentada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGU-

RO SOCIAL - INSS, que objetiva a cobrança de contribuições previdenciárias. Na inicial, o embargante, ora recorrido, aduziu a nulidade da CDA (por ausência dos requisitos legais), o cerceamento de defesa (considerando que a notificação fiscal não apresentou os nomes dos servidores sobre cujas remunerações estão sendo exigidas as contribuições previdenciárias), bem como a decadência dos créditos executados.

Sobreveio sentença que julgou extinto o processo, por força do artigo 269, IV, do CPC, reconhecendo a decadência dos créditos executados. O Juízo Singular, afastando o prazo decadencial decenal previsto no artigo 45, da Lei 8.212/91, considerou cabível a aplicação do prazo quinquenal previsto no artigo 173, do CTN. Na oportunidade, restou assente que:

“Na hipótese dos autos, o fato gerador mais remoto ocorreu em janeiro de 1991 e o mais recente em dezembro de 1994, iniciando-se o prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, em 01/01/1992 e 01/01/1995, respectivamente. Considerando que o lançamento se deu em 26/03/2001 e a inscrição foi efetuada em 03/09/2003, constato que se passaram mais de cinco anos dos fatos geradores compreendidos entre os anos de 1991 a 1994, configurando a decadência alegada.”

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso do INSS e à remessa oficial e deu provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina, nos termos da ementa anteriormente reproduzida.

Opostos embargos de declaração pelo INSS, acolhidos para determinar a juntada de cópia da argüição de inconstitucionalidade no AI nº 2000.04.01.092228-3, cuja ementa transcreve-se:

“ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - CAPUT DO ART. 45, DA LEI 8.212/91.

É inconstitucional o caput do artigo 45, da Lei nº 8.212/91 que prevê o prazo de 10 anos para que a Seguridade Social apure e constitua seus créditos, por invadir área reservada à lei complementar, vulnerando, dessa forma, o art. 146, III, b, da Constituição Federal.”

Nas razões do especial, sustenta a autarquia previdenciária que o acórdão hostilizado incorreu em violação dos artigos 150, § 4º, e 173, I, do CTN, uma vez que:

“Nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, o prazo para a homologação do lançamento é de 5 (cinco) anos. Assim, como o prazo para a constituição do crédito tributário se inicia no primeiro dia seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o prazo de decadência, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, inexistente

o pagamento, é de 10 (dez) anos, e não de 5 (cinco), como equivocadamente concluiu o Tribunal a quo.”

Traz ainda aresto do STJ para confronto, no sentido de que:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ART. 150, § 4º E 173, I, AMBOS DO CTN.

1. No lançamento por homologação, o contribuinte, ou o responsável tributário, deve realizar o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer procedimento administrativo, ficando a extinção do crédito condicionada à futura homologação expressa ou tácita pela autoridade fiscal competente. Havendo pagamento antecipado, o fisco dispõe do prazo decadencial de cinco anos, a contar do fato gerador, para homologar o que foi pago ou lançar a diferença acaso existente (art. 150, § 4º do CTN).

2. Se não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, não há o que homologar nem se pode falar em lançamento por homologação. Surge a figura do lançamento direto substitutivo, previsto no art. 149, V do CTN, cujo prazo decadencial rege-se pela regra geral do art. 173, I do CTN.

3. Com o encerramento do prazo para homologação (art. 150, § 4º do CTN), inicia-se a contagem do prazo previsto no art. 173, I do CTN. Inexistindo pagamento antecipado, conclui-se ter o Fisco o prazo de 10 anos, após a ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário.

4. Em síntese, o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário será: a) de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, se o tributo sujeitar-se a lançamento direto ou por declaração (regra geral do art. 173, I do CTN); b) de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador no caso de lançamento por homologação em que há pagamento antecipado pelo contribuinte (aplicação do art. 150, § 4º do CTN) e c) de dez anos a contar do fato gerador nos casos de lançamento por homologação sem que nenhum pagamento tenha sido realizado pelo sujeito passivo, oportunidade em que surgirá a figura do lançamento direto substitutivo do lançamento por homologação (aplicação cumulativa do art. 150, § 4º com o art. 173, I, ambos do CTN).

5. Precedentes da Primeira Seção e das duas Turmas de Direito Público.

6. Embargos de divergência providos.” (EREsp 466.779/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 08.06.2005, DJ 01.08.2005)

Às fls. 174/190, consta recurso extraordinário interposto pelo INSS, admitido na origem.

O prazo para oferecimento de contra-razões ao recurso especial decorreu *in albis*.

O recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade na instância ordinária.

Em 18.05.2009, o recurso especial foi submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC (recurso representativo de controvérsia), tendo sido afetado à Primeira Seção.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso especial ou, no mérito, pelo seu desprovimento, nos termos da seguinte ementa:

“Processual Civil e Tributário. Embargos à Execução Fiscal. Contribuição previdenciária. Recurso especial. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Ausência de pagamento antecipado. Direito à constituição do crédito. Prazo decadencial. Quinquenal. Termo inicial. Primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Artigo 173, inciso I, do CTN. Precedentes do STJ. Parecer pelo não conhecimento do recurso ou, no mérito, pelo seu desprovimento.”

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inócere, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: **REsp 766.050/PR**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; **AgRg nos EREsp 216.758/SP**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e **REsp 276.142/SP**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo

JURISPRUDÊNCIA

lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o “*primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*” corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do *Codex Tributário*, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, “Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro”, 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, “Direito Tributário Brasileiro”, 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos atos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do apelo, porquanto questionada a matéria federal ventilada.

A insurgência especial cinge-se à decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário atinente à contribuições previdenciárias cujos fatos imponíveis ocorreram no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994.

Deveras, a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de

lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, verbis:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Assim é que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.

No mesmo diapasão, destacam-se as ementas dos seguintes julgados oriundos da Primeira Seção:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

(...)

8. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

9. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª ed., Max Limonad, págs. 163/210).

10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos.

11. Assim, conta-se do “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do Fisco. No particular, cumpre enfatizar que “o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarrazoado prazo decadencial decenal.

12. Por seu turno, nos casos em que inexistente o pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que inócorrentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento,

fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN.

13. *Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: “Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício” (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170).*

14. *A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado.*

Entretantes, “transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado” (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171).

15. *Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão anulatória.*

16. *In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado do ISSQN pelo contribuinte não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 1993 a outubro de 1998, consoante apurado pela Fazenda Pública Municipal em sede de procedimento administrativo fiscal; (c) a notificação do sujeito passivo da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal, medida preparatória indispensável ao lançamento direto substitutivo, deu-se em 27.11.1998; (d) a instituição financeira não efetuou o recolhimento por considerar intributáveis, pelo ISSQN, as atividades apontadas pelo Fisco; e (e) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 01.09.1999.*

17. *Desta sorte, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no artigo 173, parágrafo único, do Codex Tributário, contando-se o prazo da data da notificação*

de medida preparatória indispensável ao lançamento, o que sucedeu em 27.11.1998 (antes do transcurso de cinco anos da ocorrência dos fatos imponíveis apurados), donde se deduz a higidez dos créditos tributários constituídos em 01.09.1999.

18. *Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.*” (REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008)

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, “ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa” e “opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa” —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento.” (AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006)

“TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL.

1. O crédito tributário constitui-se, definitivamente, em cinco anos, porquanto mesmo que o contribuinte exerça o pagamento antecipado ou a declaração de débito, a Fazenda dispõe de um quinquênio para o lançamento, que pode se iniciar, sponte sua, na forma do art. 173, I, mas que de toda sorte deve estar ultimado no quinquênio do art. 150, § 4º.

2. A partir do referido momento, inicia-se o prazo prescricional de cinco anos para a exigibilidade em juízo da exação, implicando na tese uniforme dos cinco anos, acrescidos de mais cinco anos, a regular a decadência na constituição do crédito tributário e a prescrição quanto à sua exigibilidade judicial.

3. Inexiste, assim, antinomia entre as normas do art. 173 e 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

4. Deveras, é assente na doutrina:

“a aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173, o que conduz a adicionar o prazo do artigo 173 - cinco anos a contar do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido praticado - com o prazo do artigo 150, § 4º - que define o prazo em que o lançamento poderia ter sido praticado como de cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Desta adição resulta que o dies a quo do prazo do artigo 173 é, nesta interpretação, o primeiro dia do exercício seguinte ao do dies ad quem do prazo do artigo 150, § 4º.

A solução é deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão porque mais que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arraigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica.

Ela é também juridicamente insustentável, pois as normas dos artigos 150, § 4º e 173 não são de aplicação cumulativa ou concorrente, antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º aplica-se exclusivamente aos tributos ‘cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa’; o art. 173, ao revés, aplica-se aos tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento.

(...)

*A ilicitude da tese jurisprudencial no sentido da aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173 resulta ainda evidente da circunstância de o § 4º do art. 150 determinar que considera-se ‘definitivamente extinto o crédito’ no término do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Qual seria pois o sentido de acrescer a este prazo um novo prazo de decadência do direito de lançar quando o lançamento já não poderá ser efetuado em razão de já se encontrar ‘definitivamente extinto o crédito’? Verificada a morte do crédito no final do primeiro quinquênio, só por milagre poderia ocorrer sua ressurreição no segundo.” (Alberto Xavier, *Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, 2ª Edição, p. 92 a 94).*

5. Na hipótese, considerando-se a fluência do prazo decadencial a partir de 01.01.1991, não há como afastar-se a decadência decretada, já que a inscrição da dívida se deu em 15.02.1996.

6. Embargos de Divergência rejeitados.” (EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005)

Outrossim, impende assinalar que o “primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do *Codex Tributário*, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, “Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro”, 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, “Direito Tributário Brasileiro”, 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de

JURISPRUDÊNCIA

Santi, “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

In casu, consoante assente na origem: **(i)** cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; **(ii)** a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos atos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e **(iii)** a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL**.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7.º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2007/0176994-0 **REsp 973733/SC**

Números Origem: 200372000150431 200472000051068

PAUTA: 12/08/2009

JULGADO: 12/08/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPR. POR: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADOR: MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE E OUTRO(S)
RECORRIDO: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR: CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de agosto de 2009
Carolina Vêras
Secretária
(Ementa publicada no DJe de 18/09/2009).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 8/STF. INAPLICABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DO JULGADO AO ENTENDIMENTO QUE SE FIRMOU POSTERIORMENTE.

EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 917.745 - RJ (2006/0038369-8)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON
EMBARGANTE: HÉLIO MACHADO ROCHA
ADVOGADO: JOSEVAL SIRQUEIRA E OUTRO(S)

JURISPRUDÊNCIA

EMBARGADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPR. POR: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO – SÚMULA VINCULANTE Nº 8/STF – PRAZO PRESCRICIONAL DO ART. 174 DO CTN – INAPLICABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DO JULGADO AO ENTENDIMENTO QUE SE FIRMOU POSTERIORMENTE.

1.O STF, pela Súmula Vinculante nº 8 de 20/06/2008, pacificou o entendimento sobre a natureza tributária das contribuições previdenciárias, aplicando-lhes o prazo prescricional do art. 174 do Código Tributário Nacional.

2.Inaplicável esse entendimento, por ter o julgamento ocorrido em 17/06/2008, data anterior à sua publicação.

3.Ainda que tenha havido mudança de posição, não é possível, na via dos declaratórios, proceder-se ao ajuste do caso concreto, visto que a Primeira Seção deste Tribunal, no EREsp 480.198/MG, pacificou o entendimento de que ao juiz não é dado conceder efeito modificativo aos embargos para adaptar as decisões judiciais às teses jurídicas posteriormente consolidadas pelos Tribunais.

4.Inexistente qualquer das hipóteses do art. 535 do CPC, não merecem acolhida embargos de declaração com nítido caráter infringente.

5.Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 1º de setembro de 2009 (Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora

EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 917.745 - RJ (2006/0038369-8)

EMBARGANTE	HÉLIO MACHADO ROCHA
ADVOGADO	JOSEVAL SIRQUEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPR. POR	PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Trata-se de embargos declaratórios opostos de acórdão assim ementado (fl. 281):

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – APRECIÇÃO DE TEMA NOVO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 535 DO CPC – EFEITO INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1. Embargos declaratórios não se prestam à discussão de tema novo, sequer ventilado anteriormente, no momento processual oportuno
2. Inexistente qualquer das hipóteses do art. 535 do CPC, não merecem acolhida embargos de declaração com nítido caráter infringente.
3. Embargos de declaração rejeitados

Alega o ora embargante contradição e omissão no v. aresto quanto ao disposto na Súmula Vinculante nº 8, aduzindo que a referida Súmula só veio a ser editada muito tempo depois a apresentação das contra-razões ao recurso especial do INSS, o que justificaria a sua alusão somente após a publicação do acórdão.

Afirma, ainda, que a Segunda Turma vem aplicando o entendimento de que, em sendo conhecido o especial por outro fundamento qualquer, a prescrição, por ser matéria de ordem pública, pode ser apreciada de ofício, para corroborar esse entendimento, traz o REsp 939.714/RS dessa relatora.

Sustenta, também, que esta Corte tem entendido, em relação às Súmulas Vinculantes do STF editadas posteriormente ao julgamento proferidos no STJ, que pode ser conferido efeito modificativo ao julgado para analisar-se a sua aplicação. Corroborando tal pretensão, menciona o RMS 21.719/DF, no qual o relator Min. Benedito Gonçalves, em sede de declaratórios, aplicou a Súmula Vinculante nº 5/STF, editada após o julgamento de recurso por esta Corte.

Pede, ao final, o acolhimento dos aclaratórios, sanando-se os vícios apontados.

Foram os declaratórios impugnados às fls. 292/294.

É o relatório.

JURISPRUDÊNCIA

EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 917.745 - RJ (2006/0038369-8)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON
EMBARGANTE: HÉLIO MACHADO ROCHA
ADVOGADO: JOSEVAL SIRQUEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPR. POR: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Não vislumbro no julgado qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

Em verdade, pretende a parte ajustar o julgamento de fls. 251/266, no qual restou decidido a impossibilidade de utilização da exceção de pré-executividade para afastar a liquidez e certeza da CDA que continha o nome da pessoa jurídica e do sócio-gerente, por envolver dilação probatória, a fim de fazer prevalecer seu entendimento quanto à prescrição e à aplicação da Súmula 8 do STF na hipótese dos autos, finalidade incompatível com a estreita via dos embargos de declaração.

Verifico que por ocasião do julgamento embargado, ocorrido em **17/06/2008**, a Súmula Vinculante nº 8 do STF ainda não possuía eficácia, eis que publicada no D.O.U. apenas em **20/06/2008**.

Valem transcritos, a propósito, acerca do termo inicial da eficácia das Súmulas Vinculantes, os arts. 103-A da Constituição Federal e 2º da Lei 11.417/2006:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, **a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário** e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

Art. 2º. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, **a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário** e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

Ademais, é sabido que a Primeira Seção deste Tribunal, julgando o EREsp 480.198/MG, em 25/08/2004, sedimentou o entendimento de que, face aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, ao juiz não é dado conceder efeitos modificativos a embargos de declaração para adaptar as decisões judiciais às teses jurídicas posteriormente consolidadas. Nesse sentido, o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. BACALHAU. IMPORTAÇÃO. GATT. CONVÊNIO N.º 60/91. SÚMULA N.º 20/STJ. SÚMULA N.º 575/STF. NOVA ORIENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 535 DO CPC. REEXAME DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Infundada a pretensão da embargante, pois, no caso, não se verifica a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 535 do CPC.

2. Os aclaratórios não se prestam para que sejam novamente analisadas questões já discutidas.

3. O estabelecimento de nova orientação jurisprudencial sobre determinada matéria não autoriza a atribuição de efeitos infringentes aos aclaratórios para adaptar, com pretende a embargante, a decisão judicial à tese jurídica posteriormente consagrada nos Tribunais. Precedentes da Turma e da Primeira Seção.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 727.894/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 08/05/2006 p. 183)

Observa-se, portanto, que não se vislumbra nenhuma das hipóteses do art. 535 do CPC, ficando patente a busca de efeitos infringentes por quem não se conformou com o resultado do julgamento.

Com essas considerações, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2006/0038369-8 **EDcl nos EDcl no REsp 917745/RJ**

Números Origem: 128690 200402010078308 200501827248
200502010103940 9902003664

PAUTA: 20/08/2009

JULGADO: 01/09/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

JURISPRUDÊNCIA

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS
Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS
Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPR. POR: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO: HÉLIO MACHADO ROCHA
ADVOGADO: JOSEVAL SIRQUEIRA E OUTRO(S)
ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE: HÉLIO MACHADO ROCHA
ADVOGADO: JOSEVAL SIRQUEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPR. POR: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 01 de setembro de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária
(Ementa publicada no DJe de 22/09/2009).

TRIBUTÁRIO. CIDE. LEI 10.168/2000. BIS IN IDEM. FUST E FUNTEL. INEXISTÊNCIA

RECURSO ESPECIAL Nº 894.129 - RS (2006/0227751-2)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE: VIVO SA
ADVOGADO: CRISTIANE ROMANO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES: JOSÉ CARLOS COSTA LOCH E OUTRO(S)
CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

EMENTA

TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - CIDE - LEI 10.168/2000 - *BIS IN IDEM* - FUST E FUNTEL - INEXISTÊNCIA - ACÓRDÃO - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA -

1. Inexiste omissão em acórdão que decide motivadamente a lide.
2. A **CIDE**, como contribuição de intervenção no domínio econômico, destina-se a financiar o programa de estímulo à interação universidade-empresa para apoio à inovação, não se confundindo com a **FUST (Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações)**, criado com a Lei 9.998/2000, destinado a cobrir os custos dos serviços de universalização dos serviços de telecomunicações que não possa ser recuperada com a normal exploração do serviço.
3. Também não se confunde com o **FUSTEL (Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações)**, previstos na Lei 10.052/2000, destinado a estimular o processo de inovação tecnológica a capacitação de recursos humanos, fomento à geração de empregos e promoção de acesso de pequenas e médias empresas, ampliando a competitividade da indústria brasileira de telecomunicações.
4. Sem identidade, não ocorre *bis in idem*, sendo diversa a incidência, a base de cálculo e a finalidade.
5. As exações só se identificam por serem, todas três, espécie do gênero contribuição de intervenção no domínio econômico.
6. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-

JURISPRUDÊNCIA

Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 08 de setembro de 2009 (Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 894.129 - RS (2006/0227751-2)

RECORRENTE: VIVO S/A
ADVOGADO: CRISTIANE ROMANO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES: JOSÉ CARLOS COSTA LOCH E OUTRO(S)
CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª. Região assim ementado:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE - DESTINADA A FINANCIAR O PROGRAMA DE ESTÍMULO À INTERAÇÃO UNIVERSIDADE-EMPRESA PARA APOIO À INOVAÇÃO. LEI Nº 10.168/2000. ROYALTIES. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. NATUREZA DA CONTRIBUIÇÃO. FUST (LEI 9.998/2000) E FUNTEL (LEI 10.052/2000). FINALIDADES DIVERSAS.

1. É desnecessária a edição de lei complementar para a instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico, porquanto sua previsão já está contida no art. 149 da Constituição Federal/88. Precedente do STJ.

2. Não há confundir a natureza da contribuição (tributo vinculado) com a de imposto (tributo não-vinculado), uma vez que, na primeira, o contribuinte, ainda que indiretamente, recebe vantagem específica do Estado, como no caso das contribuições de intervenção no domínio econômico, cujo objeto principal é a observância das disposições do artigo 170 da CF/88, a fim de manter o bom funcionamento da ordem econômica.

3. Inexiste a identidade de finalidade entre os recolhimentos ao FUST, FUNTEL e CIDE sobre royalties, como pretendeu fazer crer a impetrante.

4. Inexistentes vícios capazes de tornar inexigível a contribuição, impõe-se a improcedência do pedido. (fl. 215).

Houve embargos de declaração (fls. 219/225), que restaram acolhidos em parte (fls. 231/232).

No recurso especial aponta-se violação à legislação federal, de acordo com as seguintes premissas:

a) moveu mandado de segurança com o fim *de que fosse reconhecido seu direito ao não pagamento da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, instituída pela Lei 10.168/2000, com a alteração trazida pela Lei 10.332/2001, exigida sob as remessas efetuadas ao exterior e destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o apoio à inovação;*

b) o acórdão recorrido apenas mencionou os dispositivos cuja aplicação ao julgamento da apelação seria imprescindível à correta solução da lide, violando, assim, os arts. 125, 165, 458 e 535, I e II, do CPC; pois se furto a apreciar os fundamentos da inconstitucionalidade da cobrança da CIDE, que

b.1) julga ser desproporcional e desarrazoada;

b.2) carente de referibilidade, na medida em que não foi indicado o benefício indireto que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações viriam a auferir com o recolhimento da contribuição, mormente por já recolherem a contribuições para ao FUST e ao FUNTTEL

b.3) as CIDES não podem ter por sujeito passivo todo um setor da economia;

c) no mérito, o aresto hostilizado violou frontalmente os arts. 1º, 5º e 6º da Lei 9.998/2000 e arts. 1º, 4º e 6º da Lei 10.052/00, *na medida em que chancelou uma contribuição com identidade do sujeito passivo, bem como da destinação dessas outras contribuições específicas já exigidas da recorrente, o que é vedado pelo sistema tributário brasileiro, pois as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, como a recorrente, já estão sujeitas ao pagamento da contribuição ao Fundo para Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações - FUNTTEL, criado pela Lei 10.052, de 28.11.2000, que tem por objetivo estimular o processo de inovação tecnológica no setor de telecomunicações, de forma a ampliar a competitividade da indústria brasileira de telecomunicações;*

d) *ao deixar de referir-se a um segmento econômico específico, a nova contribuição, que na realidade será paga por todos os setores produtivos da economia, ganha características típicas de um imposto, e não mais de contribuição de intervenção no domínio econômico;*

e) *a exação não regula, nem equaliza, nem incentiva o suposto grupo econômico onerado, constituindo mero instrumento de captação de recursos para subsídio da indústria nacional;*

f) a CIDE em tela, é desnecessária *porque a atuação estatal interventiva só se justifica em relação a medidas que não possam (ou não devam) ser tomadas pelos próprios agentes daquele segmento econômico;* é inadequada porque não se mostrou a pertinência lógica entre a cobrança da exação e a efetiva intervenção da União no setor da economia visado e é excessiva porque não há comprovação que os fundos arrecadados com a referida contribuição reverter-se-ão em proveito de uma finalidade interventiva da União. (fls. 240/258).

JURISPRUDÊNCIA

Contrarrazões às fls. 287/291, sustentando que:

g) a inadmissão do recurso porque a matéria é constitucional;

h) o improvido da irresignação porque:

h.1) *a lei complementar tem a finalidade de servir de guia para normas gerais, não sendo seu papel próprio descer a minúcias no regramento das espécies tributárias, ainda que o titular da competência seja a União;*

h.2) a CIDE atende ao princípio da isonomia tributária, na medida em que *a legislação de regência da CIDE (Lei 10.168/00) permite a sua compensação com o PIS e a COFINS recolhidos pelas empresas;* e

h.3) inexistente óbice constitucional ao estabelecimento de contribuição interventiva que detenha o mesmo fato gerador ou a mesma base de cálculo dos impostos da competência privativa das outras pessoas jurídicas de direito público.

Recurso especial admitido às fls. 299 e verso.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 894.129 - RS (2006/0227751-2)

RELATORA:	MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE:	VIVO S/A
ADVOGADO:	CRISTIANE ROMANO E OUTRO(S)
RECORRIDO:	FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES:	JOSÉ CARLOS COSTA LOCH E OUTRO(S) CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): - Tem-se, na origem, mandado de segurança visando afastar a incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, instituída pela Lei 10.168/2000 para, nos termos do art. 1º, estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.

A tese da recorrente é que a referida contribuição é inconstitucional e ilegal. A ilegalidade consistiria na ofensa aos ditames das Leis 9.998/2000 e 10.052/2000, que instituíram, respectivamente, as contribuições denominadas FUST e FUNTEL, destinadas a cobrir o custo das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperado com a exploração eficiente do serviço, nos termos do disposto no inciso II do art. 81 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997 e para estimular o processo de inovação tecnológica, incentivar a capacitação de recursos humanos, fomentar a geração de empregos e promover o acesso de pequenas e médias empresas a recursos de capital, de modo a ampliar a

competitividade da indústria brasileira de telecomunicações, nos termos do art. 77 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997.

Como a lide foi decidida com base em fundamentos constitucional e infra-constitucional, tendo a parte recorrente interposto ambas as irresignações, conheço do recurso.

Início o exame da impugnação pela alegada nulidade do acórdão, por falta de apreciação dos fundamentos autorais apontados quanto à inconstitucionalidade da exação, embasados em dois tópicos: ausência de referibilidade e falta de proporcionalidade na cobrança da contribuição.

Ao contrário do que defendido pela recorrente, observo que o Tribunal Regional explicitou os fundamentos que levaram ao não acatamento da pretensão de não-incidência da CIDE vergastada.

O acórdão recorrido reveste-se da estrutura exigida pelas normas processuais, tendo sido a lide decidida nos limites do pedido, como deixa claro o julgado a partir do destaque que faço de partes do acórdão, na parte devolvida a esta Corte:

1) partiu o julgado da lei que instituiu a contribuição questionada, referente à intervenção no domínio econômico, transcrevendo literalmente os dois primeiros artigos da Lei nº 10.168/2000. O artigo 1º anuncia a finalidade da exação:

“Art. 1º Fica instituído o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.”

O artigo 2º, por seu turno, indica o sujeito passivo da exação, o fato gerador e a base de cálculo, como se pode constatar:

“Art. 2º Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.

§ 1º Consideram-se, para fins desta Lei, contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica.

§ 2º A partir de 1o de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o caput deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem royalties, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior. (Redação da pela Lei nº 10.332, de 19.12.2001)

JURISPRUDÊNCIA

§ 3º A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no caput e no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.332, de 19.12.2001)”.

2) A seguir o acórdão dá a compreensão do julgador sobre a CIDE, a hipótese de incidência, com as palavras seguintes:

“A CIDE é um tributo destinado a viabilizar a intervenção estatal na economia para organizar e desenvolver setor essencial, que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição de liberdade de iniciativa (Rext. 177.137-2, STF - Tribunal Pleno - voto do Min. Ilmar Galvão - DJ 18.04.97).

A hipótese de incidência da contribuição é, portanto, uma atuação estatal indiretamente referida ao contribuinte, diferenciada dos impostos que não possuem qualquer conexão com uma atividade estatal, ainda que indireta.

Só se justifica em face de uma vantagem proporcionada pelo Estado ao contribuinte, ainda que aparentemente inexistente, donde poderia decorrer a conclusão em considerá-la imposto.”

3) Segue o julgado fazendo sua apreciação sobre a exação, no que diz respeito ao sujeito passivo, o contribuinte:

“No entanto, tem como sujeito passivo o contribuinte que explore atividade econômica que possa ser objeto de regulação pela União, justamente para, em observância às disposições do artigo 170 da CF/88, garantir que o mercado será mantido em conformidade com os princípios da livre iniciativa, concorrência e propriedade privada.

O benefício do contribuinte será, portanto, a certeza deste controle, a fim de evitar a necessidade de qualquer outra medida mais drástica para assegurar o bom funcionamento do livre mercado.

4) Sobre a alegação de duplicidade da cobrança da CIDE, a qual assambrca a FUNTEL e a FUST, descarta o julgado a argumentação, fazendo uma leitura literal dos dispositivos pertinentes. Vejamos:

“III. Duplicidade de cobrança de CIDE (FUNTEL e FUST)

Sobre as insurgências da impetrante de que paga a contribuição sobre os royalties e também para o FUST e o FUNTEL, e que todas teriam a mesma finalidade não prospera.

O recolhimento ao FUST foi instituído pela Lei 9.998/2000, nos seguintes termos (grifei):

“Art. 1º Fica instituído o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - Fust, tendo por finalidade proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do disposto no inciso II do art. 81 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997.

(...)

Art. 5º Os recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações que contemplarão, entre outros, os seguintes objetivos

Art. 6º Constituem receitas do Fundo:

I - dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais;

II - cinquenta por cento dos recursos a que se referem as alíneas c, d, e e j do art. 2o da Lei no 5.070, de 7 de julho de 1966, com a redação dada pelo art. 51 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, até o limite máximo anual de setecentos milhões de reais;

III - preço público cobrado pela Agência Nacional de Telecomunicações, como condição para a transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência, a ser pago pela cessionária, na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, nos termos da regulamentação editada pela Agência;

IV - contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS, o Programa de Integração Social - PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins;

A Lei 10.052/2000, cuidou da instituição do FUNTEL (grifo nosso):

Art. 1º É instituído o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações - Funttel, de natureza contábil, com o objetivo de estimular o processo de inovação tecnológica, incentivar a capacitação de recursos humanos, fomentar a geração de empregos e promover o acesso de pequenas e médias empresas a recursos de capital, de modo a ampliar a competitividade da indústria brasileira de telecomunicações, nos termos do art. 77 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

(...)

Art. 4º Constituem receitas do Fundo:

I - dotações consignadas na lei orçamentária anual e seus créditos adicionais;

II - (VETADO)

JURISPRUDÊNCIA

III - contribuição de meio por cento sobre a receita bruta das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, nos regimes público e privado, excluindo-se, para determinação da base de cálculo, as vendas canceladas, os descontos concedidos, o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), a contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins);

IV - contribuição de um por cento devida pelas instituições autorizadas na forma da lei, sobre a arrecadação bruta de eventos participativos realizados por meio de ligações telefônicas;

V - o produto de rendimento de aplicações do próprio Fundo;

(...)

Art. 6º Os recursos do Fundo serão aplicados exclusivamente no interesse do setor de telecomunicações.”

5) Descartou o julgado a possibilidade de duplicidade, porque o FUST e o FUNTEL têm destinação específica, ou seja, destinam-se especificamente ao ramo das telecomunicações, seja para proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço ou para ampliar a competitividade da indústria brasileira de telecomunicações, enquanto que a contribuição sobre os royalties tem por objetivo o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.

6) E conclui por afastar os vícios apontados, declarando a exigibilidade da exação, com base inclusive em precedente jurisprudencial:

“Por todo o exposto, entendo que não há, na contribuição cuja inexigibilidade pretendeu a parte autora, os vícios apontados.

Concluo, portanto, pela exigibilidade da contribuição e permito-me transcrever, ainda, precedente do TRF 3ª Região sobre a mesma matéria:

“CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO DESTINADA A FINANCIAR O PROGRAMA DE ESTÍMULO À INTERAÇÃO UNIVERSIDADE-EMPRESA PARA O APOIO À INOVAÇÃO - LEI Nº 10.168/2000 - ALTERAÇÕES - CONSTITUCIONALIDADE - PRESCINDIBILIDADE DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA SUA CRIAÇÃO - FINALIDADE E VINCULAÇÃO DO PRODUTO ARRECADADO - VALIDADE - LICENÇA DE USO DE SOFTWARE - REMESSA DE ROYALTIES AO EXTERIOR - HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA - COMPROVAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA EM SENTIDO ESTRITO - DESNECESSIDADE.

1. A instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico prescinde da edição de lei complementar, qualificando-se essencialmente pela finalidade da atividade estatal desenvolvida, assim como pela destinação conferida às receitas advindas pela sua exigibilidade.

2. A contribuição interventiva criada pela Lei nº 10.168/2000, alterada pela Lei nº 10.332/2001, cuja finalidade precípua é estimular o desenvolvimento científico e tecnológico brasileiro, encontra-se em consonância com os ditames da Carta Constitucional.

3. A concessão de licença de uso de software obtida por pessoa jurídica através de contrato celebrado com empresa estrangeira, com a conseqüente remessa de valores ao exterior, a título de royalties, configura hipótese de incidência da citada contribuição (Lei nº 10.168/2000, art. 2º, caput e § 2º, acrescentado pela Lei nº 10.332/2001).

4. A tutela conferida ao programa de computador pela legislação do direito autoral não retira a natureza de royalties imprimida aos rendimentos obtidos pelo uso ou exploração desse direito e não impede a incidência da exação.

5. Legitimidade da incidência da contribuição, independentemente de estar comprovada a existência ou não de transferência de tecnologia, em sentido estrito, mesmo porque as hipóteses descritas na lei abarcam situações em que ela é presumida. 6. Agravo regimental improvido.”

(AG 2002.03.000430542/SP - TRF 3ª Região - Sexta Turma - Rel. Juíza Consuelo Yoshida - DJ 28.03.2003- maioria)

Assim sendo, dou provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos da fundamentação supra. Sem honorários. Custas na forma da lei. (fls. 209/214).”

Como se pode constatar pelas transcrições do julgado, respondeu o magistrado sentenciante a todas as indagações do recorrente, a partir da matéria fática, explicitando os fundamentos que embasaram o seu convencimento. Portanto, não vislumbro ofensa aos dispositivos tidos por violados, em preliminar.

No mérito temos como fundamento principal do recurso a alegação de que na cobrança da CIDE há *bis in idem* ou seja, dupla tributação pelo mesmo ente público.

As contribuições de intervenção no domínio econômico são modalidades tributárias que visam arrecadar receitas para viabilizar a atividade. Na definição de José Eduardo Soares de Melo *tributos vinculados cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal indireta e mediatamente (mediante uma circunstância intermediária) referida ao obrigado (...) cuja receita é destinada a fundos, entidades, categorias profissionais, beneficiando indiretamente a terceiros, que não os seus contribuintes.* (in Curso de Direito Tributário, 7ª. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 87)

As contribuições diferenciam-se das demais espécies tributárias pela destinação de sua receita, eis que objetiva dotar a União de instrumento capaz de influir na livre oferta de bens e serviços, no desenvolvimento regional e nacional ou de algum segmento da economia, como por exemplo, na defesa de mercados estratégicos.

JURISPRUDÊNCIA

A Lei 10.168/2000, com a redação da Lei 10.332/2001, instituiu uma contribuição interventiva a ser suportada pelos sujeitos que estejam inseridos nas seguintes condições (cf. art 2º, §§):

- I) ser pessoa jurídica detentora de licença de uso;
- II) ser adquirente de conhecimentos tecnológicos;
- III) ser signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia;
- IV) ser signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes;
- V) pagar, creditar, entregar, empregar ou remeter royalties, a qualquer título a beneficiário residente ou domiciliado no exterior; e
- VI) firmar contrato de licença de uso ou de direitos de comercialização de programa de computador quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia.

Sua base de cálculo são os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações previstas no contrato.

A alíquota é de 10% (art. 2º, § 4º).

A receita visa:

- a) estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo (art. 1º); e
- b) fomentar a capacitação tecnológica e ao amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (art. 6º).

A Lei nº 9998/2000 traz a norma jurídica tributária do Fust: tem como fato gerador *a prestação de serviço de telecomunicação pública ou privada*; por base de cálculo *a receita operacional bruta*, excluídos o ICMS, o PIS e a COFINS e; a alíquota no percentual de 1%. (cf. art. 6º, VI)

A finalidade do Fust é proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do disposto no inciso II do art. 81 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (art. 1º) e destinar recursos aos estabelecimentos públicos de ensino (cf. art. 5º, § 2º).

Já a Lei 10.052/2000 instituiu o Funtel, cujo fato gerador *e ser prestador de serviço de telecomunicação pública ou privada*, base de cálculo *a receita operacional bruta*, excluídos o ICMS, o PIS e a COFINS e alíquota de 0,5%. (cf. art. 4º, III)

Sua finalidade é estimular o processo de inovação tecnológica, incentivar a capacitação de recursos humanos, fomentar a geração de empregos e promover o acesso de pequenas e médias empresas a recursos de capital, de modo a ampliar a competitividade da indústria brasileira de telecomunicações, nos termos do art. 77 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997. (art. 1º).

A recorrente realiza diretamente as atividades econômicas que estão tipificadas na norma tributária em exame, encontrando-se na zona de incidência da

exação, não ostentando como requisito de validade a obtenção de um benefício específico e a ela diretamente ligado.

Como resume Regina Helena Costa:

(...) exige-se, para legitimar a instituição de contribuição interventiva, o atendimento aos seguintes requisitos: i) que a intervenção seja feita com apoio em lei; ii) que o setor da economia esteja sendo desenvolvido pela iniciativa privada para que se possa configurar um ato de intervenção no domínio econômico, nos termos da Constituição; e iii) que as finalidades sejam aquela a que se referem os princípios mencionados no art. 170 do Texto Fundamental. (in *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134)

Portanto, inexistente coincidência entre os elementos estruturais das normas jurídicas de incidência das contribuições em tela, de modo que é válida a contribuição interventiva instituída pela Lei 10.168/2000, com a redação da Lei nº 10.332/2001, nos moldes em que declarado pelo acórdão recorrido.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2006/0227751-2

REsp 894129/RS

Número Origem: 200471000118215

PAUTA: 08/09/2009

JULGADO: 08/09/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DULCINÉA MOREIRA DE BARROS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE:

VIVO S/A

ADVOGADO:

CRISTIANE ROMANO E OUTRO(S)

JURISPRUDÊNCIA

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES: JOSÉ CARLOS COSTA LOCH E OUTRO(S)
CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Especiais - Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 08 de setembro de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária

(Ementa publicada no DJe de 22/09/2009).

ISS. TAXATIVIDADE DA LISTA DE SERVIÇOS. NECESSIDADE DA ANÁLISE DO CONTEÚDO DE CADA SERVIÇO.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.234 - PR (2009/0015818-9)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON

RECORRENTE: BANCO DO BRASIL S/A

ADVOGADA: MAGDA MONTENEGRO E OUTRO(S)

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE CURITIBA

PROCURADOR: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(S)

INTERES.: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS - FEBRABAN

ADVOGADO: IVAN ALLEGRETTI E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO – SERVIÇOS BANCÁRIOS – ISS – LISTA DE SERVIÇOS – TAXATIVIDADE – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres.

2. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça “A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Sustentaram, oralmente, a Dra. MAGDA MONTENEGRO, pelo recorrente, e o Dr. ROBERTO CATALANO BOTELHO FERRAZ, pela Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAM.

Brasília-DF, 23 de setembro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.234 - PR (2009/0015818-9)

RECORRENTE: BANCO DO BRASIL S/A
ADVOGADA: MAGDA MONTENEGRO E OUTRO(S)
RECORRIDO: MUNICÍPIO DE CURITIBA
PROCURADOR: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ISS - ATIVIDADES BANCÁRIAS - ITENS 95 E 96 DA

JURISPRUDÊNCIA

LISTA DE SERVIÇOS - LEI COMPLEMENTAR Nº 56/87 QUE, EMBORA TAXATIVA, COMPORTA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - IMPOSTO DEVIDO - PRECEDENTES DO STJ - RECURSO PROVIDO, RESTANDO PREJUDICADO O REEXAME.

1. Apesar de o rol de serviços anexo à Lei Complementar nº. 56/87 ser taxativo em sua enumeração, admite-se uma interpretação extensiva dos seus itens, abarcando-se todas as espécies do gênero tributado.

2. Isto mais se justifica pelo fato de que o legislador, ao relacionar os serviços que seriam tributáveis pelo ISS, não pôde esgotar todas as possibilidades, seja em razão da evolução das atividades bancárias, seja pela alteração da sua nomenclatura. (fl. 267/268)

Inconformado, o BANCO DO BRASIL S/A aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação da LC nº 56/87, sustentando que a lista de serviços bancários constante do Dec. Lei 406/68, alterado pelo Dec. Lei 834/69, é taxativa, não se admitindo o emprego da analogia.

Aduz que as tarifas cobradas pela recorrente dizem respeito a custos operacionais não contemplados nos itens 95 e 96 da lista de serviços anexa ao Dec. Lei 406/68.

Alega, ainda que, se fosse possível aplicar a interpretação analógica, desnecessária seria a edição da LC 116/2003, diploma que ampliou a lista de serviços sujeitos à tributação pelo ISS. Para comprovar a divergência jurisprudencial, colaciona precedentes do STJ e do STF que adotam o entendimento de que a lista de serviços constante do Dec. Lei 406/68 é taxativa.

Sem contra-razões, subiram os autos.

Destacado o recurso como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, foi aplicado o procedimento previsto na Resolução nº 08/2008 do STJ.

A Confederação Nacional dos Municípios manifestou-se nos autos, defendendo que os itens 95 e 96 da lista anexa à LC 56/87 não são exaustivos, admitindo interpretação extensiva (fl. 410/439).

A Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, assevera que o STJ e o STF têm entendimento firmado de que a lista de ISS é taxativa, admitindo-se interpretação extensiva. Aduz que o erro ocorre por parte das instâncias ordinárias, por não terem compreensão do conteúdo e do limite da interpretação extensiva, tarefa a ser desempenhada por esta Corte.

Afirma que a correta aplicação da jurisprudência passa pelo cotejo analítico entre os casos previstos na lei complementar e os submetidos à tributação. Assevera que no caso em exame o Município de Curitiba pretende tributar com o ISS todas as operações bancárias não sujeitas à incidência do IOF.

Por fim, requer ao STJ, em sede de recurso representativo da controvérsia, as definições seguintes:

a) as listas de serviços veiculadas mediante leis complementares prevêm rol taxativo dos tipos de serviços que podem ser tributados pelo ISS, admitindo-se, po-

rém, a interpretação extensiva de itens concretos para alcançar os serviços prestados sob nomenclaturas diferentes, mas que correspondam em sua substância àqueles listados expressamente;

b) a demonstração de pertinência dos serviços à lista das leis complementares haverá de ser feita mediante cotejo analítico dos tipos listados com aqueles que a municipalidade pretende tributar; e

c) o limite de incidência do ISS porque não basta a alegação de estarem sujeitos ao imposto por configurarem genericamente serviços bancários, sendo necessário para tanto que configurem serviços indicados especificamente na lista de serviços.

Ouvido, opinou o Ministério Público Federal, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso especial e, no mérito, pelo desprovimento, em parecer assim ementado:

Processual Civil. Recurso especial representativo da controvérsia. Possibilidade de utilização de interpretação extensiva dos serviços bancários constantes da Lista anexa à LC 116/2003 e para os fatos jurídicos pretéritos da Lista Anexa ao Dec. Lei 406/68. Alegação de violação ao Dec. Lei 406/68 bem como dissídio jurisprudencial.

2. Parecer do MPF pelo não conhecimento do recurso especial em relação ao alegado dissídio jurisprudencial por ausência de cotejo analítico e pelo não conhecimento quanto a alegada violação ao Decreto-Lei 406/68, em razão do enunciado da Súmula 284 do STF. No mérito, opina pelo desprovimento. Precedentes do STF e STJ.

(fl. 493/503)

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.234 - PR (2009/0015818-9)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON

RECORRENTE: BANCO DO BRASIL S/A

ADVOGADA: MAGDA MONTENEGRO E OUTRO(S)

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE CURITIBA

PROCURADOR: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): – O recurso não merece ser conhecido pela alínea “a” do permissivo constitucional, por ter deixado de apontar com precisão o dispositivo legal que entende violado. Portanto, estando o recurso deficientemente fundamentado, incide o enunciado da Súmula 284/STF.

Quanto à alínea “c” do permissivo constitucional, tem-se que o dissídio jurisprudencial restou satisfatoriamente demonstrado nos julgados colacionados pelo recorrente.

Delimitada a tese a ser enfrentada por esta Corte, entendo que se apresenta inviável o exame da pretensão da FEBRABAN no sentido do STJ realizar o cotejo dos serviços bancários com a lista anexa ao Dec. Lei 406/68.

Feitas essas considerações, passo à análise do mérito recursal.

O aresto recorrido não merece reparo, pois adotou a orientação desta Corte, ao concluir que, embora a lista anexa ao Decreto-lei 406/68 e à Lei Complementar n. 116/2003 seja taxativa, permite-se a interpretação extensiva, devendo prevalecer não a denominação utilizada pelo banco, mas a efetiva natureza do serviço prestado por ele.

Tal posição foi abraçada pelo STF, como indicado no acórdão RE 75.952/SP, relatado pelo Ministro Thompson Flores e hoje encontra-se sedimentada neste Tribunal, conforme se depreende dos arestos que destaco:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. INCIDÊNCIA. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI 406/68. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Embora taxativa em sua enumeração, a lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 comporta, dentro de cada item, interpretação extensiva para o efeito de fazer incidir o tributo sobre os serviços bancários congêneres àqueles descritos. Precedentes.

2. Não se pode confundir (a) a interpretação extensiva que importa a ampliação do rol de serviços, com inclusão de outros de natureza diferente dos indicados, com (b) a interpretação extensiva da qual resulta simplesmente a inclusão, nos itens já constantes da lista, de serviços congêneres de mesma natureza, distintos em geral apenas por sua denominação. A primeira é que ofende o princípio da legalidade estrita. A segunda forma interpretativa é legítima.

3. Recurso especial desprovido.

(REsp 920.386/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009)

TRIBUTÁRIO – ISS – LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DL 406/68 – CARÁTER TAXATIVO – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – POSSIBILIDADE – SERVIÇOS BANCÁRIOS NÃO PREVISTOS NA LISTAGEM.

1. A própria lei que rege o ISS optou por tributar o gênero e autorizar a aplicação da interpretação extensiva em razão da impossibilidade de se prever todas as espécies e derivações de um mesmo serviço.

2. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que é taxativa a lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, comportando interpretação extensiva, a fim de abarcar serviços correlatos àqueles previstos expressamente, uma vez que, se assim não fosse, ter-se-ia, pela simples mudança de nomenclatura de um serviço, a incidência ou não do ISS.

Embargos de divergência providos.

(EREsp 916.785/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/2008, DJe 12/05/2008)

TRIBUTÁRIO – ISS – LISTA DE SERVIÇOS – TAXATIVA – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – SERVIÇOS BANCÁRIOS – ENQUADRAMENTO – REEXAME FÁTICO – SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência majoritária desta Corte firmou-se no sentido de que a lista anexa ao Decreto-lei n. 406/68 comporta interpretação extensiva, a fim de abarcar os serviços correlatos àqueles previstos expressamente.

2. O enquadramento das atividades prestadas pela recorrente, aos lindes da lista anexa ao Decreto-lei n. 406/68, demanda a análise do contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a este Tribunal em vista do óbice da Súmula 07/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1079341/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 18/12/2008)

EMENTA TRIBUTÁRIO – ISS – LISTA DE SERVIÇOS – TAXATIVIDADE – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS sobre serviços bancários, é taxativa, mas não veda a interpretação extensiva, sendo irrelevante a denominação atribuída.

2. Recurso especial não provido.

(REsp 937.111/PB, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 04/11/2008)

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. INCIDÊNCIA. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DL N. 406/68. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRECEDENTES.

1. É firme o entendimento firmado por ambas as Turmas que compõem a Seção de Direito Público desta Corte no sentido da incidência do ISS sobre serviços bancários em virtude da possibilidade de interpretação extensiva de cada item para abarcar serviços congêneres àqueles elencados na listagem anexa ao Decreto-Lei n. 406/68.

2. Recurso especial provido.

JURISPRUDÊNCIA

(REsp 953.668/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 22/08/2008)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 07 DO STJ.

1. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, a fim de enquadrar-se serviços idênticos aos expressamente previstos (Precedentes do STF: RE 361829/RJ, publicado no DJ de 24.02.2006; e RE 75952/SP, publicado no DJ de 02.10.1974. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; AgRg no Ag 577068/GO, publicado no DJ de 28.08.2006; REsp 711758/GO, desta relatoria, Primeira Turma, publicado no DJ de 20.03.2006; REsp 611983/SC, publicado no DJ de 29.08.2005; e AgRg no Ag 639029/MG, publicado no DJ de 18.04.2005).

2. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, possuindo, como fato gerador, a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo.

(...)

5. Deveras, o exame do enquadramento das atividades desempenhadas pela instituição bancária na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ante a incidência da Súmula 7/STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; REsp 445137/MG, publicado no DJ de 01.09.2006; REsp 615996/SC, publicado no DJ de 25.05.2006; e REsp 693259/MG, desta relatoria, publicado no DJ de 24.10.2005).

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 855.323/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 15/10/2007 p. 239)

TRIBUTÁRIO - ISS - COTEJO DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS COM A LISTA DE SERVIÇOS ANEXA DO DECRETO-LEI 406/68 QUE ESBARRA NO ENUNCIADO DA SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido da taxatividade da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68 para efeito de incidência de ISS sobre serviços bancários, admitindo-se, contudo, uma leitura ampla e analógica de cada item, a fim de enquadrar-se serviços idênticos aos expressamente previstos.

2. O cotejo dos serviços bancários com a mencionada lista demanda a análise pontual de cada item, providência vedada nesta instância, em sede de recurso especial, consoante o enunciado da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 586598/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2004, DJ 06/09/2004 p. 238)

A lógica é evidente porque, se assim não fosse, teríamos, pela simples mudança de nomenclatura de um serviço, a incidência ou não-incidência do ISS. Entretanto, é preciso fazer a distinção dos serviços que estão na lista, independentemente do *nomen juris*, dos serviços que não se enquadram em nenhum dos itens da lista, sequer por semelhança.

Nesta oportunidade é preciso registrar que embora não possa o STJ imiscuir-se na análise de cada um dos itens dos serviços, é preciso que as instâncias ordinárias, a quem compete a averiguação dos tipos de serviço que podem ser tributados pelo ISS, na interpretação extensiva, devendo-se observar que os serviços prestados, mesmo com nomenclaturas diferentes, devem ser perqueridos quanto à substância de cada um deles. Assim, a incidência dependerá da demonstração da pertinência dos serviços concretamente prestados, aos constantes da Lista de Serviços, como aliás o fez o acórdão recorrido.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.234 - PR (2009/0015818-9)

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO: Senhor Presidente, acompanho o voto da Sr^a Ministra Relatora com os acréscimos feitos pelo ilustre Sr. Ministro Luiz Fux.

Tenho, contudo, que, na interpretação de gênero pertencente a rol exaustivo, cabe ao intérprete determinar as espécies nele contidas, não havendo em casos tais interpretação extensiva, que somente se caracteriza, como nas clássicas lições, quando o sinal escrito diz menos que a norma legislada.

Por outro lado, gostaria de antecipar o meu entendimento a pensar nos sucessivos efeitos dessa decisão em julgamento repetitivo. É que, na instância excepcional, se recebe o fato como julgado na instância ordinária, não sendo, assim, estranho à decisão do apelo extremo. De modo que, se um fato é julgado integrante de um

JURISPRUDÊNCIA

fato gerador de determinado tributo e efetivamente não integra esse fato gerador, é próprio do recurso especial afirmar a violação da lei federal tributária aplicada.

Com essas observações, acompanho o voto da Sr^a Ministra Relatora, com os acréscimos do Sr. Ministro Luiz Fux.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0015818-9 **REsp 1111234/PR**

Números Origem: 3382002 4385580 438558001

PAUTA: 23/09/2009

JULGADO: 23/09/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: BA,NCO DO BRASIL S/A

ADVOGADA: MAGDA MONTENEGRO E OUTRO(S)

RECORRIDO; MUNICÍPIO DE CURITIBA

PROCURADOR: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(S)

INTERES.: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS - FEBRABAN

ADVOGADO: IVAN ALLEGRETTI E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS/ Imposto sobre Serviços

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram, oralmente, a Dra. MAGDA MONTENEGRO, pelo recorrente, e o Dr. ROBERTO CATALANO BOTELHO FERRAZ, pela Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAM.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.”

Os Srs. Ministros Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília, 23 de setembro de 2009

Carolina Vêras

Secretária

(Ementa publicada no DJe de 08/10/2009).

Despachos

OAB. IOF. EXTENSÃO DA IMUNIDADE. CABIMENTO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 259.976

ORIGEM :AMS - 9104164261 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

PROCED. :RIO GRANDE DO SUL

RELATOR SUBSTITUTO :MIN. JOAQUIM BARBOSA

RECTE.(S) :UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECDO.(A/S) :ORDEM DOS ADVOGADOS - SEÇÃO DO RIO GRANDE DO SUL

ADV.(A/S) :WALTER JOSÉ DIEHL

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que considerou as operações financeiras realizadas pela Seção do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil –

OAB/RS imunes à tributação pelo Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários – IOF.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

“IOF. OAB. IMUNIDADE. FINALIDADE ESSENCIAL. É essencial à finalidade da entidade que a gerência mantenha atualizados os seus recursos. Sentença confirmada.” (Fls. 102).

Interposto recurso de embargos de declaração (Fls. 107-108), o Tribunal de origem manteve o acórdão recorrido, de modo a assentar que o quadro examinado se refere à imunidade aplicável à autarquia (Fls. 113).

Sustenta-se, em síntese, violação do art. 150, § 2º da Constituição (vinculação das operações imunes às atividades essenciais da entidade).

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pelo subprocurador-geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos, opina pelo não-conhecimento do recurso (Fls. 144-146).

Desde que não comprovado inequívoco desvio de finalidade e o risco à concorrência e à livre-iniciativa, a imunidade tributária recíproca se aplica às operações financeiras, de modo a impedir a cobrança do imposto previsto no art. 153, V da Constituição.

Confirmam-se, em sentido semelhante, os seguintes precedentes:

“EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Imunidade recíproca tributária. Município. Art. 150, VI, ‘a’, da CF. IOF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 436.156-AgR, rel. min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00036 EMENT VOL-02219-09 PP-01706);

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. IOF. APLICAÇÃO DE RECURSOS DA PREFEITURA MUNICIPAL NO MERCADO FINANCEIRO. IMUNIDADE DO ART. 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO. À ausência de norma vedando as operações financeiras da espécie, é de reconhecer-se estarem elas protegidas pela imunidade do dispositivo constitucional indicado, posto tratar-se, no caso, de rendas produzidas por bens patrimoniais do ente público. Recurso não conhecido.” (RE 213.059, rel. min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 05/12/1997, DJ 27-02-1998 PP-00025 EMENT VOL-01900-09 PP-01761);

“IMPOSTO - IMUNIDADE RECÍPROCA - Imposto sobre Operações Financeiras. A norma da alínea ‘a’ do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal obstaculiza a incidência recíproca de impostos, considerada a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Descabe introduzir no preceito, à mercê de interpretação, exceção não contemplada, distinguindo os ganhos resultantes de operações financeiras.” (RE 197.940-AgR, rel. min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 04/03/1997, DJ 25-04-1997 PP-15207 EMENT VOL-01866-06 PP-01126);

“EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IOF. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGURO E SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS A TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. Lei 8.088, de 31.10.90.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. MUNICÍPIO. C.F., art. 150, VI, “a”. I. - IOF: não incidência sobre os ativos financeiros dos Municípios, tendo em vista a imunidade tributária destes (C.F., art. 150, VI, “a”). II. - R.E. não conhecido.” (RE 192.888, rel. min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 11/06/1996, DJ 11-10-1996 PP-38508 EMENT VOL-01845-04 PP-00688);

“IMPOSTO - IMUNIDADE RECÍPROCA - Imposto sobre Operações Financeiras. A norma da alínea ‘a’ do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal obstaculiza a incidência recíproca de impostos, considerada a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Descabe introduzir no preceito, a mercê de interpretação, exceção não contemplada, distinguindo os ganhos resultantes de operações financeiras.” (AI 172.890-AgR, rel. min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/1996, DJ 19-04-1996 PP-12226 EMENT VOL-01824-06 PP-01222).

No caso em exame, as razões de recurso extraordinário da União limitam-se a presumir a ausência de vinculação (“[...] é fato notório a existência de inúmeras atividades da OAB/RS sem nenhuma vinculação com sua finalidade essencial, como a manutenção de livraria, farmácia, ambulância etc. Assim sendo, é bastante provável que os valores objeto das aplicações financeiras se destinassem a atividades estranhas às funções de fiscalização de um conselho profissional” – grifei - Fls. 126). Do modo como posto, o argumento demandaria dilação probatória, incompatível com o conhecimento do recurso extraordinário (Súmula 279/STF).

Ante o exposto, **nego seguimento ao recurso.**

Publique-se.

Brasília, 14 de outubro de 2009.

Ministro JOAQUIM BARBOSA

Relator

(Ementa publicada no DJe de 03/11/2009, p. 95).

CIDE. LEI N° 10.168/2000. LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. VINCULAÇÃO DA RECEITA COM O CONTRIBUINTE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 449.233

ORIGEM :AMS - 200271000099662 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
PROCED. :RIO GRANDE DO SUL

RELATOR SUBSTITUTO :MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECTE.(S) :RENNER SAYERLACK S/A

ADV.(A/S) :FRANCISCO CARLOS VOGTH

RECDO.(A/S) :UNIAO

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Trata-se de recurso extraordinário interposto por Renner Sayerlack S/A contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que recebeu a seguinte ementa:

“TRIBUTARIO. CONTRIBUICAO DE INTERVENCAO NO DOMINIO ECONOMICO – CIDE – DESTINADA A FINANCIAR O PROGRAMA DE ESTIMULO A INTERACAO UNIVERSIDADE-EMPRESA PARA APOIO A INOVACAO. LEI Nº 10.168/2000. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. NATUREZA DA CONTRIBUICAO. PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS OBSERVANCIA.

1. *E desnecessária a edição de lei complementar para a instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico, porquanto sua previsão já esta contida no art. 149 da Constituição Federal de 1988. Precedente do STJ.*

2. *Não ha confundir a natureza da contribuição (tributo vinculado: com a de imposto (tributo não-vinculado), uma vez que, na primeira, o contribuinte, ainda que indiretamente, recebe vantagem especifica do Estado, como no caso das contribuições de intervenção no domínio econômico, cujo objeto principal e a observância das disposições do artigo 170 da CF/88, a fim de manter o bom funcionamento da ordem econômica.*

3. *Inexistentes vícios capazes de tornar inexigível a contribuição, impõe a improcedência do feito”* (fl. 184).

Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alega-se violação aos arts. 146, 150, II, 170, IX e 145, § 1o, da mesma Carta.

O Ministério Publico Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 252-255).

E o breve relatório. Decido.

A questão constitucional discutida neste RE consiste na alegada inconstitucionalidade da Lei 10.168/00, que não se reveste da qualidade de lei complementar, para instituir a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, cujos pressupostos de criação, segundo Marcelo Guerra Martins, são: [i] notável desajuste mercadológico em determinado setor da economia, que agrida os princípios esposados no art. 170 da Carta Política; [ii] necessidade de intervenção estatal no sentido de estimular ou desestimular condutas, imprimindo a contribuição caráter extrafiscal; [iii] temporariedade da exação; [iii] emprego do produto de sua arrecadação exclusivamente no custeio da atividade estatal interventiva; [v] o sujeito passivo estar envolvido com a exploração da atividade econômica que se pretende disciplinar (MARTINS, Marcelo Guerra. *Impostos e Contribuições Federais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 553).

Com efeito, a pretensão recursal não merece acolhida. Esta Corte, no julgamento do RE 396.266/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, firmou o seguinte entendimento:

“As contribuições do art. 149, C.F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas a lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4o, C.F., decorrente de ‘outras fontes’, e que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4o. A contribuição não e imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina

a sua hipótese de incidência, a base impositível e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684”.

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

Isso posto, **nego seguimento** ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC).

Publique-se.

Brasília, 20 de outubro de 2009.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

- Relator

(Ementa publicada no DJe de 04/11/2009, p. 95/96).

Ementas

EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO INCLUÍDO NA CDA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTA DO TÍTULO. PROVA QUE CABE AO SÓCIO.

PROC. : 2007.03.00.036139-6 AI 298131

ORIG. : 200061820210469 6F Vr SAO PAULO/SP

AGRTE : ALFRIED KARL PLOGER e outro

ADV : LUIS EDUARDO SCHOUERI

AGRDO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

PARTE R : CIA MELHORAMENTOS DE SAO PAULO e outros

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

RELATOR : DES.FED. LUIZ STEFANINI / PRIMEIRA TURMA

EMENTA

AGRAVO LEGAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SOCIEDADE LIMITADA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. LEGITIMIDADE. EXERCÍCIO DE PODERES DE GERÊNCIA. DÍVIDA EX LEGE. INFRAÇÃO À LEI. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA.

1. Os sócios das sociedades limitadas respondem pessoalmente pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto, desde que exerçam cargos de gerência, nos termos do artigo 124, inciso II e 135, III, ambos do Código Tributário Nacional adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. Em se tratando de dívida decorrente de obrigação “ex lege”, de origem previdenciária, o não recolhimento da exação, em princípio, caracteriza infração à lei.

3. Ademais, a dívida ativa regularmente inscrita ativa goza de presunção relativa de certeza e liquidez e compete ao sócio, quando indicado como co-responsável pelo débito executado, comprovar que a falta de recolhimento não se deu de forma

JURISPRUDÊNCIA

dolosa ou culposa com a finalidade se eximir da obrigação e, conseqüentemente, afastar sua legitimidade para figurar no pólo passivo do feito.

4. Agravo legal provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto da Desembargadora Federal Vesna Kolmar, em conformidade com a ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de novembro de 2007.

VESNA KOLMAR

Desembargadora Federal

Relatora para acórdão

(Ementa publicada no DJe de 25.05.2009).

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. SUCESSÃO DE PESSOAS JURÍDICAS. INCORPORAÇÃO E FUSÃO. VEDAÇÃO ART. 33 DO DECRETO-LEI 2.341/87. VALIDADE.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.107.518 - SC (2008/0264028-6)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON

RECORRENTE: COMPANHIA HERING

ADVOGADO: HENRIQUE GAEDE E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO – COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS – SUCESSÃO DE PESSOAS JURÍDICAS - INCORPORAÇÃO E FUSÃO - VEDAÇÃO - ART. 33 DO DECRETO-LEI 2.341/87 - VALIDADE - ACÓRDÃO - OMISSÃO: NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Inexiste violação ao art. 535, II, do CPC se o acórdão embargado expressamente se pronuncia sobre as teses aduzidas no recurso especial.

2. Esta Corte firmou jurisprudência no sentido da legalidade das limitações à compensação de prejuízos fiscais, pois a referida faculdade configura benefício fiscal, livremente suprimível pelo titular da competência tributária.

3. A limitação à compensação na sucessão de pessoas jurídicas visa evitar a elisão tributária e configura regular exercício da competência tributária quando realizado por norma jurídica pertinente.

4. Inexiste violação ao art. 43 do CTN se a norma tributária não pretende alcançar algo diverso do acréscimo patrimonial, mas apenas limita os valores dedutíveis da base de cálculo do tributo.

5. O art. 109 do CTN não impede a atribuição de efeitos tributários próprios aos institutos de Direito privados utilizados pela legislação tributária.

6. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília-DF, 06 de agosto de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON

Relatora

(Ementa publicada no DJe de 25.08.2009).

IPTU. IMÓVEL RURAL NA ÁREA URBANA. NÃO-INCIDÊNCIA.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.646 - SP (2009/0051088-6)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: MÁRIO YOKOYA

ADVOGADO: FERNANDO DIAS JÚNIOR E OUTRO(S)

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

PROCURADOR: ANDREA ALIONIS BANZATTO E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMÓVEL NA ÁREA URBANA. DESTINAÇÃO RURAL. IPTU. NÃO-INCIDÊNCIA. ART. 15 DO DL 57/1966. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC.

JURISPRUDÊNCIA

1. Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966).

2. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Luiz Fux, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília, 26 de agosto de 2009(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

(Ementa publicada no DJe de 28.08.2009).

DÉBITO DECLARADO EM DCTF. RETIFICAÇÃO POSTERIOR. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. CABIMENTO.

MEDIDA CAUTELAR Nº 15.678 - SP (2009/0116540-5)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX
REQUERENTE: BANCO PECÚNIA S/A
ADVOGADO: SERGIO FARINA FILHO E OUTRO(S)
REQUERIDO: FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO PARCIAL DE DÉBITO TRIBUTÁRIO ACOMPANHADO DO PAGAMENTO INTEGRAL. POSTERIOR RETIFICAÇÃO DA DIFERENÇA A MAIOR

COM A RESPECTIVA QUITAÇÃO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. CABIMENTO. SÚMULA 360/STJ.

1. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial reclama a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional, bem como, a caracterização do *fumus boni juris* consistente na plausibilidade do direito alegado.

2. *In casu*, o *fumus boni juris* encontra-se presente na plausibilidade da insurgência especial, que se funda na violação do artigo 138, do CTN.

3. Deveras, consoante consta da decisão que admitiu o recurso especial na origem (fls. 127/138):

“No caso dos autos, a impetrante em 1996 apurou diferenças de recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro, ano-base 1995 e prontamente recolheu esse montante devido, sendo que agora, pretende ver reconhecida a denúncia espontânea em razão do recolhimento do tributo em atraso, antes da ocorrência de qualquer procedimento fiscalizatório.

Assim, não houve a declaração prévia e pagamento em atraso, mas uma verdadeira confissão de dívida e pagamento integral, de forma que resta configurada a denúncia espontânea, nos termos do disposto no artigo 138, do Código Tributário Nacional.”

4. A *quaestio iuris* atinente ao instituto jurídico da denúncia espontânea foi submetida, pelo STJ, ao regime dos recursos representativos de controvérsia (artigo 543-C, do CPC), o que culminou na reafirmação da tese consagrada na Súmula 360/STJ, no sentido de que *“o benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo”* (Precedentes: **REsp 886.462/RS**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008; e **REsp 962.379/RS**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008). É que *“a declaração do contribuinte elide a necessidade da constituição formal do crédito, podendo este ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte”* (**REsp 850.423/SP**, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008).

5. Em caso análogo ao dos presentes autos, a Primeira Seção decidiu que: *“In casu, contudo, o contribuinte, ao verificar a existência de recolhimento a menor (não conjugado de entrega de qualquer declaração ao Fisco), efetuou o pagamento da diferença apurada acrescida de juros legais, acompanhada de confissão do débito tributário, antes de qualquer procedimento da Administração Tributária, o que, em conformidade com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior, impõe a aplicação do benefício da denúncia espontânea, com a conseqüente possibilidade de exclusão da multa moratória.”* (**REsp 805.753/RJ**, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12.09.2007, DJe 01.09.2008).

6. Conseqüentemente, cuidando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte, após efetuar a declaração parcial do débito tribu-

JURISPRUDÊNCIA

tário acompanhado do respectivo pagamento integral, retifica-a (antes de qualquer procedimento do fisco), noticiando a existência de diferença a maior, cuja quitação se dá concomitantemente, resta caracterizada a hipótese de incidência do benefício da denúncia espontânea.

7. Isto porque se o contribuinte não efetuasse a retificação, o fisco não poderia executá-lo sem antes proceder à constituição do crédito tributário atinente à parte não declarada, razão pela qual aplicável o benefício previsto no artigo 138, do CTN.

8. Outrossim, o *periculum in mora* reside no fato de que a ausência do provimento jurisdicional acautelatório, que impeça a autoridade coatora de proceder a atos de autuação e cobrança da multa moratória, poderá culminar em graves prejuízos à requerente.

9. Ação cautelar julgada procedente para suspender os efeitos do acórdão recorrido até o julgamento do recurso especial admitido na origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar procedente a medida cautelar para suspender os efeitos do acórdão recorrido até o julgamento do recurso especial admitido na origem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciada a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

Ementa publicada no DJe de 16/10/2009).

ICMS. MERCADORIA CONCEDIDA A TÍTULO DE BONIFICAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.156 - SP (2009/0021773-4)

RELATOR:	MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE:	FRAJO INTERNACIONAL DE COMÉSTICOS LTDA
ADVOGADO:	IVALDO DE MOURA BATISTA
RECORRIDO	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORES JAQUES BUSHATSKY
 RONALDO NATAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO – ICMS – MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO – ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL – INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL – ART. 13 DA LC 87/96 – NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.

1. A matéria controvertida, examinada sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, restringe-se tão-somente à incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em **bonificação ou com descontos incondicionais**; não envolve incidência de IPI ou operação realizada pela sistemática da substituição tributária.

2. A bonificação é uma **modalidade de desconto** que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda. Dessa forma, o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, mas sem que isso implique redução do preço do negócio.

3. A literalidade do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96 é suficiente para concluir que a base de cálculo do ICMS nas operações mercantis é aquela efetivamente realizada, não se incluindo os “descontos concedidos incondicionais”.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS.

5. Precedentes: AgRg no REsp 1.073.076/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 17.12.2008; AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 935.462/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 8.5.2008; REsp 975.373/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2008, DJe 16.6.2008; EDcl no REsp 1.085.542/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 29.4.2009.

Recurso especial provido para reconhecer a não-incidência do ICMS sobre as vendas realizadas em bonificação. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça “A Seção, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro

JURISPRUDÊNCIA

Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Licenciados os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

(Ementa publicada no DJe de 22/10/2009).

CO-PROPRIEDADE. EXTINÇÃO. CÁLCULO DO ITBI. PARCELA ADQUIRIDA.

RECURSO ESPECIAL Nº 722.752 - RJ (2005/0019335-9)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR: ALCIDES DA FONSECA SAMPAIO E OUTRO(S)
RECORRIDO: SÔNIA SEVERIANO RIBEIRO E OUTROS
ADVOGADO: ANA LÚCIA MARINHO CAMBRUZZI E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ITBI. IMÓVEIS URBANOS EDIFICADOS. DISSOLUÇÃO DE CONDOMÍNIO. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. BASE DE CÁLCULO. PARCELA ADQUIRIDA AOS OUTROS CO-PROPRIETÁRIOS.

1. Hipótese em que os quatro impetrantes (ora recorridos) eram co-proprietários de seis imóveis urbanos edificadas. Os condôminos resolveram extinguir parcialmente a co-propriedade. Para isso, cada impetrante passou a ser único titular de um dos seis imóveis. Quanto aos dois bens restantes, manteve-se o condomínio. Discute-se a tributação municipal sobre essa operação.

2. O Tribunal de origem entendeu ter ocorrido simples dissolução de condomínio relativo a uma universalidade de bens, conforme o art. 631 do CC/1916. Assim, não teria havido transmissão de propriedade com relação à maior parte da operação. Se o indivíduo passou a ser proprietário de imóvel em valor idêntico à sua cota ideal no condomínio, não incidiria o ITBI.

3. Inexiste omissão no acórdão recorrido, que julgou a lide e fundamentou adequadamente seu acórdão.

4. No entanto, o art. 631 não incide na hipótese, pois se refere ao caso clássico de condomínio de bem divisível. Seria aplicável se os quatro impetrantes fossem co-proprietários de terreno rural ou de terreno urbano não-edificado. Nesse exemplo, no caso de desfazimento do condomínio, o imóvel poderia ser fracionado junto ao cartório de imóveis, observados os limites mínimos, requisitos e formalidades legais, resultando em quatro partes iguais. Cada um dos antigos co-proprietários seria o único titular de seu terreno (correspondente a 25% do original). Inexistiria transmissão onerosa de propriedade nessa situação fictícia e, portanto, incidência do tributo municipal.

5. Diferentemente, quando há condomínio de apartamento edilício, ou de um prédio urbano não-fracionado em unidades autônomas, é impossível a divisão do bem. É este o caso dos autos.

6. O registro imobiliário é individualizado, como o é a propriedade de apartamentos, nos termos da Lei de Registros Públicos (art. 176, § 1º, I, da Lei 6.015/1973).

7. Na situação inicial, antes do pacto de extinção parcial do condomínio, os quatro impetrantes eram co-proprietários de cada um dos imóveis, que devem ser considerados individualmente.

8. Com o acordo, cada um dos impetrantes passou a ser único proprietário de um dos seis imóveis. Ou seja, adquiriu dos outros co-proprietários 75% desse bem, pois já possuía 25%.

9. O ITBI deve incidir sobre a transmissão desses 75%. Isso porque a aquisição dessa parcela se deu por alienação onerosa: compra (pagamento em dinheiro) ou permuta (cessão de parcela de outros imóveis).

10. Esse raciocínio se aplica aos quatro imóveis que passaram a ser titulados por um único proprietário. Quanto aos outros dois bens, com relação aos quais o condomínio subsistiu, não há alienação onerosa nem, portanto, incidência do ITBI.

11. Os impetrantes adjudicaram cada um dos quatro imóveis a uma única pessoa, indenizando os demais (por pagamento ou permuta), nos termos do art. 632 do CC/1916.

12. É pacífico que os impostos reais (IPTU e ITBI, em especial) referem-se aos bens autonomamente considerados. Também por essa razão seria incabível tratar diversos imóveis como universalidade para fins de tributação.

13. Esse entendimento foi consolidado pelo egrégio STF na Súmula 589: “É inconstitucional a fixação de adicional progressivo do imposto predial e territorial urbano em função do número de imóveis do contribuinte”.

14. A Suprema Corte impediu que os Municípios considerassem todos os imóveis de cada contribuinte como uma universalidade para fins de progressividade das alíquotas. Isso decorre do reconhecimento de que cada imóvel a ser tributado deve ser autonomamente considerado.

JURISPRUDÊNCIA

15. Se o Município não pode considerar o conjunto de imóveis uma universalidade, para cálculo do IPTU, seria inadmissível que o contribuinte possa fazê-lo com o intuito de pagar menos ITBI.

16. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de março de 2009(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

(Ementa publicada no DJe de 11/11/2009).

IPI. INSUMOS TRIBUTADOS. SAÍDAS À ALÍQUOTA ZERO. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE APÓS A LEI N. 9779/99.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 475.551

ORIGEM :AC - 200104010064740 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

PROCED. :PARANÁ

RELATOR :MIN. CEZAR PELUSO

REDATORA DO ACÓRDÃO RISTF :MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECTE.(S) :UNIÃO

ADV.(A/S) :PFN - ARTUR ALVES DA MOTTA

RECDO.(A/S) : INDÚSTRIA TÊXTIL APUCARANA LTDA

ADV.(A/S) :ADRIANA MOURÃO NOGUEIRA E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram, pela recorrente, o Dr. Luiz Carlos Martins Alves, Procurador da Fazenda Nacional e, pela recorrida, o Dr. Fernando Albino. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 01.10.2008.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Senhores Ministros Cezar Peluso (Relator) e Ricardo Lewandowski, que lhe negavam provimento, e o Senhor Ministro Eros Grau, que lhe dava parcial provimento. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente,

o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 06.05.2009.

EMENTA: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. INSUMOS OU MATÉRIAS PRIMAS TRIBUTADOS. SAÍDA ISENTA OU SUJEITA À ALÍQUOTA ZERO. ART. 153, § 3º, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 11 DA LEI N. 9.779/1999. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. DIREITO AO CREDITAMENTO: INEXISTÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

1. Direito ao creditamento do montante de Imposto sobre Produtos Industrializados pago na aquisição de insumos ou matérias primas tributados e utilizados na industrialização de produtos cuja saída do estabelecimento industrial é isenta ou sujeita à alíquota zero.

2. A compensação prevista na Constituição da República, para fins da não cumulatividade, depende do cotejo de valores apurados entre o que foi cobrado na entrada e o que foi devido na saída: o crédito do adquirente se dará em função do montante cobrado do vendedor do insumo e o débito do adquirente existirá quando o produto industrializado é vendido a terceiro, dentro da cadeia produtiva.

3. Embora a isenção e a alíquota zero tenham naturezas jurídicas diferentes, a consequência é a mesma, em razão da desoneração do tributo.

4. O regime constitucional do Imposto sobre Produtos Industrializados determina a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores, esta a substância jurídica do princípio da não cumulatividade, não aperfeiçoada quando não houver produto onerado na saída, pois o ciclo não se completa.

5. Com o advento do art. 11 da Lei n. 9.779/1999 é que o regime jurídico do Imposto sobre Produtos Industrializados se completou, apenas a partir do início de sua vigência se tendo o direito ao crédito tributário decorrente da aquisição de insumos ou matérias primas tributadas e utilizadas na industrialização de produtos isentos ou submetidos à alíquota zero.

6. Recurso extraordinário provido.

(Ementa publicada no DJe de 13.11.2009, p. 16).

CND. DRAWBACK. APRESENTAÇÃO DO MOMENTO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. DESNECESSIDADE.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.237 - SP (2008/0060462-1)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADORES: CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

JURISPRUDÊNCIA

MARIA FERNANDA DE FARO SANTOS E
OUTRO(S)

RECORRIDO: ROYAL CITRUS SA

ADVOGADO: OSVALDO SAMMARCO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. REGIME DE *DRAWBACK*. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO (CND). INEXIGIBILIDADE. ARTIGO 60, DA LEI 9.069/95.

1. *Drawback* é a operação pela qual a matéria-prima ingressa em território nacional com isenção ou suspensão de impostos, para ser reexportada após sofrer beneficiamento.

2. O artigo 60, da Lei nº 9.069/95, dispõe que: “a concessão ou reconhecimento de qualquer incentivo ou benefício fiscal, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal fica condicionada à comprovação pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, da quitação de tributos e contribuições federais”.

3. Destarte, ressoa ilícita a exigência de nova certidão negativa de débito no momento do desembaraço aduaneiro da respectiva importação, se a comprovação de quitação de tributos federais já fora apresentada quando da concessão do benefício inerente às operações pelo regime de *drawback* (Precedentes das Turmas de Direito Público: **REsp 839.116/BA**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.08.2008, DJe 01.10.2008; **REsp 859.119/SP**, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 20.05.2008; e **REsp 385.634/BA**, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.02.2006, DJ 29.03.2006).

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

(Ementa publicada no DJe de 18.11.2009, p. 16).

COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO/RECEITA BRUTA. FACTORING.

RECURSO ESPECIAL Nº 776.705 - RJ (2005/0141097-0)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE: LECCA S/A
ADVOGADO: MARCELLO MEDEIROS DE CASTRO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES: ROSANE BLANCO OZÓRIO BOMFIGLIO E OUTRO(S)
CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO/RECEITA BRUTA. ATIVIDADE EMPRESARIAL DE FACTORING. “AQUISIÇÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS”. ITENS I, ALÍNEA “C”, E II, DO ATO DECLARATÓRIO (NORMATIVO) COSIT 31/97. LEGALIDADE.

1. A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, ainda que sob a égide da definição de faturamento mensal/receita bruta dada pela Lei Complementar 70/91, incide sobre a soma das receitas oriundas do exercício da atividade empresarial de factoring, o que abrange a receita bruta advinda da prestação cumulativa e contínua de “serviços” de aquisição de direitos creditórios resultantes das vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

2. *In casu*, cuida-se de mandado de segurança impetrado, em 11.07.1999, em que se discute a higidez do disposto nos Itens I, alínea “c”, e II, do Ato Declaratório (Normativo) COSIT 31/97, que determinam que a base de cálculo da COFINS, devida pelas empresas de fomento comercial (factoring), é o valor do faturamento mensal, compreendida, entre outras, a receita bruta advinda da prestação cumulativa e contínua de “serviços” de aquisição de direitos creditórios resultantes das vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços, computando-se como receita o valor da diferença entre o valor de aquisição e o valor de face do título ou direito adquirido.

3. A Lei 9.249/95 (que revogou, entre outros, o artigo 28, da Lei 8.981/95), ao tratar da apuração da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas, definiu a atividade de factoring como a prestação cumulativa e contínua de serviços

JURISPRUDÊNCIA

de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (artigo 15, § 1º, III, “d”).

4. Deveras, a empresa de fomento mercantil ou de *factoring* realiza atividade comercial mista atípica, que compreende o oferecimento de uma plêiade de serviços, nos quais se insere a aquisição de direitos creditórios, auferindo vantagens financeiras resultantes das operações realizadas, não se revelando coerente a dissociação das aludidas atividades empresariais para efeito de determinação da receita bruta tributável.

5. Conseqüentemente, os Itens I, alínea “c”, e II, do Ato Declaratório (Normativo) COSIT 31/97, coadunam-se com a concepção de faturamento mensal/receita bruta dada pela Lei Complementar 70/91 (o que decorra das vendas de mercadorias ou da prestação de serviços de qualquer natureza, vale dizer a soma das receitas oriundas das atividades empresariais, não se considerando receita bruta de natureza diversa, definição que se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98).

6. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Eliana Calmon e Herman Benjamin.

Compareceu à sessão o Dr. AUGUSTO CESAR DE CARVALHO LEAL, pela recorrida.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2009 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

(Ementa publicada no DE de 25.11.2009).