

## JURISPRUDÊNCIA



## INTEIRO TEOR

### **PENHORA DE PRECATÓRIO. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE DE ACEITAÇÃO PELO VALOR DE FACE.**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.059.881 - RS (2008/0111437-9)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX  
R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI  
RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADOR: PAULO CÉSAR KLEIN E OUTRO(S)  
RECORRIDO: JOVINTER TRANSPORTES NACIONAIS E INTERNACIONAIS LTDA  
ADVOGADO: RONALDO CURI TERRA E OUTRO(S)

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. PRECATÓRIO. AVALIAÇÃO. NECESSIDADE. VALOR NOMINAL. INVIABILIDADE.

RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (voto-vista) e Hamilton Carvalhido.

Ausente, nesta assentada, o Sr. Ministro Luiz Fux, Relator.

JURISPRUDÊNCIA

Brasília (DF), 27 de abril de 2010.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

Relator para o acórdão

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2008/0111437-9

**REsp 1059881/RS**

Números Origem: 10500236918 10500490776 200800464254  
2202236669 2202319929 70018455709 70021599188

PAUTA: 03/11/2009

JULGADO: 03/11/2009

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra DENISE ARRUDA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. .

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR: PAULO CÉSAR KLEIN E OUTRO(S)

RECORRIDO: JOVINTER TRANSPORTES NACIONAIS E INTERNACIONAIS LTDA

ADVOGADO: RONALDO CURI TERRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO

### CERTIDÃO

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

“Retirado de Pauta por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Brasília, 03 de novembro de 2009

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA  
Secretária

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.059.881 - RS (2008/0111437-9)**

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fulcro no art. 105, III, “a” e “c”, do permissivo constitucional, em face do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE PRECATÓRIO. ESTE É TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL CERTO, LÍQUIDO E EXIGÍVEL. NÃO CABE A REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO DO BEM, POIS VALE PELO QUE NELE ESTÁ PREVISTO”.*

Foram opostos embargos de declaração pelo Estado do Rio Grande do Sul, que restaram rejeitados nos seguintes termos:

*“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. ART. 535 DO CPC. HIPÓTESES TAXATIVAS DE CABIMENTO DO RECURSO. PRE-*

*TENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO.*

*São incabíveis embargos declaratórios em que se pretende rediscutir matéria já apreciada. Inocorrência de omissão, obscuridade ou contradição no julgado. A dúvida e o prequestionamento não estão entre as hipóteses de cabimento do presente recurso (art. 535 do CPC).*

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS”.*

Noticiam os autos que o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpôs agravo de instrumento em face da decisão monocrática do juízo de primeiro grau, que indeferiu o pedido de realização de avaliação do precatório oferecido à penhora pelo executado.

Sustentou o recorrente que o precatório quando comercializado no mercado paralelo sofre um deságio de até 70%, razão pelo qual haveria de ser realizada procedimento incidental de apuração do valor real do bem.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso interposto, nos termos da ementa supra destacada.

Irresignada, a ora recorrente interpõe o presente recurso especial, para apontar violação ao art. 13, § 1º, da Lei n.º 6.830/80, bem como ao art. 535, do CPC. Aduz, o recorrente, em síntese:

*a) “impugnada a avaliação pelo executado ou pelo exequente, antes de publicado o edital de leilão, o juiz nomeará avaliador oficial para proceder a nova avaliação dos bens penhorados”;*

*b) a cessão relativa a créditos advindo de precatórios é feita com deságio, pagando-se, na maioria das vezes, valor inferior a 70% (setenta por cento) do precatório. Importante, assim, destacar que a penhora deve levar em conta o negócio subjacente à aquisição do precatório, pois esse é o direito que o devedor pretende dar em garantia do executivo.*

Foram ofertadas contrarrazões ao apelo nobre às fls. 76/80.

O recurso especial recebeu o crivo de admissibilidade com o provimento ao agravo de instrumento interposto nesta Corte (CPC, art. 544).

É o relatório.

**VOTO VENCIDO**

**PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE PRECATÓRIO. AVALIAÇÃO DO TÍTULO. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.**

1. O crédito consubstanciado em precatório prescinde de avaliação no ato da penhora, porquanto vale o que nele está previsto, máxime por suas características de certeza e liquidez, que se exacerbam quando o próprio exequente pode aferir-lhe a inteireza.

2. A avaliação do precatório implicaria reconhecer a legitimidade da recusa do pagamento do mesmo e por isso o suposto deságio no ato da alienação, admitindo à Fazenda Pública locupletar-se da própria torpeza.

3. A eventual desvalorização do precatório no ato da cessão do crédito é matéria fático insuscetível de apreciação nesta via especial, ante o óbice da Súmula 07/STJ.

4. O acórdão proferido em embargos de declaração que enfrenta explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.

5. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

6. Recurso especial desprovido.

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** *Prima facie*, verifica-se que não restou configurada a violação do art. 535 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos. Neste sentido, os seguintes precedentes da Corte:

*“AÇÃO DE DEPÓSITO. BENS FUNGÍVEIS. ARMAZÉM GERAL. GUARDA E CONSERVAÇÃO. ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO. PRISSÃO CIVIL. CABIMENTO. ORIENTAÇÃO DA TURMA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. RECURSO*

*ESPECIAL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 20, CPC. EQÜIDADE. RECURSO DO BANCO PROVIDO. RECURSO DO RÉU DESACOLHIDO.*

(...)

*III - Não padece de fundamentação o acórdão que examina suficientemente todos os pontos suscitados pela parte interessada em seu recurso. E não viola o art. 535-II o aresto que rejeita os embargos de declaração quando a matéria tida como omissa já foi objeto de exame no acórdão embargado.*

(...)” (REsp 396.699/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15/04/2002)

No mérito, cinge-se a controvérsia acerca da necessidade de avaliação do crédito representado por precatório, emitido pela própria exequente, que foi oferecido à penhora pelo executado.

Não assiste razão à fazenda estadual.

Isto porque, o crédito consubstanciado em precatório prescinde de avaliação no ato da penhora, porquanto vale o que nele está previsto, máxime por suas características de certeza e liquidez, que se exacerbam quando o próprio exequente pode aferir-lhe a inteireza.

Ademais, conforme restou fundamentado pelo tribunal de origem, *“a desvalorização alegada pelo agravante se dá pela insistência do próprio Estado e de suas autarquias em não cumprirem seus deveres legais, não pagando os precatórios nos prazos instituídos”* (fls. 411).

Com efeito, a avaliação do precatório implicaria reconhecer a legitimidade da recusa do pagamento do mesmo e por isso o suposto deságio no ato da alienação, admitindo à Fazenda Pública locupletar-se da própria torpeza.

Destaque-se, finalmente, que a suposta desvalorização do precatório no ato da cessão do crédito é matéria fático insuscetível de apreciação nesta via especial, ante o óbice da Súmula 07/STJ.

*Ex positis*, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso especial.

É como voto.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.059.881 - RS (2008/0111437-9)**

**RELATOR:**                   **MINISTRO LUIZ FUX**  
**RECORRENTE:**           ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PROCURADOR:**       PAULO CÉSAR KLEIN E OUTRO(S)  
**RECORRIDO:**           JOVINTER TRANSPORTES NACIONAIS  
                                  E INTERNACIONAIS LTDA  
**ADVOGADO:**           RONALDO CURI TERRA E OUTRO(S)

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. PRECATÓRIO. AVALIAÇÃO. NECESSIDADE. VALOR NOMINAL. INVIALIBILIDADE.

RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

### **VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:** Sr. Presidente, peço vênia para divergir do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial.

A penhora de crédito transforma-se em pagamento por dois modos: ou pela sub-rogação, ou pela alienação em hasta pública (CPC, art. 673 e §§). É para esta segunda finalidade que se faz indispensável a avaliação. Realmente, não se pode imaginar – até porque seria rematado absurdo – que a alienação de qualquer crédito se desse pelo seu valor nominal. O deságio é, nesses casos, a natureza da operação. Isso se mostra mais evidente em se tratando de precatório. Não se pode imaginar que alguém se proponha a adquirir, em hasta pública, um crédito de precatório por seu valor nominal em troca de futuro recebimento, em data incerta, da mesma quantia.

Aliás, na hipótese dos autos, o próprio executado que ofereceu o crédito à penhora não é o credor original. Tornou-se credor do precatório por escritura de cessão do crédito, pagando por ele preço desagiado.

JURISPRUDÊNCIA

Outra circunstância importante: o ente público exequente não é o que figura como devedor do precatório, o que inviabiliza imaginar a hipótese de compensação.

Ante o exposto, dou provimento. É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2008/0111437-9

**REsp 1059881/RS**

Números Origem: 10500236918 10500490776 200800464254  
2202236669 2202319929 70018455709 70021599188

PAUTA: 04/02/2010

JULGADO: 04/02/2010

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR: PAULO CÉSAR KLEIN E OUTRO(S)

RECORRIDO: JOVINTER TRANSPORTES NACIONAIS  
E INTERNACIONAIS LTDA

ADVOGADO: RONALDO CURI TERRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO

## **CERTIDÃO**

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso especial e o voto divergente do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Benedito Gonçalves. Aguarda o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília, 04 de fevereiro de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA  
Secretária

### **RECURSO ESPECIAL Nº 1.059.881 - RS (2008/0111437-9)**

<b>RELATOR:</b>	<b>MINISTRO LUIZ FUX</b>
RECORRENTE:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR:	PAULO CÉSAR KLEIN E OUTRO(S)
RECORRIDO:	JOVINTER TRANSPORTES NACIONAIS E INTERNACIONAIS LTDA
ADVOADO:	RONALDO CURI TERRA E OUTRO(S)

### **EMENTA**

**DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. PENHORA DE PRECATÓRIO ADQUIRIDO DE TERCEIRO, CUJO DEVEDOR É O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. AVALIAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO OFERE-**

**CIDO EM GARANTIA. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, ACOMPANHANDO O VOTO DIVERGENTE.**

**VOTO-VISTA**

**O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES:** Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, interposto contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça estadual, assim emendado (fl. 41):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE PRECATÓRIO. ESTE É TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL CERTO, LÍQUIDO E EXIGÍVEL. NÃO CABE A REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO DO BEM, POIS VALE O QUE NELE ESTÁ PREVISTO.

O Ministro Relator, Luiz Fux, negou provimento ao recurso especial, mantendo o acórdão recorrido, por voto sintetizado pela ementa a seguir transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE PRECATÓRIO. AVALIAÇÃO DO TÍTULO. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

**1.** O crédito consubstanciado em precatório prescinde de avaliação no ato da penhora, porquanto vale o que nele está previsto, máxime por suas características de certeza e liquidez, que se exacerbam quando o próprio exequente pode aferir-lhe a inteireza.

**2.** A avaliação do precatório implicaria reconhecer a legitimidade da recusa do pagamento do mesmo e por isso o suposto deságio no ato da alienação, admitindo à Fazenda Pública locupletar-se da própria torpeza.

**3.** A eventual desvalorização do precatório no ato da cessão do crédito é matéria fático insuscetível de apreciação nesta via especial, ante o óbice da Súmula 07/STJ.

4. O acórdão proferido em embargos de declaração que enfrenta explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.

5. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

6. Recurso especial desprovido.

O Ministro Teori Zavascki, por seu turno, inaugurou divergência, para dar provimento ao recurso especial, ao argumento de que “não se pode imaginar que alguém se proponha a adquirir, em hasta pública, um crédito de precatório por seu valor nominal em troca de futuro recebimento, em data incerta, da mesma quantia”. Acrescentou ainda que “o ente público exequente não é o que figura como devedor do precatório, o que inviabiliza imaginar a hipótese de compensação”.

Para melhor reflexão sobre a questão, pedi vista dos autos.

Nos termos já relatados, emerge dos autos que, em execução fiscal proposta pelo Estado do Rio Grande do Sul, na qual se exigem débitos referentes a ICMS, a empresa executada procedeu a nomeação à penhora de precatórios oriundos do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande Sul, adquiridos mediante cessão de direitos realizada por escritura pública.

Em que pese a recusa do exequente, o Tribunal Estadual, em julgamento de agravo de instrumento, considerou ser possível a penhora dos mencionados precatórios, que passaram a garantir a execução fiscal.

Entretanto, o pedido de avaliação dos precatórios oferecidos em garantia foi indeferido pelo Tribunal de Origem, ao argumento de que “o precatório vale pelo que nele está previsto”.

Dessa forma, a controvérsia ora posta cinge-se, basicamente, à discussão acerca da necessidade de avaliação de precatórios oriundos de autarquia estadual, que não se confunde com o exequente, nomeados a penhora em execução fiscal.

Com a devida vênia ao Ministro Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Teori Zavascki.

De fato, em que pese serem os precatórios títulos executivos judiciais líquidos, certos e exigíveis, é notória e recorrente a demora da realização de seu pagamento pelos estados devedores, a ponto de não se ter certeza de que o crédito nele estampado será realmente realizado a tempo e modo.

Essa notória circunstância conspira inexoravelmente contra a liquidez desses títulos, motivo pelo qual são negociados entre os particulares com considerável deságio. Dessa forma, como acontece com qualquer outro bem oferecido à garantia da execução, deve esse crédito ser avaliado, possibilitando-se, no caso, o aparecimento de interessados na aquisição judicial desses títulos, sob pena de se frustrar a execução.

Dessa forma, inexistindo licitantes para aquisição do crédito penhorado, o que seria bem provável, para que não se frustrasse a execução, é possível, nos termos do artigo 685-A, do CPC, que o exequente requeira a adjudicação do bem penhorado.

Ocorre que, no caso concreto, como bem ressaltou o Ministro Teori Zavascki, devem ser observadas duas peculiaridades, quais sejam: (i) os precatórios não foram expedidos em nome do executado, mas sim adquiridos mediante cessão de crédito realizada por escritura pública na qual possivelmente se pagou valor inferior ao valor de face e (ii) o ente público que figura como devedor no precatório (IPERGS) não é mesmo ente que promoveu a execução (estado do Rio Grande do Sul).

Como cediço, embora se admita a penhorabilidade de créditos advindos de precatórios, isso não implica a automática possibilidade de compensação, uma vez que esta Corte, nas situações em que o precatório não advém do mesmo ente credor e não se tem notícia de lei estadual que permita a operação, não permite a compensação de débitos tributários com precatórios judiciais vencidos e não pagos.

A esse respeito, confirmam-se:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DIREITO DE CRÉDITO DECORRENTE DE PRECATÓRIO, OBJETO DE ESCRITURA PÚBLICA, EXPEDIDO CONTRA PESSOA JURÍDICA DISTINTA DA EXEQÜENTE. POSSIBILIDADE.

1. O crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exeqüente. Assim, a recusa, por parte do exeqüente, da nomeação feita pelo executado, pode ser justificada por qualquer das causas previstas no CPC (art. 656), mas não pela impenhorabilidade do bem oferecido.

2. O reconhecimento da penhorabilidade de precatório não significa reconhecimento da compensabilidade desse crédito, seja com a dívida em execução, seja com qualquer outra. O regime aplicável à penhora de precatório é o da penhora de crédito, inclusive para efeitos de ordem de nomeação a que se referem o art. 655 do CPC e art. 11 da Lei 6.830/80. Penhorado o crédito, cabe ao exeqüente optar pela sub-rogação ou pela alienação judicial do direito penhorado.

Conforme estabelece o § 1º do art. 673 do CPC, “o credor pode preferir, em vez da sub-rogação, a alienação judicial do direito penhorado, caso em que declarará sua vontade no prazo de dez (10) dias contados da realização da penhora”.

3. Embargos de divergência a que se dá provimento (REsp 870428/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 13/08/2007 p. 328).

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO COM CRÉDITO DECORRENTE DE CESSÃO DE PRECATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. “O reconhecimento da penhorabilidade de precatório não significa reconhecimento da compensabilidade desse crédito, seja com a dívida em execução, seja com qualquer outra. (...) Conforme estabelece o § 1º do art. 673 do CPC, “o credor pode preferir, em vez da sub-rogação, a alienação judicial do direito penhorado, caso em que declarará sua vontade no prazo de dez (10) dias contados da realização da penhora”. (REsp 870.428/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 13.08.2007).

2. Agravo Regimental não provido (AgRg no Ag 856674/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 24/10/2007 p. 206).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO ESTADUAL N. 418/2007. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS DE ICMS COM CRÉDITO DE PRECATÓRIOS PROVENIENTE DE AÇÃO MOVIDA CONTRA O DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO. ART. 78, § 2º, DO ADCT. INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL AUTORIZANDO A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DO ESTADO COM PRECATÓRIO DE AUTARQUIA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Trata-se de ação mandamental em que se objetiva a compensação, com base no art. 78, § 2º, do ADCT, de débitos de ICMS com crédito de precatório judicial vencido, e não pago, proveniente de ação movida contra entidade da administração estadual indireta (DER-PR), adquirido de terceiro por meio de cessão de direitos.

2. O mandado de segurança se presta à defesa de direito líquido e certo e, se de natureza preventiva, necessita da demonstração de que tal direito encontra-se na iminência de ser violado. No caso, não se constata direito líquido e certo da impetrante.

3. A ausência do direito líquido e certo decorre tanto da natureza do precatório indicado à compensação, nos quais o devedor originário é uma autarquia estadual, quanto do fato de não haver legislação estadual autorizando a compensação de débitos de ICMS do Estado com precatório proveniente de ação movida contra entidade da administração estadual indireta (DER-PR).

4. Isso, porque o art. 78, § 2º, do ADCT é claro ao referir-se ao poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora; e, se assim o é, diante do princípio tributário da legalidade estrita, à minguada de legislação tributária específica autorizando a compensação de créditos tributários do Estado do Paraná com precatórios provenientes de ações movidas contra as entidades da administração indireta, não pode o Poder Judiciário determinar tal operação.

5. Recurso ordinário não provido.

(RMS 28.500/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 23/09/2009

Dessa forma, no caso de não haver interessados na aquisição, em hasta pública, dos créditos penhorados, ter-se-ia por inócua a execução, haja vista que a vedação à compensação acima explicitada, inibe a Fazenda credora a postular sua adjudicação.

Com essas considerações, acompanho a divergência, para **dar provimento ao recurso especial**, determinando que se proceda à avaliação do título nomeado à penhora.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2008/0111437-9

**REsp 1059881/RS**

Números Origem: 10500236918 10500490776 200800464254  
2202236669 2202319929 70018455709 70021599188

PAUTA: 27/04/2010

JULGADO: 27/04/2010

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

**Relator para Acórdão**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

**AUTUAÇÃO**

JURISPRUDÊNCIA

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADOR: PAULO CÉSAR KLEIN E OUTRO(S)  
RECORRIDO: JOVINTER TRANSPORTES NACIONAIS  
E INTERNACIONAIS LTDA  
ADVOGADO: RONALDO CURI TERRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO

**CERTIDÃO**

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

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (voto-vista) e Hamilton Carvalhido.

Ausente, nesta assentada, o Sr. Ministro Luiz Fux, Relator.

Brasília, 27 de abril de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

Secretária

(Ementa publicada no DJ de 06/08/2010).

**ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. INCLUSÃO DOS MATERIAIS  
E SUBEMPREITADA NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO.  
LEGALIDADE.**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.335 - MG (2010/0068906-6)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON  
RECORRENTE: MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA  
PROCURADOR: CÁRITAS BORGES DOURADO E  
OUTRO(S)  
RECORRIDO: CIPLAN CIMENTO PLANALTO S/A  
ADVOGADO: LILIANE NETO BARROSO E OUTRO(S)

### **EMENTA**

TRIBUTÁRIO - ISSQN - BASE DE CÁLCULO - CONSTRUÇÃO CIVIL - MATERIAIS E SUBEMPREITADA - DEDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 167/STJ.

1. Os materiais aplicados na construção civil são indedutíveis da base de cálculo do ISSQN, representada pelo preço total do serviço.
2. 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 Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Dr(a). GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ, pela parte RECORRIDA: CIPLAN CIMENTO PLANALTO S/A

Brasília-DF, 05 de agosto de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON  
Relatora

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.335 - MG (2010/0068906-6)**

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA  
PROCURADOR: CÁRITAS BORGES DOURADO E  
OUTRO(S)  
RECORRIDO: CIPLAN CIMENTO PLANALTO S/A  
ADVOGADO: LILIANE NETO BARROSO E OUTRO(S)

**RELATÓRIO**

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

ISSQN - SERVIÇOS DE CONCRETAGEM - DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - INTELIGÊNCIA DO ART. 9º, 2º, DO DECRETO-LEI 406/68. A regra inserida no § 2º, do artigo 9º, do Decreto-Lei 406/68, que permite a dedução da base de cálculo do ISSQN do valor dos materiais fornecidos pelo prestador, prevalece sobre dispositivo de lei municipal. As deduções ali previstas não importam em isenção de tributo, mas sim em definição de base de cálculo.

Aponta o recorrente dissídio jurisprudencial e violação do art. 161, § 1º, do CTN, sustentando que as empresas de concretagem são consideradas consumidoras dos materiais utilizados na mistura, não enquadrada como atividade de comercialização e, portanto, não sujeita ao ICMS.

Defende que se trata exclusivamente de prestação de serviços em razão do cuidado técnico aplicado na preparação do produto final e que, assim, o ISS incide sobre a integralidade do valor do serviço.

Requer ao final, caso prevaleça o entendimento firmado no tribunal de origem, que a correção dos valores supostamente devidos ao recorrido não seja calculada com base na Taxa SELIC, mas sim com base no § 1º

do at. 161 do CTN, segundo o qual os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês.

Com contrarrazões, subiram os autos, admitido o especial na origem. É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.335 - MG (2010/0068906-6)**

**RELATORA:** MINISTRA ELIANA CALMON  
**RECORRENTE:** MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA  
**PROCURADOR:** CÁRITAS BORGES DOURADO E OUTRO(S)  
**RECORRIDO :** CIPLAN CIMENTO PLANALTO S/A  
**ADVOGADO:** LILIANE NETO BARROSO E OUTRO(S)

**VOTO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora):** A pretensão recursal merece provimento.

A base de cálculo do ISSQN é o valor da prestação do serviço e no caso da construção civil os materiais utilizados incluem-se no preço do serviço, como demonstram os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONSTRUÇÃO CIVIL. CONCRETAGEM. MATERIAIS EMPREGADOS. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 167/STJ.

1. A base de cálculo do ISSQN é o custo do serviço em sua totalidade, motivo pelo qual não se deduz de sua base de cálculo o valor dos materiais utilizados na produção de concreto pela prestadora de serviço, tanto mais que, nos termos da Súmula n.º 167/STJ, sujeitam-se referidas empresas à tributação exclusiva do ISSQN, verbis: “O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS”.

## JURISPRUDÊNCIA

2. Precedentes: REsp 1051383/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 12/08/2008; AgRg no Ag 909.011/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 23/04/2008; REsp 886.373/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/04/2008, DJe 30/04/2008; AgRg no REsp 921.804/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 31/05/2007 p. 408; REsp 828.879/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 255, REPDJ 16/10/2006 p. 312; AgRg no REsp 661.163/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 19/12/2005 p. 223; REsp 603761/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 05/04/2004 p. 218.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1109522/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 18/12/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS E DAS SUBEMPREITADAS. IMPOSSIBILIDADE COMPENSAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO NORMATIVO AO MANDAMUS PARA ALCANÇAR SITUAÇÕES FUTURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A conclusão adotada se coaduna com a jurisprudência desta Corte que, a despeito de admitir a impetração de Mandado de Segurança para fins de declaração do direito à compensação tributária, nos termos da Súmula n. 213/STJ, não confunde o caráter preventivo do writ, o qual é perfeitamente cabível, nos termos do art. 1º da Lei n. 1.533/51, com o pretendido efeito normativo pleiteado pela recorrente, o qual é rechaçado por esta Corte.

2. O ISS incide sobre o preço do serviço, não sendo passíveis de dedução os valores referentes aos materiais empregados e às subempreitadas.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1105880/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 05/05/2010)

O referido entendimento restou consolidado na Súmula 167/STJ, de seguinte redação:

O fornecimento de concreto por empreitada para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas a incidência do ISS.

(Súmula 167, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/09/1996, DJ 19/09/1996 p. 34452)

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial, invertendo o ônus da sucumbência.

É o voto.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA**

Número Registro:           **PROCESSO**           **REsp 1.190.335/MG**  
2010/0068906-6           **ELETRÔNICO**

Números Origem: 10702030411723001 10702030411723002  
702030411723

PAUTA: 05/08/2010

JULGADO: 05/08/2010

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

## **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA

PROCURADOR: CÁRITAS BORGES DOURADO E  
OUTRO(S)

RECORRIDO: CIPLAN CIMENTO PLANALTO S/A

ADVOGADO: LILIANE NETO BARROSO E OUTRO(S)

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

## **SUSTENTAÇÃO ORAL**

Dr(a). GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ, pela parte RECORRIDA: CIPLAN CIMENTO PLANALTO S/A

## **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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 05 de agosto de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária

(Ementa publicada no DJe de 17.08.2010).

**MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS ANTES DA IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.**

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.865 - MT (2007/0188872-8)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX  
RECORRENTE: GAZETA PUBLICIDADE E NEGÓCIOS LTDA E OUTROS  
ADVOGADO: JOSÉ GASPAR MACIEL DE LIMA  
RECORRIDO: ESTADO DE MATO GROSSO  
PROCURADOR: ELISABETE FERREIRA ZILIO E OUTRO(S)

**EMENTA**

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO JURÍDICO ENSEJADOR DA TRIBUTAÇÃO (EFETIVO CONSUMO E NÃO A DEMANDA RESERVADA/CONTRATADA DE POTÊNCIA). BASE DE CÁLCULO (VALOR DA TARIFA CORRESPONDENTE A DEMANDA CONSUMIDA E NÃO SOBRE A CONTRATADA). SÚMULA 391/STJ. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 960.476/SC). MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SÚMULA 213/STJ. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 271/STF.**

1. O ICMS incide sobre o valor da operação correspondente à efetiva circulação da energia elétrica (valor da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer: a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa), razão pela qual a demanda de potência contratada/reservada não integra a base de cálculo do tributo (Precedente da Primeira Seção submetido ao

rito do artigo 543-C, do CPC: **REsp 960.476/SC**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009, DJe 13.05.2009).

2. *“Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada” (REsp 960.476/SC).*

3. A aludida jurisprudência restou cristalizada na Súmula 391/STJ, *verbis*:

*“O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.”*

4. Destarte, o acórdão regional coaduna-se com a jurisprudência pacífica do STJ, não merecendo reparo no particular.

5. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos (Súmula 213/STJ), desde que não implique na produção de efeitos patrimoniais pretéritos, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (Súmula 271/STF).

6. *In casu*, a pretensão mandamental, encartada no pedido de compensação, restou assim formulada:

*“... que as autoridades coatoras se abstenham da prática de qualquer ato a restringir o direito à compensação dos indébitos decorrentes do comprovado recolhimento indevido do ICMS sobre o ‘seguro-apagão’ e sobre a ‘demanda’, devidamente corrigidos mediante a aplicação da UFIR e acrescidos dos juros à taxa SELIC, incidente sobre o valor corrigido e a partir de cada pagamento indevido, com tributos estaduais vencidos e/ou vincendos, sem a inconstitucional limitação imposta pelo art. 170-A, do CTN, com a redação que lhe deu a Lei Complementar 104/2001, bem como o de todas as práticas fiscais de retaliação do contribuinte em razão da compensação dos indébitos apurados”.*

7. Entre as causas de pedir ventiladas no *mandamus* impetrado em 13.03.2006, as impetrantes notificaram o pagamento indevido de ICMS sobre o valor referente ao encargo emergencial (“seguro apagão”), no período de março/2002 a dezembro/2005, razão pela qual a não concessão

do *mandamus* deve ser mantida, no particular, por força do óbice inserto na Súmula 271/STF.

8. Ao revés, merece parcial reforma o acórdão regional para que seja declarado o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a “demanda de energia contratada” a partir da impetração do *writ of mandamus*.

9. Recurso ordinário parcialmente provido apenas para declarar o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a “demanda de energia contratada”.

## 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, dar parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.865 - MT (2007/0188872-8)**

## RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por GAZETA PUBLICIDADE E NEGÓCIOS LTDA. E OUTROS, com fulcro no artigo 105, II, “b”, da Constituição da República Federativa do Brasil de

1988, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, cuja ementa restou assim vazada:

*“MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL – TRIBUTÁRIO – ICMS – COBRANÇA SOBRE RESERVA DE POTÊNCIA – LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR NO PÓLO ATIVO – LEGITIMIDADE DA CONCESSIONÁRIA NO PÓLO PASSIVO – MÉRITO – FATO GERADOR – MERA EXPECTATIVA EM CONTRATO DE RESERVA DE POTÊNCIA – ILEGALIDADE DA COBRANÇA – INCIDÊNCIA DO TRIBUTOSOMENTE SOBRE DEMANDA CONSUMIDA – COMPENSAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.*

*Embora não inscrita como contribuinte junto a Fazenda Pública, o consumidor de energia elétrica, que tem contra si lançado tributo acoimado de ilícito, tem interesse e legitimidade para propor ordem mandamental visando restabelecimento da legalidade à vista do artigo 1º da Lei nº 1.533/51 e 6º do CPC.*

*A concessionária do serviço público, que lança e arrecada o tributo, deve como litisconsorte necessário, figurar junto com o ente público no pólo passivo da ação mandamental requerida visando à exclusão do lançamento. Sob pena de instituir a chamada ‘expectativa de fato gerador’, não é devido o ICMS no contrato de demanda reservada de potência, devendo o imposto ser cobrado tão-somente pelo fato gerador registrado, isto é, o efetivo consumo da energia por parte da impetrante. O pedido de restituição do indevido, verdadeira cobrança, não comporta no mandado de segurança, ainda que através de compensação, ressalvado o direito de requerer administrativamente ou judicialmente se necessário.”*

Noticiam os autos que GAZETA PUBLICIDADE E NEGÓCIOS LTDA. E OUTROS impetraram mandado de segurança, em 13.03.2006, contra suposto ato ilegal perpetrado pelo SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO MATO GROSSO, ao argumento de que *“na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) foi incluído o ‘seguro-apagão’ no período de 03/2002 a 12/2005, e continua sendo adicionado a ‘demanda’ mesmo não sendo mercadoria ou serviço, o que é ilegal e inconstitucional”*.

O Tribunal de origem, nos termos da ementa anteriormente transcrita, ultrapassada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário

de Estado da Fazenda e do Diretor da CEMAT, concedeu parcialmente a segurança para “*determinar que o ICMS incida sobre a energia elétrica consumida, bem assim afastar a cobrança do tributo sobre a ‘demanda reservada de potência’, quando não utilizada pela impetrante, anotando-se em favor da impetrante o direito de requerer a compensação administrativamente ou, se for o caso, em processo de conhecimento, para definição exata do valor*”. No voto-condutor do acórdão recorrido, restou assente que:

*“No caso em apreço, por força de contrato, a concessionária do serviço público fornecedor de energia elétrica a impetrante, garante fornecer a esta certa quantidade de energia elétrica que, de acordo com a demanda, poderá ou não ser utilizada.*

*A questão é saber se, em face desta relação contratual decorrente da chamada ‘demanda reservada de potência’ através da ‘reserva da demanda’, existe a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS em relação à energia que não for utilizada.*

*A questão é bastante simples. O imposto é devido em razão de um fato gerador, isto é, o efetivo consumo da energia por parte da impetrante. Desta forma, se a impetrante, apesar de ter uma reserva maior em relação ao direito de utilizar determinada demanda, apenas utilizou parte dela, é sobre a parte efetivamente consumida, que deve ser tributada pelo fisco estadual com o lançamento do ICMS prescrito à espécie.*

*Sem a existência de um fato gerador concreto, isto é, a utilização da energia por parte da impetrante, a cobrança do ICMS está eivada de ilegalidade. Estaríamos, nesta situação, criando uma cobrança de imposto por mera expectativa da existência futura de um fato gerador que, nada mais é a chamada ‘demanda reservada de potência’.*

(...)

*Em relação à compensação tributária pretendida, no que tange o pagamento indevido de ICMS sobre “demanda reservada de energia” e sobre “encargo de capacidade emergencial - seguro apagão”, em revendo posicionamento anterior, trazido no MSI 38453/2005, do qual fui Relator, que foi provido parcialmente por esta Turma nos termos do 1º Vogal, Des. Juracy Perciani, tenho para mim que a pretensão do reconhecimento do dever de*

*restituição de indébito se revela em verdadeiro pedido de cobrança, que não comporta no mandado de segurança.*

*Quanto à compensação o mandado de segurança tem cabimento, entretanto a tributação excessiva só foi reconhecida nos presentes autos, motivo pelo qual, a priori, não existia o direito líquido e certo alegado a compensação.*

(...)

*Com as considerações acima, concedo a segurança para determinar que o ICMS incida sobre a energia elétrica consumida, bem assim afastar a cobrança do tributo sobre a “demanda reservada de potência”, quando não utilizada pela impetrante, anotando-se em favor da impetrante o direito de requerer a compensação administrativamente ou, se for o caso, em processo de conhecimento, para definição exata do valor.”*

Nas razões do recurso ordinário, aduzem as impetrantes que:

*“Acaso mantido o entendimento esposado no v. acórdão, ao contemplar que a incidência do tributo (ICMS) se dá sobre a demanda consumida, incorrerá em ofensa ao artigo 155, § 3º, da Carta Política de 1988; os artigos 1º, 2º e 198, do Convênio ICMS nº 66/88; o artigo 116. II, do Código Tribunal Nacional; o artigo 12, I, da Lei Complementar nº 87/96, e, ainda, as normas complementares encontradas nas portarias nºs 222 e 466 (sucessora do DNAEE), o(à)s quais fixam inequivocadamente na entrega da energia ao consumidor o marco temporal em que se reputa ocorrido o fato gerador do ICMS incidente sobre tal operação, divergindo, de outra parte, da unívoca jurisprudência desta Corte acerca do tema.*

(...)

*... a ‘demanda contratada’ e a ‘demanda de ultrapassagem’ representam uma energia que não circula efetivamente pelo estabelecimento consumidor, somente constando em contrato, no qual a concessionária se obriga a disponibilizar continuamente até o ponto de entrega.*

(...)

*... não há de se falar em incidência de ICMS sobre a ‘demanda contratada’ e ‘demanda de ultrapassagem’ vez que ou a energia não passou da rede de transmissão para o estabelecimento consumidor ou foi imposta multa por sua ultrapassagem.*

(...)

*... o fato gerador da incidência do ICMS é a realização da circulação da mercadoria 'energia elétrica', e não somente a sua colocação à disposição do consumidor.*

(...)

*E ainda tem-se que a Súmula 213, deste Tribunal, de idêntico modo, foi verdadeiramente massacrada pelo v. acórdão, porquanto que, acaso mantido o entendimento esposado no v. acórdão, ao contemplar que: '... o pedido de restituição do indevido, verdadeira cobrança, não comporta no mandado de segurança, ainda que através de compensação ...', incorrerá em ofensa à referida súmula, deste Superior Tribunal de Justiça, discrepando, de outra parte, da unívoca jurisprudência desta Corte acerca do tema.*

(...)

*Demonstra-se, portanto, de forma analítica o confronto jurisprudencial, pois a vexata quaestio, como dito no início, trata-se da cobrança ilegal do ICMS sobre o contra de demanda reserva de potência e não sobre o efetivo CONSUMO da energia por parte das recorrentes (artigo 155, § 3º, da Carta Política de 1988; os artigos 1º, 2º e 198, do Convênio ICMS 66/88; o art. 116, II, do Código Tributário Nacional; o artigo 12, I, da Lei Complementar 87/96; e ainda as normas complementares encontradas nas Portarias 222 e 456), bem como de pedido de declaração do direito à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título e sobre o seguro apagão (março/2002 a dezembro/2005). Registre-se também que foi feita prova inequívoca do quantum pago a maior, através da juntada das cópias das faturas e planilhas de valores, mediante as quais ficou demonstrado com uma clareza feérica os valores a serem declarados como compensáveis."*

Apresentadas contra-razões, nas quais se alega que falece interesse da recorrente no que concerne ao pedido de não incidência de ICMS sobre a demanda reservada de potência, o que já restou assente no acórdão regional, sendo certo ainda a existência de normatização estadual (artigo 32, do Decreto 01/2007) no sentido da jurisprudência firmada. Quanto ao pedido de compensação, indica os óbices insertos nas Súmulas 269 e 271, do STF.

O recurso ordinário recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem, tendo o Ministério Público Federal opinado por seu desproviamento, nos termos da seguinte ementa:

*“TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE SOBRE A DEMANDA CONTRATADA. IMPROPRIEDADE DO PRESENTE WRIT. SÚMULAS 269 E 271 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*

*I. A entrega e a utilização efetiva da energia elétrica ao consumidor é pressuposto essencial para a incidência do ICMS sobre a energia efetivamente utilizada.*

*II. A incidência do supracitado imposto sobre a energia contratada é inviável, pois esta não configura o seu fato gerador.*

*III. O presente writ não é a via adequada para o pedido de compensação, tendo em vista que o mandado de segurança não se confunde com ação de cobrança, conforme as Súmulas 269 e 271, do STF.*

*IV. O recorrente poderá requerer essa restituição administrativamente ou por meio do ajuizamento de um processo de conhecimento.*

*V. Parecer pelo não provimento do recurso ordinário em mandado de segurança.”*

É o relatório.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.865 - MT (2007/0188872-8)**

#### **EMENTA**

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO JURÍDICO ENSEJADOR DA TRIBUTAÇÃO (EFETIVO CONSUMO E NÃO A DEMANDA RESERVADA/CONTRATADA DE POTÊNCIA). BASE DE CÁLCULO (VALOR DA TARIFA CORRESPONDENTE A DEMANDA CONSUMIDA E NÃO SOBRE A CONTRATADA).**

**SÚMULA 391/STJ. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 960.476/SC). MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SÚMULA 213/STJ. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 271/STF.**

1. O ICMS incide sobre o valor da operação correspondente à efetiva circulação da energia elétrica (valor da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer: a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa), razão pela qual a demanda de potência contratada/reservada não integra a base de cálculo do tributo (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 960.476/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009, DJe 13.05.2009).

2. *“Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada” (REsp 960.476/SC).*

3. A aludida jurisprudência restou cristalizada na Súmula 391/STJ, *verbis*:

*“O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.”*

4. Destarte, o acórdão regional coaduna-se com a jurisprudência pacífica do STJ, não merecendo reparo no particular.

5. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos (Súmula 213/STJ), desde que não implique na produção de efeitos patrimoniais pretéritos, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (Súmula 271/STF).

6. *In casu*, a pretensão mandamental, encartada no pedido de compensação, restou assim formulada:

*“... que as autoridades coatoras se abstenham da prática de qualquer ato a restringir o direito à compensação dos indébitos decorrentes do comprovado*

*recolhimento indevido do ICMS sobre o ‘seguro-apagão’ e sobre a ‘demanda’, devidamente corrigidos mediante a aplicação da UFIR e acrescidos dos juros à taxa SELIC, incidente sobre o valor corrigido e a partir de cada pagamento indevido, com tributos estaduais vencidos e/ou vincendos, sem a inconstitucional limitação imposta pelo art. 170-A, do CTN, com a redação que lhe deu a Lei Complementar 104/2001, bem como o de todas as práticas fiscais de retaliação do contribuinte em razão da compensação dos débitos apurados”.*

7. Entre as causas de pedir ventiladas no *mandamus* impetrado em 13.03.2006, as impetrantes notificaram o pagamento indevido de ICMS sobre o valor referente ao encargo emergencial (“seguro apagão”), no período de março/2002 a dezembro/2005, razão pela qual a não concessão do *mandamus* deve ser mantida, no particular, por força do óbice inserto na Súmula 271/STF.

8. Ao revés, merece parcial reforma o acórdão regional para que seja declarado o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a “demanda de energia contratada” a partir da impetração do *writ of mandamus*.

9. Recurso ordinário parcialmente provido apenas para declarar o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a “demanda de energia contratada”.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Preliminarmente, tendo sido preenchidos os pressupostos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do presente recurso ordinário.

A Primeira Seção, quando do julgamento de recurso especial representativo da controvérsia, consolidou o entendimento de que o ICMS incide sobre o valor da operação correspondente à efetiva circulação da energia elétrica (valor da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer: a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa), razão pela qual a demanda de potência contratada/reservada não integra a base de cálculo do tributo.

A ementa do aludido julgado restou assim vazada:

*“TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.*

*1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que “o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos”, razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, “a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”. Afirma-se, assim, que “o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa”.*

*2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que “não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência”. Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.*

*3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.*

*4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.*

*5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.” (REsp 960.476/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009, DJe 13.05.2009)*

A aludida jurisprudência restou cristalizada na Súmula 391/STJ, *verbis*:

*“O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.”*

Destarte, o acórdão regional coaduna-se com a jurisprudência pacífica do STJ, não merecendo reparo no particular.

O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos (**Súmula 213/STJ**), desde que não implique na produção de efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (**Súmula 271/STF**).

*In casu*, a pretensão mandamental, encartada no pedido de compensação, restou assim formulada:

*“... que as autoridades coatoras se abstenham da prática de qualquer ato a restringir o direito à compensação dos indébitos decorrentes do comprovado recolhimento indevido do ICMS sobre o ‘seguro-apagão’ e sobre a ‘demanda’, devidamente corrigidos mediante a aplicação da UFIR e acrescidos dos juros à taxa SELIC, incidente sobre o valor corrigido e a partir de cada pagamento indevido, com tributos estaduais vencidos e/ou vincendos, sem a inconstitucional limitação imposta pelo art. 170-A, do CTN, com a redação que lhe deu a Lei Complementar 104/2001, bem como o de todas as práticas fiscais de retaliação do contribuinte em razão da compensação dos indébitos apurados”.*

Entre as causas de pedir ventiladas no *mandamus* impetrado em 13.03.2006, as impetrantes notificaram o pagamento indevido de ICMS sobre o valor referente ao encargo emergencial (“seguro apagão”), no período de março/2002 a dezembro/2005, razão pela qual a não concessão do *mandamus* deve ser mantida, no particular, por força do óbice inserto na Súmula 271/STF.

Ao revés, merece parcial reforma o acórdão regional para que seja declarado o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevi-

damente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a “demanda de energia contratada” a partir da impetração do *writ of mandamus*.

Com essas considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA apenas para declarar o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a “demanda de energia contratada”.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: **RMS 24.865/MT**  
2007/0188872-8

Números Origem: 186092006 783002006

PAUTA: 10/08/2010 JULGADO: 10/08/2010

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: **GAZETA PUBLICIDADE E NEGÓCIOS  
LTDA E OUTROS**

ADVOGADO: **JOSÉ GASPAR MACIEL DE LIMA**

JURISPRUDÊNCIA

RECORRIDO: ESTADO DE MATO GROSSO  
PROCURADOR: ELISABETE FERREIRA ZILIO E  
OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

**CERTIDÃO**

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

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de agosto de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA  
Secretária  
(Ementa publicada no DJe de 26.08.2010).

Decisões Monocráticas

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA.  
TERÇO-CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INEXIGIBILIDADE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014629-08.2010.4.03.0000/  
SP  
2010.03.00.014629-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES  
AGRAVANTE : LWARCEL CELULOSE E PAPEL LTDA e ou-

tros

: LWART LUBRIFICANTES LTDA

: LWART QUIMICA LTDA

ADVOGADO : GUILHERME CEZAROTI e outro

AGRAVADO : União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E  
AFONSO GRISI NETO

ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 2 VARA DE BAURU Sec Jud SP

Nº. ORIG. : 00032074520104036108 2 Vr BAURU/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Decisão agravada: proferida em sede de mandado de segurança impetrado por LWARCEL CELULOSE E PAPEL LTDA e outros em face do DELEGADO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BAURU – SP; indeferiu o pedido de liminar, ao fundamento de que não restou demonstrado o perigo de perecimento do direito ou interesse da impetrante.

Agravantes (Impetrantes): Pugna pela reforma da decisão agravada e a conseqüente antecipação dos efeitos da tutela recursal para suspender a exigibilidade do crédito tributário relativo a inclusão do auxílio-doença, do salário-maternidade e do terço constitucional de férias na base de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários.

É o breve relatório. Decido.

A matéria posta em desate comporta julgamento monocrático nos termos do disposto no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, uma vez que já foi amplamente discutida perante os Tribunais Superiores e pela jurisprudência desta Egrégia Corte Regional Federal.

Com efeito, o fato gerador e a base de cálculo da cota patronal da contribuição previdenciária encontram-se previstos no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, nos seguintes termos:

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e

trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.”

O referido dispositivo legal limita o campo de incidência das exações às parcelas que integram a remuneração dos trabalhadores, pré-excluindo, da base de cálculo, as importâncias de natureza indenizatória. Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO CONTRIBUIÇÃO - AUXÍLIO-CRECHE - NATUREZA INDENIZATÓRIA - “VALE-TRANSPORTE” - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA - SÚMULA 7/STJ.

1. A contribuição previdenciária incide sobre base de cálculo de nítido caráter salarial, de sorte que não a integra as parcelas de natureza indenizatória.

2. O auxílio-creche, conforme precedente da Primeira Seção (EREsp 394.530-PR), não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária.

3. Uma vez que o Tribunal de origem consignou tratar-se a verba denominada “vale- transporte”, na hipótese dos autos, de uma parcela salarial, não ficando, ademais, abstraído na decisão recorrida qualquer elemento fático capaz de impor interpretação distinta, a apreciação da tese defendida pelo recorrente implicaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada a esta Corte em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(STJ, 2ª Turma, RESP - RECURSO ESPECIAL - 664258/RJ, Processo nº 200400733526, Rel. Min. ELIANA CALMON, Julgado em 04/05/2006, DJ DATA:31/05/2006 PG:00248)

Impende destacar, outrossim, que a mesma motivação foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para, em sede de medida liminar apreciada nos autos da ADIn nº 1659-8, suspender a eficácia dos dispositivos previstos nas Medidas Provisórias nº 1523/96 e 1599/97, no que deter-

minavam a incidência de contribuição previdenciária sobre parcelas de caráter indenizatório. O julgado restou ementado nos seguintes termos:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida liminar. - Já se firmou a jurisprudência desta Corte (assim, nas ADIMCs 1204, 1370 e 1636) no sentido de que, quando Medida Provisória ainda pendente de apreciação pelo Congresso nacional é revogada por outra, fica suspensa a eficácia da que foi objeto de revogação até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a Medida Provisória revogadora, a qual, se convertida em lei, tornará definitiva a revogação; se não o for, retomará os seus efeitos a Medida Provisória revogada pelo período que ainda lhe restava para vigorar. - Relevância da fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 22 da Lei 8.212/91 na redação dada pela Medida Provisória 1.523-13 e mantida pela Medida Provisória 1.596-14. Ocorrência do requisito da conveniência da suspensão de sua eficácia. Suspensão do processo desta ação quanto às alíneas “d” e “e” do § 9º do artigo 28 da Lei 8.212/91 na redação mantida pela Medida Provisória 1.523-13, de 23.10.97. Liminar deferida para suspender a eficácia “ex nunc”, do § 2º do artigo 22 da mesma Lei na redação dada pela Medida Provisória 1.596-14, de 10.11.97. (STF, Pleno, ADIn nº 1659-8, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Julgado em 27/11/1997, DJ 08-05-1998 PP-00002)

Nesse diapasão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assumiu orientação pacífica quanto à natureza indenizatória das verbas pagas pelo empregador, ao empregado, nos 15 (quinze) primeiros dias que antecedem a concessão do auxílio-doença, conforme faz prova os seguintes arestos:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - REMUNERAÇÃO PAGA PELO EMPREGADOR NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA - AFASTAMENTO DO EMPREGADO - NÃO-INCIDÊNCIA.

1. A verba paga pela empresa aos empregados durante os 15 primeiros dias de afastamento do trabalho por motivo de doença não tem natureza salarial, por isso não incide sobre ela a contribuição previdenciária.

2. Quanto à alegação de contrariedade ao disposto no art. 97 da CF/88, não merece ela conhecimento, por tratar-se de tema constitucional, afeto à competência da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da CF/88.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, 2ª Turma, AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1016829/RS, Processo nº 200703006280, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Julgado em 09/09/2008, DJE DATA:09/10/2008)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. REMUNERAÇÃO PAGA PELO EMPREGADOR NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE MESMA ESPÉCIE. ART. 66 DA LEI 8.383/91. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC. JUROS.

(...). É dominante no STJ o entendimento segundo o qual não é devida a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado, durante os primeiros dias do auxílio-doença, à consideração de que tal verba, por não consubstanciar contraprestação a trabalho, não tem natureza salarial. Precedentes: RESP 768.255/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 16.05.2006; RESP 824.292/RD, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 08.06.2006; RESP 916.388/SC, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 26.04.2007; RESP 854.079/SC, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJ de 11.06.2007. (...) (STJ, 1ª Turma, RESP - RECURSO ESPECIAL - 891602/PR, Processo nº 200602168995, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Julgado em 12/08/2008, DJE DATA: 21/08/2008)

No tocante ao terço constitucional de férias, pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido da sua natureza indenizatória, conforme se verifica do recente precedente: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS DOS JUÍZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. NATUREZA JURÍDICA. 1. O terço constitucional de férias tem natureza indenizatória e, portanto, não integra a base de incidência da contribuição previdenciária. 2. Precedente da Primeira Seção (Pet nº 7.296/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 10/11/2009). 3. Incidente improvido. (STJ, Primeira Seção, PET nº 7522, Registro nº 2 00901836391, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ

12.05.2010) Por outro lado, as verbas pagas pelo empregador, ao empregado, a título de adicional de horas-extras, adicional por trabalho noturno, adicional de periculosidade e insalubridade, salário-maternidade e maternidade noturno, integram a remuneração do obreiro, pelo que constituem salário-de-contribuição para fins de incidência da exação prevista no art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91. É o entendimento que prevalece no Colendo Superior Tribunal de Justiça, bem como neste E. Sodalício, conforme demonstram os seguintes julgados: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA. SALÁRIO-MATERNIDADE. PRECEDENTES. 1. O empregado afastado por motivo de doença não presta serviço e, por isso, não recebe salário, mas apenas uma verba de caráter previdenciário de seu empregador, durante os primeiros quinze dias. A descaracterização da natureza salarial da citada verba afasta a incidência da contribuição previdenciária. Precedentes. 2. “O salário-maternidade integra a base de cálculo das contribuições previdenciárias pagas pelas empresas. Precedentes” (REsp 1.049.417/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 3.6.2008, DJ 16.6.2008 p. 1).

3. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, 2ª Turma, RESP - RECURSO ESPECIAL - 899942/SC, Processo nº 200602369670, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Julgado em 09/09/2008, DJE DATA: 13/10/2008) PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. REMUNERAÇÃO PAGA PELO EMPREGADOR NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE MESMA ESPÉCIE. ART. 66 DA LEI 8.383/91. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC. JUROS.

1. A Primeira Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o salário-maternidade possui natureza salarial, integrando a base de cálculo da contribuição previdenciária. Precedentes: AgRg no REsp 762.172/SC, Min. Francisco Falcão, DJ 19.12.2005; REsp 486.697/PR, Min. Denise Arruda, DJ de 17/12/2004; e REsp 641.227/SC, Min. Luiz Fux, DJ de 29/11/2004. (...) (STJ, 1ª Turma, RESP - RECURSO ESPECIAL - 891602/PR, Processo nº 200602168995, Rel.

Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Julgado em 12/08/2008, DJE DATA:21/08/2008)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE O 13º SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA). SÚMULAS NºS 688 E 207/STF. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Definida a natureza jurídica da gratificação natalina como sendo de caráter salarial, sua integração ao salário de contribuição para efeitos previdenciários é legal, não se podendo, pois, eximir-s e da obrigação tributária em questão.

2. Inteligência das Súmulas nºs 688 e 207/ST F, que dispõem, respectivamente: “é legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o 13º salário” e “a s gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário”.

3. “A gratificação natalina (13º salário), o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias e o pagamento de horas extraordinárias, direitos assegurados pela Constituição aos empregados (CF, art. 7º, incisos VIII, XVII e XVI) e aos servidores públicos (CF, art. 39, § 3º), e os adicionais de caráter permanente (Lei 8.112/91, art. 41 e 49) integram o conceito de remuneração, sujeitando-se, conseqüentemente , à contribuição previdenciária” (REsp nº 512848/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 28/09/2006).

4. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior.

5. Recurso não-provido.

(STJ, 1ª Turma, ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 19687/SC, Processo nº 200500372210, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Julgado em 05/10/2006, DJ DATA: 23/11/2006 PG:00214)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS EMPREGADORES. ARTS. 22 E 28 DA LEI N.º 8.212/91. SALÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO. ADICIONAIS DE HORA-EXTRA, TRABALHO NOTURNO, INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. NATUREZA SALARIAL PARA FIM DE INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CON-

TRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PREVISTA NO ART. 195, I, DA CF/88. SÚMULA 207 DO STF. ENUNCIADO 60 DO TST.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que a contribuição previdenciária incide sobre o total das remunerações pagas aos empregados, inclusive sobre o 13º salário e o salário-maternidade (Súmula n.º 207/STF).

2. Os adicionais noturnos, hora-extra, insalubridade e periculosidade possuem caráter salarial. Iterativos precedentes do TST (Enunciado n.º 60).

3. A Constituição Federal dá as linhas do Sistema Tributário Nacional e é a regra matriz de incidência tributária.

4. O legislador ordinário, ao editar a Lei n.º 8.212/91, enumera no art. 28, § 9º, quais as verbas que não fazem parte do salário-de-contribuição do empregado, e, em tal rol, não se encontra a previsão de exclusão dos adicionais de hora-extra, noturno, de periculosidade e de insalubridade.

5. Recurso conhecido em parte, e nessa parte, improvido.

(STJ, 1ª Turma, RESP - RECURSO ESPECIAL - 486697/ PR, Processo nº 200201707991, Relator Min. DENISE ARRUDA, Data da Decisão: 07/12/2004, DJ DATA:17/12/2004 PG:00420)

LEI Nº 8.212/91 - CONTRIBUIÇÃO À SEGURIDADE SOCIAL - INCIDÊNCIA - ADICIONAL NOTURNO - PERICULOSIDADE - INSALUBRIDADE - HORAS EXTRAS - SALÁRIO-MATERNIDADE - NÃO-INCIDÊNCIA - ABONO ÚNICO.

1. O que caracteriza a natureza da parcela é a habitualidade, que lhe confere o caráter remuneratório e autoriza a incidência de contribuição previdenciária.

2. Na esteira do Resp 486697/PR, é pacífico no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça que incide contribuição previdenciária sobre os adicionais noturno (Súmula nº 60), de insalubridade, de periculosidade e sobre as horas-extraordinárias de trabalho, em razão do seu caráter salarial:

3. O STJ pacificou entendimento no sentido de que o salário-maternidade constitui parcela remuneratória, sobre a qual incide a contribuição previdenciária, mas não sobre o pagamento dos quinze dias que antecedem o benefício de auxílio-doença.

4. Quando os abonos caracterizam a condição de salário e têm natureza remuneratória, incide a contribuição. Quando são isolados, únicos, não se incorporam ao salário e sobre eles não incide contribuição.

5. Apelação da autora parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1112852/SP, Processo nº 200261140052810, Rel. JUIZ HENRIQUE HERKENHOFF, Julgado em 03/06/2008, DJF3 DATA:19/06/2008)

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, dou parcial provimento ao presente recurso, com base no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, apenas para suspender a exigibilidade da contribuição incidente sobre as verbas pagas pelos impetrantes a título de auxílio-doença nos quinze primeiros dias de afastamento do empregado e do terço constitucional de férias.

Publique-se, intime-se, encaminhando-se os autos ao juízo de origem oportunamente.

São Paulo, 14 de junho de 2010.

COTRIM GUIMARÃES Desembargador Federal

(Despacho disponibilizado no DJe de 30.07.2010).

**EMPRESA SEM EMPREGADO. EXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO 805.068 (611)

ORIGEM :AMS - 200002010539574 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2º REGIÃO

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR :MIN. EROS GRAU

AGTE.(S) :VALEPAR S/A

ADV.(A/S) : LEO KRAKOWIAK E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) :UNIÃO

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

**DECISÃO:** Agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto com fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição do Brasil.

2.Alega-se, no recurso extraordinário, ofensa ao disposto nos artigos 5º, II, XXXV, LIV e LV, 93, IX, 146, III, “a”, e 150, I, da CB/88.

3.Deixo de examinar a preliminar de repercussão geral, cujo exame só é possível quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por

outra razão [RISTF, art. 323]. Se inexistir questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” [CB/88, art. 102, III, § 3º].

4.O agravo não merece provimento. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento deste Tribunal, fixado no julgamento do RE n. 402.808-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 7.12.07, cuja ementa é a seguinte:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. EMPRESA SEM EMPREGADOS. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

5.No mesmo sentido: o RE n. 468.628-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 23.5.08; o RE n. 249.841-AgR Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 28.3.06; e o RE n. 466.5650 Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 02.06.06.

Nego seguimento ao agravo com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF.

Publique-se.

Brasília, 21 de julho de 2010.

Ministro Eros Grau

- Relator -

(Despacho publicado no DJe de 16.08.2010, p. 83).

ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. INEXIGIBILIDADE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 594.619

ORIGEM :AC - 312407000 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL

PROCED. :MINAS GERAIS

RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) :P. SEVERINI NETTO COMERCIAL LTDA

ADV.(A/S) :WANDER PAULO BRASIL PINTO

AGDO.(A/S) :ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S) :ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Vistos.

P. Severini Netto Comercial Ltda e outros interpõem agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade ao artigos 155, inciso II, da Constituição Federal.

Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

“Direito Tributário. Execução Fiscal. Embargos. ICMS. Transferência de Mercadorias para Filial em outro Estado. Incidência. Circulação Econômica Configurada. Presunção de Liquidez, Certeza e Exigibilidade da CDA. Ausência de Comprovação de Irregularidade Fiscal. Deve-se adotar a circulação econômica para efeitos de tributação pelo ICMS, que constitui um intermediário entre a circulação física e jurídica. Vale dizer que, na circulação econômica, haverá sempre o fato gerador de ICMS quando houver circulação da mercadoria que a aproxime da fase de produção para o consumo. Esta circulação deve prevalecer no direito pátrio, por não ofensiva às disposições legais, além de não causar prejuízos na arrecadação dos Estados e preservar os princípios federativos e da não-cumulatividade. Não compete à Fazenda Pública fazer prova probatória de certeza, liquidez e exigibilidade que reveste as Certidões de Dívidas Ativas, ao passo que cabe à parte contrária combater seus termos, com a apresentação de provas demonstrativas de irregularidade fiscal. Apelo não provido” (fl. 15).

Decido.

Anote-se, inicialmente, que o acórdão recorrido foi publicado em 19/9/03, conforme expresso na certidão de folha 25, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Pleno, Relator o

Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07.

Merece prosperar a irresignação.

É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o mero deslocamento físico de mercadorias entre estabelecimentos da mesma titularidade não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS. Sobre o tema, anote-se:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE ESTABELECEMENTOS DE MESMO CONTRIBUINTE EM DIFERENTES ESTADOS DA FEDERAÇÃO. SIMPLES DESLOCAMENTO FÍSICO. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES. 1. A não-incidência do imposto deriva da inexistência de operação ou negócio mercantil havendo, tão-somente, deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, ambos do mesmo dono, não traduzindo, desta forma, fato gerador capaz de desencadear a cobrança do imposto. Precedentes. 2. Embargos de declaração acolhidos somente para suprir a omissão sem modificação do julgado” (RE nº 267.599/MG-AgR-ED, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 30/4/10).

“ICMS - MERO DESLOCAMENTO FÍSICO DO BEM PARA OUTRO ESTABELECEMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE - INOCORRÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA, EIS QUE AUSENTE QUALQUER TRANSFERÊNCIA DOMINIAL - NÃO-INCIDÊNCIA DE REFERIDO TRIBUTO ESTADUAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (AI nº 618.947/MG-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26/3/10).

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÍDA FÍSICA DE BENS DE UM ESTABELECEMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que o mero deslocamento físico de bens entre estabelecimentos, sem que haja transferência efetiva de titularidade, não caracteriza operação de circulação de mercadorias sujeita à incidência do ICMS. II - Recurso protelatório. Aplicação de multa. III - Agravo regimental improvido” (AI nº 693.714/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 21/8/09).

## JURISPRUDÊNCIA

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO STF. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O ICMS não incide no simples deslocamento da mercadoria entre estabelecimentos de uma mesma empresa. Precedentes. 2. Incidência da Súmula 283 do STF, ante o trânsito em julgado da matéria infraconstitucional de que se valeu o Tribunal recorrido para a solução da causa. Matéria que é suficiente, per se, para a manutenção da decisão recorrida. 3. Agravo regimental desprovido” (RE nº 577.898/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 26/06/09).

Ante o exposto, nos termos do artigo 544, § 3º, do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 9.756/98, conheço do agravo e dou provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido.

Custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, pelo vencido.

Publique-se.

Brasília, 24 de junho de 2010.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

(Despacho publicado no DJe de 17.08.2010, p. 48).

### **COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA PELA UTILIZAÇÃO DO SOLO. INCONSTITUCIONALIDADE.**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 494.163 (612)

ORIGEM :AC - 200300112811 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL

PROCED. :RIO DE JANEIRO

RELATORA :MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.(S) :TELCOMP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES COMPETITIVAS

ADV.(A/S) :ÂNGELA PAES DE BARROS DI FRANCO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) :MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO  
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO  
DO RIO DE JANEIRO

1.Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado:

*“MANDADO DE SEGURANCA – UTILIZACAO DO SOLO URBANO – SENTENCA QUE RECONHECEU A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO No 18.672/2000 – PRELIMINAR ARGUIDA DE INCOMPETENCIA DO JUIZO – COMPETENCIA DO JUIZO ATUANTE PERANTE O CARTORIO DA DIVIDA ATIVA DO MUNICIPIO – PRELIMINAR REJEITADA – PRELIMINAR DE LITISPEN-DENCIA TAMBEM REJEITADA – ARTIGO 4o DO DECRETO No 18.672/2000 PREVE A COBRANCA DE RETRIBUICAO PECUNIARIA PARA A REFERIDA UTILIZACAO – DESCARACTERIZACAO DA REFERIDA COBRANCA COMO ESPECIE TRIBUTARIA – PRECO PUBLICO – DESNECESSIDADE DE EDICAO DE LEI – AUSENCIA DE IRREGULARIDADE – RECURSO PROVIDO”* (fl. 737).

Os embargos de declaração opostos (fls. 754-759) foram rejeitados (fls. 761-764).

2.Nas razões do RE, a recorrente sustenta, em síntese, que o acórdão recorrido *“ofendeu duplamente a letra da Constituição da Republica: de um lado, legitimou a usurpação, pelo recorrido, de competência privativa da União, confundindo totalmente a disciplina constitucional das competências federal e municipal (artigos 21, XI, 22, IV, e 30, I, II, e VIII); de outro, criou injustificável exceção ao principio constitucional da legalidade tributaria (artigo 150, I)”* (fl. 872).

3.Admitido o recurso na origem (fls. 1.083-1.084), subiram os autos.

4.O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial do recurso, e nessa parte, pelo seu improvimento (fls. 1.134-1.142).

5.Assiste razão à recorrente. O acórdão recorrido divergiu do recente entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581.947/RO, rel. Min. Eros Grau, unânime, DJe 08.06.2010:

*“RECURSO EXTRAORDINARIO. RETRIBUICAO PECUNIARIA. COBRANCA. TAXA DE USO E OCUPACAO DE SOLO E ESPACO AEREO. CONCESSIONARIAS DE SERVICO PUBLICO. DEVER-PODER*

*E PODERDEVER. INSTALACAO DE EQUIPAMENTOS NECESSARIOS A PRESTACAO DE SERVICO PUBLICO EM BEM PUBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLACAO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUICAO DO BRASIL.*

*1. As empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário a execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.*

*2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo.*

*3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha e a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.*

*4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários a prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo a extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar.*

*5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV].*

*Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná.”*

6. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, estando o acórdão recorrido em confronto com a orientação firmada por esta Corte, **dou provimento** ao recurso extraordinário para restabelecer a sentença de fls. 591-599. Sem honorários (art. 25 da Lei 12.016/2009).

Publique-se.

Brasília, 19 de agosto de 2010.

Ministra Ellen Gracie

Relatora

(Decisão publicada no DJe de 26/08/2010, p. 112/113).

**ICMS. PAUTA FISCAL EM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.  
JUSTIFICAÇÃO DO VALOR ESCOLHIDO. NECESSIDADE.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO 632.847

ORIGEM :MS - 93992005 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADU-  
AL

PROCED. :MATO GROSSO

RELATOR :MIN. JOAQUIM BARBOSA

AGTE.(S) :ESTADO DO MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO  
MATO GROSSO

AGDO.(A/S) :QUALLY PELLE LTDA

ADV.(A/S) : FULVIA SOARES DE OLIVEIRA

**DECISÃO:** Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição) o qual tem como violado o art. 150, § 7º, da Constituição federal.

O acórdão recorrido considerou inválido o cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS baseado na utilização de *pautas fiscais*, na medida em que ao contribuinte teria sido negada a oportunidade para insurgir-se adequadamente contra os valores fixados.

Assim, o Tribunal de origem concedeu parcialmente a ordem, para determinar que o cálculo do ICMS seguisse o valor registrado nas respectivas notas fiscais.

Nos termos da regra da legalidade e dos princípios da capacidade contributiva e da vedação do uso de tributo com efeito de confisco (arts. 145, § 1º, 150, I e IV da Constituição), o cálculo do valor devido a título de tributo deve guardar estrita correspondência com a grandeza econômica expressa no fato gerador. A utilização de presunções e ficções legais somente tem cabimento nas hipóteses expressamente autorizadas em lei e, em princípio, não podem exasperar a carga tributária de modo a anular ou amesquinhar a vantagem econômica proveniente da atividade.

Em outras palavras, a utilização da pauta fiscal deve ser motivada, e faz parte de tal motivação registro da idoneidade dos meios utilizados para se chegar aos valores presumidos para compor a base de cálculo do tributo.

A estrita pertinência entre o valor presumido e a expressão econômica do fato gerador já estava presente por ocasião do julgamento da ADI

1.851 (rel. min. Ilmar Galvão). Para ilustrar, aponto os seguintes trechos do voto do ministro-relator:

*“Trata-se de regime [refere-se à substituição tributária] a que, na prática, somente são submetidos produtos com preço de revenda final previamente fixado pelo fabricante ou importador, como e o caso de veículos e cigarros; ou tabelados pelo Governo, como acontecia até recentemente com os combustíveis, e como acontece com a energia elétrica etc.; razão pela qual são eventualmente poderão verificar-se excessos de tributação.*

[...]

*Ao fazê-lo [instituir o regime de substituição tributária], cuidou o legislador de prefixar uma base de cálculo cuja estimativa se aproxime o mais possível da realidade, ajustando o respectivo valor as leis do mercado, para não onerar o contribuinte e tampouco prejudicar o Fisco.*

[...]

*A escolha da fase preliminar resulta, assim, de opção legislativa, mas não e arbitrária, porque só tem cabimento se o evento assim considerado atender ao requisito da necessidade em relação ao evento final (inexistindo este inexistira o fato gerador); se o referido evento já apresenta elementos que permitam prever com certo grau de certeza o evento final (fato gerador); e se a dimensão pecuniária imposta no momento da antecipação e proporcional a dimensão final que resultara da ocorrência do fato tributável”. (grifei).*

Em nenhum momento esta Corte chancelou qualquer caráter absoluto para a pauta fiscal, ao arbítrio do ente tributante.

No caso em exame, o acórdão recorrido registra expressamente a inadequação dos valores eleitos para figurar na pauta fiscal:

*“Como visto do Procedimento Administrativo colacionado aos autos, a autoridade coatora ao ser requestada a se manifestar, quedou-se inerte, sem elucidar a sua decisão. Se não bastasse, em nenhum momento não [sic] teve a impetrante oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa.*

[...]

*Por fim, infere-se que a autoridade coatora, por mais vezes editou novas Portarias alterando os valores dos itens da pauta fiscal, sem critério econômico-financeiro, num intervalo de apenas 2 meses, como se vê das Portarias nso 096/05 e 110/2005 (fls. 346/347). O que demonstra a insubsistência do seu ato” (Fls. 80-81)*

*Assim, nos termos pretendidos pelo estado-agravante, a reforma do acórdão recorrido pressupõe reexame dos fatos e provas que fundamentaram a decisão. Isso inviabiliza o processamento do recurso, ante a vedação contida no enunciado da Sumula 279 desta Corte.*

Ante o exposto, com base no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento.

Publique-se.

Brasília, 10 de agosto de 2010.

Ministro **JOAQUIM BARBOSA**

Relator

(Decisão publicada no DJe de 30/08/2010, p. 57).

Ementas

### **DENÚNCIA ESPONTÂNEA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO MEDIANTE COMPENSAÇÃO. LEGALIDADE.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009.70.00.000099-6/PR

RELATOR : Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK

APELANTE : TRADENER LTDA/

ADVOGADO : Flavio Zanetti de Oliveira

APELADO : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO MEDIANTE DCTF E COMPENSAÇÃO DECLARADA À RECEITA FEDERAL. EXCLUSÃO DA MULTA. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. O pagamento espontâneo do tributo, antes de qualquer ação fiscalizatória da Fazenda Pública, acrescido dos juros de mora previstos na legislação de regência, enseja a aplicação do art. 138 do CTN, eximindo o contribuinte das penalidades decorrentes de sua falta.

2. O art. 138 do CTN não faz distinção entre multa moratória e multa punitiva, aplicando-se o favor legal da denúncia espontânea a qualquer espécie de multa.

3. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, declarados em DCTF e pagos com atraso, o contribuinte não pode invocar o art. 138 do CTN para se exonerar da multa de mora, consoante a Súmula nº 360 do STJ. Tal entendimento deriva da natureza jurídica da DCTF, GFIP ou outra declaração com idêntica função, uma vez que, formalizando a existência do crédito tributário, possuem o efeito de suprir a necessidade de constituição do crédito por meio de lançamento e de qualquer ação fiscal para a cobrança do crédito.

4. Todavia, enquanto o contribuinte não prestar a declaração, mesmo que recolha o tributo extemporaneamente, desde que pelo valor integral, permanece a possibilidade de fazer o pagamento do tributo sem a multa moratória, pois nesse caso inexistente qualquer instrumento supletivo da ação fiscal.

5. A exegese firmada pelo STJ é plenamente aplicável às hipóteses em que o tributo é pago com atraso, mediante PER/DCOMP, antes de qualquer procedimento do Fisco e, por extensão, da entrega da DCTF. A declaração de compensação realizada perante a Receita Federal, de acordo com a redação do art. 74 da Lei nº 9.430/96, dada pela Lei nº 10.637/2002, extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. Até que o Fisco se pronuncie sobre a homologação, seja expressa ou tacitamente, no prazo de cinco anos, a compensação tem o mesmo efeito do pagamento antecipado.

6. Em face da posição consolidada no Superior Tribunal de Justiça, tratando-se de pagamentos efetuados após 09.06.2005, o prazo de prescrição conta-se da data do pagamento indevido; ao passo que, tratando-se de recolhimentos feitos antes de 09.06.2005, a prescrição segue a sistemática adotada antes da vigência da LC nº 118/2005, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

7. Uma vez que a multa, por força do art. 113, § 1º, do CTN, recebe o mesmo tratamento jurídico da obrigação tributária principal, é possível a compensação. Saliento que, relativamente aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, admite-se a compensação com débitos oriundos de quaisquer tributos e contribuições administrados por este órgão, de acordo com a nova redação do art. 74 da Lei nº 9.430/96, dada pela Lei nº 10.637, de 30-12-2002.



1. O imposto de renda pessoa física somente incide sobre rendimentos ou proventos, ou seja, sobre a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica que não tenha natureza indenizatória.

2. O fato de o empregador ter resolvido, por mera liberalidade, recompensar o trabalhador pelo período em que prestou serviços, não altera a natureza jurídica da verba recebida.

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 19 de maio de 2010.

(Ementa publicada no DJe de 01/06/2010, p. 270).

### **REDUÇÃO DE CAPITAL DA CONTROLADORA COM ENTREGA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA NA CONTROLADA NO EXTERIOR. EMPREGO DE VALOR EM FAVOR DA BENEFICIÁRIA. AUSÊNCIA DE RENDA.**

Processo nº 10680.009474/2009-09

Recurso nº 155.950 Voluntário

Acórdão nº 1103-00.207 - 1ª Câmara/3ª Turma Ordinária

Sessão de 19 de maio de 2010

Matéria IRPJ/CSLL

Recorrente: NAVEGANTES EMPREENDIMENTOS LTDA.

Recorrida: 3ª Turma da DRJ/BELO HORIZONTE

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-Calendário: 2001

Ementa:

#### **NULIDADE DO LANÇAMENTO – ERRO NA CAPITULAÇÃO LEGAL**

Seja a descrição fática quanto a jurídica, e, assim, o fundamento, o motivo ou a motivação se encontram claros, assim como os dispositivos legais e infralegais a eles correspondentes. Nesse quadro, a indicação da capitulação

legal equivocada evidência mero erro material. E disso não se divisa nenhum prejuízo ao direito de reação do recorrente. Nulidade inexistente.

#### NULIDADE DO LANÇAMENTO COMPLEMENTAR – OFENSA AO ART. 906 DO RIR/99

Não houve reexame da escrita contábil e fiscal e nem de documentos no procedimento efetuado pela autoridade administrativa ativa, e que desembocou no lançamento complementar. Inexistência de nulidade.

#### REDUÇÃO DE CAPITAL DA CONTROLADORA COM ENTREGA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA NA CONTROLADA NO EXTERIOR - EMPREGO DE VALOR EM FAVOR DA BENEFICIÁRIA.

Emprego do valor, em favor da beneficiária, na forma e no contexto do item '4' da alínea 'b' do § 2º do art. 1º da Lei 9.532/97, significa: emprego, pela controlada no exterior (investida), ainda que por exercício do poder de controle da controladora no Brasil, mediante entrega de seu investimento, implique um ato de pagamento pela controladora significaria – além de agredir a dicção legal – que a controlada permanece com a obrigação de pagar (por ato seu) aquilo que já está pago (por ato da controlada, se pagamento fosse a entrega do investimento).

A entrega de participação societária no exterior, pela controladora no Brasil, em favor de seu sócio não é emprego, pela controlada no exterior, de seu lucro em favor da controladora no Brasil.

#### TAXA DE CÂMBIO PARA CONVERSÃO DE LUCROS DA CONTROLADA NO EXTERIOR.

Se houvesse os fatos geradores de IRPJ e de CSLL, a taxa de câmbio utilizável seria a de venda de 31/12/00, para o lucro da controlada no ano-calendário de 2000, e a taxa de câmbio de venda de 31/10/01, para o lucro da controlada no ano-calendário de 2001 (apurado até 31/10/01), conforme o art. 25, § 4º, da Lei 9.249/95 c/c o art. 19 da Medida Provisória 1.858-6/99.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a in-

## JURISPRUDÊNCIA

tegrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Mário Sérgio Gomes Barroso, quanto à disponibilização de lucros no exterior.

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA – Presidente

MARCOS TAKATA – Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Aloysio Percínio da Silva (Presidente), Hugo Correia Sotero, Mário Sérgio Gomes Barroso, Marcos Shiguelo Takata (Relator), Gervasio Recktenvald, Eric Moraes de Castro e Silva.

(Ementa publicada no DOU de 12.07.2010).

**SERVIÇO DE PRATICAGEM. EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS. IMUNIDADE DE COFINS. ALCANCE.**

Numeração Única: 0000111-40.2001.4.01.3700

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2001.37.00.000113-9/MA

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO

EMBARGANTE: SERVPRAT - SERVICOS DE PRATICAGEM DA BAIÁ DE SAO MARCOS LTDA

ADVOGADO: JOSE CAVALCANTE DE ALENCAR JUNIOR E OUTROS(AS)

EMBARGADO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: LUIZ FERNANDO JUCA FILHO

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. LEI 9.715/98. APLICABILIDADE. ANTERIORIDADE MITIGADA. CONTAGEM A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA PRIMEIRA MEDIDA PROVISÓRIA (MP 1.212/1995). SÚMULA 343 DO STF. INAPLICABILIDADE.

I. A Lei 9.537/1997 definiu como prático o aquaviário não-tripulante que presta serviços de praticagem embarcado, sendo que o serviço de praticagem consiste no conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante requeridas por força de peculiaridades locais que difi-

culthem a livre e segura movimentação da embarcação (art. 2º, XV, e art. 12 da Lei 9.537/1997).

II. A mens legis da isenção da COFINS, determinada no art. 6º, II, da Lei 10.833/2003 (redação dada pela Lei 10.865/2004), não se limitou simplesmente ao favorecimento das exportações, mas sim ao ingresso de divisas, visando, inclusive, evitar que as exportações sejam oneradas por tributos na origem, em obediência ao princípio de que a incidência de tributos deve ocorrer no destino, para não haver exportação de tributos.

III. Tal concepção foi erigida à condição de imunidade constitucional (art. 149, § 2º, I, da CF/1988), estimuladora da atividade de exportação, norma que deve ser interpretada na compreensão conceitual (REsp.1059041/RS) - AGTAG 2009.01.00.023749-8/MG, 7ª Turma do TRF1, Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, *e-DJFI* de 18/09/2009, p. 374.

IV. As regras tributárias que dispõem sobre isenção devem ser interpretadas literalmente (art. 111, II, do CTN). Assim, apesar de constar a regra de isenção em legislação que trata do tema importação/exportação (Lei 10.865/2004), assim como constar expressamente a exportação nos incisos I e III do art. 6º da Lei 10.833/2003, o inciso II prevê como requisitos à isenção requerida, unicamente, que os serviços sejam prestados para pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas. Não pode o exegeta ampliar os pré-requisitos à isenção, sob pena de tornar a regra inócua.

V. A utilização de agente ou representante do transportador estrangeiro como intermediário para a realização do serviço de praticagem não tem o condão de afastar a regra de isenção, uma vez que o destinatário final do serviço é a pessoa física ou jurídica residente no exterior, não o intermediário.

VI. O fato de que o serviço deve ser pago em moeda nacional não desconstitui a prestação de serviços à pessoa física ou jurídica residente no exterior, pois configurada a entrada de divisas pelo pagamento do serviço prestado. Por determinação legal o pagamento de serviço realizado no País não pode se dar por moeda estrangeira, mas sim pelo correspondente em moeda nacional.

VII. A COFINS não incide sobre receitas decorrentes de serviços de praticagem prestados para pessoa física ou jurídica residente ou do-

## JURISPRUDÊNCIA

miciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas, nos termos do art. 6º, II, da Lei 10.833/2003.

VIII. Embargos infringentes a que se dá provimento, para prevalecer o voto vencido.

### ACÓRDÃO

Decide a Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto da Relatora.

Brasília/DF, 21 de junho de 2010.

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Relatora

(Ementa publicada no *e-DJF1* de 26/07/2010)

### **ARROLAMENTO SUMÁRIO *POST MORTEM*. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA ISENÇÃO DO ITCMD. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 179, DO CTN.**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.150.356 - SP (2009/0142439-2)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX  
RECORRENTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADOR: MARIA DE LOURDES SAMPAIO SEABRA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : MARIA MARCÁCIO RODRIGUES  
ADVOGADO: CLAUDIA VALERIA DE MELO

### **EMENTA**

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. ARROLAMENTO SUMÁRIO *POST MORTEM*. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA ISENÇÃO DO ITCMD. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 179, DO CTN.

1. O juízo do inventário, na modalidade de arrolamento sumário, não detém competência para apreciar pedido de reconhecimento da isenção do ITCMD (Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de quaisquer Bens ou Direitos), à luz do disposto no *caput* do artigo 179, do CTN, *verbis*:

*“Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para concessão. (...)”*

2. Como cediço, a abertura da sucessão (morte do autor da herança) reclama a observância do procedimento especial de jurisdição contenciosa denominado “inventário e partilha”, o qual apresenta dois ritos distintos: “*um completo, que é o inventário propriamente dito (arts. 982 a 1.030) e outro, sumário ou simplificado, que é o arrolamento (arts. 1.031 a 1.038)*” (Humberto Theodoro Júnior, *in* “Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais”, Vol. III, 36ª Ed., Ed. Forense, pág. 240).

3. O artigo 1.013, do CPC, rege o procedimento para avaliação e cálculo do imposto de transmissão *causa mortis* no âmbito do inventário propriamente dito, assim dispondo:

*“Art. 1.013. Feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório e, em seguida, a Fazenda Pública.*

*§ 1º Se houver impugnação julgada procedente, ordenará o juiz novamente a remessa dos autos ao contador, determinando as alterações que devam ser feitas no cálculo.*

*§ 2º Cumprido o despacho, o juiz julgará o cálculo do imposto.”*

4. Conseqüentemente, em sede de inventário propriamente dito (procedimento mais complexo que o destinado ao arrolamento), compete ao Juiz apreciar o pedido de isenção do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis*, a despeito da competência administrativa atribuída à autoridade fiscal pelo artigo 179, do CTN (Precedentes do STJ: **REsp 138.843/RJ**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 08.03.2005, DJ 13.06.2005; **REsp 173.505/RJ**, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19.03.2002, DJ 23.09.2002; **REsp 143.542/RJ**, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado

em 15.02.2001, DJ 28.05.2001; **REsp 238.161/SP**, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.09.2000, DJ 09.10.2000; e **REsp 114.461/RJ**, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 09.06.1997, DJ 18.08.1997).

5. É que a prévia oitiva da Fazenda Pública, no inventário propriamente dito, torna despiciendo o procedimento administrativo, máxime tendo em vista o teor do artigo 984, do CPC, *verbis*:

*“Art. 984. O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas.”*

6. Por seu turno, os artigos 1.031 e seguintes, do CPC, estabelecem o procedimento a ser observado no âmbito do arrolamento sumário, cujo rito é mais simplificado que o do arrolamento comum previsto no artigo 1.038 e o do inventário propriamente dito, não abrangendo o cálculo judicial do imposto de transmissão *causa mortis*.

7. Deveras, o caput (com a redação dada pela Lei 7.019/82) e o § 1º (renumerado pela Lei 9.280/96) do artigo 1.031, do CPC, preceituam que a partilha amigável (celebrada entre partes capazes) e o pedido de adjudicação (formulado por herdeiro único) serão homologados de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas.

8. Entrementes, o artigo 1.034, do CPC (com a redação dada pela Lei 7.019/82), determina que, “no arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio” (*caput*), bem como que “o imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros” (§ 2º).

9. Outrossim, é certo que, antes do trânsito em julgado da sentença de homologação da partilha ou adjudicação (proferida no procedimento de arrolamento sumário), inexiste intervenção da Fazenda Pública, a qual, contudo, condiciona a expedição dos respectivos formais, à luz do disposto no § 2º, do artigo 1.031, do CPC, *verbis*:

*“Art. 1.031. (...)*

*§ 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos. (Incluído pela Lei nº 9.280, de 30.5.1996)”*

**8.** Consectariamente, nos inventários processados sob a modalidade de arrolamento sumário (nos quais não cabe o conhecimento ou a apreciação de questões relativas ao lançamento, pagamento ou quitação do tributo de transmissão *causa mortis*, bem como tendo em vista a ausência de intervenção da Fazenda até a prolação da sentença de homologação da partilha ou da adjudicação), revela-se incompetente o Juízo do inventário para reconhecer a isenção do ITCMD, por força do disposto no artigo 179, do CTN, que confere, à autoridade administrativa, a atribuição para aferir o direito do contribuinte à isenção não concedida em caráter geral.

**9.** Ademais, prevalece o comando inserto no artigo 192, do CTN, segundo o qual *“nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas”*, impondo-se o sobrestamento do feito de arrolamento sumário até a prolação do despacho administrativo reconhecendo a isenção do ITCMD.

**10.** Assim, falecendo competência ao juízo do inventário (na modalidade de arrolamento sumário), para apreciar pedido de reconhecimento de isenção do ITCMD, impõe-se o sobrestamento do feito até a resolução da *quaestio* na seara administrativa, o que viabilizará à adjudicatária a futura juntada da certidão de isenção aos autos.

**12.** Recurso especial fazendário provido, anulando-se a decisão proferida pelo Juízo do inventário que reconheceu a isenção do ITCMD. 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, dar pro-

## JURISPRUDÊNCIA

vimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

(Ementa publicada no DJe de 25/08/2010)

### **TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE.**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.947

ORIGEM :AC - 10000520050074836 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL

PROCED. :RONDÔNIA

RELATOR :MIN. EROS GRAU

RECTE.(S) :MUNICÍPIO DE JI-PARANÁ

ADV.(A/S) :SILAS ROSALINO DE QUEIROZ

RECDO.(A/S) :CENTRAIS ELÉTRICAS DE RONDÔNIA S/A CERON

ADV.(A/S) :DÉCIO FREIRE E OUTRO(A/S)

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei municipal nº 1.199/2002, de Ji-Paraná/RO. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Ricardo Almeida Ribeiro da Silva e, pela recorrida, a Dra. Carla Severo Batista Simões. Plenário, 27.05.2010.

**EMENTA:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVERPODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.

2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo.

3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tão grande é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.

4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar.

5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, *b*] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV].

Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná.

(Ementa publicada no DJe de 27/08/2010, p. 29/30).

Soluções de Consulta

Coordenadoria Geral de Tributação

**SOLUÇÃO DE CONSULTA N. 4, DE 16 DE JUNHO DE 2010**

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

EMENTA: IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA (IRPJ) E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL). PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. CONTROLES. METODOLOGIA DE CÁLCULO DA RELAÇÃO PERCENTUAL A QUE SE REFERE O CAPUT DO ART. 19, DA LEI No- 9.430, DE 1996. O modelo de preços de transferência preconizado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), adequado aos países filiados à common law, traz maior liberdade interpretativa por parte do aplicador da norma, face às especificidades do caso concreto, em detrimento, nas hipóteses de inoportunidade de Acordos Prévios de Preços ou de margens, de uma maior segurança jurídica quanto ao tratamento tributário que será impingido ao contribuinte, vez que não há estipulação prévia de quaisquer margens, quanto aos métodos Resale Price Method (RPM) ou Cost Plus Method (CPM). O modelo brasileiro, em contrapartida, oferece, quanto ao aspecto em comento, maior segurança jurídica quanto ao tratamento tributário incidente, em detrimento de uma maior liberdade interpretativa por parte dos aplicadores da norma, seja porque a matéria em questão pode repercutir, de maneira relevante, sobre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, seja porque o crédito tributário é indisponível, seja porque a temática em questão é afeta aos limites da estrita legalidade. Há que se interpretar o modelo brasileiro de preços de transferência de forma atenta a estas ordens de considerações, sob pena de que suas balizas demarcatórias se fragilizem, e, em consequência, tornem-se os controles pátrios absolutamente ineficazes. A relação percentual de 90% (noventa por cento) a que se refere o caput do art. 19 da Lei No- 9.430, de 1996, tem o condão de desobrigar o contribuinte, sujeito aos controles de preços de transferência, do ônus de comprovar ao Fisco, por meio de cálculos de preços parâmetros, a inoportunidade de manipulações de preços de exportação, merecedoras de correção das bases de cálculo dos mencionados tributos. Pela constatação de que a adequação a este limite pode repercutir negativamente sobre as referidas bases de cálculo, vez que dispensa o contribuinte do cálculo de preços parâmetros para exportações, há impossibilidade de que se calcule a relação percentual

tual em questão com base em operações de exportação e de comercialização no mercado interno que não envolvam os mesmos bens, sob pena de a relação percentual em comento ser manipulada, em detrimento das bases tributáveis brasileiras. A comparação entre o valor médio praticado em operações de exportação a vinculadas e aquele praticado no mercado interno, para fins de verificação quanto à adequação aos limites do caput do art. 19, da Lei No- 9.430, de 1996, não poderá incluir bem(s) comercializado(s) apenas em um dos mercados, ainda que sob a alegação de que há especificidades contratuais que condicionem a atividade operacional da pessoa jurídica brasileira em operações de exportação, sob pena de se compararem grandezas diferentes, e, em consequência, os valores médios de exportação não representarem, de forma fidedigna, o comportamento tido como de mercado pela legislação brasileira. O cálculo da relação percentual em questão poderá ser feito com base em cestas de produtos, desde que haja uma lógica econômica a impor a junção de diferentes produtos nas respectivas cestas, uma delimitação clara dos objetos, preços e condições contratuais das operações cotejadas, bem assim que se componham elas por todos e pelos mesmos bens, podendo as diferentes condições de pagamento das respectivas operações serem sopesadas, na forma do que estabelecem os atos infralegais pertinentes, para tornar as comparações confiáveis. Não existe previsão na legislação pátria para consideração de um modelo de negócio, com várias operações distintas, como sendo uma cesta de produtos. Com efeito, a legislação se refere a comparação de operações por tipo de produto (item ou itens transacionados em uma operação única) e não por modelo(s) de negócios, que venham a ser empreendidos em exportações e no mercado doméstico.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Arts. 19, caput, e 48 da Lei No- 9.430, de 27 de dezembro de 1.996; arts. 15, 16 e 18 da Instrução Normativa SRF No- 243, de 11 de novembro de 2002; Instrução Normativa SRF No- 740, de 2007.

FERNANDO MOMBELLI  
Coordenador-Geral

(Solução de Consulta publicada no DOU 1 de 24.06.2010, p. 18).

