

JURISPRUDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA

Inteiro teor

TRIBUTÁRIO. ANULAÇÃO DE DECISÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS MEDIANTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5006973-93.2013.404.7108/RS

RELATOR : MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE
REL. ACÓRDÃO : Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
APELANTE : INDUSTRIA DE CALCADOS WEST COAST
 : LTDA
ADVOGADO : José Luís Mossmann Filho
APELANTE : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACÓRDÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. ALEGAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. DESCONSTITUIÇÃO. DESCABIMENTO.

1. O Processo Administrativo Fiscal, no âmbito federal, é regido pelo Decreto nº 70.235/72, o qual trata da determinação e exigência dos créditos tributários da União. Nele estão regulados os trâmites de todas as fases processuais administrativas, desde a impugnação à

Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, aos recursos cabíveis ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Aplicam-se, também, as disposições da Lei nº 9.784/99.

2. As decisões definitivas proferidas em processo administrativo, em certas situações, são suscetíveis de revisão pelo Poder Judiciário. Essas decisões são vinculantes e imutáveis para a Administração, que não dispõe de meios para reabrir a controvérsia examinada perante o Poder Judiciário. Vincula a Administração, por ser decisão da própria Administração. Não vincula o contribuinte, que tem a garantia de acesso ao Poder Judiciário.

3. Admitir que a Fazenda Nacional ou o Ministério Público possam pedir a anulação de decisão do CARF, sob o fundamento de estar dissociado da verdade real e desconsiderar provas, é tornar esse órgão inútil, retirando-lhe a razão de existir, que é dar a solução final acerca da validade do lançamento tributário. Isso fica evidente em face da constatação de que as referidas instituições, sobretudo a Fazenda, estariam obrigadas a submeter ao crivo do Poder Judiciário todas as decisões do CARF que implicassem o afastamento ou a redução do valor do tributo originalmente exigido, pois não poderia ficar a depender de um juízo de conveniência a escolha dos casos que seriam submetidos ao Judiciário.

4. Não se pode suprimir o poder legalmente exercitado pela Administração e tornar o procedimento administrativo inútil, desnecessário, e o que é pior, com desperdício de tempo e de dinheiro. Na prática, o contribuinte, ao impugnar o lançamento e, posteriormente, interpor recurso administrativo, obtendo decisão favorável, estaria apenas protelando o desfecho do litígio com a Fazenda.

5. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é um órgão colegiado, paritário, que possui prerrogativas semelhantes às do Poder Judiciário. Assim, suas decisões somente podem ser desconstituídas quando comprovado dolo, fraude ou simulação, o que não se alegou no caso.

JURISPRUDÊNCIA

Processo nº 11065.721097/2011-11, acórdão 3401-001.969, por ausência de fundamentação idônea, ratificando-se o lançamento, constituição e respectiva cobrança do crédito tributário, nos termos da decisão proferida pela Delegacia de Julgamento de Porto Alegre, com condenação da contribuinte ao pagamento do crédito tributário. Subsidiariamente, postulou fosse determinado à União proferir novo julgamento pelo CARF. Atribuiu à causa o valor de R\$ 2.086.737,66 (evento 1).

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença julgando parcialmente procedente o pedido para: (a) declarar a nulidade do acórdão nº 3401-001.969, proferido pela 4ª Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; e (b) condenar a União à prolação de novo acórdão no processo nº 11065.721097/2011-11 (evento 24).

Apelou a União, sustentando que: (a) não se caracteriza a defesa de interesses difusos, assim compreendidos aqueles transindividuais de natureza indivisível, de titularidade de pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato; (b) há vedação expressa no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85 para a propositura de ação civil pública veiculando pretensão referente a tributos; (c) o CARF decidiu dentro dos limites de sua atribuição, tendo fundamentado adequadamente a decisão recorrida e valorado as provas produzidas, embora em sentido contrário à pretensão do Fisco; (d) foram analisadas as circunstâncias da criação da empresa Sunbelt, sua contabilidade e o controle dos serviços de industrialização, concluindo-se pela validade do procedimento; (e) a maior ou menor extensão do julgado não serve como parâmetro da sua qualidade, não se caracterizando ausência de motivação (evento 34).

A Indústria de Calçados West Coast Calçados Ltda. também apelou, argumentando que: (a) o relatório da decisão da instância administrativa

examinou todos os pontos objeto da discussão; (b) inexistente matéria a embasar eventual recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional junto à Câmara Superior de Recursos Fiscais; (c) ultrapassada toda a fase de controle da legalidade do ato administrativo de lançamento, ocorre a preclusão, de modo a garantir estabilidade às relações Estado-contribuinte; (d) se o Judiciário adentrar o mérito administrativo, estará violando frontalmente o princípio da segurança jurídica; (e) não pode a Administração Tributária Federal buscar, por outros meios (no caso, uma demanda travestida de Ação Civil Pública), desconstituir decisão de sua lavra. Requereu seja permitido o prequestionamento dos artigos 80 e 81 da Lei nº 9.430/96, 156, inciso IX, da Lei nº 5.172/66 e 5º, incisos XXXVI e LV, da CF/88 (evento 36).

Em contrarrazões, o Ministério Público Federal argüiu a intempestividade do apelo da West Coast Calçados Ltda. (evento 54).

Remetidos os autos a esta instância, o agente ministerial aqui oficiante opinou pelo desprovimento das apelações (evento 5).

VOTO

Inicialmente, cumpre analisar a alegada intempestividade do apelo apresentado pela Indústria de Calçados West Coast Ltda.

A referida empresa opôs, em 25-10-2013, embargos de declaração em face da sentença ora atacada (evento 33) e, em 20-11-2013, antes mesmo de serem julgados os aclaratórios (o que só veio a ocorrer em 07-12-2013, evento 37), protocolou recurso de apelação (evento 36).

O “Parquet”, em contrarrazões, suscita a extemporaneidade, visto que o prazo para recorrer fora interrompido pela oposição de embargos de

declaração e, quando protocolado o apelo, o prazo ainda não voltara a fluir.

Na verdade, o que se tem é um apelo prematuro, mas não intempestivo, pois a extemporaneidade deve ser entendida como “atraso”, e não como “antecipação”.

A propósito, as preclusões existem para coibir abusos tendentes a retardar a marcha do processo, hipótese que não se verifica no presente feito. Pelo contrário, ao antecipar a apresentação de seu apelo, a empresa contribuiu para a celeridade do feito (art. 5º, LXXVIII, CF/88), não podendo ser penalizada em nome de um formalismo exacerbado.

Rejeita-se, portanto, a prefacial.

Quanto à questão de fundo, tenho que a ilustre agente ministerial, Procuradora da República Márcia Neves Pinto – oficiante nesta instância na qualidade de *custos legis* – bem apreciou a questão, de modo que, para evitar tautologia, tomo a liberdade de transcrever o respectivo parecer, adotando-o como razões de decidir (os destaques são meus):

Inicialmente, não prospera a preliminar de ilegitimidade ativa aventada.

De fato, possível a atuação do Ministério Público em face do Estado, na defesa do patrimônio público, mormente contra ato que renuncia (ilegalmente/inconstitucionalmente) a crédito tributário.

Nesse sentido, precedente do Augusto Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA. PORTARIA (ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO). MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. TUTELA A PATRIMÔNIO PÚBLICO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO STF

(...). 4. *A recente jurisprudência firmada pela Suprema Corte reconhece a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública quando pretende defender a integridade do erário e a higidez do processo de arrecadação tributária, pois apresenta natureza manifestamente metaindividual, e não simples interesses individuais dos contribuintes.* 5. *‘A ação civil pública não pode ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Todavia, se o objeto da demanda é a declaração de nulidade de ato administrativo concreto, nada impede que, como fundamento para a decisão, o juiz exerça o controle incidental de constitucionalidade’ (REsp. Nº 760.034/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 5.3.2009, DJe 18.3.2009).* 6. *O Tribunal concluiu incidentalmente pela inconstitucionalidade do ato administrativo concreto (Portaria 44/04), porquanto afrontou o disposto no art. 155, § 2º, XII, ‘g’, art. 150, § 6º, bem como o princípio da livre concorrência, o que veda sua apreciação por esta Corte, sob pena de usurpação da competência do STF Recursos especiais do DISTRITO FEDERAL e do BANCO DE BRASÍLIA – BRB parcialmente conhecidos, mas improvidos. (REsp. nº1207799/DF, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 03/05/2011);*

No mérito, melhor sorte não socorre aos apelantes.

JURISPRUDÊNCIA

Ao contrário do que argumentam, a despeito de terem sido mencionadas as evidências colhidas no curso do processo administrativo, a fundamentação expendida naquele julgado foi deficiente.

Compulsando a decisão atacada, vislumbra-se que, de fato, ela malfez a exigência constante no artigo 93, X, da Constituição Federal, e os artigos 2º, parágrafo único, VII, e 50, § 1º, ambos da Lei nº 9.784/99, porquanto não expõe motivação suficiente para embasar suas conclusões.

Cumprido transcrever trechos da r. decisão objurgada (evento1 – PROCADM63), os quais evidenciam a fragilidade dos argumentos postos e a inconsistência do decisum:

Para chegar a esse entendimento, a fiscalização baseou-se nas seguintes constatações: a) “forte vínculo familiar” entre os sócios e administradores de ambas as empresas; b) o capital social da Sunbelt é “irrisório para os fins que se propõe”; c) as instalações físicas da Sunbelt distanciam-se aproximadamente 45m das instalações de uma das filiais da West Coast; d) a Sunbelt não possui nenhuma estrutura administrativa no prédio que ocupa, somente parque fabril; e) as máquinas e equipamentos, inclusive, armários, cadeiras etc., utilizados pela Sunbelt em suas atividades são de propriedade da West Coast, que as cede em regime de comodato; f) os encargos de depreciação das máquinas e equipamentos cedidos à Sunbelt são suportados pela West Coast; g) a Sunbelt não possuía nenhum funcionário exercendo a função de mecânico ou de auxiliar de mecânico, funções essas detectadas na folha de pagamento de salários da West Coast, o que sugere que os consertos e a manutenção das máquinas e dos equipamentos utilizados pela Sunbelt ficavam a cargo da West Coast sem que houvesse o repasse daquela para esta por conta de tais serviços; h) a execução dos serviços pela Sunbelt à West Coast se deu mediante “acerto verbal” e que somente a partir de janeiro de 2010 é que passaram a ser formalizados por escrito; i) todas as receitas operacionais da Sunbelt

têm origem nas prestações de serviços realizadas para a West Coast; j) a profissional responsável pela contabilidade e folha de pagamento da West Coast e da Sunbelt era a mesma pessoa, sendo que não havia pagamento desta para aquela por conta de tais serviços, os quais eram executados nas instalações administrativas da West Coast. O mesmo se dava em relação aos sistemas informatizados [hardware e software] utilizados para o registro dos dados contábeis e de folha de pagamento, isto é, seus custos e sua localização eram de exclusividade da West Coast, que, inclusive, valia-se de seus funcionários para tal atividade; k) o custo das refeições fornecidas aos funcionários de ambas as empresas era assumido apenas pela West Coast, sendo que a prestação desse serviço se dava nas instalações desta; l) o contrato de assistência à saúde dos funcionários firmado pela West Coast era extensivo também aos funcionários da Sunbelt; m) todas as funções administrativas da Sunbelt, tais como, contas a receber, contas a pagar, salários, obrigações tributárias, controle de estoque e da produção, faturamento etc., eram realizadas por funcionários registrados na West Coast.

(...)

À rigor, não se verificou por parte da Recorrente qualquer argumentação negando as constatações feitas pela fiscalização e por mim reportadas logo no início do Relatório, as quais listei nas letras “a” a “l”, como, por exemplo, o fato de os administradores e sócios serem comuns a ambas as empresas e possuírem vínculo familiar, a utilização de máquinas e equipamentos mediante a utilização do instituto do comodato, a gerência e administração unificada, as receitas operacionais da Sunbelt terem como origem única os serviços prestados para a West Coast, o capital social da Sunbelt ser de valor irrisório para as atividades propostas, a contratação dos serviços de industrialização se dar de forma verbal etc.

(...)

É que o parágrafo único do artigo 116, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, que poderia

dar sustentação a tal procedimento, ainda está na dependência da edição de lei ordinária, senão vejamos:

“Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

[...].

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

(grifei)

Essa condição, de que a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador seja acompanhada da observância dos procedimentos estabelecidos em lei ordinária, não foi, e nem poderia, cumprida no presente lançamento, de sorte que o mesmo não pode ser aqui referendado.

(...)

a Sunbelt está legalmente constituída junto aos órgãos federais, estaduais e municipais, além, claro, na Junta Comercial Estadual, de sorte que para que se decrete o seu fenecimento, é necessário muito mais que as conclusões lançadas pela fiscalização no presente auto de infração. Some-se a isso o fato de que não se tem notícia nos autos de que a Sunbelt esteja em falta com o cumprimento de suas obrigações tributárias, principais e acessórias, que não tenha sido localizada no endereço indicado, de modo que longe está ela de poder ser taxada como inapta ou inidônea. O procedimento realizado pela fiscalização sob o pretexto de que tratar-se-ia de uma dissimulação não encontra suporte legal na legislação.

É que o parágrafo único do artigo 116, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, que poderia dar sustentação a tal procedimento, ainda está na dependência da edição de lei ordinária, senão vejamos:

“Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

[...].

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

(grifei)

Essa condição, de que a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador seja acompanhada da observância dos procedimentos estabelecidos em lei ordinária, não foi, e nem poderia, cumprida no presente lançamento, de sorte que o mesmo não pode ser aqui referendado.

Ademais disso, algumas das providências adotadas pela autuada na esteira da criação da Sunbelt se, de um lado evidenciam a sua clara, e não vedada por lei, intenção de fugir de um ônus maior no pagamento de tributos e contribuições, de outro, não podem ser consideradas como ilícitas.

Conforme se percebe, o julgador apresentou os fatos que estariam evidenciando que a empresa recorrente estaria praticando dissimulação, consignou acerca da ilegalidade da prática, mas, ao final, apresentou conclusão no sentido contrário, afirmando que os aspectos formais (“a Sunbelt está legalmente constituída junto aos órgãos federais, estaduais e municipais, além, claro, na Junta Comercial Estadual,”) estariam a amparar a legalidade da ação da empresa.

Ora, a dissimulação ocorre justamente quando existe um desacordo entre a vontade interna e a exteriorizada pelo indivíduo, fazendo, assim, nascer um negócio jurídico que somente existe na aparência, sem qualquer correspondência com a realidade.

JURISPRUDÊNCIA

Deste modo, a inconsistência do julgado está justamente no ponto em que afastou-se a regra geral (art. 116, parágrafo único, CTN), deixando de reconhecer a dissimulação, sem adequadamente explicitar a razão pela qual a empresa recorrente não cometeu o ilícito.

O argumento posto (de que a empresa era constituída formalmente), ao contrário, está a albergar a tese acolhida pela primeira instância administrativa, que a empresa infringiu o disposto no art. 116, parágrafo único, CTN.

Assim, verificada a insuficiente motivação do julgado, deve ser mantida a sentença, sendo desprovido o recurso dos réus.

Por outro lado, importante reforçar alguns tópicos.

Ao contrário do que alega a União, o cabimento da ação civil pública foi suficientemente abordado na sentença no momento em que transcrito precedente do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos: “4. A recente jurisprudência firmada pela Suprema Corte reconhece a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública quando pretende defender a integridade do erário e a higidez do processo de arrecadação tributária, pois apresenta natureza manifestamente metaindividual, e não simples interesses individuais dos contribuintes” (destaquei).

Como é possível constatar, não se enfrentou apenas a legitimidade do “Parquet”, mas, também, o cabimento do instrumento processual escolhido para a defesa do patrimônio público.

Não bastasse isso, a matéria tributária é secundária na discussão, a qual tem por foco a nulidade de ato administrativo decorrente da ausência de motivação.

Inexiste, portanto, qualquer afronta aos artigos 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85 e 81, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

No mais, afasta-se a tese esgrimada pela empresa-recorrente no sentido de que a Administração Fazendária estaria se utilizando de interposta pessoa (o Ministério Público Federal) para anular sua própria decisão.

Com efeito, na presente demanda o MPF age na condição de fiscal da lei e representante da sociedade, e não da União, a qual, quisesse anular sua própria decisão, teria recorrido à instância superior ao CAREF.

Não bastasse isso, importante frisar que a irreformabilidade do ato administrativo pressupõe sua legalidade, de modo que a decisão atacada de modo algum afronta os artigos 156, inciso IX, do CTN e 5º, inciso XXXVI, da CF/88.

Por derradeiro, deixo de me manifestar sobre os artigos 80 e 81 da Lei nº 9.430/96 (os quais regulamentam a baixa do CNPJ e a declaração de inaptidão da pessoa jurídica) na medida em que dizem respeito ao mérito da demanda, sendo que a discussão restou restrita à análise da legalidade da decisão administrativa. O mesmo acontece em relação ao art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, eis que o caso não envolve cerceamento de defesa.

Assim, merece ser mantida a bem lançada sentença.

ANTE O EXPOSTO, voto por, em preliminar, afastar a argüição de intempestividade do recurso interposto por Indústria de Calçados West Coast Ltda. e, no mérito, negar provimento às apelações e à remessa oficial.

JURISPRUDÊNCIA

Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE
Relatora

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 21/05/2014
APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5006973-
93.2013.404.7108/RS
ORIGEM: RS 50069739320134047108

RELATOR : Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS
LABARRÈRE
PRESIDENTE : MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE
PROCURADOR : Dra ANDREA FALCÃO DE MORAES
S U S T E N T A Ç Ã O : Dr. José Luís Mossmann Filho representante de
ORAL : Industria de Calçados West Coast Ltda e pedido
de preferência pela Fazenda Nacional
APELANTE : INDUSTRIA DE CALCADOS WEST COAST
LTDA
ADVOGADO : José Luís Mossmann Filho
APELANTE : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 21/05/2014, na seqüência 48, disponibilizada no DE de 12/05/2014, da qual foi intimado(a) UNIÃO – FAZENDA NACIONAL, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 1ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

APÓS O VOTO DA DES. FEDERAL MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE NO SENTIDO DE EM PRELIMINAR, AFASTAR A ARGÜIÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO POR INDÚSTRIA DE CALÇADOS

WEST COAST LTDA E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES E À REMESSA OFICIAL, PEDIU VISTA O DES. FEDERAL JORGE ANTONIO MAURIQUE. AGUARDA O DES. FEDERAL JOEL ILAN PACIRONIK.

PEDIDO DE VISTA : Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
VOTANTE(S) : Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS
LABARRÈRE

LEANDRO BRATKOWSKI ALVES
Diretor de Secretaria

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 20/08/2014
APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5006973-
93.2013.404.7108/RS
ORIGEM: RS 50069739320134047108

RELATOR : Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS
LABARRÈRE
PRESIDENTE : MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE
PROCURADOR : Dra. ANDRÉA FALCÃO DE MORAES
APELANTE : INDUSTRIA DE CALCADOS WEST COAST
LTDA
ADVOGADO : José Luís Mossmann Filho
APELANTE : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 20/08/2014, na seqüência 444, disponibilizada no DE de 07/08/2014, da qual foi intimado(a) UNIÃO – FAZENDA NACIONAL, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

JURISPRUDÊNCIA

Certifico que o(a) 1ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

RETIRADO DE PAUTA.

AUSENTE(S) : Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK

ROSANE PEIXOTO DOS SANTOS BRUM

Diretora Substituta de Secretaria

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5006973-93.2013.404.7108/RS

RELATOR : MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE
APELANTE : INDUSTRIA DE CALÇADOS WEST COAST
 : LTDA
ADVOGADO : José Luís Mossmann Filho
APELANTE : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO-VISTA

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra a União e West Coast Calçados Ltda. objetivando a desconstituição do acórdão nº 3401-001.969 da 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, proferido nos autos do processo nº 11065.721097/2011-11, por ausência de fundamentação idônea. Pretende seja ratificado o lançamento, constituição e respectiva cobrança do crédito tributário, nos termos da decisão proferida pela Delegacia de Julgamento de Porto Alegre, e a condenação da contribuinte ao pagamento do crédito tributário. Subsidiariamente, requer fosse determinado à União proferir novo julgamento pelo CARE.

O pedido foi julgado parcialmente procedente para declarar a nulidade do acórdão nº 3401-001.969, proferido pela 4ª Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e condenar a União à prolação de novo acórdão no processo nº 11065.721097/2011-11.

Apelaram a União e Indústria de Calçados West Coast Calçados Ltda.

A relatora negou provimento aos recursos.

Peço vênia para divergir quanto ao mérito da ação.

O Processo Administrativo Fiscal, no âmbito federal, é regido pelo Decreto nº 70.235/72, o qual trata da determinação e exigência dos créditos tributários da União. Nele estão regulados os trâmites de todas as fases processuais administrativas, desde a impugnação à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, aos recursos cabíveis ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Aplicam-se, também, as disposições da Lei nº 9.784/99.

As decisões definitivas proferidas em processo administrativo, em certas situações, são suscetíveis de *revisão* pelo Poder Judiciário.

Com efeito, essas decisões são vinculantes e imutáveis para a Administração, que não dispõe de meios para reabrir a controvérsia examinada perante o Poder Judiciário. Vincula a Administração, por ser decisão da própria Administração. Não vincula o contribuinte, que tem a garantia de acesso ao Poder Judiciário.

Admitir que a Fazenda Nacional ou o Ministério Público possam pedir a anulação de decisão do CARF, sob o fundamento de estar dissociado da verdade real e desconsiderar provas, é tornar esse órgão inútil, retirando-lhe a razão de existir, que é dar a solução final acerca

da validade do lançamento tributário. Isso fica evidente em face da constatação de que as referidas instituições, sobretudo a Fazenda, estariam obrigadas a submeter ao crivo do Poder Judiciário todas as decisões do CARF que implicassem o afastamento ou a redução do valor do tributo originalmente exigido, pois não poderia ficar a depender de um juízo de conveniência a escolha dos casos que seriam submetidos ao Judiciário.

Esse entendimento é coerente com o Código Tributário Nacional, que, no art. 156, IX, estabelece como causa de extinção do crédito tributário *“a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva, na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória”*.

O dispositivo citado demonstra que os Tribunais Administrativos não são apenas mais uma instância, com decisões que, mesmo na hipótese de êxito, nada significam para o contribuinte.

Não se pode suprimir o poder legalmente exercitado pela Administração e tornar o procedimento administrativo inútil, desnecessário, e o que é pior, com desperdício de tempo e de dinheiro. Na prática, o contribuinte, ao impugnar o lançamento e, posteriormente, interpor recurso administrativo, obtendo decisão favorável, estaria apenas protelando o desfecho do litígio com a Fazenda

Ademais, no caso, a decisão do CARF está em conformidade com os limites legais de sua atribuição e está fundamentada. Conforme salientou a Fazenda Nacional em sua contestação: a) *“houve a efetiva consideração das provas, porém concluindo-se de forma dissonante na sua avaliação”*; b) *“o acórdão recorrido apreciou os fatos levantados, relativos à constituição da empresa Sunbelt, porém, entendeu que o contribuinte autuado agiu dentro dos limites legais”*, e c) restaram *“analisadas as*

circunstâncias de criação da empresa, sua contabilidade, bem como levantados aspectos acerca do controle dos serviços de industrialização realizados, concluindo-se pela validade do procedimento”.

A própria Coordenação do Contencioso Administrativo Tributário – COCAT, por meio de nota justificativa, assinalou que não recorreu administrativamente da decisão proferida pelo CARF, por não encontrar suporte jurisprudencial para o atendimento da sua pretensão.

Desse modo, não vislumbro ofensa ao art. 93, X, da Constituição Federal, e aos arts. 2º, parágrafo único, VII, e 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99.

Ressalte-se que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é um órgão colegiado, paritário, que possui prerrogativas semelhantes às do Poder Judiciário. Assim, suas decisões somente podem ser desconstituídas quando comprovado dolo, fraude ou simulação, o que não se alegou no caso.

De acordo com esse entendimento, de resto, é o disposto no art. 48 da Lei 11.941/2009, com a redação dada pela Lei nº 12.833/2013:

“Art. 48. O Primeiro, o Segundo e o Terceiro Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, bem como a Câmara Superior de Recursos Fiscais, ficam unificados em um órgão, denominado Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com competência para julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos especiais, sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Parágrafo único. São prerrogativas do Conselheiro integrante do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

JURISPRUDÊNCIA

I - somente ser responsabilizado civilmente, em processo judicial ou administrativo, em razão de decisões proferidas em julgamento de processo no âmbito do CARF, quando proceder comprovadamente com dolo ou fraude no exercício de suas funções; e”

Por fim, não se pode considerar ato danoso ao erário a decisão de conselho administrativo que desonera o contribuinte, sob pena de afirmar-se que esses conselhos somente podem manter exigências tributárias e não afastá-las, o que não faz sentido.

Ante o exposto, voto por dar provimento às apelações para julgar improcedente o pedido.

Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 12/11/2014
APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5006973-
93.2013.404.7108/RS
ORIGEM: RS 50069739320134047108

RELATOR : Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS
LABARRÈRE
PRESIDENTE : MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE
PROCURADOR : Dra. CARMEM HESSEL
APELANTE : INDUSTRIA DE CALCADOS WEST COAST
LTDA
ADVOGADO : José Luís Mossmann Filho
APELANTE : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 12/11/2014, na seqüência 346, disponibilizada no DE de 29/10/2014, da qual foi

intimado(a) UNIÃO – FAZENDA NACIONAL, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 1ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, APÓS O VOTO-VISTA DO DES. FEDERAL JORGE ANTONIO MAURIQUE NO SENTIDO DE DAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELO DES. FEDERAL JOEL ILAN PACIORNIK, A TURMA, POR MAIORIA, VENCIDA A RELATORA, DECIDIU DAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO. LAVRARÁ O ACÓRDÃO O DES. FEDERAL JORGE ANTONIO MAURIQUE.

RELATOR ACÓRDÃO : Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
VOTO VISTA : Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
VOTANTE(S) : Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK

LEANDRO BRATKOWSKI ALVES

Diretor de Secretaria

(Sem divulgação da ementa no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região).

IRRF. LUCROS APURADOS EM 1993. DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS A SÓCIO ESTRANGEIRO OCORRIDA APENAS EM 1995. ACORDO CONTRA A BITRIBUTAÇÃO BRASIL-HOLANDA. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À DATA DA REMESSA AO EXTERIOR.

JURISPRUDÊNCIA

EMBARGOS INFRINGENTES (AC) 2005.51.01.002922-5

Nº CNJ : 0002922-69.2005.4.02.5101

RELATOR : DESEMBARGADORA FEDERAL LETICIA MELLO

EMBARGANTE : UNIAO FEDERAL / FAZENDA NACIONAL

EMBARGADO : SWEDISH MATCH DO BRASIL S/A E OUTRO

ADVOGADO : LEANDRO MARTINS PERES E OUTRO

EMBARGADO : SWEDISH MATCH OVERSEAS B V

ADVOGADO : LEANDRO MARTINS PERES E OUTRO

ORIGEM : DÉCIMA QUINTA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

(200551010029225)

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes opostos pela União Federal/Fazenda Nacional contra acórdão não unânime proferido pela 3ª Turma Especializada deste Tribunal, integrado pela decisão de embargos de declaração de fls. 213/216, que deu provimento ao recurso de apelação do particular para reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária consistente no recolhimento do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre lucros auferidos no exercício de 1993 e distribuídos a sócio estrangeiro da empresa no ano de 1995.

De acordo com o voto condutor do acórdão proferido pela e. Relatora, Desembargadora Federal Salete Maria Polita Macalóz, a aquisição de disponibilidade econômica do rendimento, fato gerador do IR, ocorre no momento em que aquele ingressa nos cofres da pessoa jurídica que auferiu o lucro, independente de sua distribuição à empresa sócia-controladora, domiciliada no exterior, ser instantânea ou diferida no tempo.

Nesse diapasão, entende a ilustre magistrada que, embora a Lei n. 8.849/94, texto normativo então vigente, preveja como fato gerador

o ato de “pagar” os dividendos ao sócio estrangeiro, de modo genérico (artigo 2º), sem referência à data de aquisição do lucro que os originou, o Ato Normativo Declaratório n. 03/94 teria esclarecido que o diploma legal alcança apenas os lucros apurados pela pessoa jurídica a partir de 01.01.1994. Este argumento seria reforçado pela previsão constante no artigo 1.028 do Decreto n. 1.041/94 – RIR/94, segundo o qual os tratados internacionais prevalecem na hipótese de conflito com as normas do RIR.

Conclui a e. Relatora afirmando que, tendo em vista que a Lei n. 8.849/94 criou regra mais gravosa para a distribuição de lucros do que a estabelecida na legislação pretérita – Decreto n. 355/91, estaria vedada sua retroação para alcançar lucros auferidos em anos anteriores, sob pena de ofensa ao direito adquirido.

A e. Juíza Convocada Sandra Chalu Barbosa ficou vencida, ao sustentar, em voto vista, que a incidência do IRRF sobre a distribuição de lucros para sócio no exterior deve reger-se pela lei vigente no momento em que realizada a respectiva remessa, a teor do artigo 756, parágrafo único, do RIR/94.

Em seu recurso, a União Federal requer a reforma do acórdão para que prevaleça o voto divergente. Alega que a questão discutida nos autos diz respeito ao IR devido pela empresa holandesa, sócia-controladora da empresa brasileira, relativamente ao lucro distribuído por esta última. Assim, o fato gerador do IR incidente na distribuição do lucro (dividendos) ocorre no momento da remessa, quando então o sócio adquire a disponibilidade jurídica e econômica da renda, o que, no caso, deu-se em fevereiro de 1995, quando já em vigor a Lei n. 8.849/94.

JURISPRUDÊNCIA

Às fls. 227/237, as embargadas apresentam contrarrazões, asseverando que as normas constitucionais e legais não autorizam a retroatividade tributária, devendo a matéria atinente à tributação dos lucros permanecer regida pela disciplina em vigor à época de sua formação. No mais, alega que a embargante defende ponto de vista contrário ao Ato Declaratório n. 03/1994, norma editada por ela própria (União Federal) e que prevê a incidência da Lei n. 8.849/94 somente quanto aos lucros auferidos a partir de 01.01.1994.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal

Relatora

VOTO

Conforme relatado, a solução da controvérsia centra-se em determinar se a remessa dos lucros apurados pela pessoa jurídica brasileira no exercício financeiro de 1993 à empresa sócia-controladora situada no exterior (Holanda), realizada no ano de 1995, sujeita-se, ou não, à incidência do IRRF.

Inicialmente, entendo ser pertinente fazer um breve resumo das datas das operações envolvidas e das normas sobre a matéria em questão, cronologicamente aplicáveis.

A empresa brasileira SWEDISH MATCH DO BRASIL S.A. apurou no exercício de 1993 os lucros mais tarde distribuídos à sócia-controladora holandesa. No momento da apuração dos lucros, estavam em vigor o Decreto n. 355/91 e a Lei n. 8.383/91.

O Decreto n. 355/91, de 03.12.1991, promulgou a Convenção contra a Bitributação celebrada entre o Brasil e os Países Baixos (ora referida como “Convenção Brasil-Holanda”), a qual contempla, em seu artigo 24, a seguinte cláusula de não-discriminação:

“1 - Os nacionais de um Estado Contratante não estão sujeitos, no outro Estado Contratante, a nenhuma tributação ou obrigação correspondentes, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitos os nacionais desse outro Estado, nas mesmas circunstâncias.

2 - A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante tiver no outro Estado Contratante não será menos favorável, nesse outro Estado, do que a das empresas desse outro Estado que exerçam as mesmas atividades. Esta norma não será interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder, às pessoas residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, abatimentos e redução para efeitos fiscais atribuídos aos seus próprios residentes, em função do estado civil e encargos familiares.

3 - As empresas de um Estado Contratante cujo capital, no todo ou em parte, pertença a um ou mais residentes no outro Estado Contratante, ou seja por eles direta ou indiretamente controlado, não estarão sujeitas, no Estado primeiramente mencionado, a qualquer tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as empresas similares desse primeiro Estado.

4 -O termo “tributação” abrange, neste Artigo, os tributos aos quais se aplica esta Convenção”.

Por sua vez, a Lei n. 8.383, se 30.12.1991, com eficácia a partir de 01.01.1992, previa, em seu artigo 75, que não deveria incidir IRRF sobre os lucros (dividendos) distribuídos a pessoas jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil; ao passo em que, no artigo 77, determinava

a incidência do mencionado imposto quando tais rendimentos fossem percebidos por pessoas jurídicas residentes ou domiciliadas no estrangeiro. Clara está, portanto, a diferença de tratamento dispensada pelos dispositivos, em dissonância às normas veiculadas pelo artigo 24 da Convenção.

Tratando-se de conflito real ou aparente entre a legislação interna e os tratados e convenções internacionais, definiu o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do *leading case* representado pelo RE n. 80.004/SE, que as normas contidas nesses diplomas internacionais situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais. Ou seja, não é o critério hierárquico que deve resolver as antinomias entre elas, mas sim o critério cronológico ou o da especialidade, conforme o caso. Mais recentemente, no julgamento da ADI n. 1.480/DF, esta interpretação foi reiterada, admitindo-se, em particular, o exercício do controle concentrado de constitucionalidade de Convenção da OIT.

Em matéria tributária, é preciso observar também o artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN), segundo o qual “*os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*”. A leitura do artigo que mais se coaduna à Constituição Federal, bem assim ao entendimento do STF acima referido, é a de que as normas contidas em tais atos, quando forem mais especiais (especialidade), prevalecem sobre as normas internas, sendo indiferente o fato de a norma interna ser anterior ou posterior ao diploma internacional.

Assim, não há dúvida de que, por ser norma especial, a contida na Convenção contra a Bitributação Brasil-Holanda excepciona a norma geral da Lei n. 8.383/91, nada obstante ser a ela anterior, razão pela qual as remessas de dividendos a sócios localizados na Holanda, ocorridas à

época de sua vigência, não estavam sujeitas ao recolhimento do IRRF.

Por outro lado, à época da distribuição dos lucros (dividendos) da empresa brasileira (SWEDISH MATCH DO BRASIL S.A.) para a sua sócia-controladora situada na Holanda (SWEDISH MATCH OVERSEAS B.V.), ocorrida em fevereiro de 1995, os textos normativos pertinentes em vigor eram a Lei n. 8.849/94; o Decreto n. 1.041/94 – RIR/94; e o Ato Declaratório Normativo n. 03/94, COSIT.

Com o advento da Lei n. 8.849, de 28.01.1994, fruto da conversão da Medida Provisória n. 402/93, os dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, quando creditados a pessoas jurídicas, residentes ou domiciliadas no Brasil, passam a sujeitar-se à incidência do IRRF à alíquota de quinze por cento, no teor literal do artigo 2º.

Isso significa que o tratamento anti-isonômico entre o sócio pessoa jurídica situado no Brasil e aquele situado no exterior, até então existente e combatido pelas cláusulas de não-discriminação contidas nas Convenções contra a Bitributação (a exemplo do artigo 24 da Convenção Brasil-Holanda) deixa de existir. Logo, a regra do artigo 756 do RIR/94, que encontra base legal no artigo 77 da Lei n. 8.383/91, adquire plena eficácia:

“Artigo 756. Estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, os lucros ou dividendos, distribuídos por fonte localizada no País em benefício de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior (Leis nºs 3 470/58, art. 77, e 8.383/91, art. 77).

JURISPRUDÊNCIA

Parágrafo único. A retenção do imposto é obrigatória na data do pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa dos rendimentos (Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 100)”.

Embora a Lei n. 8.849/94 não fizesse qualquer menção expressa sobre a manutenção do regramento a ela anterior no que toca aos lucros auferidos em períodos pretéritos, mas cuja distribuição verificou-se já sob a sua vigência, o Ato Declaratório Normativo n. 03, de 12.01.1994, COSIT, ainda em referência à MP n. 402/93, previu que:

“Ato Declaratório Normativo COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO – COSIT nº 3 de 12.01.1994 (D.O.U.: 14.01.1994)

O disposto no art. 2º da Medida Provisória nº 402, de 29.12.93, aplicar-se-á aos lucros apurados pela pessoa jurídica a partir de 1º de janeiro de 1994.

O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto no art. 2º da Medida Provisória nº 402, de 29 de dezembro de 1993, declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e aos demais interessados, que:

I - a incidências do imposto de renda na fonte quando do pagamento ou crédito, a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no País, de dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, alcança exclusivamente os lucros apurados pela pessoa jurídica a partir de 1º de janeiro de 1994;

II - por conseguinte, os lucros auferidos até 31 de dezembro de 1993, submetem-se as regras aplicáveis à época de sua formação.”

Passo agora ao exame dos elementos necessários à definição do regramento efetivamente aplicável ao caso em questão.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer qual é o fato gerador do IRRF. O artigo 43 do CTN estabelece que o fato gerador do IR *lato sensu* é a *aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda*, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; *e de proventos de qualquer natureza*.

É assente entre os tributaristas que a disponibilidade econômica ocorre no momento em que a renda efetivamente está na posse do contribuinte. Por sua vez, a disponibilidade jurídica se dá quando, embora não tendo ainda a posse dos recursos, o titular já detém o poder de adquiri-la, mediante a tomada de iniciativa ou prática de ato que esteja no seu arbítrio.

Especificamente quanto ao IRRF, dispõe o artigo 100 do Decreto-Lei n. 5.844/43 que a retenção do imposto, de responsabilidade da fonte de origem dos rendimentos, deve ser efetuada quando do *pagamento, crédito, emprego, remessa ou entrega* dos valores ao beneficiário.

Na distribuição de dividendos da pessoa jurídica que auferir lucros a seus sócios, é fácil perceber que há duas situações envolvidas que precisam ser devidamente diferenciadas, pois ambas podem se submeter a incidências distintas do IR (embora, atualmente, a Lei n. 9.249/95 preveja, em seu artigo 10, que o imposto não incidirá sobre a distribuição de lucros ou dividendos).

Uma dessas situações consiste na apuração do lucro pela própria pessoa jurídica, decorrente do exercício de suas atividades, isto é, a aquisição de disponibilidade econômica e jurídica sobre a renda por parte daquela que depois será a “fonte”. Neste momento, os rendimentos, denominados tecnicamente de “lucros”, permanecem na titularidade da empresa que os auferiu, e sobre eles a pessoa jurídica deve recolher o seu próprio IR.

Situação diversa e independente ocorre quando um sócio da pessoa jurídica, no caso específico, o acionista de uma sociedade anônima, recebe os dividendos por ela distribuídos, dividendos estes que se originaram do lucro então apurado. Note-se que somente quando o lucro é distribuído é que o rendimento se desloca do patrimônio da sociedade para o do sócio. Essa remessa de dividendos é apta a deflagrar outra incidência do IR, diferente da primeira, em que o contribuinte do imposto é o sócio.

Embora, como dito, desde 01.01.1996 os lucros e dividendos distribuídos estejam isentos, na forma do artigo 10 da Lei nº 9.249/95, a legislação anterior (Leis nºs 8.383/91 e 8.849/94) previa que seriam tributados e que a fonte pagadora seria a responsável pela retenção e recolhimento do IRRF, à alíquota de 15% (quinze por cento).

Repita-se: tratando-se de acionista de sociedade anônima, só há um acréscimo no seu patrimônio quando este recebe o dividendo. Antes da distribuição dos lucros pela empresa, ele ainda não tem *disponibilidade jurídica* sobre aquela renda, e tampouco *disponibilidade econômica*, mas mera expectativa de recebê-la, o que, aliás, pode nunca vir a acontecer, uma vez que depende de deliberação da empresa.

A questão referente à *disponibilidade jurídica* da renda nessa hipótese específica foi objeto de análise pelo STF no paradigmático julgamento do RE n. 172.058/SC, em que foi declarada a inconstitucionalidade do Imposto sobre o Lucro Líquido (ILL), cuja sistemática pretendia tributar o sócio por ocasião da mera apuração do lucro pela pessoa jurídica, anteriormente a sua distribuição.

Considerando que o lucro apurado pela sociedade integra o patrimônio dela própria e não o do sócio, o STF, por unanimidade, considerou o ILL incompatível com o conceito constitucional de

renda (artigo 153, inciso III, da CRFB/88) e com o artigo 43 do CTN, no que se refere aos acionistas de sociedades anônimas, posto que nelas a distribuição de dividendos é condicionada à manifestação da assembléia-geral, conforme a Lei n. 6.404/76, artigo 132. Já no caso dos sócios-quotistas, entendeu o STF que só há disponibilidade jurídica da renda quando o contrato social garanta a distribuição de lucros aos sócios independentemente de qualquer deliberação social.

No mesmo sentido da jurisprudência do STF, destaca-se a lição, entre outros, de Alberto Xavier:

“Deve-se dizer, aliás, que a solução de considerar como rendimento imediatamente tributável do sócio um lucro que não lhe foi distribuído, conflita abertamente com a definição de fato gerador do imposto de renda, dada pelo art. 43 do Código Tributário Nacional, e segundo o qual este consiste na ‘aquisição de disponibilidade jurídica e econômica da renda’”.¹

Aplicando o mesmo raciocínio ao caso ora em análise, entendo que os rendimentos auferidos pela empresa brasileira relativos ao ano de 1993, neste momento, integravam, exclusivamente, o patrimônio dela própria, inexistindo sobre eles disponibilidade (econômica ou jurídica) da sócia-controladora holandesa. Essa disponibilidade da empresa holandesa, requisito indispensável a sua tributação pelo IRRE, só passa a existir em fevereiro de 1995, quando a distribuição dos lucros é deliberada e realizada pela empresa brasileira.

Se, no exercício de 1993, quando a empresa brasileira apurou os lucros, os dividendos fossem distribuídos à sócia holandesa, não estariam

1. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JURISPRUDÊNCIA

sujeitos à tributação na fonte pelo IR, por força da Convenção Brasil-Holanda. Todavia, em fevereiro de 1995, quando os dividendos foram realmente distribuídos, já se encontrava em pleno vigor a Lei n. 8.849/94, impondo-se a retenção do IRRF à alíquota de 15%.

Indaga-se: se a situação fosse inversa, com previsão de incidência do IRRF em 1993 e desoneração do imposto em 1995, seria possível exigir o pagamento do IRRF pela empresa holandesa em 1993? Evidentemente não, porque naquele esta não tinha a disponibilidade da renda.

O que evidencia que a incidência do IRRF sobre os dividendos distribuídos à empresa holandesa não pode ser regida pela legislação vigente no momento em que a empresa brasileira, simplesmente, apurou seus lucros. É que não se trata de aplicar retroativamente a Lei n. 8.849/94 (em violação aos princípios da irretroatividade e da anterioridade tributária, previstos no artigo 150, inciso III, alíneas *a* e *b*, da CRFB/88), e sim de aplicá-la a fatos geradores ocorridos quando já estava em vigor.

A propósito, confira-se a previsão expressa do artigo 144 do CTN:

“Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”.

Por fim, entendo que o fato de o Ato Declaratório Normativo n. 3/94 dispor que a sistemática de tributação prevista no artigo 2º da Lei n. 8.849/94 só teria aplicação aos lucros apurados pela pessoa jurídica a partir 01.01.1994, não altera a conclusão exposta.

Isso porque, consoante mencionado, a própria Lei n. 8.849/94 nada dispõe a esse respeito e apenas a lei, e não ato infralegal, poderia ressaltar

a aplicação do regramento anterior para os resultados formados até 31.12.1993, sob pena de violação do princípio da legalidade previsto no artigo 150, inciso I, da CRFB/88, e no artigo 97 do CTN.

Mais uma vez, penso que cabe a inversão do raciocínio: o ato normativo editado pelo Poder Executivo poderia estabelecer a incidência de tributo que não estivesse previsto em lei? Não, assim como não pode afastar a incidência de tributo que tenha previsão legal.

Tanto é assim que o artigo 100, inciso I e parágrafo único, do CTN, estabelece que a consequência da observância de ato normativo expedido pelas autoridades administrativas limitar-se-á à exclusão da imposição de penalidades, da cobrança de juros de mora e da atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, e não da obrigação de pagar o tributo previsto em lei. Confira-se o dispositivo:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas.

(...)

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo”.

Ante o exposto, conheço dos embargos infringentes e dou-lhes provimento, fazendo prevalecer o voto vencido proferido pela e. Juíza Convocada Sandra Chalu Barbosa, para negar provimento à apelação interposta por SWEDISH MATCH DO BRASIL S/A e OUTRA, mantendo a sentença que julgou improcedente o pedido de restituição do IRRF incidente sobre a distribuição de dividendos realizada pela mencionada empresa brasileira em fevereiro de 1995.

É como voto.

JURISPRUDÊNCIA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF). LUCROS APURADOS EM 1993. DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS A SÓCIO ESTRANGEIRO OCORRIDA APENAS EM 1995.

1. Conforme a legislação em vigor em 1993, momento da apuração dos lucros pela empresa brasileira, os dividendos porventura distribuídos a sócio situado na Holanda não estavam sujeitos ao IRRF, por força do Decreto n. 355/91, que promulgou a Convenção contra a Bitributação Brasil-Holanda.

2. Todavia, a apuração de lucros pela pessoa jurídica brasileira é fato gerador do IR devido por ela própria, o qual não se confunde com o IR retido na fonte e devido pela sócia holandesa quando do recebimento dos dividendos.

3. O fato gerador do IRRF devido pelo sócio é exatamente a aquisição da disponibilidade econômica e jurídica sobre o dividendo, o que, tratando-se de sociedade anônima, só ocorre no momento em que realizada a distribuição. Precedente do STF.

4. Como a distribuição dos dividendos ocorreu em 1995, aplica-se à hipótese a Lei n. 8.383/91 c/c a Lei n. 8.849/94, as quais previam validamente a incidência do IRRF, calculado à alíquota de 15%, sobre o pagamento de dividendos por empresa brasileira a sócio situado no Brasil e no exterior, a teor do artigo 756 do RIR/94.

4. Por não ter embasamento legal, o Ato Declaratório Normativo COSIT n. 3/94 não é capaz de eximir o contribuinte do recolhimento de tributo devido, excluindo apenas a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo (artigo 100, inciso I e parágrafo único, do CTN).

6. Embargos infringentes conhecidos e providos para negar provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide a 2ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, conhecer os embargos infringentes e dar-lhes provimento, nos termos do voto da Relatora.

Rio de Janeiro, 11/09/2014.

(Ementa no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 2ª Região, disponibilização 19.09.2014, publicação 22.09.2014, p. 448).

EXECUÇÃO FISCAL. ART. 185-A DO CTN. INDISPONIBILIDADE DE BENS E DIREITOS DO DEVEDOR. ANÁLISE RAZOÁVEL DO ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.377.507 - SP (2013/0118318-6)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : ACEMIL ELETRICIDADE LTDA E OUTRO
ADVOGADOS : JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO
PAULO SERGIO DO NASCIMENTO E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 185-A DO CTN. INDISPONIBILIDADE DE BENS E DIREITOS DO DEVEDOR. ANÁLISE RAZOÁVEL DO ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR. NECESSIDADE.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que a indisponibilidade de bens e direitos autorizada pelo art. 185-A do CTN depende da observância dos seguintes requisitos: (i) citação do devedor tributário; (ii) inexistência de pagamento ou apresentação de bens à penhora no prazo legal; e (iii) a não localização de bens penhoráveis após esgotamento das diligências realizadas pela Fazenda, caracterizado quando houver nos autos (a) pedido de acionamento do Bacen Jud e consequente determinação pelo magistrado e (b) expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito – DENATRAN ou DETRAN.
2. O bloqueio universal de bens e de direitos previsto no art. 185-A do CTN não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do Sistema BacenJud, disciplinada no art. 655-A do CPC.
3. As disposições do art. 185-A do CTN abrangerão todo e qualquer bem ou direito do devedor, observado como limite o valor do crédito tributário, e dependerão do preenchimento dos seguintes requisitos: (i) citação do executado; (ii) inexistência de pagamento ou de oferecimento de bens à penhora no prazo legal; e, por fim, (iii) não forem encontrados bens penhoráveis.
4. A aplicação da referida prerrogativa da Fazenda Pública pressupõe a comprovação de que, em relação ao último requisito, houve o esgotamento das diligências para localização de bens do devedor.
5. Resta saber, apenas, se as diligências realizadas pela exequente e infrutíferas para o que se destinavam podem ser consideradas suficientes a permitir que se afirme, com segurança, que não foram encontrados bens penhoráveis, e, por consequência, determinar a indisponibilidade de bens.

6. O deslinde de controvérsias idênticas à dos autos exige do magistrado ponderação a respeito das diligências levadas a efeito pelo exequente, para saber se elas correspondem, razoavelmente, a todas aquelas que poderiam ser realizadas antes da constrição consistente na indisponibilidade de bens.

7. A análise razoável dos instrumentos que se encontram à disposição da Fazenda permite concluir que houve o esgotamento das diligências quando demonstradas as seguintes medidas: (i) acionamento do Bacen Jud; e (ii) expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito -DENATRAN ou DETRAN.

8. No caso concreto, o Tribunal de origem não apreciou a demanda à luz da tese repetitiva, exigindo-se, portanto, o retorno dos autos à origem para, diante dos fatos que lhe forem demonstrados, aplicar a orientação jurisprudencial que este Tribunal Superior adota neste recurso.

9. Recurso especial a que se dá provimento para anular o acórdão impugnado, no sentido de que outro seja proferido em seu lugar, observando as orientações delineadas na presente decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região).

JURISPRUDÊNCIA

Compareceu à sessão, a Dra. Flavia Palmeira de Moura Coelho, pela Fazenda Nacional.

Brasília, 26 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins
Presidente

Ministro Og Fernandes
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.377.507 - SP (20130118318-6)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado (e-STJ, fls. 268/269):

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DO EXECUTADO. ARTIGO 185-A DO CTN. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. MEDIDA QUE DEVE SER APLICADA SOMENTE EM CASOS EXCEPCIONAIS.

1. Para que se adote a medida excepcional e extrema de decretação da indisponibilidade dos bens e direitos dos executados, devem ser observados requisitos exigidos pela jurisprudência.
2. Da análise dos documentos acostados aos autos, extrai-se que não houve, nos autos subjacentes, esgotamento das diligências para

localização de bens passíveis de penhora, especialmente com relação aos co-executados (sócios).

3. Portanto, ao menos por ora, a situação que se apresenta não se enquadra na hipótese excepcional justificadora da decretação de indisponibilidade de bens.

4. Agravo legal a que se nega provimento.

Os embargos de declaração opostos na sequência (e-STJ, fls. 273/280) foram rejeitados, nos termos da decisão de e-STJ, fls. 282/288, cuja ementa segue abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. IRREGULARIDADE FORMAL NÃO APONTADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, DÚVIDA OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, revolvendo questões já adequadamente apreciadas.

2. O órgão julgador não precisa pronunciar-se sobre cada alegação lançada no recurso, sobretudo quando os fundamentos do decisum são de tal modo abrangentes que se tornam desnecessárias outras considerações.

3. No tocante ao pretendido prequestionamento, o entendimento do STJ é no sentido de seu cabimento na hipótese de haver necessidade de o tema objeto do recurso ser examinado pela decisão atacada, o que foi observado por ocasião do julgamento, razão pela qual tal pretensão também não é acolhida.

4. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

Alega a recorrente, nas razões do especial, violação do art. 185-A do CTN, ao fundamento de que, mesmo diante dos requisitos previstos nesse dispositivo (quais sejam, citação do devedor, ausência

JURISPRUDÊNCIA

de pagamento, não apresentação de bens à penhora e infrutífera localização de bens penhoráveis), as instâncias ordinárias negaram pedido formulado pela Fazenda para bloquear bens e direitos do devedor para fins indisponibilidade.

Sem contrarrazões, conforme certidão de e-STJ, fl. 304.

O recurso especial foi admitido na origem como representativo da controvérsia (e-STJ, fls. 306/309).

Em decisão de e-STJ, fl. 321, admitiu-se o processamento do feito como representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC e Resolução STJ n.08/2008.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal apresentou parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Moacir Guimarães Morais Filho, opinando pelo “conhecimento e provimento do recurso especial” (e-STJ, fls. 327/336).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.377.507 - SP (20130118318-6)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Na origem, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ajuizou a Ação de Execução Fiscal n. 4.84908 contra a ACEMIL Eletricidade Ltda., com vistas à satisfação dos créditos tributários constantes das CDAs nºs 35.479.586-4; 35.479.587-2; 35.479.592-9; 35.534.148-4, no valor de R\$ 346.982,12 (trezentos e quarenta e seis mil novecentos e oitenta e dois reais e doze centavos).

Tendo em vista a informação de que foi decretada a falência da empresa executada, o Juízo de primeiro grau deferiu pedido formulado pela parte exequente para incluir os sócios Celso Luiz Piva e Milton Amaro Marcelino no polo passivo da execução (e-STJ, fl. 120).

O executado Celso Luiz Piva opôs exceção de pré-executividade, que ficou indeferida nos termos das decisões de e-STJ, fls. 173, 189/196 e 199/206.

Em seguida, a parte exequente requereu a indisponibilidade dos bens dos executados, até o limite do débito, acrescido de custas processuais e demais encargos legais, atualizados monetariamente, com fundamento no art. 185-A (e-STJ, fls. 214/216), o que foi indeferido tanto pelo Juízo de primeira instância (e-STJ, fl. 214) como pelo TRF da 3ª Região (e-STJ, fls. 247/250 e 264/269), este último sob os seguintes fundamentos:

- (i) para que se adote a medida excepcional e extrema de decretação da indisponibilidade dos bens e direitos dos executados, devem ser observados os requisitos exigidos pela jurisprudência; e
- (ii) da análise dos documentos acostados aos autos, extrai-se que não houve, nos autos subjacentes, esgotamento das diligências para localização de bens passíveis de penhora, especialmente com relação aos coexecutados (sócios).

Sustenta a recorrente ter realizado as diligências que estavam ao seu alcance, sendo elas, contudo, infrutíferas. E que, por essa razão, entende ser caso do bloqueio cautelar de bens previsto no art. 185-A do CTN, ante a não localização de bens passíveis de penhora.

Dito isso, passa-se à análise da tese repetitiva e, na sequência, à aplicação do resultado ao caso concreto.

Busca-se, nos presentes autos, interpretar a legislação federal nos termos em que foi prequestionada nas instâncias ordinárias com as seguintes finalidades: (i) saber se, para que o juiz determine a indisponibilidade dos bens e direitos do devedor, na forma do art. 185-A do CTN, faz-se necessária a comprovação do exaurimento dos meios disponíveis

para localização de bens penhoráveis por parte do credor; e (ii) definir quais diligências devem ser razoavelmente exigidas da Fazenda para que se considerem esgotados os meios de busca de bens.

Registre-se, de logo, que não se trata, simplesmente, da penhora *on-line*, mas de pretensão voltada ao bloqueio de bens a fim de lhes tornar indisponíveis, nos termos do art. 185-A do CTN.

Naqueles casos (penhora *on-line*), esta Corte Superior já firmou orientação, sob o rito do art. 543-C do CPC, no sentido de que, “após o advento da Lei n. 11.382/2006, o Juiz, ao decidir acerca da realização da penhora *on-line*, não pode mais exigir a prova, por parte do credor, de exaurimento de vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados” (REsp 1.112.943/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 23/1/2010).

Feita essa consideração, tem-se que a solução da controvérsia perpassa, primeiramente, pela análise do *caput* do art. 185-A do CTN, nos termos seguintes:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

Antes de adentrar nos requisitos desse artigo, importante deixar claro que ele foi inserido no CTN em capítulo que estabelece garantias e

privilégios do crédito tributário, ou seja, medidas que, por razões de interesse público, buscam aumentar a probabilidade de pagamento pelo devedor (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 645; CARNEIRO, Cláudio. Curso de direito tributário e financeiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 212, p. 757).

A leitura do dispositivo, portanto, deve ser realizada sob essa perspectiva, sob pena de impossibilitar a real intenção do legislador complementar, qual seja, aumentar as chances de satisfação do crédito tributário.

Quanto aos requisitos, infere-se do art. 185-A do CTN que a ordem judicial para a decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor ficou condicionada aos seguintes: (i) citação do executado; (ii) inexistência de pagamento ou de oferecimento de bens à penhora no prazo legal; e, por fim, (iii) não forem encontrados bens penhoráveis.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL. ART. 185-A DO CTN. IMPOSSIBILIDADE, DIANTE DA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO CONTRIBUINTE/DEVEDOR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para se decretar a indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN, esta Corte já orientou que é indispensável que (a) o devedor tributário seja devidamente citado; (b) não pague o tributo, nem apresente bens a penhora; e (c) o esgotamento das diligências promovidas com a finalidade de encontrar patrimônio que possa ser judicialmente constrito, o que não se verifica no caso concreto,

já que o contribuinte não foi sequer citado. Precedente: AgRg no AG 1.164.948/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 2/2/2011.

2. Não há, nas razões recursais da recorrente, qualquer argumento relevante a justificar a medida extrema requerida com fundamento no art. 798 do CPC, visto que a exequente não aponta em qualquer atitude do contribuinte o intuito de causar ao direito da Fazenda Pública lesão grave e de difícil reparação.

3. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1409433/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3/12/2013, DJe 18/12/2013)

Ainda sobre o tema, especificamente em relação ao último requisito – não localização bens penhoráveis – a orientação das Turmas que integram a Primeira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o credor deve comprovar o esgotamento das diligências aptas à localização dos bens do devedor, quando pretender a indisponibilidade de bens e direitos. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO - BLOQUEIO DE BENS - ART. 185-A DO CTN - NÃO ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS - DIVERGÊNCIA FÁTICA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A INSURGÊNCIA RECURSAL - SÚMULA 7/STJ.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando a Corte de origem obrigada a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. Esta Corte firmou o entendimento de que a determinação de indisponibilidade de bens e direitos prevista no art. 185-A do CTN pressupõe que o exequente comprove o esgotamento de diligências para a localização de bens do devedor.

3. O Tribunal de origem, com base no arcabouço probatório, concluiu que a exequente não esgotou todas as diligências aptas a possibilitar o bloqueio de bens do devedor. Rever essa afirmação implica adentrar em matéria fática, vedada pela Súmula 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 343.969/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 31/2/2013)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 185-A DO CTN. ESGOTAMENTO DOS MEIOS NECESSÁRIOS PARA BUSCA DE BENS PENHORÁVEIS. NECESSIDADE.

1. “O bloqueio universal de bens e de direitos, previsto no art. 185-A do CTN, não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do Sistema BacenJud, disciplinada no art. 655-A do CPC (redação conferida pela Lei n. 11.382/2006). Aquele bloqueio incide na hipótese em que ‘o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis’, e abrangerá todo e qualquer bem ou direito do devedor, observado como limite o valor do crédito tributário, se verificado o concurso dos requisitos previstos no art. 185-A do CTN. Consoante a jurisprudência do STJ, a aplicação da referida prerrogativa da Fazenda Pública pressupõe a comprovação do esgotamento das diligências para localização de bens do devedor” (AgRg no REsp 1.356.796/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7.3.2013, DJe de 13/3/2013).

2. Na via especial, não cabe a análise de tese recursal que demande a revisão dos elementos fático-probatórios insertos nos autos.

Inteligência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 421.994/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 6/12/2013)

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 185-A DO CTN. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS DESTINADAS À LOCALIZAÇÃO DE BENS.

1. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à necessidade de comprovação do esgotamento de diligências para localização de bens do devedor, a fim de que se possa determinar a indisponibilidade de bens e direitos prevista no art. 185-A do CTN, o que impede o conhecimento da insurgência também pelo dissídio pretoriano invocado. Precedentes: AgRg no REsp 1.341.860/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 24/06/2013 e AgRg no REsp 1.328.132/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 21/02/2013.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 428.902/BA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 28/11/2013)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 185-A DO CTN. INDISPONIBILIDADE DE BENS E DIREITOS DO DEVEDOR. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR. NECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “A jurisprudência desta Corte é firme quanto à necessidade de comprovação do esgotamento de diligências para localização de bens do devedor, a fim de que se possa determinar a indisponibilidade de bens e direitos prevista no art. 185-A do CTN” (AgRg no REsp 1.202.428/BA, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 10/4/13).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1341860/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/6/2013, DJe 24/6/2013)

Falta saber, apenas, se as diligências realizadas pela exequente, e infrutíferas para o que se destinavam, podem ser consideradas suficientes a permitir que se afirme, com segurança, que não foram encontrados bens penhoráveis, e, por consequência, determinar a indisponibilidade de bens.

Para tanto, exige-se do magistrado ponderação a respeito das diligências levadas a efeito pela exequente, para saber se elas correspondem, razoavelmente, a todas aquelas que poderiam ser realizadas extrajudicialmente antes da constrição consistente na indisponibilidade de bens requerida no âmbito do Poder Judiciário.

Assim, cabe a este Tribunal Superior, no exercício da interpretação da legislação federal que lhe compete, delimitar o que seria razoável exigir do credor, a título de diligências, para fins de atendimento ao pedido de indisponibilidade de bens fundado no art. 185-A do CTN. Importante considerar, contudo, o que se disse acima a respeito desse dispositivo, no sentido de que o legislador complementar o inseriu no CTN com a seguinte finalidade: aumentar a probabilidade de satisfação do crédito tributário.

Sob essa ótica, tem-se que a análise dos meios que possibilitam a identificação de bens em nome do devedor e que se encontram à disposição da Fazenda permite concluir que o acionamento do Bacen Jud e a expedição de ofícios aos registros públicos de bens no cartório do domicílio do executado são medidas extrajudiciais razoáveis a se exigir do Fisco, quando este pretender a indisponibilidade de bens do devedor.

Essa, inclusive, é a orientação constante de preciso voto sobre o tema, da lavra do Ministro Herman Benjamin, nos termos seguintes (AgRg no Ag 1429330/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 22/8/2012, DJe 3/9/2012):

JURISPRUDÊNCIA

Entende-se como “esgotamento de diligências” o uso dos meios ordinários que possibilitam a localização de bens e direitos de titularidade da parte executada. Por exemplo, o acionamento do sistema Bacen Jud e a expedição de ofícios aos registros públicos de bens para que informem se há patrimônio em nome do devedor.

Por outro lado, não se pode exigir que a Fazenda Pública expeça ofícios a todos os registros de imóveis do País. A razoabilidade impõe que tal medida seja adotada no cartório do domicílio do executado.

Além dessas medidas, tem-se ainda por razoável, ao meu sentir, a exigência de prévia expedição de ofício ao Departamento de Trânsito Nacional ou Estadual (DENATRAN ou DETRAN), pois se houver um veículo na titularidade do executado - na época em que se vive, inimaginável que alguém não tenha um veículo automotor -, facilmente se identificará por intermédio do RENAVAN (Registro Nacional de Veículos Automotores).

Assim, com base na jurisprudência deste Tribunal Superior e na fundamentação supramencionada, firma-se orientação, para fins do art. 543-C do CPC e da Resolução 8STJ, no sentido de que a indisponibilidade de bens e direitos autorizada pelo art. 185-A do CTN depende da observância dos seguintes requisitos: (i) citação do devedor; (ii) inexistência de pagamento ou apresentação de bens à penhora; e (iii) a não localização de bens penhoráveis após esgotamento das diligências realizadas pela Fazenda, caracterizado quando houver nos autos (a) pedido de acionamento do Bacen Jud e consequente determinação pelo magistrado e (b) a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito - DENATRAN ou DETRAN.

Passa-se, portanto, à análise do caso concreto, à luz da orientação supramencionada.

Verifica-se dos autos que o executado foi devidamente citado e que não houve pagamento ou apresentação de bens à penhora.

No que se refere ao terceiro requisito - não localização de bens penhoráveis -, o Tribunal de origem resumiu-se a dizer que, “da análise dos documentos acostados aos autos, extrai-se que não houve, nos autos subjacentes, esgotamento das diligências para localização de bens passíveis de penhora, especialmente com relação aos coexecutados (sócios)” (e-STJ, fl. 266). Constata-se desse fundamento, contudo, a inexistência de qualquer indicação a respeito das medidas já realizadas pela Fazenda Nacional, nem daquelas que a Corte *a quo* entenderia como suficientes para caracterizar o esgotamento das diligências e, por consequência, determinar a indisponibilidade de bens.

Desse modo, considerando que o Tribunal de origem apreciou a demanda sem explicitar quais diligências teriam sido realizadas e quais entenderia serem necessárias, este Tribunal Superior encontra-se impossibilitado de aplicar a tese que ora se firma, razão pela qual o retorno dos autos à origem é medida que se impõe, para que a instância ordinária reaprecie a controvérsia, mas agora com suporte na orientação estabelecida neste recurso especial.

Registre-se, por oportuno, não ser o caso de aplicação da Súmula 7 deste Tribunal, uma vez que os fatos submetidos à apreciação nas instâncias ordinárias foram julgados com base em premissas diversas daquelas que ora se estabelecem neste julgado.

Adotem-se as providências relativas à Resolução 8/2008 do STJ, inclusive a comunicação aos Presidentes de todos os TRFs.

JURISPRUDÊNCIA

Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão impugnado, para que outro seja proferido em seu lugar, observando as orientações delineadas no presente voto.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 20130118318-6 PROCESSO REsp 1.377.507/SP
ELETRÔNICO

Números Origem: 00419228420094030000 1890120040022184
200903000419220 2009233835 419228420094030000 484908

PAUTA: 26/1/2014

JULGADO: 26/1/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : ACEMIL ELETRICIDADE LTDA E OUTRO
ADVOGADOS : JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO
PAULO SERGIO DO NASCIMENTO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO – Contribuições

SUSTENTAÇÃO ORAL

Compareceu à sessão, a Dra. FLAVIA PALMEIRA DE MOURA COELHO, pela Fazenda Nacional.

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região).

(Ementa disponibilizada no DJe de 01/12/2014).

Decisões monocráticas

ACORDO BRASIL-JAPÃO PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO DA RENDA. REMESSA DE VALORES A TÍTULO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS SEM TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA. NÃO-INCIDÊNCIA DO IRRE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017107-47.2014.4.03.0000/SP

2014.03.00.017107-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : YAMAHA MOTOR DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : SP078507 ILIDIO BENITES DE OLIVEIRA ALVES e outro
AGRAVADO(A) : União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE GUARULHOS > 19ªSSJ > SP
No. ORIG. : 00101928920134036119 2 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por YAMAHA MOTOR DO BRASIL LTDA. em face de decisão que, em ação ordinária, indeferiu o pedido de tutela antecipada em que se visava obstar a exigência da retenção na fonte do imposto de renda sobre remessas de valores a título de remuneração de serviços técnicos sem transferência de tecnologia.

Alega a agravante, em síntese, que as remessas de valores a título de prestação de serviço, sem transferência de tecnologia, realizadas por empresas estrangeiras sem estabelecimento permanente no Brasil, não podem sofrer a incidência do IRRF, de acordo com o Tratado Brasil-Japão para evitar bitributação, o art. 98 do CTN e o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº. 5/2014.

Deferiu-se o pedido de antecipação da tutela recursal.

Regularmente intimada, a parte agravada apresentou contraminuta, pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

Decido.

O Relator está autorizado a dar provimento a recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (artigo 557, § 1º-A do Código de Processo Civil).

É o caso dos autos.

Quando da análise do pedido de efeito suspensivo, assim restou decidido:

“Neste primeiro e provisório exame inerente ao momento processual, vislumbro a presença dos requisitos para a concessão da antecipação da tutela postulada.

Compulsando os autos, verifica-se que a ora agravante celebrou com a empresa Yamaha Motor CO. LTD. contrato de prestação de serviço de natureza técnico-administrativa, sem transferência de tecnologia, e pretende afastar o recolhimento de imposto de renda retido na fonte sobre valores pagos em decorrência do aludido contrato por força do disposto na

“Convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre rendimentos, com o Japão”, promulgada pelo Decreto n. 61.899/1967.

Cinge-se, portanto, a controvérsia, à definição de qual é o Estado competente para tributar os valores pagos em decorrência dos citados contratos, se o da empresa contratante (Brasil) ou o da contratada (Japão), de acordo com convenção firmada entre os Estados.

Insta destacar que tem prevalecido, em nosso sistema constitucional, o entendimento de que o tratado e a lei federal gozam da mesma hierarquia normativa, prevalecendo, desse modo, a norma que for editada posteriormente – seja lei ou tratado –, de acordo com a teoria dualista.

Sobre o assunto, confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

(...)

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

- Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex

posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

(...)”

(STF, ADI-MC nº 1.480, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ 18/05/2001)

Por outro lado, é cediço que a Lei n. 9.779/1999 e o Ato Declaratório Normativo COSIT n. 1/2000 assim dispõem, no que tange à incidência do imposto de renda:

Lei n. 9.779/1999

“Art. 7º - Os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.”

Ato Declaratório Normativo COSIT 01/2000

“I - As remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia sujeitam-se à tributação de acordo com o art. 685, inciso II, alínea “a”, do Decreto nº 3.000, de 1999.

II - Nas Convenções para Eliminar a Dupla Tributação da Renda das quais o Brasil é signatário, esses rendimentos classificam-se no artigo Rendimentos não Expressamente Mencionados, e, conseqüentemente, são tributados na forma do item I, o que se dará também na hipótese de a convenção não contemplar esse artigo.

III - Para fins do disposto no item I deste ato, consideram-se contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia aqueles não sujeitos à averbação ou registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI e Banco Central do Brasil.”

Já a Convenção celebrada por Brasil e Japão prevê o seguinte:

“ARTIGO 5

- 1) *Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante são tributáveis somente nesse Estado Contratante a menos que a empresa realize negócios no outro Estado Contratante por intermédio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa realizar negócios na forma indicada, os seus lucros são tributáveis no outro Estado Contratante, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.*
- 2) *Quando uma empresa de um Estado Contratante realizar negócios no outro Estado Contratante, através de um estabelecimento permanente aí situado, em cada um dos Estados Contratantes serão atribuídos a esse estabelecimento permanente os lucros que porventura teria caso constituísse uma empresa distinta e isolada, ocupando-se das mesmas atividades ou de atividades semelhantes sob condições idênticas ou análogas, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.*
- 3) *Na determinação dos lucros de um estabelecimento permanente, serão permitidas as deduções de despesas que sejam realizadas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo, despesas de administração e encargos gerais de direção assim realizados.*
- 4) *Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente se este se houver limitado a comprar mercadorias para a empresa.*
- 5) *Para efeito dos parágrafos anteriores, os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente serão determinados todos os anos segundo o mesmo método, a não ser que existam motivos válidos e suficientes para proceder de forma diferente.*
- 6) *Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos especialmente regulados noutros artigos da presente Convenção, o disposto em tais preceitos não será afetado pelo presente artigo.”*

Do cotejo entre as normas acima expostas – e sem perder de vista que, em matéria tributária, “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que

lhes sobrevenha” (art. 98 do CTN) -, entendendo, nesse juízo de cognição não exauriente, que os valores pagos pela agravante por força dos supracitados contratos, que não envolvam a transferência de tecnologia, não estão sujeitos à retenção do imposto de renda. Assim, a princípio, a tributação de tais valores deve observar a regra contida no supratranscrito Artigo 5 da Convenção.

Sobre o assunto, confirmam-se os seguintes precedentes, relativos a casos análogos ao tratado no presente recurso:

“TRIBUTÁRIO. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO. BRASIL-ALEMANHA E BRASIL-CANADÁ. ARTS. VII E XXI. RENDIMENTOS AUFERIDOS POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À EMPRESA BRASILEIRA. PRETENSÃO DA FAZENDA NACIONAL DE TRIBUTAR, NA FONTE, A REMESSA DE RENDIMENTOS. CONCEITO DE “LUCRO DA EMPRESA ESTRANGEIRA” NO ART. VII DAS DUAS CONVENÇÕES. EQUIVALÊNCIA A “LUCRO OPERACIONAL”. PREVALÊNCIA DAS CONVENÇÕES SOBRE O ART. 7º DA LEI 9.779/99. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ART. 98 DO CTN. CORRETA INTERPRETAÇÃO.

1. A autora, ora recorrida, contratou empresas estrangeiras para a prestação de serviços a serem realizados no exterior sem transferência de tecnologia. Em face do que dispõe o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, segundo o qual “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade em outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado”, deixou de recolher o imposto de renda na fonte.

2. Em razão do não recolhimento, foi autuada pela Receita Federal à consideração de que a renda enviada ao exterior como contraprestação por serviços prestados não se enquadra no conceito de “lucro da empresa

estrangeira”, previsto no art. VII das duas Convenções, pois o lucro perfectibiliza-se, apenas, ao fim do exercício financeiro, após as adições e deduções determinadas pela legislação de regência. Assim, concluiu que a renda deveria ser tributada no Brasil – o que impunha à tomadora dos serviços a sua retenção na fonte -, já que se trataria de rendimento não expressamente mencionado nas duas Convenções, nos termos do art. XXI, verbis: “Os rendimentos de um residente de um Estado Contratante provenientes do outro Estado Contratante e não tratados nos artigos precedentes da presente Convenção são tributáveis nesse outro Estado”.

3. Segundo os arts. VII e XXI das Convenções contra a Bitributação celebrados entre Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, os rendimentos não expressamente mencionados na Convenção serão tributáveis no Estado de onde se originam. Já os expressamente mencionados, dentre eles o “lucro da empresa estrangeira”, serão tributáveis no Estado de destino, onde domiciliado aquele que recebe a renda.

4. O termo “lucro da empresa estrangeira”, contido no art. VII das duas Convenções, não se limita ao “lucro real”, do contrário, não haveria materialidade possível sobre a qual incidir o dispositivo, porque todo e qualquer pagamento ou remuneração remetido ao estrangeiro está – e estará sempre – sujeito a adições e subtrações ao longo do exercício financeiro.

5. A tributação do rendimento somente no Estado de destino permite que lá sejam realizados os ajustes necessários à apuração do lucro efetivamente tributável. Caso se admita a retenção antecipada – e portanto, definitiva – do tributo na fonte pagadora, como pretende a Fazenda Nacional, serão inviáveis os referidos ajustes, afastando-se a possibilidade de compensação se apurado lucro real negativo no final do exercício financeiro.

6. Portanto, “lucro da empresa estrangeira” deve ser interpretado não como “lucro real”, mas como “lucro operacional”, previsto nos arts. 6º, 11 e 12 do Decreto-lei n.º 1.598/77 como “o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica”, ai incluído, obviamente, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados.

7. *A antinomia supostamente existente entre a norma da convenção e o direito tributário interno resolve-se pela regra da especialidade, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional.*

8. *O art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio *lex specialis derogat generalis*, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção.*

9. *A norma interna perde a sua aplicabilidade naquele caso específico, mas não perde a sua existência ou validade em relação ao sistema normativo interno. Ocorre uma “revogação funcional”, na expressão cunhada por HELENO TORRES, o que torna as normas internas relativamente inaplicáveis àquelas situações previstas no tratado internacional, envolvendo determinadas pessoas, situações e relações jurídicas específicas, mas não acarreta a revogação, *stricto sensu*, da norma para as demais situações jurídicas a envolver elementos não relacionadas aos Estados contratantes.*

10. *No caso, o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá deve prevalecer sobre a regra inserta no art. 7º da Lei 9.779/99, já que a norma internacional é especial e se aplica, exclusivamente, para evitar a bitributação entre o Brasil e os dois outros países signatários. Às demais relações jurídicas não abarcadas pelas Convenções, aplica-se, integralmente e sem ressalvas, a norma interna, que determina a tributação pela fonte pagadora a ser realizada no Brasil.*

11. *Recurso especial não provido.”*

(STJ, REsp n. 1.161.467, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1/6/12)

“DIREITO TRIBUTÁRIO. TRATADOS INTERNACIONAIS. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. ARTIGO 7º, LEI 9.779/99. HONORÁRIOS. SERVIÇOS PRESTADOS NO EXTERIOR EMPRESA ESTRANGEIRA. CONTRATANTE BRASILEIRA.

REMESSA AO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA NO PAÍS DE DESTINO.

1. *Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que tratados internacionais, regularmente incorporados ao direito nacional, não têm superioridade hierárquica sobre o direito interno, assim a definição da norma a prevalecer, em caso de antinomia, sujeita-se à verificação da efetiva revogação, ou não, da anterior pela posterior.*

2. *Caso em que se postula a aplicação de acordos internacionais, destinados a evitar a dupla tributação, em matéria de imposto de renda e capital, firmados pelo Brasil com: Alemanha (Decreto Legislativo 92/75 - f. 84/102), Argentina (Decreto Legislativo 74/81 - f. 103/119v), Áustria (Decreto Legislativo 95/75 - f. 120/136), Bélgica (Decreto Legislativo 76/72 - f. 137/154v), Canadá (Decreto Legislativo 28/85 - f. 155/164v), Chile (Decreto Legislativo 331/03 - f. 165/185), Espanha (Decreto Legislativo 76.975/76 - f. 185/201v), França (Decreto Legislativo 87/71 - f. 202/218), Itália (Decreto Legislativo 77/79 - f. 219/237), Japão (Decreto Legislativo 43/67 - f. 238/252), Portugal (Decreto Legislativo 188/01 - f. 253v/271v), e República Tcheca e Eslováquia (Decreto Legislativo 11/90 - f. 272/280).*

3. *Os tratados internacionais dispõem, basicamente, que “Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um*

estabelecimento permanente. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos do presente acordo, as disposições desses artigos não serão afetadas pelo presente artigo.”

4. Para defender a incidência do imposto de renda, em casos que tais, a PFN invocou o Ato Declaratório Normativo COSIT 01/2000, e o artigo 7º da Lei 9.779/1999. Dispõe o primeiro, no que ora releva: “I - As remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia sujeitam-se à tributação de acordo com o artigo 685, II, alínea ‘a’, do Decreto nº 3.000/99; II - Nas Convenções para Eliminar a Dupla Tributação da Renda das quais o Brasil é signatário, esses rendimentos classificam-se no artigo Rendimentos não Expressamente Mencionados, e, conseqüentemente, são tributados na forma do item I, o que se dará também na hipótese de a convenção não contemplar esse artigo”.

5. Todavia, ato normativo da Administração não cria hipótese de incidência fiscal e, além disso, a situação nela disciplinada refere-se apenas à serviços técnicos, não equivalentes aos que são discutidos na presente ação. Já o artigo 7º da Lei 9.779/1999 estabelece que “os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento”.

6. Não houve revogação dos tratados internacionais pelo artigo 7º da Lei 9.779/1999, pois o tratamento tributário genérico, dado pela lei nacional, às remessas a prestadores de serviços domiciliados no exterior, qualquer que seja o país em questão, não exclui o específico, contemplado em lei

convencional, por acordos bilaterais. Embora a lei posterior possa revogar a anterior (“lex posterior derogat priori”, o princípio da especialidade (“lex specialis derogat generalis”) faz prevalecer a lei especial sobre a geral, ainda que esta seja posterior, como ocorreu com a Lei 9.779/1999.

7. Acordos internacionais valem entre os respectivos subscritores e, assim, tem caráter de lei específica, que não é revogada por lei geral posterior, daí porque a solução do caso concreto encontra-se, efetivamente, em estabelecer e compreender o exato sentido, conteúdo e alcance da legislação convencional, a que se referiu a inicial. Esta interpretação privilegia, portanto, o entendimento de que, embora não haja hierarquia entre tratado e lei interna, não se pode revogar lei específica anterior com lei geral posterior. Ademais, estando circunscritos os efeitos de tratados às respectivas partes contratantes, possível e viável o convívio normativo da lei convencional com a lei geral, esta para todos os que não estejam atingidos pelos tratados, firmados com o objetivo de evitar a dupla tributação. Se isto fere a isonomia, a eventual inconstitucionalidade deve ser discutida por parte de quem foi afetado pela lei nova que, ao permitir a retenção pela fonte no Brasil, abriu caminho para a dupla oneração do prestador de serviço com domicílio no exterior.

8. Os tratados referem-se a “lucros”, porém resta claro, a partir dos textos respectivos, que a expressão remete, tecnicamente, ao conceito que, na legislação interna, equivale a rendimento ou receita, tanto assim que as normas convencionais estipulam que “No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados”.

9. Despesas e encargos são deduzidos da receita ou rendimento a fim de permitir a apuração do lucro, logo o que os tratados excluíram da tributação, no Estado pagador, que contratou a prestação de serviços no exterior, não é tão-somente o lucro, até porque o respectivo valor não poderia ser avaliado por quem simplesmente faz a remessa do pagamento

global. O que excluíram os tratados da tributação no Brasil, para evitar a dupla incidência, foi o rendimento auferido com a prestação do serviço para que, no Estado de prestação, ou seja, no exterior, seja promovida a sua tributação, garantida ali, conforme a lei respectiva, a dedução de despesas e encargos, revelando, portanto, que não existe espaço válido para a prevalência da aplicação da lei interna, que prevê tributação, pela fonte pagadora no Brasil, de pagamentos, com remessa de valores a prestadoras de serviços, exclusivamente domiciliadas no exterior.

10. Apelação e remessa oficial desprovidas.”

(ApelRex n. 0024461-74.2005.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, Terceira Turma, DJe 3/2/12)

Ante o exposto, defiro a antecipação da tutela recursal para suspender a exigibilidade, nos termos do art. 151, IV, do CTN, dos créditos tributários de IRRF, sobre os próximos pagamentos a serem realizados pela recorrente em razão do contrato celebrado com a empresa relacionada no presente recurso, para os serviços que não envolvem transferência de tecnologia, até o julgamento do agravo pela Turma ou da ação originária.”

Tendo em vista que não trouxe a parte interessada qualquer argumento apto a infirmar o entendimento acima explicitado, mantenho os fundamentos da decisão provisória.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, para suspender a exigibilidade, nos termos do art. 151, IV, do CTN, dos créditos tributários de IRRF, sobre os próximos pagamentos a serem realizados pela recorrente em razão do contrato celebrado com a empresa relacionada no presente recurso, para os serviços que não envolvem transferência de tecnologia.

Comunique-se o MM. Juízo *a quo* para as providências cabíveis.

JURISPRUDÊNCIA

Publique-se. Intimem-se.
Decorrido o prazo recursal, arquivem-se os autos.

São Paulo, 22 de outubro de 2014.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

(Decisão monocrática disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, divulgação 28/10/2014, p. 407/411).

**DESPACHO ADUANEIRO. IRREGULARIDADE SUJEITA A
MULTA. RETENÇÃO DAMERCADORIA PARALANÇAMENTO.
ILEGALIDADE.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021511-44.2014.4.03.0000/
SP
2014.03.00.021511-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : MMC AUTOMOTORES DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : SP154280 LUIS HENRIQUE DA COSTA PIRES
e outro
AGRAVADO(A) : União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA
AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE GUARULHOS >
19ªSSJ > SP
No. ORIG. : 00053563920144036119 1 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO
Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento à concessão parcial de liminar, em mandado de segurança (“tão somente para suspender os efeitos de eventual pena de perdimento às mercadorias objeto da Declaração de Importação nº 14/1088904-3”), requerendo a reforma da decisão agravada para garantir integral provimento no sentido da liberação das mercadorias importadas.

Alegou que: (1) as mercadorias importadas (“aquisitor de dados, cartão de memória flash, cabo USB, interruptor de operação, cabo de distribuição e cabo de conexão veicular”) foram retidas no curso do processo de importação, por suposta ocultação de informações sobre vínculo entre importador e exportador, pois tal irregularidade motivaria a multa do artigo 711, III, do RA/2009; (2) apresentou manifestação à autoridade alfandegária, esclarecendo não possuir qualquer vínculo com o exportador que implicasse a necessidade de alterar informações prestadas, ou justificar aplicação da multa, não tendo sido, até o momento, apreciado; (3) impetrou o MS para a liberação das mercadorias, tendo sido apenas parcialmente deferida a liminar, “para suspender os efeitos de eventual pena de perdimento às mercadorias objeto da Declaração de Importação nº 14/1088904-3”; (4) contudo, os motivos de fato indicados pela autoridade para retenção das mercadorias, como a inexistência de vinculação entre agravante e exportador, serão discutidos apenas na esfera administrativa, não sendo objeto da impetração, que busca apenas permitir a liberação das mercadorias; (5) a retenção é ilegal, mesmo desconsiderada a discussão quanto à vinculação entre importador e exportador; (6) a retenção constitui parte de procedimento especial de controle aduaneiro, prevista no artigo 65 da IN RFB 206/2002, como medida preparatória da pena de perdimento; (7) porém, a retenção somente se justificaria em sendo apurados indícios da prática de importação sujeita à pena de perdimento, o que não é o caso, pois a “falta de informações sobre suposto vínculo entre importadora

JURISPRUDÊNCIA

e exportadora [...] não se encontra entre as irregularidades sujeitas a perdimento, previstas no art. 105 do Decreto-lei nº 37/1966, e no art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976”; (8) não sendo cabível a retenção, eventual multa por suposta infração ou constituição de tributos exigiriam procedimento próprio, com ampla defesa e devido processo legal, não sendo possível a retenção para exigir o pagamento pretendido; (9) o caso dos autos não se enquadra, ainda, em hipótese em que a mercadoria possa causar danos à saúde ou à segurança; e (10) aplicável a Súmula 323/STF, sendo que, até o momento, não houve lavratura de auto de infração, estando pendente o desembaraço aduaneiro das mercadorias, sendo que a morosidade na constituição de tal crédito impede a discussão em torno dos fatos que ensejaram a retenção, que já dura mais de sessenta dias.

Houve contraminuta.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557, CPC. Com efeito, verifica-se que a decisão agravada deferiu parcialmente a liminar “para suspender os efeitos de eventual pena de perdimento às mercadorias objeto da Declaração de Importação nº 14/1088904-3, até julgamento do mérito desta ação” (f. 91/5).

Conforme consta das informações prestadas pela autoridade impetrada, as mercadorias foram direcionadas ao “canal amarelo”, em razão de indícios de irregularidade no preenchimento da declaração de importação, quanto ao vínculo entre empresa exportadora e importadora.

Cabe ressaltar que, não sendo direcionada ao “canal resta claro não ter sido vislumbrada pela fiscalização indícios de fraude, hipótese de aplicação de pena de perdimento. Tal sanção, com efeito, é mencionada

pela autoridade alfandegária nas informações apenas em razão da ausência de “manifestação de inconformidade” do contribuinte até então, o que poderia, eventualmente, gerar abandono da mercadoria pelo decurso do prazo legalmente fixado. Contudo, não se vislumbrou, ao que consta, qualquer indício de fraude.

No caso, a existência da irregularidade não é discutida no mandado de segurança, mas apenas na esfera administrativa, sendo objeto de controvérsia tão-somente a validade da retenção da importação.

Assim considerado, verifica-se que o despacho aduaneiro sofreu interrupção em razão de irregularidade na DI, sujeita à multa de 1% sobre o valor aduaneiro da importação (artigo 711, III, c/c artigo 570, § 4º, RA/2009), não se tratando, porém, de exigência relativa a tributos aduaneiros propriamente ditos.

A previsão do § 4º do artigo 570 do RA, aprovado pelo Decreto 6.759, de 05/02/2009, de que o despacho aduaneiro será interrompido até que se faça o depósito ou pagamento -, no caso, de multa relativa à obrigação acessória -, é ilegal, pois para a cobrança respectiva deve ser observado o devido processo legal.

A propósito, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

AGRESP 1259736, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJU de 03/10/2011: “TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. QUESTIONAMENTO QUANTO À CLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA. LIBERAÇÃO DA MERCADORIA CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 323/STF. 1. A retenção de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos é providência ilegal, rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal,

nos termos das Súmulas 70, 323 e 547/STF. 2. Agravo Regimental não provido.”

A hipótese dos autos difere da tratada em precedentes relativos ao recolhimento de tributos aduaneiros, propriamente ditos, já que se cuida, aqui, de exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, acerca da qual já se decidiu na jurisprudência regional que:

AMS 200571080078566, Rel. Des. Fed. DIRCEU DE ALMEIDA SOARES, DJ 29/11/2006: “TRIBUTÁRIO. LIBERAÇÃO DE MERCADORIA. EXIGÊNCIA DE MULTA. SÚMULA 323 DO STF. ART. 510 DO REGULAMENTO ADUANEIRO (DECRETO 4543/02). 1 - O condicionamento da liberação de mercadoria ao pagamento de multa constitui medida de extrema desproporcionalidade, mormente considerando-se que a penalidade configura obrigação tributária acessória, cuja expressão pecuniária se converte em obrigação tributária principal e, portanto, sujeita à disciplina do CTN. 2 - Aplicação da Súmula 323 do STF. 3 - Inatendida a exigência da fiscalização aduaneira, que determinou o pagamento de multa (10% do valor aduaneiro da mercadoria submetida ao regime aduaneiro especial de admissão temporária, ou de admissão temporária para aperfeiçoamento ativo, pelo descumprimento de condições, requisitos ou prazos estabelecidos para aplicação do regime - art. 72 da Lei 10.833/03), deve a Administração lavrar auto de infração, nos termos do art. 510 do RA (Decreto nº 4.543/2002), permitindo ao contribuinte a defesa na via administrativa. 4 – A previsão de interrupção do despacho aduaneiro prevista no art. 510 do atual Regulamento Aduaneiro (Decreto 4543/02) ou art. 415 do antigo Regulamento Aduaneiro (Decreto 91.030/85) é aplicável somente aos casos em que são devidos ônus financeiros próprios do ato de internalização de mercadorias estrangeiras, que não se confundem com multas aplicadas em decorrência de irregularidades

no cumprimento de obrigações acessórias ao ato de importação. Precedente desta Turma.”

O artigo 510 do RA/2002, citado no precedente, equivale ao artigo 570 do RA/2009, aplicado no caso para interromper o despacho aduaneiro, ato contra o qual se afirmou ter sido interposta manifestação de inconformidade.

Mesmo considerando que a agravante apresentou manifestação de inconformidade somente após as informações prestadas pela RFB no mandado de segurança (f. 85/9), é certo que não se pode concluir, por ora, pela ocorrência de abandono da importação, nos termos do artigo 642, §1º, II, do Decreto 6.759/09.

Apresentada a manifestação de inconformidade, cabe à autoridade alfandegária constituir de ofício o crédito sancionatório, conforme artigo 570, § 3º, do Decreto 6.759/2009, e artigo 42, § 2º, da IN SRF 680/2006, nada vedando, porém, a liberação das mercadorias na pendência da discussão, pois, como visto, não se trata de hipótese de fraude na declaração de importação, sujeita à pena de perdimento, não podendo a retenção servir como meio coercitivo para que seja recolhido o crédito pretendido.

Além da manifesta plausibilidade jurídica do pedido formulado, à luz da jurisprudência e prova dos autos, concorre o risco de dano irreparável, pois a interrupção do despacho aduaneiro e a retenção remontam a 24/06/2014 (f. 37), acarretando prejuízos econômicos, financeiros e comerciais à agravante, sem que a liberação possa prejudicar a cobrança fiscal, quanto tornar-se definitivamente exigível.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557, CPC, dou provimento ao recurso para deferir a liminar postulada, garantindo a liberação da

JURISPRUDÊNCIA

importação a que se referem os autos, em razão dos fatos descritos e apreciados, nos termos supracitados.

Publique-se e oficie-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de setembro de 2014.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

(Decisão monocrática disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, divulgação 28/10/2014, p. 433/435).

IPI. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES. FALTA DE PROVA DE ATUAÇÃO DOLOSA. IMPOSSIBILIDADE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025120-35.2014.4.03.0000/
SP

2014.03.00.025120-0/SP

RELATORA	:	Desembargadora Federal DIVA MALERBI
AGRAVANTE	:	União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	:	SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO(A)	:	DEDINI S/A INDUSTRIAS DE BASE e filia(l) (is)
	:	DEDINI S/A INDUSTRIAS DE BASE filial
ADVOGADO	:	SP232070 DANIEL DE AGUIAR ANICETO e outro
ORIGEM	:	JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE PIRACICABA > 9ª SSJ>SP
No. ORIG.	:	00080646320124036109 4 Vr PIRACICABA/ SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face de decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de inclusão dos sócios-administradores da executada do polo passivo da execução fiscal, com fundamento no art. 8º do Decreto-Lei nº 1.736/79 c/c artigo 135, III, do CTN e sob o argumento de responsabilização solidária dos administradores pelo não recolhimento do IPI.

Sustenta a agravante, em síntese, que uma das hipóteses de responsabilidade tributária é a prevista no artigo 135, III, do CTN, sendo que a dissolução irregular enseja a responsabilização tributária dos administradores da empresa, conforme Súmula nº 435 do E. Superior Tribunal de Justiça, ressaltando que o reconhecimento da responsabilidade do sócio-administrador com o redirecionamento da execução fiscal pode ser realizado no curso da execução fiscal e independentemente de prévio processo administrativo fiscal. Conclui, então, que deve ser reformada a r. decisão agravada, já que, além de ser juridicamente viável, restou demonstrada a ocorrência da hipótese prevista no artigo 135, III, CTN c/c artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.736/79. Afirma que os créditos tributários são oriundos do não-repasse de IPI descontado na cadeia produtiva e que, por isso, advêm de infração à lei cometida pelos sócios gerentes à época dos fatos geradores e que ocasiona a solidariedade passiva entre os sócios-administradores.

Requer o conhecimento e provimento do agravo para assegurar o seu direito de incluir os sócios-administradores da devedora principal no polo passivo por serem os responsáveis tributários (art. 135, III, CTN). É o relatório.

Decido.

Cabível o art. 557 do Código de Processo Civil.

A questão vertida nos autos consiste na possibilidade de redirecionamento da execução fiscal para os sócios-gerentes da empresa executada, em razão da responsabilidade solidária prevista no artigo 8º do Decreto-lei nº 1.736/79, bem como em função do artigo 135, III, do CTN, já que o não recolhimento de IPI importa em infração à lei e, em tese, crime de sonegação fiscal previsto no art. 2º da Lei nº 8.138/90.

A Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.101.728/SP, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou entendimento no sentido de que o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa, independentemente da natureza do débito, é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

Nesse sentido, os julgados ora transcritos, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPI. IMPOSTO DE RENDA. REDIRECIONAMENTO. ART. 135, III, DO CTN. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO SÓCIO-GERENTE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA PRÁTICA DE ATOS COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO A NORMA LEGAL OU CONTRATUAL. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.101.728/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento segundo o qual o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa, independentemente da natureza do débito, é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao

estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

2. O Tribunal a quo se manifestou no sentido de que não há provas da existência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Entendimento diverso demandaria a análise das provas dos autos, impossível nesta Corte ante o óbice da Súmula 71 STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1433851/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 14/04/2014)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO-GERENTE. IPI. SOLIDARIEDADE. ART. 124 DO CTN. APLICAÇÃO CONJUNTA COM O ART.135 DO CTN. OBRIGATORIEDADE. PRESUNÇÃO DE IRREGULARIDADE AFASTADA. REDIRECIONAMENTO. DESCABIMENTO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

1. O STJ firmou o entendimento de que o redirecionamento da Execução Fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do Ag 1.265.124/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

3. O STJ consolidou ainda o posicionamento de que a lei que atribui responsabilidade tributária, ainda que na forma do art. 124, II, do CTN, deve ser interpretada em consonância com o art. 135 do referido codex, visto que, nos termos do art. 146, inciso III, “b”, da Constituição Federal, as normas sobre responsabilidade tributária deverão se revestir obrigatoriamente de lei complementar.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag 1359231/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 28/04/2011)

Em consonância com a orientação jurisprudencial firmada no Superior Tribunal de Justiça, esta Corte Regional posicionou-se no sentido de que a responsabilidade solidária dos sócios prevista no art. 8º do Decreto-Lei nº 1.736/79 está condicionada à comprovação dos requisitos previstos no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIOS NO POLO PASSIVO DA AÇÃO.

A inclusão dos sócios no polo passivo da execução fiscal é, em tese, legítima, haja vista que são legalmente responsáveis, por substituição, em relação aos tributos não pagos (artigo 135, inciso III, do CTN).

O encerramento das atividades da sociedade é considerado irregular, se realizado sem que se apresente essa dissolução à Junta Comercial, com a efetivação de distrato. Súmula 435 do E. STJ.

A simples devolução do AR não é prova suficiente a evidenciar violação à lei, sendo necessária a comprovação da dissolução irregular por meio de diligência do Oficial de Justiça.

O redirecionamento da execução fiscal pressupõe a permanência do sócio na administração da empresa ao tempo da ocorrência da dissolução irregular.

Deve haver também vinculação e contemporaneidade do exercício da gerência, direção ou representação da pessoa jurídica executada com a ocorrência dos fatos geradores dos débitos objeto da execução fiscal.

Ausentes os pressupostos autorizadores para a inclusão do sócio no polo passivo da lide.

A responsabilidade solidária dos sócios nos termos do art. 8º do Decreto-Lei n. 1.736/79, somente teria aplicação se observado o artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, em apreço ao princípio constitucional da hierarquia das normas.

Agravo de instrumento provido, restando prejudicada as demais questões ventiladas no recurso.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0015090-72.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 10/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/04/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

I. Consigno ser hipótese de cabimento do reexame necessário, nos termos do artigo 475 do CPC.

II. No que tange à responsabilidade solidária contida no artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.736/79, sua aplicação aos executivos fiscais para fins de redirecionamento aos sócios da empresa está condicionada à verificação dos requisitos dos artigos 135 e 124 do CTN, consoante jurisprudência consolidada.

III. In casu, não constada a ocorrência de dissolução irregular da pessoa jurídica.

IV. O mero inadimplemento do tributo não acarreta a responsabilidade do artigo 135, III, do CTN.

V. Honorários advocatícios reduzidos.

VI. Apelação desprovida. Reexame necessário parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0004337-13.2008.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 13/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/02/2014)

AGRAVO LEGAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO - NÃO CARACTERIZAÇÃO DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR - IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO NO POLO PASSIVO.

I - Admite-se o redirecionamento da execução fiscal nos casos em que, comprovada a impossibilidade de garantia da causa pelos meios ordinários,

apresentem-se indícios da dissolução irregular da sociedade executada ou das práticas descritas no artigo 135, III.

II - De acordo com o entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, adotado também por esta E. Terceira Turma, o redirecionamento da execução deve ocorrer contra os sócios que geriam a empresa na época em que houve sua dissolução irregular.

III - O crédito ora executado tem natureza essencialmente tributária, reportando-se, pois, ao Código Tributário Nacional, e não, quanto à responsabilização de sócios, ao preceito normativo invocado pela agravante no recurso (Decreto-Lei n. 1.736/79, art. 8º).

IV - Incabível, na hipótese, a inclusão dos sócios-gerentes com base no artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.736/79, pois, ainda que o débito em testilha seja o IPI, no caso o Decreto-Lei acima aludido, para que haja a responsabilidade tributária do sócio-gerente, são necessárias as práticas descritas no artigo 135, III do CTN, o que não foi demonstrado no caso.

V - Consta dos autos que houve a decretação de falência da empresa executada, conforme atesta ficha da JUCESP (fls. 29/30). Esta Corte já pacificou entendimento no sentido de que a decretação de falência não enseja hipótese de dissolução irregular ou de prática de alguns dos atos do artigo 135, III, do CTN.

VI - Ausência de elementos suficientes que indiquem ter a empresa executada encerrado irregularmente suas atividades, não restando comprovado o pressuposto para o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios.

VII - Agravo legal improvido.

(TRF3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI0030048-34.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, julgado em 16/01/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/01/2014)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO AFASTADA. EXCLUSÃO DO PÓLO PASSIVO. MASSA FALIDA. ARTIGO 8º DO DL 1736/1979.

1. *O embargante era vice-presidente financeiro da empresa executada, sendo que não comprovou a tese no sentido de que não detinha nenhuma ingerência na administração da executada.*
2. *O redirecionamento da execução contra o sócio deve se dar no prazo de cinco anos contados da citação da pessoa jurídica. Precedentes.*
3. *A execução foi proposta posteriormente à decretação de falência da empresa executada, devendo o prazo ser contado a partir da citação do síndico da massa falida.*
4. *Não decorreu o prazo de cinco anos entre a citação do síndico da massa falida e a citação do sócio embargante.*
5. *O patrimônio da sociedade deve responder integralmente pelas dívidas fiscais por ela assumidas (Precedente: STJ, Embargos de Divergência no Recurso Especial 260.107/RS). Nessa linha, também nos casos de quebra da sociedade, não há a inclusão automática dos sócios. A massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa, o que não ocorreu nos autos.*
6. *O não recolhimento de tributos não configura infração legal que possibilite o enquadramento nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN.*
7. *Quanto à alegação de que a responsabilidade dos sócios é solidária nos casos de débitos relativos ao IPI e IRRF, conforme artigo 8º do Decreto-Lei 1.736/1979, o STJ já se pronunciou sobre a questão, afirmando haver a necessidade, também nessas hipóteses, de comprovação de dissolução irregular.*
8. *Precedentes do STJ e desta Corte.*
9. *Sucumbente a União, deve ser condenada em honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor executado atualizado monetariamente.*
10. *Apelação do embargante provida para determinar a sua exclusão do pólo passivo da execução.*

JURISPRUDÊNCIA

(TRF3ª Região, TERCEIRATURMA, AC0041046-86.2001.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 02/04/2009, e-DJF3 Judicial 2 DATA:14/04/2009 PÁGINA: 438)

Verifica-se, *in casu*, que não há comprovação pela exequente de que os sócios tenham praticado atos previstos no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, tendo em vista a ausência de comprovação da dissolução irregular da empresa executada, não bastando o mero inadimplemento de tributos, razão pela qual não procede o pedido de redirecionamento da execução fiscal com fundamento na alegação de responsabilidade solidária dos sócios, nos termos do artigo 8º do Decreto-lei nº 1.736/79.

Ademais, não deve prosperar a alegação de possibilidade de redirecionamento da execução fiscal com base no artigo 135, III, do CTN, sob o fundamento de que o não recolhimento de IPI importa em infração à lei e, em tese, crime de sonegação fiscal previsto no art. 2º da Lei nº 8.138/90.

Ainda que em tese a conduta de não recolhimento do tributo aos cofres públicos possa configurar crime, a mera alegação, na hipótese, sem qualquer comprovação (a agravante afirma que “em tese” seria crime) não é suficiente para a inclusão dos sócios, por infração à lei, como prega o art. 135, III, CTN. Nestes termos, segue julgado desta Corte:

AGRAVO - ART. 557, CPC - APLICAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO - DESCABIMENTO - RETIRADA DO SÓCIO DO QUADRO SOCIETÁRIO - ART. 8º, DL 1.736/79 - OBSERVÂNCIA DO ART. 135, CTN - CRIME - NÃO COMPROVAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO.

1. Estabelece o Código de Processo Civil: “Art. 557. O relator negará

seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.” Infe-re-se, portanto, que o entendimento jurisprudencial a ser aplicado deve ser dominante e não, como entende a agravante, unânime.

2. *Escorreito o julgamento do agravo de instrumento, nos termos preconizados pelo caput do art. 557, do estatuto processual.*

3. *Quanto ao mérito, o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão, posicionando-se pela possibilidade de os sócios -gerentes serem incluídos no polo passivo da execução fiscal, já que, se a sociedade executada não é localizada no endereço informado à Junta Comercial, presume-se sua dissolução irregular. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: REsp 1017732/RS, REsp 1004500/PR e AgRg no AgRg no REsp 898.474/SP.*

4. *Os diretores, gerentes ou representantes das sociedades podem ser responsabilizados pelas obrigações tributárias nos casos de dissolução irregular da sociedade ou de atuação dolosa ou culposa na administração dos negócios, por meio de fraude ou excesso de poderes.*

5. *Quando há dissolução irregular da sociedade, o ônus da prova se inverte e o gerente da sociedade, incluído na execução fiscal, poderá demonstrar não ter agido com dolo, culpa, excesso de poder ou mediante fraude. Nesse sentido: REsp 1017732/RS e AgRg no REsp 813.875/RS.*

6. *Na hipótese, a empresa executada não foi localizada no domicílio fiscal (fl. 76), pelo Oficial de Justiça, inferindo-se, assim, sua dissolução irregular (Súmula 435/STJ), possibilitando o redirecionamento da execução fiscal.*

7. *Esta Turma vinha se pronunciando pela inclusão dos sócios / administradores remanescentes, que teriam falhado na dissolução da sociedade, todavia, revendo tal posicionamento e o entendimento aplicado pela Superior Corte, necessária a responsabilização daquele que, vinculado ao fato gerador do tributo cobrado, demonstra a prática de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, consistente – entre eles – no encerramento irregular da sociedade,*

justificando, desta forma, a aplicação do disposto no art. 135, III, CTN, na medida em que, além de não pagar o tributo (o que, por si só não autoriza sua responsabilização, como sedimentado na jurisprudência), dissolve irregularmente a empresa.

8. Na hipótese, cobra-se tributo vencido em 2000 (fl. 19) e a requerida retirou-se da sociedade em 24/12/2002, segundo ficha cadastral da JUCESP (fls. 53/57), de modo que não pode ser responsabilizada, nos termos do art. 135, III, CTN, consoante entendimento supra.

9. O art. 8º, do Decreto-Lei nº 1.736/79, deve ser interpretado em conformidade com o artigo 135, III, do CTN, em respeito ao critério hierárquico normativo e com ele deve guardar sintonia.

10. Se a agravada não compunha o quadro societário da empresa executada, não possui poderes de gerência, não havendo, portanto, aplicação do disposto no art. 135, III, CTN, assim como do art. 8º, DL 1.736/79.

11. Ainda que em tese a conduta de não recolhimento do tributo aos cofres públicos possa configurar crime, a mera alegação, na hipótese, sem qualquer comprovação (a agravante afirma que “em tese” seria crime) não é suficiente para a inclusão dos sócios, por infração à lei, como prega o art. 135, III, CTN. (grifo nosso)

12. A decisão agravada não merece reforma.

13. Agravo improvido.

(TRF3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI0006585-58.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 21/08/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/08/2014)

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento, nos termos acima preconizados.

Comunique-se ao MM. Juízo *a quo*.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem. Intimem-se.

São Paulo, 22 de outubro de 2014.

CIRO BRANDANI

Juiz Federal Convocado

(Decisão monocrática disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, divulgação 28/10/2014, p. 498/502).

PIS E COFINS NÃO-CUMULATIVOS. CRÉDITOS SOBRE PAGAMENTO DE VALE-ALIMENTAÇÃO, ASSISTÊNCIA MÉDICA E COMISSÕES PAGAS A INTERMEDIÁRIOS. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DIRETO COM A ATIVIDADE-FIM.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026181-28.2014.4.03.0000/
SP

2014.03.00.026181-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
AGRAVANTE : CIA BANDEIRANTES DE ARMAZENS GERAIS
ADVOGADO : SP265367 LEANDRO FIGUEIREDO SILVA e
outro
AGRAVADO(A) : União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA
AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO
PAULO>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00173762220144036100 2 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por COMPANHIA BANDEIRANTES DE ARMAZENS GERAIS contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu a liminar onde se objetiva obter provimento jurisdicional que reconheça seu direito líquido e certo de se creditar dos valores do PIS e da COFINS incidentes sobre diversos

dispêndios indispensáveis à realização de seu objeto social, como, por exemplo, o custeio de programas de alimentação do trabalhador (PAT), o pagamento de vale alimentação e assistência médica, fornecidos a todos os seus funcionários, a comissão paga aos intermediários que angariam clientes para a armazenagem de carga portuária.

Sustenta a agravante, em síntese, que as despesas necessárias à realização do objeto social de uma empresa devem gerar créditos de PIS e COFINS. Aduz que a regra da não cumulatividade prevista para o PIS e ICMS é distinta do regime da não cumulatividade estabelecido pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003. Alega ser incorreto o conceito de insumo empregado pela Receita Federal, uma vez que, ao entender que possam gerar créditos somente bens utilizados diretamente no processo industrial ou, no tocante aos serviços, apenas aqueles aplicados ou consumidos diretamente na produção ou na prestação de serviços e que sejam contratados de empresas localizadas em território nacional, pretendeu dar aos créditos de PIS e da COFINS, apurados pelo regime não-cumulativo, o mesmo tratamento dispensado aos créditos de IPI e ICMS, sem atentar-se para as notórias diferenças entre a natureza e regimento das contribuições sobre receitas e dos referidos impostos. Assevera que ao editar as IN/RFB nºs 358/03 e 404/04, com o intuito de fixar um conceito para o vocábulo “insumo”, a Receita Federal afrontou disposições contidas na Constituição Federal e em legislação infraconstitucional, pois descaracterizou o perfil constitucional das contribuições sobre as receitas, ao acrescentar indevidamente às Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 disposições pertinentes às deduções, limitando e restringindo demasiadamente o direito de crédito dos contribuintes.

Requer seja atribuído efeito suspensivo ativo ao presente agravo de instrumento, reformando-se a decisão agravada, para que seja autorizada a utilização dos créditos de PIS e COFINS atrelados aos dispêndios indispensáveis a realização do seu objeto social, como, por

exemplo, o custeio de programas de alimentação do trabalhador (PAT), o pagamento de vale alimentação e assistência médica, fornecidos a todos os seus funcionários, a comissão paga aos intermediários que angariam clientes para a armazenagem de carga portuária.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do art. 558 do CPC, para a concessão de efeito suspensivo é indispensável a presença da relevância da fundamentação e, simultaneamente, perspectiva de ocorrência de lesão grave e de difícil reparação.

Neste juízo de cognição sumária, não verifico a presença da plausibilidade do direito invocado.

Como bem ressaltado pelo MM. Juízo *a quo*:

“No presente caso, em exame preliminar de mérito, entendo ausente o fumus boni iuris que permita a concessão da liminar pretendida. Isso porque perfilho do entendimento de que o conceito de insumo para fins de creditamento no regime não cumulativo das contribuições ao PIS e da COFINS abrange os elementos que se relacionam diretamente com a atividade fim da empresa, ou seja, à produção do bem considerado (produto ou serviço), não abarcando, portanto, todos os elementos da sua atividade, tais como, no caso, o custeio de programas de alimentação do trabalhador (PAT), o pagamento de vale alimentação e assistência médica, fornecidos a todos os seus funcionários, a comissão paga aos intermediários que angariam clientes para a armazenagem de carga portuária, etc. Em verdade, acaso fosse esta a intenção, não teria o legislador se preocupado em especificar as situações que ensejam os descontos ou aproveitamento de créditos nos incisos dos dispositivos legais que regem a matéria, concentrando tudo numa só estipulação.”

(...)

Ademais, não antevejo qualquer violação ao princípio da legalidade perpetrada pelas IN/SRF ns. 358/03 e 404/04, por entender que estas não restringem, mas apenas explicitam, o conceito de insumos previsto nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.”

Frise-se que o conceito de insumo, para fins de creditamento no regime não-cumulativo das contribuições PIS e COFINS, abrange os elementos aplicados diretamente na fabricação do bem ou na prestação do serviço, ou seja, aqueles vinculados à atividade fim do contribuinte.

Nesse sentido, precedente desta E. Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. LEI Nº 10.637/2002 E LEI Nº 10.833/2003. CREDITAMENTO. VALE-TRANSPORTE, VALE-ALIMENTAÇÃO, FARDAMENTO OU UNIFORME. POSSIBILIDADE SOMENTE APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 11.898/09. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.

1. Caso em que são manifestamente improcedentes os embargos declaratórios, pois não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma, concluiu que somente naquelas hipóteses legais taxativamente elencadas é que possível o creditamento no regime não-cumulativo das contribuições PIS e COFINS, sem qualquer ofensa aos princípios e dispositivos constitucionais invocados.

2. De fato, conforme registrou a própria ementa do acórdão, no que ora releva, assentou a Turma, a propósito da controvérsia, o entendimento de que: “6. Tratando-se de contribuição para a seguridade social instituída com assento no princípio da universalidade das fontes de financiamento, arreda-se o alegado malferimento a não cumulatividade da contribuição

em caso de eventual vedação ao creditamento do PIS/COFINS, pois é o próprio texto maior que remete à lei o estabelecimento do regramento da matéria. Nesse sentido, a regra geral continua a ser a cumulatividade, embora possibilitado, a partir da EC nº 42/03, excepcionar a regra através da atuação do legislador ordinário. 7. A questão passa a envolver, portanto, o alcance do termo insumo, referido no art. 3º, II, das Leis nºs. 10.637/02 e 10.833/03, buscando a impetrante enquadrar gastos com vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme, havidos antes do advento da Lei nº 11.898/08. 8. Apesar da sistemática da não-cumulatividade do IPI e ICMS ser distinta no caso do PIS/COFINS, o conceito de insumos deve ser o mesmo ali empregado, a saber, todos os elementos que se incorporam ao produto final, desde que vinculados à atividade da empresa. 9. Se o legislador ordinário pretendesse dar um elastério maior ao conceito de insumo, empregando-lhe um caráter genérico, não teria trazido um rol taxativo de descontos de créditos possíveis, nas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, a exemplo dos créditos referentes à “energia elétrica e energia térmica, inclusive sob a forma de vapor, consumidas nos estabelecimentos da pessoa jurídica” e tantos outros. 10. Destarte, o conceito de insumo, para fins de creditamento no regime não-cumulativo das contribuições PIS e COFINS, abrange os elementos aplicados diretamente na fabricação do bem ou na prestação do serviço, ou seja, aqueles vinculados à atividade fim do contribuinte. Neste sentido, somente naquelas hipóteses legais taxativamente elencadas é que possível a providencia. 11. É inviável estender o alcance da expressão “insumo” de modo a permitir o aproveitamento, como créditos de PIS/COFINS, de despesas com vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme anteriormente à autorização legal advinda com a Lei nº 11.898/09. Precedentes do C. STJ e das Cortes Regionais.”

3. Não houve, pois, qualquer omissão no julgamento do agravo inominado, revelando, na realidade, a articulação de verdadeira imputação de erro no julgamento, e contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma e, assim, caso seria de discutir a matéria em via própria e não

JURISPRUDÊNCIA

em embargos declaratórios. Assim, se o acórdão violou os artigos 145, § 1º, 153, IV, § 3º, II, 155, II, § 2º, I, 195, § 12, da CF; 3º da Lei nº 10.637/2002, 3º da Lei nº 10.833/2003; Lei nº 11.898/2009, como mencionado, caso seria de discutir a matéria em via própria e não em embargos declaratórios.

4. Para corrigir suposto error in iudicando, o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita.

5. Embargos declaratórios rejeitados.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0002102-28.2009.4.03.6121, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/08/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2014)

Outrossim, a agravante não trouxe elementos nos autos capazes de demonstrar a plausibilidade do direito invocado e o perigo da demora, este consistente na possibilidade de ineficácia futura da decisão de mérito.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela.

Comunique-se.

Intime-se a agravada para resposta, nos termos do artigo 527, V, do Código de Processo Civil.

Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 22 de outubro de 2014.

CIRO BRANDANI

Juiz Federal Convocado

(Decisão monocrática disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, divulgação 28/10/2014, p. 517/519).

EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO APÓS CINCO ANOS DA CARACTERIZAÇÃO DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. PRESCRIÇÃO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0006219-89.2014.404.0000/
PR

RELATOR : Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional
AGRAVADO : ZANOLO COSTA E CIA/ LTDA/ e outro
: EUCLIDES ZANOLO

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União – Fazenda Nacional contra decisão que indeferiu o pedido de redirecionamento da execução fiscal em desfavor do sócio que exercia gerência da empresa à época da dissolução irregular, sob fundamento de que configurada a prescrição para tal requerimento.

A agravante, em síntese, reporta-se ao artigo 135, III, do CTN para defender que a dissolução irregular da empresa enseja o redirecionamento da execução fiscal aos sócios-gerentes. Refere-se ao princípio da *actio nata*, alegando que somente com a possibilidade de se pleitear a inclusão é que surge o direito de cobrar dos sócios a dívida da empresa. Alega que não houve qualquer inércia por sua parte. Relata que a dissolução irregular, no caso, foi certificada em 2007 e que logo em seguida foi requerida a inclusão do sócio-gerente no polo passivo do feito, o que restou deferido. Posteriormente, juntou aos autos o contrato social com suas devidas alterações, pleiteando a inclusão de todos os que já tinham figurado na administração da sociedade. Aduz que tal pedido, por tumulto processual, não foi apreciado na época,

razão pela qual reiterou o requerimento em 2014. Assim, entende que a demora na apreciação do seu pedido decorreu do próprio andamento que a Justiça deu ao processo, não configurando prescrição.

É o relatório.

Decido.

Não se legitima o redirecionamento da execução a menos que existam, nos autos, indícios da ocorrência de alguma das hipóteses do artigo 135, III, do CTN, necessários para a responsabilização tributária dos sócios da empresa executada. Dentre as hipóteses que legitimam o redirecionamento, encontra-se a dissolução irregular da empresa, que pode ser presumida, nos termos da Súmula nº 435 do STJ, quando a pessoa jurídica não for encontrada em seu domicílio fiscal, deixando de comunicar a mudança aos órgãos competentes.

Nesse andar, considerando-se que o princípio da *actio nata* impede a fluência do prazo prescricional enquanto inexigível a pretensão do credor, não se poderia exigir da exequente que promovesse a citação dos sócios-gerentes, em razão da dissolução irregular da empresa, à míngua do efetivo conhecimento dessa situação. Por isso, a jurisprudência desta Corte vem se orientando no sentido de que o prazo prescricional para a responsabilização do sócio na execução fiscal flui somente a partir do momento em que constatada alguma das hipóteses que legitimam o redirecionamento. A propósito:

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. 1. A ocorrência de indício de dissolução irregular, vale dizer, paralisação das atividades, é suficiente para que se postule o redirecionamento. 2. Decorridos mais de cinco anos desde a constatação da dissolução irregular da pessoa

jurídica até o pedido de redirecionamento aos responsáveis tributários, há prescrição. 3. Recurso desprovido. (TRF4 5020115-51.2013.404.0000, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, juntado aos autos em 21/11/2013)

EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal sem comunicação aos órgãos competentes, circunstância que possibilita o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio-gerente, nos termos da Súmula nº 435 do STJ. 2. O prazo prescricional para responsabilização do sócio na execução fiscal começa a fluir a partir do momento em que constatada alguma das hipóteses que legitimam o redirecionamento. 3. Revela-se equivocado o reconhecimento da prescrição quando o pedido de redirecionamento é formulado pela parte exequente dentro do prazo de cinco anos da constatação da dissolução irregular da pessoa jurídica. (TRF4, AG 5003808-85.2014.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 01/04/2014)

AGRAVODEINSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. INDÍCIOS. SÚMULA Nº 435 DO STJ. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. ACTIO NATA. 1. É possível a responsabilização do administrador, no caso de dissolução irregular da sociedade, consoante precedentes do STJ e desta Corte, na medida em que é seu dever, diante da paralisação definitiva das atividades da pessoa jurídica, promover-lhe a regular liquidação. Não cumprido tal mister, nasce a presunção de apropriação indevida dos bens da sociedade. 2. A prescrição objetiva não só garantir a segurança jurídica, mas também punir o credor que permanece inerte e não busca satisfazer o seu crédito em tempo hábil. Razão pela qual o início da prescrição vincula-se ao momento em que o

JURISPRUDÊNCIA

credor pode exercer seu direito de cobrar e não o faz por inércia, consoante consagrado pelo princípio da actio nata. 3. A constatação da dissolução irregular, quando este for o fato legitimador do redirecionamento, é o marco inicial para a contagem do prazo prescricional para a inclusão dos sócios no polo passivo do feito e não o esgotamento das buscas por bens. 4. Encontram-se patenteados nos autos os requisitos configuradores do instituto da prescrição. 5. Agravo de instrumento provido. (TRF4, AG 5004374-68.2013.404.0000, Segunda Turma, Relator p/ Acórdão Otávio Roberto Pamplona, juntado aos autos em 02/04/2014)

Faz-se necessário um breve relato dos fatos ocorridos no feito executivo:

A execução foi ajuizada, em 11.04.2007, contra a empresa Zanolo, Costa & Cia Ltda, constando na inicial e na CDA o endereço “Rod PR 317 S/N, Km 84, Santo Inácio”

Em 21.05.2007, através de certidão emitida pelo Oficial de Justiça, constatou-se a dissolução irregular da empresa, visto que ela encerrou as atividades na localidade indicada.

Assim, uma vez constatada a inatividade da executada em maio de 2007, essa, em princípio, é a data a ser considerada como o início do prazo de cinco anos para pedido de redirecionamento.

Em 26.06.2007, a União requereu o redirecionamento do feito em desfavor do sócio Euclides Zanoló (fl. 20), que restou deferido pelo juiz *a quo*(fl. 42/44).

Posteriormente, a exequente juntou aos autos alteração contratual da empresa e postulou novo pedido de redirecionamento, dessa vez contra os sócios Euclides Zanoló, Marco Antonio Zanoló e Irani Cândida Costa (fl. 69/71).

Em resposta ao requerimento, o juízo de origem, em 03.02.2011, referiu que já havia decisão judicial quanto ao pleito formulado e determinou que a Fazenda Nacional esclarecesse que providência pretendia para o prosseguimento do feito (fl. 87).

Assim, vê-se que, ao contrário do que alega a agravante, o pedido de redirecionamento fora, sim, apreciado à época, não cabendo ser acolhido o argumento de que houve demora na apreciação do requerimento por decorrência de tumulto processual.

Em verdade, a União nada mais referiu acerca do redirecionamento, apenas postulou o bloqueio de ativos financeiros via sistema BACENJUD e, seguidamente, a penhora sobre imóvel em nome do executado.

Em 29.01.2011, todavia, quando do mandado de penhora, sobreveio notícia do falecimento do sócio e executado Euclides Zanolo. Por essa razão, requereu novamente a União, em 31.07.2014, o redirecionamento da execução, mas tão-somente em desfavor do sócio Marco Antônio Zanolo.

Proferido o julgado atacado, entendeu o MM Juízo *a quo*, com razão, que havia configurado a prescrição para a pretensão de redirecionar.

Portanto, considerando que entre a constatação do encerramento irregular da empresa, em maio 2007, e o pedido de redirecionamento em questão, em julho de 2014, transcorreu período superior a cinco anos, deve ser mantida a decisão agravada.

Ante o exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento, nos termos do artigo 557, *caput*, do CPC.

JURISPRUDÊNCIA

Intimem-se.

Publique-se.

Porto Alegre, 05 de novembro de 2014.

Des. Federal Joel Ilan Paciornik

Relator

(Decisão monocrática disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região nº 258/2014 divulgação 13/11/2014, p. 5/8).

Ementas

COOPERATIVA. ISENÇÃO DE COFINS NOS REPASSES AOS COOPERADOS. APLICAÇÃO DE LEI POSTERIOR À ESPÉCIE.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.461.382 - SP (20130413718-9)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES

RECORRENTE : COOPERATIVA MISTA DE TRABALHO DOS MOTORISTAS AUTONOMOS DE TAXIS ESPECIAL DE SÃO PAULO – RADIO TAXI

ADVOGADO : FÁBIO GODOY TEIXEIRA DA SILVA E OUTRO(S)

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ATO COOPERATIVO. ISENÇÃO DA COFINS. DEPÓSITOS JUDICIAIS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. LEI SUPERVENIENTE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE.

1. O art. 462 do CPC admite que o fato tido por superveniente, capaz de influenciar no julgamento da causa, deva ser considerado pelo julgador, ainda que em sede recursal.
2. A Lei n. 12.649, de 17 de maio de 2012, isentou da incidência da COFINS os repasses de valores aos taxistas associados, decorrentes de serviços prestados por eles em nome da cooperativa, remindo expressamente os créditos tributários oriundos da mesma contribuição, constituídos ou não, e anistiando os encargos legais decorrentes dos mesmos créditos.
3. A existência de depósitos judiciais realizados pela recorrente para garantir a suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, II, do CTN, especializa a hipótese, pois a eventual desistência da presente ação para formular pedido administrativo acarretaria a conversão dos depósitos em renda para a União.
4. Recurso especial conhecido e provido, determinando a expedição de alvará de levantamento dos valores depositados em juízo, em favor da recorrente, após o trânsito em julgado.

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, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Fábio Godoy Teixeira da Silva, pela parte Recorrente: Cooperativa Mista de Trabalho dos Motoristas Autônomos de Táxi Especial de São Paulo – Rádio Taxi

Brasília, 02 de outubro de 2014(data do julgamento)

(Ementa disponibilizada no DJe STJ 10/10/2014).

ICMS. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO SEM APROVAÇÃO DO CONFAZ. ISENÇÃO DO ICMS AOS IMPLEMENTOS E EQUIPAMENTOS DESTINADOS AOS DEFICIENTES FÍSICOS AUDITIVOS, VISUAIS, MENTAIS E MÚLTIPLOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE POR 12 MESES.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 429
ORIGEM :ADI - 645 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PROCED. : CEARÁ

RELATOR :MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) :GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S) :SILVIO BRAZ PEIXOTO DA SILVA

INTDO.(A/S) :ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

Decisão: Retirado de pauta ante a aposentadoria do Senhor Ministro Eros Grau (Relator). Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.08.2010.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido em relação ao § 1º do art. 192 da Constituição do Estado do Ceará. Por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou parcialmente procedente a ação direta para dar interpretação conforme à CF ao § 2º do art. 192 da Constituição do Estado do Ceará, sem declaração de nulidade, concedendo o prazo de sobrevida do benefício por 12 (doze) meses a partir da publicação da ata desta sessão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que declarava integralmente procedente a ação para julgar inconstitucional o dispositivo, por vício formal.

Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência.

Plenário, 20.08.2014.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTIGOS 192, §§ 1º E 2º; 193 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO; 201 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO; 273, PARÁGRAFO ÚNICO; E 283, III, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ADEQUADO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO AO ATO COOPERATIVO E ISENÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS ÀS PEQUENAS E MICROEMPRESAS; PEQUENOS E MICROPRODUTORES RURAIS; BEM COMO PARA AS EMPRESAS QUE ABSORVAM CONTINGENTES DE DEFICIENTES NO SEU QUADRO FUNCIONAL OU CONFECCIONE E COMERCIALIZE APARELHOS DE FABRICAÇÃO ALTERNATIVA PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. DISPOSIÇÕES PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 146, INCISO III, ALÍNEA “C”, DA CRFB/88. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO, ESTADOS E DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 24, INCISO I, DA CRFB/88. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DEMAIS DISPOSITIVOS OBJURGADOS. CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS E INCENTIVOS FISCAIS. ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 155, § 2º, INCISO XII, “G”, DA CRFB/88. CAPUT DO ART. 193 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO SEM DECLARAÇÃO DE

NULIDADE. EXCLUSÃO DO ICMS DO SEU CAMPO DE INCIDÊNCIA.

1. O Federalismo brasileiro exterioriza-se, dentre outros campos, no segmento tributário pela previsão de competências legislativo-fiscais privativas dos entes políticos, reservada à Lei Complementar estabelecer normas gerais.
2. A concessão de benefícios fiscais não é matéria relativa à iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do estabelecido no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea b, da CRFB/88.
3. O poder de exonerar corresponde a uma derivação do poder de tributar, assim, presente este, não há impedimentos para que as entidades investidas de competência tributária, como o são os Estados-membros, definam hipóteses de isenção ou de não-incidência das espécies tributárias em geral, à luz das regras de competência tributária, o que não interdita a Constituição estadual de dispor sobre o tema.
4. O art. 146, III, “c”, da CRFB/88 determina que lei complementar estabeleça normas gerais sobre matéria tributária e, em especial, quanto ao adequado tratamento tributário a ser conferido ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.
5. Não há a alegada inconstitucionalidade da Constituição estadual, porquanto a competência para legislar sobre direito tributário é concorrente, cabendo à União estabelecer normas gerais, aos Estados-membros e o Distrito Federal suplementar as lacunas da lei federal sobre normas gerais, afim de afeiçoá-las às particularidades locais, por isso que inexistindo lei federal de normas gerais, acerca das matérias enunciadas no citado artigo constitucional, os Estados podem exercer a competência legislativa plena (§ 3º, do art. 24 da CRFB/88).
6. Consectariamente, o § 1º do artigo 192 da Constituição cearense que estabelece que “o ato cooperativo, praticado entre o associado e sua cooperativa, não implica em operação de mercado”, não é inconstitucional.

7. É que a Suprema Corte, ao apreciar situação análoga, assentou que, enquanto não promulgada a lei complementar a que se refere o art. 146, III, “c”, da CRFB/88, não se pode pretender que, com base na legislação local, não possa o Estado-membro, que tem competência concorrente em se tratando de direito tributário (artigo 24, I e § 3º, da Carta Magna), dê às cooperativas o tratamento que julgar adequado, até porque tratamento adequado não significa necessariamente tratamento privilegiado, verbis: “Inexiste, no caso, ofensa ao artigo 146, III, ‘c’, da Constituição, porquanto esse dispositivo constitucional não concedeu às cooperativas imunidade tributária, razão por que, enquanto não for promulgada a lei complementar a que ele alude, não se pode pretender que, com base na legislação local mencionada no aresto recorrido, não possa o Estado-membro, que tem competência concorrente em se tratando de direito tributário (artigo 24, I e § 3º, da Carta Magna), dar às Cooperativas o tratamento que julgar adequado, até porque tratamento adequado não significa necessariamente tratamento privilegiado.”(RE 141.800, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 30.10.97).

8. A concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC nº 24/75, recepcionada inequivocamente consoante jurisprudência da Corte, afronta ao disposto no artigo 155, § 2º, XII, “g”, da CRFB/88.

9. O comando constitucional contido no art. 155, § 2º, inciso “g”, que reserva à lei complementar federal “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados” aplicado, *in casu*, revela manifesta a inconstitucionalidade material dos dispositivos da Constituição cearense que outorga incentivo fiscal incompatível com a CRFB/88. Precedentes: ADI 84, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/1996, DJ 19-04-1996).

10. A outorga de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal é manifestamente inconstitucional. Precedentes: ADI 2906/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 2376/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3674/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3413/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 4457/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3794/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.6.2011; ADI 2688/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.6.2011; ADI 1247/PA, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.6.2011; ADI 3702/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.6.2011; ADI 4152/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 3664/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 3803/PR, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 2549/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1º.6.2011.

11. Calcado nessas premissas, forçoso concluir que:

a) O § 2º do art. 192 da Constituição cearense concede isenção tributária de ICMS aos implementos e equipamentos destinados aos deficientes físicos auditivos, visuais, mentais e múltiplos, bem como aos veículos automotores de fabricação nacional com até 90 HP de potência adaptados para o uso de pessoas portadoras de deficiência, o que acarreta a declaração de sua inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, por um prazo de doze meses.

b) O caput do artigo 193 da Constituição cearense isenta as microempresas de tributos estaduais, ao passo que seu parágrafo único estende a isenção, de forma expressa, ao ICMS, o que acarreta a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único e do caput, este por interpretação conforme para excluir de seu âmbito de incidência o ICMS.

c) A Inconstitucionalidade do artigo 201 e seu parágrafo único, da Constituição cearense é manifesta, porquanto pela simples leitura dos dispositivos verifica-se que o imposto estadual com tal campo de incidência é o ICMS, verbis: “Art. 201. Não incidirá imposto, conforme a lei dispuser, sobre todo e qualquer produto agrícola pertencente

à cesta básica , produzido por pequenos e microprodutores rurais que utilizam apenas a mão-de-obra familiar, vendido diretamente aos consumidores finais. Parágrafo único. A não-incidência abrange produtos oriundos de associações e cooperativas de produção e de produtores, cujos quadros sociais sejam compostos exclusivamente por pequenos e microprodutores e trabalhadores rurais sem terra.

d) O parágrafo único do art. 273 e o inciso III do art. 283, da Constituição cearense incidem na mesma inconstitucionalidade, verbis: “Art. 273. Toda entidade pública ou privada que inclua o atendimento à criança e ao adolescente, inclusive os órgãos de segurança, tem por finalidade prioritária assegurar-lhes os direitos fundamentais. Parágrafo único. As empresas privadas que absorvam contingentes de até cinco por cento de deficientes no seu quadro funcional gozarão de incentivos fiscais de redução de um por cento no ICMS. (...) Art. 283. Para estimular a confecção e comercialização de aparelhos de fabricação alternativa para as pessoas portadoras de deficiência, o Estado concederá: (...) III - isenção de cem por cento do ICMS.

12. Pedido de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente para declarar: (i) inconstitucional o parágrafo 2º do art. 192, sem a pronúncia de nulidade, por um prazo de doze meses (ii) parcialmente inconstitucional o caput do art. 193, dando-lhe interpretação conforme para excluir de seu âmbito de incidência o ICMS; (iii) inconstitucional o parágrafo único do artigo 193; (iv) inconstitucional o artigo 201, caput, e seu parágrafo único; (v) inconstitucional o parágrafo único do artigo 273; (vi) inconstitucional o inciso III do artigo 283; julgar improcedente o pedido quanto ao caput e §1º do artigo 192, todos os artigos da Constituição cearense.

(Ementa disponibilizada no STF-DJe nº 213/2014, divulgação 29/10/2014, publicação 30/10/2014, p. 62/63).

**CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DEMONSTRAÇÕES
FINANCEIRAS. SUBSTITUIÇÃO DO INPC PELO PELA OTN.
INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AO CONCEITO
DE RENDA.**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 208.526

ORIGEM :AMS - 9604218140 - TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : INTRAL S/A - INDÚSTRIA DE MATERIAIS
ELÉTRICOS

ADV.(A/S) : RODRIGO LEPORACE FARRET

RECDO.(A/S) : UNIÃO

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

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, para o fim de conceder a segurança e declarar a inconstitucionalidade do artigo 30, § 1º, da Lei nº 7.730/89, e do artigo 30, caput, da Lei nº 7.799/89, pediu vista o Senhor Ministro Nelson Jobim. Falou pela recorrente o Dr. André Martins de Andrade. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Ilmar Galvão. Plenário, 01.02.2001.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deliberou a renovação do julgamento e o retorno dos autos ao relator para designação de uma nova data. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.03.2006.

Decisão: Após o voto do Senhor Marco Aurélio (Relator), que conhecia e dava provimento ao recurso, para o fim de conceder a segurança para declarar a inconstitucionalidade do artigo 30, § 1º, da Lei nº 7.730/89, e do artigo 30, caput, da Lei nº 7.799/89, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram, pela recorrente, o Dr. André Martins de Andrade e, pela recorrida, a Dra. Cinara Ribeiro Silva Kichel. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 10.05.2006.

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Eros Grau, que não conhecia do recurso, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa, e do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que dava provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Britto. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 18.05.2006.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pela Senhora Ministra Rosa Weber, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente o Senhor Ministro Ayres Britto (Presidente), Membro da comitiva brasileira na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável. Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Vice-Presidente). Plenário, 20.06.2012.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário, vencidos os Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa (Presidente). Não votou na preliminar o Ministro Luiz Fux, por suceder ao Ministro Eros Grau. No mérito, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Gilmar Mendes. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. O Ministro Luiz Fux votou no mérito. Não votou na preliminar e no mérito o Ministro Teori Zavascki, por suceder ao Ministro Cezar Peluso. Plenário, 20.11.2013.

JURISPRUDÊNCIA

IMPOSTO DE RENDA – BALANÇO PATRIMONIAL – ATUALIZAÇÃO – OTN – ARTIGOS 30 DA LEI Nº 7.730/89 E 30 DA LEI Nº 7.799/89. Surge inconstitucional a atualização prevista no artigo 30 da Lei nº 7.799/89 no que, desconsiderada a inflação, resulta na incidência do Imposto de Renda sobre lucro fictício.

(Ementa disponibilizada no STF-DJe nº 213/2014, divulgação 29/10/2014, publicação 30/10/2014, p. 103).

CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. SUBSTITUIÇÃO DO INPC PELO OTN. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AO CONCEITO DE RENDA. REPERCUSSÃO GERAL.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 215.811

ORIGEM :AMS - 9504339239 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

PROCED. :SANTA CATARINA

RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : MADEPAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRAS LTDA

ADV.(A/S) : WALDIR SIQUEIRA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

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

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário. O Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem, suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de aplicar o resultado deste julgamento ao regime da repercussão geral da questão constitucional reconhecida no RE 242.689, Tema 311, para incidência dos efeitos do art. 543-B, do Código de Processo Civil, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 20.11.2013.

IMPOSTO DE RENDA – BALANÇO PATRIMONIAL – ATUALIZAÇÃO – OTN – ARTIGOS 30 DA LEI Nº 7.730/89 E 30 DA LEI Nº 7.799/89. Mostra-se inconstitucional a atualização prevista no artigo 30 da Lei nº 7.799/89 no que, desconsiderada a inflação, resulta na incidência do Imposto de Renda sobre lucro fictício.

APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO – REPERCUSSÃO GERAL. Na dicção da ilustrada maioria, é possível observar o instituto da repercussão geral quanto a recurso cujo interesse em recorrer haja surgido antes da criação do instituto – vencido o relator.

(Ementa disponibilizada no STF-DJe nº 213/2014, divulgação 29/10/2014, publicação 30/10/2014, p. 103).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCROS PROVENIENTES DE INVESTIMENTOS EM EMPRESAS COLIGADAS E CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35/2001.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 541.090

ORIGEM :AMS - 200372010000144 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

PROCED. :SANTA CATARINA

RELATOR :MIN. JOAQUIM BARBOSA

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. TEORI ZAVASCKI

RECTE.(S) : UNIÃO

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

RECDO.(A/S) :EMPRESA BRASILEIRA DE COMPRESSORES S/A

ADV.(A/S) :SÉRGIO FARINA FILHO E OUTRO(A/S)

JURISPRUDÊNCIA

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou a questão de ordem suscitada da tribuna, que propunha fosse o julgamento adiado para prosseguimento com a presença de todos os ministros, vencido o Ministro Marco Aurélio. Em seguida, após o voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), negando provimento ao recurso, e do voto do Ministro Teori Zavascki, dando-lhe provimento, o julgamento foi suspenso. Impedido o Ministro Luiz Fux. Falou pela recorrida Empresa Brasileira de Compressores S/A, o Dr. José Roberto Pisani. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 03.04.2013.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para considerar ilegítima a tributação retroativa, nos termos do parágrafo único do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Determinado o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que se pronuncie sobre a questão atinente à vedação da bitributação baseada em tratados internacionais, vencido o Ministro Dias Toffoli, não havendo se manifestado, no ponto, o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Redigirá o acórdão o Ministro Teori Zavascki, que reajustou seu voto. Impedido o Ministro Luiz Fux. Plenário, 10.04.2013.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCROS PROVENIENTES DE INVESTIMENTOS EM EMPRESAS COLIGADAS E CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35/2001. 1. No julgamento da ADI 2.588/DF, o STF reconheceu, de modo definitivo, (a) que é legítima a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 relativamente a lucros auferidos por empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida (= países considerados “paraísos fiscais”); e (b) que não é legítima a sua aplicação relativamente a lucros auferidos por empresas coligadas

sediadas em países sem tributação favorecida (= não considerados “paraísos fiscais”). Quanto às demais situações (lucros auferidos por empresas controladas sediadas fora de paraísos fiscais e por empresas coligadas sediadas em paraísos fiscais), não tendo sido obtida maioria absoluta dos votos, o Tribunal considerou constitucional a norma questionada, sem, todavia, conferir eficácia erga omnes e efeitos vinculantes a essa deliberação.

2. Confirma-se, no presente caso, a constitucionalidade da aplicação do caput do art. 74 da referida Medida Provisória relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em país que não tem tratamento fiscal favorecido. Todavia, por ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade, afirma-se a inconstitucionalidade do seu parágrafo único, que trata dos lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2002.

3. Recurso extraordinário provido, em parte.

(Ementa disponibilizada no STF-DJe nº 213/2014, divulgação 29/10/2014, publicação 30/10/2014, p. 104).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE À RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 599.176

ORIGEM :AC - 200770000333848 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

PROCED. :PARANÁ

RELATOR :MIN. JOAQUIM BARBOSA

RECTE.(S) : MUNICÍPIO DE CURITIBA

ADV.(A/S) : ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(A/S)

JURISPRUDÊNCIA

RECDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE

FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS-ABRASF

ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), deu provimento ao recurso extraordinário. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Dias Toffoli, representando o Tribunal na III Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, em Angola, e, neste julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso, e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF, a Dra. Simone Andrea Barcelos Coutinho. Plenário, 05.06.2014.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE À RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO.

A imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão (aplicação “retroativa” da imunidade tributária).

Recurso Extraordinário ao qual se dá provimento.

(Ementa disponibilizada no STF-DJe nº 213/2014, divulgação 29/10/2014, publicação 30/10/2014, p. 105).

AÇÃO ANULATÓRIA. INEXISTÊNCIA DA RENDA DECLARADA. ANULAÇÃO DO AUTO-LANÇAMENTO.

AC - 575556/CE - 0000084-15.2013.4.05.8101

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO

ORIGEM : 15ª Vara Federal do Ceará (Competente p/ Execuções Penais)

APTE : SIGILOS

APDO : SIGILOS

ADV/PROC : CARLOS EDUARDO CELEDÔNIO e outro
(Ementa)

Civil e Processual Civil. Cancelamento de certidão de dívida ativa. Fraude nas informações utilizadas pela Receita Federal. Possibilidade. Demonstração da ilegitimidade passiva tributária da parte autora.

O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a denominada motivação referenciada, ou *per relationem*, não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Precedente: AI 855829 no AgR/RJ.

Com razão a sentença ao estatuir:”(...) No entanto, durante a instrução do feito, o autor corrobora, através de seu depoimento pessoal, os fatos declarados na peça inicial, de que é pessoa humilde, trabalhador rural, nunca exerceu quaisquer desses cargos, tão pouco auferiu rendimento anual de sessenta e cinco mil reais ou emitiu DIRPF junto à Receita Federal.

Constata-se, em verdade, que o autor não detém qualquer estrutura profissional, econômica ou financeira compatível com as declarações de renda informadas nas DIRPF citadas, que deram ensejo ao PA, portanto, não foi o sujeito ativo do fato gerador da obrigação tributária, constituída e inscrita em dívida ativa sob o n. 30111012475-50.”

“(…) Para tornar incontestes a fraude nas citadas declarações, acrescente-

JURISPRUDÊNCIA

se o fato de que tramitou nesta Vara Federal idêntica ação (n. 0000085-97.2013.4.05.8101), onde em todas as declarações, como no caso dos autos, o nome da fonte pagadora é o Sr. José Roberto Félix de Moura, CPF nº. 620.427.423-68, a mesma fonte pagadora do autor em duas oportunidades (fls. 99 e 105). Naquela ação, observou-se que o Sr. José Roberto possuía tão somente vínculos com o Município de Potiretama/CE, entre os anos de 2003 a 2010, e rendimento anual inferior ao pagamento da remuneração supostamente feita ao autor e declarada à Receita Federal do Brasil.”

“(…) Dessa forma, patente a fraude na emissão das declarações de IR em nome do autor (2008/2009), mostra-se indevida a dívida ativa inscrita sob o n. 30111012475-50, por inexistência do fato gerador da obrigação tributária, apurada no PA (n. 103380.607031/2011-8).”
Apelação improvida.

(Acórdão)

Vistos, etc.

Decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 11 de novembro de 2014.

(Data do julgamento)

Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho

Relator

(Ementa publicada no Diário da Justiça Eletrônico TRF5, nº 220/2014, divulgação 20/11/2014, p. 287/288).