

JURISPRUDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA

Inteiro teor

TRIBUTÁRIO. REMESSA AO EXTERIOR PARA PAGAMENTO DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS (COST SHARING AGREEMENT). NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PAGAMENTOS POR SERVIÇOS REALIZADOS NO BRASIL. DESCABIMENTO DA INCIDÊNCIA DO IRPJ, CIDE, PIS E COFINS SOBRE OS VALORES REMETIDOS AO EXTERIOR.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0027722-76.2007.4.03.6100/SP
2007.61.00.027722-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : DEGUSSA BRASIL LTDA
ADVOGADO : MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00277227620074036100 4 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. REMESSA AO EXTERIOR PARA PAGAMENTO DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS (COST SHARING AGREEMENT). NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PAGAMENTOS POR SERVIÇOS REALIZADOS NO BRASIL. DESCABIMENTO DA INCIDÊNCIA DO IRPJ, CIDE, PIS E COFINS SOBRE OS VALORES REMETIDOS AO EXTERIOR.

1. Hipótese em que a União entende tributáveis os valores enviados pela autora à Alemanha, por se traduzirem em receitas, referentes a pagamentos por serviços prestados no Brasil, sendo usualmente denominados *rendimentos não expressamente mencionados* nas convenções internacionais
2. O exame dos autos permite saber que existe contrato de compartilhamento de custos entre a empresa Degussa GmbH, com sede na Alemanha, e a Degussa Brasil Ltda, com sede em São Paulo, para implementação de infra-estrutura de TI relativa a processamento de dados, visando a padronização e relação de custo-benefício.
3. De acordo com o contrato de *cost sharing*, o objetivo da avença é estabelecer procedimentos e normas de compartilhamento de custo no que diz respeito à manutenção, operação e suporte do sistema de processamento de dados global.
4. As faturas existentes nos autos indicam o efetivo compartilhamento dos custos previstos em contrato.
5. Tudo indica que o “Centro de Dados Global” é operado a partir da Alemanha, pela Degussa GmbH, de modo que torna-se frágil a afirmação da União de que os pagamentos se referem exclusivamente a serviços prestados no Brasil.

JURISPRUDÊNCIA

6. O programa de custo compartilhado não tem relação com a atividade-fim da autora, que tem por objeto a industrialização, compra, venda, importação e exportação de produtos manufaturados e semi-faturados, principalmente de metais preciosos e catalisadores químicos.
7. Por todas estas circunstâncias, há que se concluir que a autora está com a razão, pois os pagamentos remetidos ao exterior constituem recomposição dos custos de utilização do sistema de TI, em regime de compartilhamento.
8. Precedente do Superior Tribunal de Justiça em caso análogo.
9. Improvidas a apelação e a remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de julho de 2014.
RUBENS CALIXTO
Juiz Federal Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0027722-76.2007.4.03.6100/SP
2007.61.00.027722-4/SP

RELATOR	:	Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE	:	União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	:	JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO	:	DEGUSSA BRASIL LTDA
ADVOGADO	:	MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR e outro
REMETENTE	:	JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG.	:	00277227620074036100 4 Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa oficial e apelação contra a r. sentença de fls. 350/353 que julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídica tributária que obrigue a autora ao recolhimento do IRRF, PIS, COFINS e CIDE relativos aos valores remetidos ao exterior, em favor da controladora DEGUSSA GMBH, em razão do contrato de compartilhamento de custos objeto dos autos.

Em razão da sucumbência, a sentença condenou a União ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Em seu apelo (fls. 357/377), diz a UNIÃO que os valores enviados pela autora à Alemanha se traduzem em receitas, visto que se referem a pagamentos por serviços prestados no Brasil, sendo usualmente denominados *rendimentos não expressamente mencionados* nas convenções internacionais.

Sustenta que não se trata de verdadeiro rateio de despesas entre as empresas do Brasil e da Alemanha, mas sim de pagamento de serviços de assistência técnica especializada que a matriz alemã está prestando à filial brasileira, de forma contínua, através de módulos integrados, em funcionalidades como manufatura, finanças, vendas, distribuição e recursos humanos.

Entende que tais serviços não configuram pagamentos de *royalties* ou *transferência de tecnologia*, mas autêntica contratação de serviços, que não se enquadra no artigo XII da Convenção Brasil-Alemanha.

Não havendo regra especial para tal hipótese, tais pagamentos configurariam rendimentos e ficariam sujeitos à incidência de tributos, nos termos da legislação pátria, conforme previsão do art. 22 da Convenção.

Contra-razões às fls. 383/398.

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator): A ação diz respeito à controvérsia sobre a natureza do contrato firmado entre a impetrante e empresa sediada na Alemanha e a legitimidade da tributação dos valores pagos à empresa sediada no exterior.

Sustenta a autora que as remessas de valores à empresa controladora são decorrentes de pagamentos referentes a contrato de compartilhamento de custos (*cost sharing agreement*), para implementação de sistema de informática customizado, a ser adotado por todas as empresas do grupo, no mundo todo.

Sob tais fundamentos, entende que os pagamentos não poderiam ser tributados porque não estariam caracterizadas as hipóteses de incidência para o pagamento do imposto de renda, da CIDE, da COFINS e do PIS.

Em última análise, diz a autora que os valores remetidos ao exterior não poderiam sofrer a incidência do imposto na fonte, porquanto o art. 7º do Tratado Brasil-Alemanha dispõe que eles devem ser tributados exclusivamente no país da empresa que percebe os rendimentos.

Por seu turno, a União entende que tais pagamentos não passam de remuneração por serviços prestados, de modo que ficariam sujeitas à incidência de tributos, na forma da legislação nacional, em razão do art. XII da Convenção Brasil-Alemanha, uma vez que eles não se enquadram em nenhuma regra especial do acordo bilateral.

O exame dos autos permite saber que existe contrato de compartilhamento de custos entre a empresa Degussa GmbH, com sede na Alemanha, e a Degussa Brasil Ltda, com sede em São Paulo, para implementação de infra-estrutura de TI relativa a processamento de dados, visando a padronização e relação de custo-benefício (fls. 84/88).

De acordo com o contrato de *cost sharing*, o objetivo da avença é estabelecer procedimentos e normas de compartilhamento de custo no que diz respeito à manutenção, operação e suporte do sistema de processamento de dados global.

No caso, os custos a serem compartilhados são os salários e benefícios das pessoas que trabalham (direta ou indiretamente) com o sistema, o suporte de terceiros em relação ao sistema, a viagem e treinamento de pessoal relacionado ao sistema, além de gastos como taxa de locação do “Centro de Dados Global”, eletricidade, ar-condicionado, medidas de segurança e outros (fls. 85).

As faturas de fls. 327/346 indicam o efetivo compartilhamento dos custos previstos em contrato.

Por outro lado, tudo indica que o “Centro de Dados Global” é operado a partir da Alemanha, pela Degussa GmbH, de modo que torna-se frágil a afirmação da União de que os pagamentos se referem exclusivamente a serviços prestados no Brasil.

JURISPRUDÊNCIA

Cumprir observar que tal programa de custo compartilhado não tem relação com a atividade-fim da autora, que tem por objeto a industrialização, compra, venda, importação e exportação de produtos manufaturados e semi-faturados, principalmente de metais preciosos e catalisadores químicos (fls. 36/37).

Desta maneira, se o programa não está inserido diretamente nos processos produtivos da autora, não há que se cogitar de transferência de tecnologia e pagamento de royalties.

Por todas estas circunstâncias, há que se concluir que a autora está com a razão, pois os pagamentos remetidos ao exterior constituem recomposição dos custos de utilização do sistema de TI, em regime de compartilhamento de custos.

Neste sentido, aliás, já manifestou a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, conforme ilustra a seguinte ementa:

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”, aí 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 - Segunda Turma - RESP 1.161.467/RS - Relator Ministro Castro Meira - j. 17.05.2012)

Posto isto, meu voto NEGA PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

RUBENS CALIXTO

Juiz Federal Relator

(Ementa divulgada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 11/07/2014, p. 644/645).

DIREITO TRIBUTÁRIO. COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE EXECUÇÃO, EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU EMBARGOS À EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE MANEJO DA AÇÃO RESCISÓRIA. CÁLCULO DO CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI.

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.240.63 -RS (2011/0044011-6)

RELATOR : MINSTRO HUMBERTO MARTINS

RECORENTE : SPRINGER CARIER LTDA

ADVOGADOS : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO E OUTRO(S)
GUILHERME CEZAROTTI

RECORIDO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 21/STJ. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VÍCIO CONTIDO NA FASE COGNITVA. CORREÇÃO NA FASE EXECUTIVA. VEDAÇÃO. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. PRECEDENTES. CDA. FUNDAMENTO LEGAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. REFAZIMENTO DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PELO REMANESCENTE. EXEGESE DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1115501/SP (ART. 543-C DO CP). HONORÁRIOS.

1. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre o art. 151, III, do CPC.

2. O eventual erro *in procedendo* decorrente da decisão *ultra* ou *extra petita* ocorrido durante a fase cognitiva, transitada em julgado, deve ser alegado durante o processo, e não posteriormente, em sede de execução, embargos à execução ou exceção de pré-executividade, pois tais ações não substituem a via própria e adequada da rescisória. Inúmeros precedentes.

3. A Resolução CIEX 02/79 é legal, devendo-se utilizar as respectivas alíquotas no cálculo do crédito-prêmio de IPI. Entendimento firmado no julgamento do EREsp 80578/MG.

4. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1115501/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 10.12.201 (DJe 30.11.2010), pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/208 do STJ, consolidou entendimento segundo qual ulterior declaração de inconstitucionalidade de lei pode não macular a exigibilidade do crédito tributário, porquanto eventual excesso contido no título pode ser expurgado, permitindo ao órgão fazendário prosseguimento da execução pelo valor remanescente.

5. A Primeira Seção do STJ reconhece que a base de cálculo dos honorários, quando acolhidos embargos à execução fiscal ou provida exceção de pré-executividade, deve ser o valor afastado com a procedência do pedido, incidindo, portanto, sobre o excesso apurado.

Recurso especial provido em parte.

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos autos em que são partes acima indicados, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministro Herman Benjamin, Mauro Campbel Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Dr(a). LEONARDO GRECO, pela parte RECORENTE: SPRINGER CARIER LTDA

Dr(a). CLÓVIS MONTEIRO FERREIRA NETO (PROCURAÇÃO “EX LEGIS”)

PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL), pela parte RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

Brasília (DF), 06 de maio de 2014 (Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.240.63 -RS (2011/0044011-6)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

RECORRENTE : SPRINGER CARIER LTDA

ADVOGADOS : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO E OUTRO(S)

GUILHERME CEZAROTI

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por SPRINGER CARIER LTDA., com fundamento no art. 105, I, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa ostenta o seguinte teor (fls. 1396/1405, e-STJ): “PROCESSUAL CIVL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. JULGADO EXTRA PETITA. PIS. LEI Nº 9.718/9. BASE DE CÁLCULO.

1. O julgamento *extra petita* não está albergado coisa julgada na parte em que desbordados ao limites do pedido.
2. Apelação da UNIÃO e remessa oficial parcialmente providas par afastar a conclusão da sentença acerca da ocorrência da coisa julgada, declarando-se a higidez da autuação e do título executivo.
3. Reconhecida a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS, deverá a UNIÃO retificar a CDA, recalculando o débito em a exclusão dos valores que não compõem o conceito de faturamento.”

Os embargos de declaração opostos pela recorrente foram acolhidos em parte, tão somente par fins de prequestionamento (fls. 1433/1437, e-STJ).

No presente recurso especial, alega a SPRINGER CARIER LTDA. ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC e ao art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, visto que o acórdão contrariou a coisa julgada.

Aduz ainda que o acórdão regional contrariou as disposições contidas no art. 2º, § 8º, da Lei n. 6830/80 e no art. 586 do CPC, ao passo que aponta divergência jurisprudencial com arestos desta Corte. Sustenta, em síntese, a impossibilidade de substituição da CDA após a prolação da sentença de primeiro grau, quando há equívocos no próprio lançamento.

Alega, ainda, violação do art. 151, inciso III, do CTN, porquanto o crédito tributário encontra-se com a sua exigibilidade suspensa, ante a pendência do processo administrativo. Alega ainda violação ao art. 20, §4º, do CPC.

JURISPRUDÊNCIA

Apresentadas as contrarrazões (fls. 1541/1554, e-STJ), sobreveio juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fls. 1567/1568, e-STJ).

Manifestou-se o Ministério Público Federal pela rejeição do apelo extremo, ante o óbice da Súmula 7 do STJ (fls. 1595/1600, e-STJ).

É, no essencial, é o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.240.63 -RS (2011/0044011-6)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 21/STJ. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VÍCIO CONTIDO NA FASE COGNITVA. CORREÇÃO NA FASE EXECUTIVA. VEDAÇÃO. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. PRECEDENTES. CDA. FUNDAMENTO LEGAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. REFAZIMENTO DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PELO REMANESCENTE. EXEGESE DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1115501/SP (ART. 543-C DO CP). HONORÁRIOS.

1. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre o art. 151, III, do CPC.

2. O eventual erro *in procedendo* decorrente da decisão *ultra* ou *extra petita* ocorrido durante a fase cognitiva, transitada em julgado, deve ser alegado durante o processo, e não posteriormente, em sede de execução, embargos à execução ou exceção de pré-executividade, pois tais ações não substituem a via própria e adequada da rescisória. Inúmeros precedentes.

3. A Resolução CIEX 02/79 é legal, devendo-se utilizar as respectivas alíquotas no cálculo do crédito-prêmio de IPI. Entendimento firmado no julgamento do EREsp 80578/MG.

4. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1115501/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 10.12.201 (DJe 30.11.2010), pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/208 do STJ, consolidou entendimento segundo qual ulterior declaração de inconstitucionalidade de lei pode não macular a exigibilidade do crédito tributário, porquanto eventual excesso contido no título pode ser expurgado, permitindo ao órgão fazendário prosseguimento da execução pelo valor remanescente.

5. A Primeira Seção do STJ reconhece que a base de cálculo dos honorários, quando acolhidos embargos à execução fiscal ou provida exceção de pré-executividade, deve ser o valor afastado com a procedência do pedido, incidindo, portanto, sobre o excesso apurado.

Recurso especial provido em parte.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):
DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO

De início, não enseja conhecimento o recurso especial quanto à suposta violação do art. 151, inciso III, do CTN, por ausência de prequestionamento.

Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Assim, incide no caso o enunciado da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça:

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.”

Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte entende que o prequestionamento pressupõe o debate da matéria pelo Tribunal de origem não ficando suprido a simples alegação das parte.

In casu, em nenhum momento houve a manifestação do TRF da 4ª Região acerca da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, limitando-se alegar inexistência de violação a coisa julgada e determinando a retificação da CDA.

Acrescente-se que, se o recorrente entendesse que persistiu algum vício no acórdão impugnado, imprescindível alegação de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, quando a interposição de recurso especial com fundamento na alínea “a do inciso I do art. 105 da Constituição Federal, sob pena de incidir no intransponível óbice da ausência de prequestionamento.

DA COISA JULGADA

A análise da violação à coisa julgada decorrente da confrontação entre o entendimento firmado na ação de conhecimento e o feito executivo, que, em regra, atrai a incidência da Súmula 7/STJ, pois importa em revolvimento de matéria fática.

A título de exemplo:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. APRECIÇÃO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. OEFNSA À COISA JULGADA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que eventual nulidade na decisão singular do Relator, proferida com fulcro no art. 557 do CPC, fica superada com a reapreciação da matéria, na via do Agravo interno, pelo órgão colegiado.

2. Rever o entendimento do Tribunal de origem - de que não houve violação da coisa julgada - demanda, em regra, reexame do conjunto fático-probatório dos autos, obstado nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido.”

(AgRg no AREsp 73036/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 24/02/2012)

Contudo, da detida leitura do acórdão recorrido, é possível inferi as premissas jurídicas firmadas no processo de conhecimento, que torna inaplicável o referido óbice. Isto porque o Tribunal de origem deixa expressamente consignado que:

- a) a recorrente propôs ação declaratória com o fim de compensar em sua escrita contábil crédito-prêmio de IPI;
- b) a ação foi julgada parcialmente procedente, garantindo o creditamento, com limitação temporal (entre 30.3. 1982 e 31.12.1989);
- c) houve apelo da empresa, requerendo o afastamento do limite temporal, enquanto o apelo da União almejava a improcedência total da ação declaratória;

JURISPRUDÊNCIA

- d) o acórdão deu provimento à apelação par afastar a limitação temporal, deixando expressamente consignado que alíquota para o creditamento deveria obedecer a Resolução CIEX n. 2/79; apelação da União fora improvida;
 - e) o julgamento extra petita quanto à aplicação das alíquotas contida na referida resolução não pode ser albergado pelo manto da coisa julgada;
 - f) possibilidade da retificação da CDA, com recálculo do débito, quanto à questão do PIS.
- Para melhor ilustração do caso, transcrevo a decisão proferida pelo Tribunal de origem:

“Coisa julgada

A controvérsia da lide é a extensão da coisa julgada na ação n.º 90.010905-1, que assegurou à ora embargante o direito ao creditamento do IPI.

Sustenta a embargante, inicialmente, que a matéria que deu ensejo a exigência da União se encontra alcançada pela coisa julgada, uma vez que, de forma expressa, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região estabeleceu a aplicação da Resolução CIEX n. 2, em relação a alíquota a ser aplicada no lançamento de crédito prêmio do IPI, não podendo a União exigir, agora, uma alíquota de 15%, quando o estabelecido pela Resolução é CIEX é 28%.

A ora embargante ajuizou em 1990 ação perante a Justiça Federal de Brasília visando a declaração de seu o direito ao crédito-prêmio do IPI. O pedido foi julgado procedente em parte, garantindo-se o direito pleiteado, mas no período de 30.03.1982 a 31.12.1989, “conforme Termo de Manutenção e Utilização de Incentivo Fiscal n. 027/82” (fls. 130).

De acordo com o aquele Termo, - conforme transcrição da autora, ora embargante, no corpo da petição inicial daquela ação ordinária, reproduzido às fls. 106 destes autos - a alíquota aplicável é a de 15%.

A SPRINGER recorreu da decisão buscando, tão somente, o reconhecimento do direito em período posterior a 1989, pedido reconhecido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Todavia, no acórdão que acolheu a apelação da embargante, o relator fez expressa referência a aplicação da Resolução CIEX n. 2, nos seguintes termos (fls. 224 /225):

“5- A RESOLUÇÃO CIEX N. 2/79

As alíquotas do crédito-prêmio do IPI devem ser calculadas com base da Resolução CIEX n. 2, de 1979. Sobre o tema, decidiu a Segunda Seção deste Tribunal ao julgar o MS 95.01.10759-0/DF:

“Não é ilegal a Resolução CIEX n. 2, de 17 de janeiro de 1979, uma vez que estabelece as mesmas alíquotas para cálculo do crédito-prêmio IPI, como determinado pelo Decreto-lei n. 491, de 1969.

(...)”

(Juiz Tourinho Neto, in DJU de 28/08/1995).”

Ocorre, porém, que o acórdão é claramente *extra petita*. Isso porque em relação à matéria (aplicação de alíquota conforme Resolução CIEX n.º 02/79) não houve pedido expresso ou implícito na inicial. O pedido restou assim formulado (fls. 127):

“O pedido, portanto, da presente ação, consiste na declaração de existência de relação jurídica entre a autona e a ré, impedindo que esta última venha a exigir-lhe o estorno do lançamento que efetuou e continuará a efetuar em sua escrita fiscal do crédito-prêmio do IPI, nos termos do art. 1º do Decreto-Lei 491/69 (...)”

A causa de pedir, por sua vez, é o descumprimento do TERMO DE APROVAÇÃO BEFIEIX n.º 97/82, convalidado pelo TERMO DE GARANTIA DE MANUTENÇÃO E UTILIZAÇÃO DE INCENTIVO FISCAL N.º 027/82, que dispõem:

TERMO DE APROVAÇÃO BEFIEIX N. 097/82 DE 30.03.1982

PARTES - UNIÃO FEDERAL - REPRESENTADA PELO MINISTRO DE ESTADO DA INDÚSTRIA E DO COMÉRCIO E PELO PRESIDENTE DA COMISSÃO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS A PROGRAMAS ESPECIAIS DE EXPORTAÇÃO -BEFIEIX E SPRINGER CARRIER NORDESTE S/A.(NOVA DENOMINAÇÃO DE SPRINGER NORDESTE S/A) E OUTROS CLÁUSULAS PRINCIPAIS

CLÁUSULA PRIMEIRA - Este Programa Especial de Exportação terá o prazo de vigência de 10 (dez) anos contados a partir desta data (30/03/1982) , observado o disposto na cláusula oitava e seu parágrafo.

CLÁUSULA SEGUNDA - As EMPRESAS BENEFICIÁRIAS obrigam-se a exportar, durante o prazo de vigência do Programa Especial de Exportação, condicionadores de ar, refrigeradores, purificadores de ar para cozinha, coifa exaustora para cozinha e acessórios desses produtos no valor FOB mínimo de US\$ 400 milhões de dólares, devendo apresentar saldo acumulado ao final de 240 milhões de dólares (...)

CLÁUSULA TERCEIRA - As EMPRESAS BENEFICIÁRIAS realizarão investimentos em ativo fixo equivalentes a US\$ 11,6 milhões de dólares durante os primeiros cinco anos do programa.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA : -No caso de descumprimento das obrigações assumidas neste Termo, aplicar-se-á o disposto no artigo 4º. do Decreto Lei n. 1.219, de 15 de maio de 1972.

TERMO DE GARANTIA DE MANUTENÇÃO E UTILIZAÇÃO DE INCENTIVO FISCAL N. 027/82

O MINISTRO DE ESTADO DA INDÚSTRIA E DO COMÉRCIO, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 16 do Decreto-Lei n. 1219, de 15 de maio de 1972, e de acordo com as disposições da Portaria MINIFAZ N. 279, de 19 de dezembro de 1981, resolve assegurar às exportações de produtos fabricados pelas empresas SPRINGER REFRIGERAÇÃO S/A. (CGC/MF N. 92.929.520/0001-10) e SPRINGER - NORDESTE S/A.(CGC/MF N. 10.948.651/0001-61) e realizadas ao amparo do seu Programa Especial de Exportação, com Termo de Aprovação n.º 97/82, de 30 de

março de 1982, a manutenção e utilização do incentivo a que se refere o artigo 1º do Decreto-Lei n. 491, de 05 de março de 1969, com a **alíquota de 15% (quinze por cento)**, para o período máximo de 30 de março de 1982 a 31 de dezembro de 1989.”

Segundo o relato da própria embargante, **“por força do que acima se expôs, a Autora vinha se aproveitando em sua escrita fiscal do crédito prêmio de IPI, previsto no 1º do Decreto-Lei n. 491, de 05 de março de 1969 e (...) Com relação às exportações realizadas a partir de 1990 também a autora faz jus ao crédito-prêmio do IPI, considerando que contratou exportações a serem realizadas até o término do programa de exportação.(...)”**

Conforme interpretação lógica, sistemática e restritiva (CPC, art. 293) do pedido, integrado com a exposição da causa de pedir (o cumprimento do contrato, nos termos em que formulado com o ente político), tem-se que a alíquota aplicável, necessariamente, é aquela prevista no instrumento contratual. Tanto que, em nenhum tópico da inicial, a autora sugere a aplicação de qualquer outra alíquota que não aquela constante do pactuado.

Registre-se que a questão relativa à alíquota somente veio à discussão quando da interposição do recurso pela UNIÃO (fls. 168 a 212, item VII), que assim requereu: *“caso seja reconhecido o direito à autora (...) o gozo do benefício não pode se dar mediante a aplicação de alíquotas discriminadas na Resolução CIEX n.º 02/79)”*.

Ora, se a pretensão da embargante é a manutenção do contratado - eis que a causa de pedir é o descumprimento unilateral do mesmo por parte da UNIÃO - não há como se admitir a aplicação de qualquer outra alíquota que não aquela prevista no instrumento contratual, de 15%.

Assim, a disposição do acórdão que determinou a aplicação de alíquota diversa representa inovação em face do pedido formulado pela autora e desborda dos limites da demanda, em patente afronta aos arts. 128 e 460 do CPC.

Não há como se pretender que a coisa julgada compreenda o julgado *extra petita*. O artigo 468 do CPC é cristalino ao estabelecer que: *“a sentença (...) tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”* (sublinhei). **Assim, o julgado, nesta parte, não se reveste do manto protetivo da coisa julgada, pois ressentido de pressuposto processual de existência.**

Nesse sentido, os ensinamentos de Tereza Arruda Alvim Wambier (In: Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª ed. Ed. RT, p. 339):

“A sentença que corresponde a pedido que nunca foi formulado é sentença inexistente. Falta, a esta relação processual, pressuposto processual de existência. Sentenças inexistentes podem ser impugnadas a qualquer momento e por qualquer meio: nesse caso, não há título executivo.” (grifos no original)

Assim, afasto o fundamento utilizado pelo magistrado singular para anular a autuação fiscal e a CDA que instrui o feito executivo.”

É fato incontroverso que o acórdão da ação de conhecimento incorreu em erro *in procedendo*, porquanto concedeu além do pedido (*ultra petita*), tendo sido afastados os efeitos da coisa julgada em sede executiva –em especial, dos embargos à execução fiscal, pois foi matéria de defesa da recorrente –, ante a verificação de vício existente.

Contudo, Tribunal de origem, ao assim proceder, violou a coisa julgada. Isto porque a eventual correção decisão *ultra* ou *extra* petita ocorrida durante a fase cognitiva, transitada em julgado, deveria ter sido alegada durante o processo, e não posteriormente, em sede de execução, embargos à execução ou exceção de pré-executividade, pois tais ações não substituem a via própria e adequada da rescisória.

A propósito:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DECISÃO ULTRA OU EXTRA PETITA. VÍCIO QUE DEVERIA TER SIDO ALEGADO DURANTE O PROCESSO DE CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO EM SEDE DE EXECUÇÃO, SOB PENA DE OFENSA À COISA JULGADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

2. A pretensão de correção de vício de decisão ultra ou extra petita ocorrida durante o processo de conhecimento, a qual transitou em julgado para determinar o pagamento de pensão sem a fixação de termo final, deveria ter sido alegado durante o processo de conhecimento, e não posteriormente, em sede de execução, sob pena de ofensa à coisa julgada. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1349477/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 23/04/2013)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.”

(AgRg no REsp 1211449/MS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 27/06/2012)

“PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÃO DE ERRO MATERIAL NA SENTENÇA EXEQUENDA. CONDENAÇÃO DO LITISCONSORTE VITORIOSO A PAGAR HONORÁRIOS AO OUTRO LITISCONSORTE, TAMBÉM VITORIOSO. CIRCUNSTÂNCIA QUE FORA ABORDADA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NO PROCESSO ORIGINÁRIO E, NÃO OBSTANTE, MANTIDA PELA SENTENÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO PELA ESTREITA VIA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

1. A exceção de pré-executividade não é remédio jurídico adequado para modificar comando judicial que tenha transitado em julgado.

2. A condenação em honorários advocatícios consubstancia consectário da condenação principal, de modo que sua natureza deve seguir a natureza da sentença proferida, quanto ao objeto principal da lide.

Portanto, se a sentença que condena a honorários não enfrentou o mérito da ação principal, não tendo, por isso, aptidão para adquirir a eficácia de coisa julgada material, a parcela relativa a honorários também não adquire essa eficácia, sendo impossível impugná-la mediante ação rescisória. Mas se a sentença na qual a condenação a honorários foi estabelecida enfrentou o mérito da ação, tanto a condenação principal como o consectário adquirem a eficácia de coisa julgada, não comportando impugnação por exceção de pré-executividade.

3. Não se pode alegar que há mero erro material, passível de ser corrigido a qualquer tempo, em parcela da sentença que, abordada em embargos de declaração, foi objeto de esclarecimento expresso. Nessa circunstância, o suposto erro material se converte em erro de julgamento, devendo ser impugnado mediante o recurso cabível ou ação rescisória. Destarte, por maior que possa ser a estranheza causada pela condenação do corréu ao pagamento de honorários advocatícios ao seu litisconsorte em ação vencida por ambos, a exceção de pré-executividade não é o modo adequado de corrigir o suposto equívoco.

4. Recurso especial conhecido e improvido.”

(REsp 1299287/AM, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 26/06/2012).

“RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - TRIBUNAL A QUO QUE, ACOLHENDO O INCIDENTE, EXTINGUE A EXPROPRIATÓRIA ANTE VÍCIO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA CONTIDO NO TÍTULO JUDICIAL. INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE

- 1. TEMA PERTINENTE A EVENTUAL EXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E SUA POSSÍVEL CONVERSÃO EX OFFICIO EM PERDAS E DANOS E ARTS. 603, 604, 607 E 618, TODOS DO CPC, CARENTES DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211 DO STJ

- 2. **IMPOSSIBILIDADE DE O JUÍZO DA EXECUÇÃO, EM SEDE DE OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, NEGAR EFICÁCIA À SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO, SOB O FUNDAMENTO DE SUPOSTO JULGAMENTO ALÉM OU FORA DO PEDIDO HAVIDO NO ANTERIOR PROCESSO DE CONHECIMENTO - MÁCULAS ACOBERTADAS PELO MANTO DA COISA JULGADA MATERIAL - DISCUSSÃO A SER TRAVADA APENAS EM SEDE DE EVENTUAL AÇÃO RESCISÓRIA, OPORTUNIZANDO-SE A AMPLA DEFESA DA PARTE ADVERSA - MANIFESTA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 471 E 485 DO CPC**

- 3. CASO CONCRETO, ADEMAIS, EM QUE SOBREVEIO PROCESSO DE LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO, COM A DEVIDA CITAÇÃO DOS DEVEDORES - AUSÊNCIA DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA A SENTENÇA DEFINIDORA DO QUANTUM DEBEATUR - NOVA PRECLUSÃO A RESPEITO DA OBRIGAÇÃO OBJETO DA EXECUÇÃO

- 4. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E PROVIDO, PARA REFORMAR O ACÓRDÃO RECORRIDO, DETERMINANDO-SE A CONTINUIDADE DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO PERANTE O JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU”.

(REsp 976598/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 15/12/2011)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVL. EXECUÇÃO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE OCORRIDA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA.

1. De acordo com a jurisprudência deste Sodalício não há falar, em sede de execução, em nulidade ocorrida no processo de conhecimento, ainda que relativa à incompetência absoluta, tendo em conta coisa julgada.

2. Agravo regimental que se nega provimento.”

(AgR no Ag 120194/SP, Rel. Ministra MARIA THERZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA. REFORMATIO IN PEJUS. TÍTULO EXECUTIVO. EXECUÇÃO. COISA JULGADA. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. “Vícios, ainda que de ordem pública, ocorridos no processo de conhecimento, não têm o condão de transpor a autoridade da coisa julgada e irradiar efeitos na fase de execução.” (REsp 695.445/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, DJe 12/5/2008).

2. Não se afigura caracterizada a divergência jurisprudencial quando, além de ausente o necessário confronto analítico, não se verifica a semelhança entre as hipóteses confrontadas.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no Ag 1343260/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 09/03/2011)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VÍCIO DE ORDEM PÚBLICA OCORRIDO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. TRANSMISSÃO À FASE EXECUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. PRECEDENTES. NULIDADE AFASTADA. MATÉRIA SUSCITADA PELA PRIMEIRA VEZ EM MEMORIAIS. PRECLUSÃO. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. PORTARIA MINISTERIAL. EFEITOS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Vícios, ainda que de ordem pública, ocorridos no processo de conhecimento, não têm o condão de transpor a autoridade da coisa julgada e irradiar efeitos na fase de execução. Precedentes.

(...)

JURISPRUDÊNCIA

6. *Recurso especial provido.*”

(REsp 695445/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 12/05/2008)

“*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VÍCIOS NA SENTENÇA PROFERIDA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO NO ÂMBITO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA.*”

1. *Se existiu algum equívoco na condenação no processo de conhecimento, deveria o recorrente ter se insurgido naquela oportunidade. Não o fez, mantendo-se inerte até a execução da sentença.*

(...)

3. *Recurso especial improvido.*”

(REsp 397265/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 20/02/2006, p. 264)

“*RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR. INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. NULIDADE OCORRIDA NA FASE COGNITIVA. COISA JULGADA. INALTERABILIDADE. DISSENSO PRETORIANO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.*”

- *Em sede de execução, é inadmissível a declaração de nulidade ocorrida em processo que já transitou em julgado, ainda que o vício seja de ordem pública.*

(...)

- *Recurso especial não conhecido.*”

(REsp 325732/RN, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2001, DJ 01/10/2001, p. 262)

Quanto à adequação da via da ação rescisória, cita-se, a título de exemplo:

“*AÇÃO RESCISÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE APRECIOU O PRÓPRIO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO. JULGAMENTO EXTRA PETITA CARACTERIZADO. OFENSA LITERAL AO DISPOSTO NOS ARTS. 128 E 460 DO CPC.*”

(...)

3. *Esta Corte Superior consolidou orientação no sentido de se admitir ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC, para desconstituir julgado pela demonstração da ocorrência de julgamento extra petita. Precedentes: AR 777/CE, Terceira Seção, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU 06.08.07; AR .906/PR, Primeira Seção, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 02.08.2004; AR 799/RS, Terceira Seção, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ 19.06.2000.*

4. *Considera-se extra petita a decisão que aprecia pedido ou causa de pedir distintos daqueles apresentados pela parte postulante, isto é, aquela que confere provimento judicial sobre algo que não foi pedido.*

5. Na hipótese dos autos, resta evidenciado que a decisão que se postula rescindir incorreu em julgamento extra petita, violando, por conseguinte, o disposto no art. 128 e 460 do CPC, ao julgar questão diversa daquela submetida à sua apreciação, qual seja, a inclusão de expurgos inflacionários em precatório complementar, enquanto o pedido formulado no recurso especial referia-se à inclusão de expurgos inflacionários na liquidação de sentença, bem como ao termo inicial da incidência dos juros moratórios.

6. Pedido rescisório procedente.”

(AR 2955/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 29/09/2010)

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, INCISO V, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISUM EXTRA PETITA. DEFENSOR PÚBLICO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO ANTERIOR À CRIAÇÃO DA CARREIRA. IMPOSSIBILIDADE. DATA DA POSSE REGISTRA INÍCIO DA CONTAGEM DE TEMPO NA CARREIRA.

1. Defeso ao magistrado decidir fora do pedido formulado pelo autor da demanda. Por conseguinte, a prestação jurisdicional que extrapolar os parâmetros estabelecidos pelos pedidos vertidos na petição inicial contraria o Ordenamento Jurídico pátrio, consequentemente passível de ação rescisória (arts. 2º; 128; 460; e 485, inciso V, todos do CPC).

(...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(AgRg no REsp 742420/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 21/06/2010)

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. OCORRÊNCIA. AUXÍLIO-ACIDENTE. RENDA MENSAL INICIAL. CÁLCULO. REMUNERAÇÃO VARIÁVEL. SÚMULA N.º 159 DO STJ.

1. Afronta literal disposição de lei (arts. 128 e 460 do CPC), dando ensejo ao ajuizamento da ação rescisória, o acórdão que condenou a Autarquia Previdenciária em objeto diverso do demandado.

(...)3. Ação julgada procedente para, em *judicium rescindens*, cassar o acórdão rescindendo e, em *judicium rescisorium*, negar provimento ao recurso especial interposto pela Segurada.”

(AR 1741/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, DJe 28/03/2008)

Ou ainda: REsp 906740/MT, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/9207, DJ1/0207, p. 314; AR 121/SP, Rel. Ministro ALDIR PASARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/04207, DJ10/5207, p. 34; REsp 6490/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/1204, DJ 13/204, p. 43;

JURISPRUDÊNCIA

AR 3/RJ, Rel. Ministro ILMAR GALVAO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08190, DJ 04/5192, p. 583.

Em decorrência das razões acima expendidas, cabe registrar que melhor entendimento registrou a sentença, ao revelar que:

“No caso, voto em questão foi expresso em determinar à lide aplicação da alíquota prevista na Resolução CIEX 2/79. É bem verdade que, em relação à matéria não houve pedido expresso na inicial, e nem em recurso. Manifestou-se, no então, Tribunal, em decisão que deveria ter sido atacada naqueles autos, na via dos embargos declaratórios. É bem verdade que a União recorreu da decisão, mas o recurso não chegou à superior instância.

Desta forma manifestação expressa no voto condutor é matéria de decisão daquele colegiado, não cabendo a este Juízo diferente entendimento, sob pena de ofender a estabilidade jurídica que o instituto visa preservar.

Por mais que concorde este Juízo que a manifestação do Tribunal ocorreu sem que a questão tenha expressamente sido trazida à discussão, não cabe, agora, a modificação de tal decisão.”

Com efeito, a pretensão executiva da Fazenda Pública, ao apurar diferença de crédito por considerar que a alíquota correta aplicável ao crédito-prêmio de IPI, na hipótese, é 15%, viola coisa julgada, além de confrontar expressa determinação normativa.

Isto porque a Primeira Seção do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 80578/MG pacificou entendimento no sentido de que a alíquota de 28% para o cálculo do crédito-prêmio de IPI, prevista na Resolução CIEX 2/79, é legal.

A decisão em embargos de divergência unificou entendimento da Primeira e da Segunda Turmas desta Corte. Enquanto os ministros da Segunda consideravam legal aplicação da resolução, os da Primeira estendiam ao dispositivo a inconstitucionalidade declarada pelo STF dos Decretos-Lei n. 1724/79 e 1.894/81, porque teve origem em delegação de competência ao Ministro da Fazenda.

O colegiado firmou o entendimento prevalente na Segunda Turma, qual seja, o de que a resolução não decorre dos Decretos-Leis n. 1724/197 e 1.894/1981, declarados parcialmente inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), porquanto não foi expedida com base na delegação de poderes conferida ao Ministro de Estado da Fazenda pelos referidos Decretos-Leis, já que estes foram editados pelo Presidente da República em momento posterior, sendo, logicamente, inconcebível que um ato normativo secundário assente seu fundamento de valide em normas primárias que lhe sucedem.

O voto condutor ainda procuro destacar que a parcial inconstitucionalidade dos decretos não atingiu a disposição normativa que autorizava o Ministro da Fazenda majorar o crédito-prêmio de IPI.

Logo, consignou-se, assim, que a resolução não excedeu a alíquota máxima prevista no parágrafo 2º do artigo 2º do Decreto-Lei n. 491/96, mas apenas somou ao benefício a alíquota de idêntico incentivo fiscal concedido no âmbito do antigo ICM, com embasamento em diverso decretos-leis editados pela Presidência da República e, ainda, no Convênio ICM n. 1/97.

Em resumo, a Resolução CIEX n. 2/79 não aumentou alíquota do crédito-prêmio de IPI, mas apenas acrescentou a alíquota do crédito-prêmio do ICM, com base no Decreto-Lei n. 1586/7 e no Convênio ICM n. 1/79 e, por conseguinte, a afastar qualquer alegação de ilegalidade (inconstitucionalidade) da resolução.

A ementa do julgado:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. ALÍQUOTAS APLICÁVEIS NO CÁLCULO DO BENEFÍCIO. RESOLUÇÃO CIEX N.º 02/79. VALIDADE.

1. O dissídio jurisprudencial está devidamente caracterizado, dada a similitude fática dos casos confrontados e as conclusões jurídicas absolutamente contrapostas.

2. Enquanto o acórdão embargado concluiu que o crédito-prêmio de IPI não pode ser calculado pelas alíquotas da Resolução CIEX n.º 02/79, já que esse ato normativo foi editado com base em delegação de competência declarada inconstitucional pela Suprema Corte (Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81), o aresto paradigma entendeu que nada há de ilegal ou inconstitucional com a Resolução CIEX n.º 02/79, cujas alíquotas devem ser utilizadas no cálculo do crédito-prêmio de IPI.

3. A tese adotada pelo aresto embargado - de que a Resolução CIEX n.º 02/79 não pode ser adotada para o cálculo do crédito-prêmio de IPI, já que originada de delegação de competência ao Ministro de Estado da Fazenda semelhante à que levou o Supremo a declarar a inconstitucionalidade parcial dos Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81 - impressiona ao primeiro exame, mas não resiste a uma análise mais acurada sobre a origem dessa resolução, bem como dos precedentes do Supremo a respeito desses dois decretos-leis.

4. Deve prevalecer, portanto, a orientação firmada no paradigma por três razões assim resumidas: 4.1. Primeiramente, a Resolução CIEX n.º 02/79 não foi expedida com base na delegação de poderes conferida ao Ministro de Estado da Fazenda pelos Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81, já que estes foram editados pelo Presidente da República em momento posterior, sendo logicamente inconcebível que um ato normativo secundário assente seu fundamento de validade em normas primárias que lhe sucedem.

4.2. Em segundo lugar, ainda que correta a tese fazendária - de que a Resolução CIEX n.º 02/79 tem por fundamento de validade os DLs 1.724/79 e 1.894/81 -, não se cogita da inconstitucionalidade da referida resolução, já que foi preservada, no julgamento do Supremo e na Resolução 71/05 do Senado Federal, a delegação de poderes ao Ministro da Fazenda para majorar o crédito-prêmio de IPI.

4.3. Por fim, examinando a cadeia “legislativa” que antecedeu a Resolução CIEX n.º 02/79, verifica-se que esse ato normativo sequer majorou o crédito-prêmio de IPI, mas apenas somou às alíquotas já previstas no Decreto-Lei 491/69 as alíquotas de incentivo à exportação análogo, concedido pelos Estados e intitulado crédito-prêmio de ICM, tudo com o beneplácito do Decreto-Lei 1.586/77 e do Convênio ICM n.º 01/79. Portanto, a unificação das alíquotas dos créditos-prêmios de IPI e de ICM tem origem na legislação primária federal, ou seja, decretos-leis do então Presidente da República e Convênios do extinto ICM firmados entre a União e os

JURISPRUDÊNCIA

Estados na vigência da Constituição anterior, de modo que não há de se cogitar a inconstitucionalidade da Resolução CIEX pelo simples fato de terem sido declarados inconstitucionais os DLs 1.724/79 e 1.894/81.

5. Embargos de divergência providos.

(EREsp 800578/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2011, DJe 25/03/2011)

Portanto, o recurso especial merece procedência neste ponto, para que se exclua da execução os valores constituídos com referência ao crédito-prêmio de IPI.

DA PRESCINDIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA

O título executivo abarca, ainda, valores referentes ao PIS, constituídos com base no conceito de receita bruta instituído pelo art. 3º, § 1º, da Lei n. 9718/98, normativo considerado inconstitucional pelo STF.

Ao abordar o tema, Corte *a quo* reconheceu a viabilidade de prosseguimento da execução, com possibilidade do Fisco expurgar o excesso referente ao alargamento do conceito de faturamento. Vejamos:

“Base de Cálculo do PIS

Consoante disposto no tópico anterior, a compensação realizada pela embargante partiu de crédito indevido (crédito-prêmio do IPI em alíquota superior).

A SPRINGER alega a impossibilidade de incidência do PIS sobre receitas não oriundas da venda de bens e serviços, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n.º 9.718/98.

O mérito da alegação não comporta maior aprofundamento nesta via. A embargante, nos autos do mandado de segurança n.º 1999.71.00.007273-4, obteve decisão favorável no Supremo Tribunal Federal (RE 392.447):

“O acórdão recorrido, ao proclamar a constitucionalidade da ampliação da base de cálculo da PIS e do PIS levada a efeito pelo art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, não se alinha à orientação recentemente fixada pelo Plenário deste Supremo Tribunal na apreciação dos RE 346.084, RE 357.950, RE 358.273 e RE 390.840 (rel. Min. Marco Aurélio, maioria, julgados em 09.11.2005). Naquela ocasião, prevaleceu o entendimento segundo o qual a noção de faturamento inscrita no art. 195, I, da Constituição de 1988 (na redação anterior à EC 20/98) não autoriza a incidência tributária sobre a totalidade das receitas auferidas pelos contribuintes, não sendo possível a convalidação posterior de tal imposição, ainda que por força da promulgação da EC 20/98.

Ante o exposto, conheço deste recurso extraordinário e o provejo, para conceder a segurança.”

Ressalto que, quando da realização do procedimento fiscal e do ajuizamento do feito executivo, havia decisão desfavorável à SPRINGER. O acolhimento da pretensão no STF se deu apenas em 01.12.2005 (trânsito em julgado em 02.03.2006), conforme informação do site daquele Tribunal.

Por outro lado, a matéria não foi aprofundada na sentença, vez que o Juízo a quo o anulou o título por afronta à coisa julgada. Em relação à base de cálculo da PIS, limitou-se a asseverar:

“Em relação ao PIS sobre outras receitas, em que pese já anulado o título executivo, é entendimento deste Juízo a impossibilidade de cobrança de outras receitas sobre o PIS que não aquelas oriundas do faturamento.”

Logo, deve ser delimitada a base de cálculo de incidência do PIS, limitando-a ao conceito dado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 392.447, ou seja, excluindo os valores que não compõem o conceito de faturamento.

Assim, deverá a União retificar a CDA, recalculando o débito, e o juiz de 1º grau proceder na respectiva liquidação, se necessário, ou na fiscalização dos novos valores apurados”.

A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1115501/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 10.11.2010 (DJe 30.11.2010), pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/208 do STJ, consolidou entendimento segundo qual ulterior declaração de inconstitucionalidade de lei pode não macular exigibilidade do crédito tributário, porquanto eventual excesso contido no título pode ser expurgado, permitindo ao órgão fazendário o prosseguimento da execução pelo valor remanescente.

A propósito a ementa do referido julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA) ORIGINADA DE LANÇAMENTO FUNDADO EM LEI POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO (DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88). VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE NÃO PODE SER REVISTO. INEXIGIBILIDADE PARCIAL DO TÍTULO EXECUTIVO. ILIQUIDEZ AFASTADA ANTE A NECESSIDADE DE SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO PARA EXPURGO DA PARCELA INDEVIDA DA CDA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL POR FORÇA DA DECISÃO, PROFERIDA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO, QUE DECLAROU O EXCESSO E QUE OSTENTA FORÇA EXECUTIVA. DESNECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA.

1. O prosseguimento da execução fiscal (pelo valor remanescente daquele constante do lançamento tributário ou do ato de formalização do contribuinte fundado em legislação posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle difuso) revela-se forçoso em face da suficiência da liquidação do título executivo, consubstanciado na sentença proferida nos embargos à execução, que reconheceu o excesso cobrado pelo Fisco, sobressaindo a higidez do ato de constituição do crédito tributário, o que, a fortiori, dispensa a emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).

2. Deveras, é certo que a Fazenda Pública pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80), quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada, entre

JURISPRUDÊNCIA

outras, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário (Precedente do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009).

3. *In casu, contudo, não se cuida de correção de equívoco, uma vez que o ato de formalização do crédito tributário sujeito a lançamento por homologação (DCTF), encampado por desnecessário ato administrativo de lançamento (Súmula 436/STJ), precedeu à declaração incidental de inconstitucionalidade formal das normas que alteraram o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária, quais sejam, os Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88.*

4. *O princípio da imutabilidade do lançamento tributário, insculpido no artigo 145, do CTN, prenuncia que o poder-dever de autotutela da Administração Tributária, consubstanciado na possibilidade de revisão do ato administrativo constitutivo do crédito tributário, somente pode ser exercido nas hipóteses elencadas no artigo 149, do Codex Tributário, e desde que não ultimada a extinção do crédito pelo decurso do prazo decadencial quinquenal, em homenagem ao princípio da proteção à confiança do contribuinte (encartado no artigo 146) e no respeito ao ato jurídico perfeito.*

5. *O caso sub judice amolda-se ao disposto no caput do artigo 144, do CTN (“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.”), uma vez que a autoridade administrativa procedeu ao lançamento do crédito tributário formalizado pelo contribuinte (providência desnecessária por força da Súmula 436/STJ), utilizando-se da base de cálculo estipulada pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88, posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, tendo sido expedida a Resolução 49, pelo Senado Federal, em 19.10.1995.*

6. *Conseqüentemente, tendo em vista a desnecessidade de revisão do lançamento, subsiste a constituição do crédito tributário que teve por base a legislação posteriormente declarada inconstitucional, exegese que, entretanto, não ilide a inexigibilidade do débito fiscal, encartado no título executivo extrajudicial, na parte referente ao quantum a maior cobrado com espeque na lei expurgada do ordenamento jurídico, o que, inclusive, encontra-se, atualmente, preceituado nos artigos 18 e 19, da Lei 10.522/2002, verbis: “Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente: (...) VIII - à parcela da contribuição ao Programa de Integração Social exigida na forma do Decreto-Lei no 2.445, de 29 de junho de 1988, e do Decreto-Lei no 2.449, de 21 de julho de 1988, na parte que exceda o valor devido com fulcro na Lei Complementar no 7, de 7 de setembro de 1970, e alterações posteriores;*

(...) § 2º Os autos das execuções fiscais dos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do juiz, ciente o Procurador da Fazenda Nacional, salvo a existência de valor remanescente relativo a débitos legalmente exigíveis.

(...)” Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que

inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) I - matérias de que trata o art. 18; (...).

§ 5º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)” 7. Assim, ultrapassada a questão da nulidade do ato constitutivo do crédito tributário, remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição da CDA (cuja liquidez permanece incólume), máxime tendo em vista que a sentença proferida no âmbito dos embargos à execução, que reconhece o excesso, é título executivo passível, por si só, de ser liquidado para fins de prosseguimento da execução fiscal (artigos 475-B, 475-H, 475-N e 475-I, do CPC). 8. Consectariamente, dispensa-se novo lançamento tributário e, a fortiori, emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).

9. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008”.

(REsp 1115501/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 30/11/2010)

Assim, subsiste a presunção de liquidez e certeza do título executivo, devendo apenas, e possível, ser expurgado o valor cobrado a maior, com bem determinou o acórdão recorrido.

No mesmo sentido:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CDA. NULIDADE. PIS E COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI N. 9.718/98.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DE OFÍCIO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INAPLICABILIDADE. FATURAMENTO OU RECEITA BRUTA. ÔNUS DA PROVA.

1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, ainda que se entenda aplicável também à execução fiscal, não autoriza o juiz a extinguir de ofício a execução, mas apenas faculta ao executado a possibilidade de defender-se, por meio de embargos, alegando a inexigibilidade do título em face de declaração de inconstitucionalidade emanada do Supremo.

2. A declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98, por si só, não atinge a liquidez e certeza da CDA. Prova disso está no fato de que, se o faturamento e a receita bruta do contribuinte forem equivalentes - o que ocorre quando o sujeito passivo tributário possui apenas receitas operacionais -, a declaração de inconstitucionalidade não produzirá qualquer efeito prático, nada havendo a retificar na certidão de dívida ativa, devendo a execução prosseguir normalmente.

3. Se o título executivo goza de presunção relativa de liquidez e certeza, e a simples declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98 não a contamina por si só, constitui ônus do executado, sempre por meio de embargos, demonstrar a inexigibilidade, ainda que parcial, da CDA.

JURISPRUDÊNCIA

4. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(AgRg no REsp 1307548/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 12/03/2014)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. EXAME PREJUDICADO. EXECUÇÃO FISCAL. PIS E COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NULIDADE DA CDA. INOCORRÊNCIA.

1. Prequestionada, ainda que implicitamente, a tese em torno dos dispositivos legais tidos por violados, acolhe-se o pedido alternativo de exame do mérito recursal e julga-se prejudicado o exame da questão acerca da alegada violação do art. 535, II, do CPC.

2. A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que a simples declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 não retira a liquidez e certeza da certidão de dívida ativa, sendo possível refazer a base de cálculo da exação por mero cálculo aritmético, devendo apenas ser expurgado o eventual excesso.

Inúmeros precedentes da Corte.

3. Cabe ao executado, diante da presunção e certeza do título executivo, à demonstração de eventual excesso. Precedentes.

4. Recurso especial provido.”

(REsp 1389558/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 28/08/2013)

Desta forma, mantenho, no ponto, o acórdão regional por estar em conformidade com a jurisprudência desta Corte.

DOS HONORÁRIOS

Conforme se infere das razões acima expendidas, os embargos à execução fiscal merecem provimento para a exclusão dos valores albergados pela coisa julgada bem com do excesso decorrente do inconstitucional alargamento do conceito de renda bruta contido no art. 3º, § 1º, da Lei n. 9718/98, cabendo prosseguimento da ação de execução tão somente pelo valor remanescente, se existente.

A Primeira Seção do STJ reconhece que a base de cálculo dos honorários, quando acolhidos embargos à execução fiscal ou provida exceção de pré-executividade, deve ser o valor afastado com a procedência do pedido, incidindo, portanto, sobre o excesso apurado.

Neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO.

1. Em Embargos à Execução, a base de cálculo da verba honorária deve ser o valor afastado com a procedência do pedido, ou seja, o referente ao excesso de execução.

2. Agravo Regimental não provido”.

(AgRg no AREsp 218245/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 05/11/2012)

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS. EXCESSO NÃO RECONHECIDO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. *A condenação em honorários advocatícios, no direito pátrio, pauta-se pelo princípio da causalidade, ou seja, somente aquele que deu causa à demanda ou ao incidente processual é que deve arcar com as despesas deles decorrentes. A partir dessas premissas, verifica-se que os honorários advocatícios fixados em embargos à execução devem ter como base de cálculo o valor referente ao excesso de execução. Precedentes.*

(...)

3. *Agravo regimental não provido.*”

(AgRg no AREsp 62144/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012)

“*TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS E DA TAXA SELIC. OFENSA À COISA JULGADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR REFERENTE AO EXCESSO DE EXECUÇÃO.*

(...)

3. *A base de cálculo dos honorários advocatícios, em embargos à execução, deve corresponder, necessariamente, ao montante alegado como excessivo.*

Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 1239463/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 26/04/2011)

“*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.*

1. *Consoante a jurisprudência dominante no STJ, em se tratando de Embargos à Execução, a base de cálculo da verba honorária é o valor afastado com a procedência do pedido, ou seja, o montante correspondente ao excesso de execução.*

(...)

3. *Agravo Regimental não provido.*”

(AgRg no Ag 1108553/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009)

“*PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA. EXTINÇÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO. CABIMENTO. ART. 20 DO CPC.*

1. *Nos termos do art. 20, caput, do CPC, o vencido será condenado a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Dessa forma, será sucumbente a parte que deu causa à instauração de uma relação processual indevida. No caso em questão, haja vista o caráter contencioso da exceção de pré-executividade, a qual foi acolhida integralmente para reconhecer a prescrição dos créditos tributários de cinco dos sete autos de infração executados, é devida a condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios. Ademais, o trabalho realizado pelo causídico, quando do protocolo e do processamento da exceção de pré-executividade, deve ser retribuído.*

2. *Quanto ao percentual de fixação dos honorários, é cediço que o magistrado deve levar em consideração o caso concreto em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, do CPC, não estando adstrito a adotar os limites percentuais de 10% a 20%.*

JURISPRUDÊNCIA

3. Embargos de divergência providos para condenar o Município de Curitiba ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor dos créditos prescritos.”

(REsp 1084875/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010)

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. APRECIÇÃO INTEGRAL DA CONTROVÉRSIA NA VIA DO REEXAME NECESSÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. BASE DE CÁLCULO. EXCESSO DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Na hipótese em exame, o Tribunal de Justiça estadual, ainda que sucintamente, apreciou a demanda em sua integralidade, embora de maneira contrária à pretensão do recorrente, o que, por si só, não configura falta de prestação jurisdicional ou qualquer outro vício no julgado.

3. Este Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que, em sede de embargos à execução, os honorários advocatícios devem ser calculados com base no valor da execução que foi afastado com a procedência dos embargos do devedor, ou seja, com base no valor referente ao excesso de execução.

4. Nesse sentido, bem delineou o Ministro Francisco Falcão, no julgamento do REsp 886.842/SP (1ª Turma, DJ de 18.12.2006), segundo o qual, “nos embargos à execução, os honorários advocatícios devem incidir sobre o excesso de execução, porquanto constitui este montante a própria parte procedente da ação”. Afirma, ademais, que, “nos embargos à execução, não há pretensão declaratória ou condenatória, mas de desconstituição da dívida exequenda, ou de parte dela. Dessarte, a fração desconstituída da dívida deve servir como base de incidência do percentual estipulado dos honorários”.

5. Recurso especial parcialmente provido, apenas para estabelecer como base de cálculo dos honorários advocatícios o valor relativo ao excesso de execução, mantendo-se, no entanto, o percentual já fixado no juízo de origem.”

(REsp 678319/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 189)

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para excluir da execução os valores constituídos pela recusa do crédito-prêmio à alíquota de 28% e o excesso decorrente do inconstitucional alargamento do conceito de renda bruta contido no art. 3º, §1º, da Lei n. 9718/98, cabendo prosseguimento da ação de execução tão somente pelo valor remanescente, se existente. Fixos honorários em 1% sobre o excesso excluído da execução, nos termos do art. 20, §4º, do CPC, admitida a compensação (Súmula 306/STJ).

É com penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.240.636 -RS (2011/0044011-6)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, cumprimentos os advogados, pela sustentação oral, e também o Sr. Ministro Relator, pelo seu brilhante voto.

Li este processo e trata ele de uma situação bem peculiar, mas, efetivamente, convenci-me de que, não obstante a Apelação da empresa não tenha postulado a mudança da alíquota e tenha requerido apenas o afastamento da limitação temporal, não há dúvida, ante o que está transcrito a fl. 9 do voto do eminente Sr. Ministro Relator, relativamente a parte do acórdão de 2º Grau, de que se deve aplicar alíquota de 28%, da Resolução CIEX 02/79. Entendo que não se trata de julgamento *extra petita*. *Ultra petita* ou não, certo é que essa matéria, sim, precluiu. A Fazenda Nacional manteve-se inerte, ante o acórdão, não tomou qualquer providência, seja ajuizar uma ação rescisória, seja arguir esta questão, no processo de conhecimento.

De qualquer sorte, o Sr. Ministro Relator demonstra, no seu voto, que esta questão da Resolução CIEX 02/79, relativa à alíquota de 28%, já foi apreciada pela Primeira Seção deste Tribunal, em Embargos de Divergência, e foi considerada legal. Então, veja-se que esta empresa estaria sendo penalizada, ao não ter alíquota de 28%, por ter ingressado em Juízo. Ela seria única não se beneficiar dessa alíquota, em função disto, quando, na verdade, a matéria, meu ver, foi decidida em seu favor –pode tê-lo sido até *ultra petita* –, e assim, precluiu, pelo que deve ser respeitado decidido, em homenagem à segurança jurídica, que tem proteção constitucional.

Não tenho dúvida em acompanhar o eminente Sr. Ministro Relator, nos seus votos, em ambos os processos, ou seja, no REsp 1.240.636/RS e no REsp 1.226.074/RS.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0044011-6 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.240.636 /RS

Números Origem: 206712036521 206712064061 20712025138 20712025140

PAUTA: 08/04/2014

JULGADO: 06/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DILTON CARLOS EDUARDO FRANÇA

Secretária

Bela. VALÉRIALVIM DUSI

JURISPRUDÊNCIA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SPRINGER CARIER LTDA
ADVOGADOS : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO E OUTRO(S)
GUILHERME CEZAROTTI
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO -Dívida Ativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). LEONARDO GRECO, pela parte RECORRENTE: SPRINGER CARIER LTDA
Dr(a). CLÓVIS MONTEIRO FERREIRA NETO (PROCURAÇÃO “EX LEGIS”
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL), pela parte RECORRENTE: FAZENDA
NACIONAL

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbel Marques (Presidente) e Assuete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

(Ementa disponibilizada no DJe de 15.08.2014).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. VENDA INTERESTADUAL DE AÇÚCAR. SOLIDARIEDADE ENTRE O VENDEDOR E O COMPRADOR. INEXISTÊNCIA.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.959 - SP (2011/0272315-3)

RELATOR: MINISTRO ARI PARGENDLER
R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. NÃO HÁ RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO VENDEDOR, NA HIPÓTESE DE TREDestinaÇÃO DE AÇÚCAR E/OU ÁLCOOL, SE REGULARMENTE VENDIDO E ENTREGUE AO TRANSPORTADOR. ART. 121, I E II DO CTN. ALEGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA EMERGENTE. EXIGÊNCIA DE ANTERIOR DEMONSTRAÇÃO DE

SOLIDARIEDADE (ART. 124, I E II DO CTN) OU CONDUTA INFRACIONAL APTA A GERAR O VÍNCULO JURÍDICO (ART. 135, CAPUT DO CTN). PRECEDENTES: RESP. 302.897/SP; RESP. 34.347/SP; ERESP. 1.119.205/MG, AGRG NOS EDCL NO RESP. 991.063/AM E RESP. 1.305.856/SP. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Benedito Gonçalves, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (voto-vista) os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Sérgio Kukina.

Brasília/DF, 16 de junho de 2014 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR

RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.959 - SP (2011/0272315-3)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

Nos autos de embargos do devedor opostos à execução fiscal ajuizada pela Fazenda do Estado de São Paulo contra Usina Cerradinho Açúcar e Álcool S/A, a MM. Juíza de Direito Dra. Ligia Donati Cajon fez por julgá-los procedentes (e-stj, fl. 719/720).

A Sexta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator o Desembargador Oliveira Santos, reformou a sentença nos termos do acórdão assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. Venda de mercadoria a outro Estado da Federação, recolhido o ICMS pela alíquota interestadual. Autuação decorrente da ausência de prova de saída do território paulista, sujeitando o contribuinte à alíquota interna. Pretensão de se eximir da responsabilidade fiscal, porque a venda foi feita com a cláusula FOB, sendo o transportador o responsável pelo destino da mercadoria. INADMISSIBILIDADE. Cláusula que opera entre as partes, nada valendo perante o Fisco (art. 123, do CTN). Recursos providos “ (e-stj, fl. 784).

Opostos embargos de declaração (e-stj, fl. 792/796), foram rejeitados (e-stj, fl. 800/806).

Daí o presente recurso especial interposto por Usina Cerradinho Açúcar e Álcool S/A, com base no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, por violação dos arts. 121, I e II, e 137, I e II, do Código Tributário Nacional e do art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal.

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.959 - SP (2011/0272315-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

1. Os autos dão conta de que Usina Cerradinho Açúcar e Álcool S/A, estabelecida no Estado de São Paulo, vendeu açúcar cristal para J. F. Comércio de Cerais Ltda., sediada no Estado do Mato Grosso.

O ICMS incidente sobre a operação foi calculado e pago pela alíquota interestadual de 7% (sete por cento).

Apurado que a mercadoria não chegou ao seu destino, o Fisco notificou Usina Cerradinho Açúcar e Álcool S/A a recolher a diferença de 11% para integralizar o valor do tributo devido à base da alíquota interna de 18% (dezoito por cento).

A sentença de primeiro grau afastou a exigência fiscal, julgando procedentes os embargos do devedor opostos pela empresa, porque “constatou-se que a venda foi realizada com cláusula ‘FOB’, responsabilizando a compradora pelo pagamento dos tributos. A despeito de, efetivamente, não poder a vendedora valer-se de tal cláusula para livrar-se do pagamento do tributo, o fato é que, na época da venda, a empresa do Mato Grosso era regular, adquiriu e pagou as mercadorias indicadas nas notas fiscais. Não pode a embargante responder pela falta de ordem no fisco do Mato Grosso, se é isso que ocorreu” (e-stj, fl. 719/720).

O tribunal *a quo* reformou a sentença, julgando improcedentes os embargos do devedor, à base da seguinte motivação:

- a) “Não comprovada a saída da mercadoria do território paulista presumir-se-á interna a operação, devendo o ICMS ser exigido com base na alíquota interna” (e-stj, fl. 787);
- b) “... a aplicação da cláusula FOB não exclui a responsabilidade do vendedor pela operação na forma declinada nas notas fiscais” (e-stj, fl. 787);
- c) “No que se refere à afirmada boa-fé, não se cogita aqui de dolo ou culpa, nos termos do artigo 136 do Código Tributário Nacional. A infração se consuma com a mera conduta, que efetivamente causou prejuízo ao erário público” (e-stj, fl. 788/789); e
- d) “...as convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública, inclusive as que modificam a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes, nos termos do art. 123 do Código Tributário Nacional” (e-stj, fl. 789).

2. Na sessão de 11 de junho de 2013, em julgamento de que não participei, aquele de que trata o REsp nº 1.305.856, SP, relator o Ministro Benedito Gonçalves, a Turma decidiu que a Fazenda do Estado de São Paulo não pode exigir do vendedor a diferença entre a alíquota interna e a interestadual quando não comprovada a entrada da mercadoria no Estado a que ela se destinava (DJe, 26.06.2013).

Não obstante o respeito que se deve aos precedentes, sustentei, quando integrava a 2ª Turma, ponto de vista divergente, retratado na ementa do acórdão proferido no REsp nº 37.033, SP, a seguir transcrita:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DESCARACTERIZAÇÃO. CLÁUSULA FOB. A cláusula FOB opera entre as partes, exonerando o vendedor da responsabilidade pela entrega da mercadoria ao destinatário, nada valendo perante o Fisco (CTN, art. 123), que só homologa o pagamento do ICMS pela alíquota interestadual se a mercadoria

for entregue no estabelecimento do destinatário em outra unidade da Federação; não é a nota fiscal que define uma operação como interestadual, mas a transferência física da mercadoria de um Estado para outro. Recurso especial conhecido e provido” (DJ, 31.08. 1998).

À época dos fatos *sub judice* , o sujeito passivo da obrigação tributária, em se tratando de operação *interna* , recolhia o ICMS à base de 18% (dezoito por cento) do respectivo valor; se *interestadual* pagava o tributo à razão de 7% (sete por cento) do correspondente montante. Não tendo a mercadoria chegado ao destino, a diferença entre uma alíquota e outra é devida, valendo registrar que *“a empresa que figurava como destinatária, nos documentos fiscais emitidos pela autuada, não foi localizada e sua inscrição foi suspensa tendo deixado de apresentar informações econômico-fiscais desde 1990. As notas fiscais emitidas pela recorrente datam de 04.07.91 a 14.08.91”* (trecho do acórdão recorrido, fl. 785, o sublinhado não é do texto). Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial, negando-lhe provimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 05/11/2013

JULGADO: 05/11/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A

ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

JURISPRUDÊNCIA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. PAULO HENRIQUE PROCÓPIO FLORÊNCIO, pela parte RECORRIDA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Aguardam os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 18/03/2014

JULGADO: 18/03/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITOBELLO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A

ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)

Revista de Direito Tributário da APET

RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

“Adiado por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 18/03/2014
20/03/2014

JULGADO:

Relator
Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

JURISPRUDÊNCIA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
“Adiado por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 18/03/2014

JULGADO: 25/03/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A

ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

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

Revista de Direito Tributário da APET

CERTIDÃO

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

“Adiado por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 03/04/2014
03/04/2014

JULGADO:

Relator

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

“Adiado por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

JURISPRUDÊNCIA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 03/04/2014

JULGADO: 08/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A

ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

“Adiado para a sessão do dia 22.04.2014 por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Revista de Direito Tributário da APET

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 03/04/2014

JULGADO: 22/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

“Adiado por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1410959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 03/04/2014

JULGADO: 24/04/2014

JURISPRUDÊNCIA

Relator

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITOBELLO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
“Adiado por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 06/05/2014

JULGADO: 06/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Revista de Direito Tributário da APET

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO

Secretária
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
“Adiado por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 06/05/2014

JULGADO: 08/05/2014

Relator
Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

JURISPRUDÊNCIA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

“Adiado por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 06/05/2014

JULGADO: 13/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUÍS OPPERMAN THOMÉ

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

Revista de Direito Tributário da APET

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
“Adiado por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 10/06/2014

JULGADO: 10/06/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

JURISPRUDÊNCIA

“Adiado por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.959 - SP (2011/0272315-3)

RELATOR : MINISTRO ARI PARGENDLER

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A

ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. NÃO HÁ RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO VENDEDOR, NA HIPÓTESE DE TREDESTINAÇÃO DE AÇÚCAR E/OU ÁLCOOL, SE REGULARMENTE VENDIDO E ENTREGUE AO TRANSPORTADOR. ART. 121, I E II DO CTN. ALEGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA EMERGENTE. EXIGÊNCIA DE ANTERIOR DEMONSTRAÇÃO DE SOLIDARIEDADE (ART. 124, I E II DO CTN) OU CONDUTA INFRACIONAL APTA A GERAR O VÍNCULO JURÍDICO (ART. 135, CAPUT DO CTN). PRECEDENTES: RESP. 302.897/SP; RESP. 34.347/SP; ERESP. 1.119.205/MG, AGRG NOS EDCL NO RESP. 991.063/AM E RESP. 1.305.856/SP. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Pedi vista destes autos para analisar com mais vagar e mais demorada reflexão o tema jurídico que neste processo se discute, o qual me pareceu – como certamente pareceu aos doutos julgadores deste Colegiado – da mais elevada importância, tanto que mereceu do ilustre Ministro ARI PARGENDLER, Relator, um voto de esmerada elaboração intelectual, como costumam ser, aliás, as manifestações de sua lavra sempre cuidadosa e sempre inspirada, o que o faz admirado e acatado pelos seus Pares e pelos vários integrantes da comunidade dos lidadores do Direito.

2. Os pontos que mais me chamaram a atenção foram magistral e percucientemente resumidos pelo eminente Relator, da seguinte forma, assinalando que se trata de Recurso Especial interposto por USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A, em adversidade a acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual se afirma que a venda de açúcar a comprador situado em outro Estado da Federação sujeita o contribuinte vendedor ao recolhimento do ICMS pela alíquota interna de 18% – não pela chamada alíquota interestadual, de 7% – *a não ser que comprove que a mercadoria foi efetivamente entregue no seu destino, fora dos limites territoriais do Estado de São Paulo.*

3. Asseverou-se, ainda, nesse venerando aresto paulista, que a responsabilidade fiscal do vendedor, em tal caso, não é afetada pela condição de ser a venda feita sob a cláusula FOB, porquanto – nos termos do julgado recorrido – tal cláusula opera somente entre as partes, nada valendo perante o Fisco (art. 123, do CTN); os Aclaratórios foram rejeitados, proclamando-se a inexistência de vícios no julgado, sublinhando-se, ademais, que o julgador não fica adstrito à fundamentação indicada pela parte recorrente.

4. O Recurso Especial foi apresentado com fundamento no art. 105, III, *a e c* da Constituição Federal, onde se alegou violação ao art. 535 do CPC, aos arts. 121, I e II, 137, II ambos do CTN e ao art. 155, I, § 2o. da CF, argumentando que (i) a recorrente não é a contribuinte

do ICMS, mas sim o comprador, que é contribuinte de fato; (ii) a recorrente é apenas a responsável tributária e, portanto, não é dela a responsabilidade de provar que a mercadoria, efetivamente, saiu do território paulista; (iii) a transação foi cabalmente comprovada em perícia judicial, reconhecendo-se até mesmo a boa-fé por parte da recorrente; e (iv) na década de 90, época das transações que originaram a autuação fiscal, não havia como a recorrente fiscalizar se sua mercadoria efetivamente atravessou a fronteira do Estado.

5. A Fazenda Estadual Paulista, ao contrarrazoar o Recurso Especial, sustentou que não houve o devido prequestionamento dos artigos apontados como violados, o que afasta o conhecimento do recurso, e necessidade de reexame de prova em sede de Recurso Raro, sendo tal pretensão impraticável na via eleita, ante o óbice da Súmula 7/STJ; sustentou, ainda, ausência de cotejo analítico para seguimento do recurso com fundamento na alínea *c* do art. 105, III da CF.

6. No mérito das contrarrazões, afirmou a Fazenda do Estado de São Paulo o seguinte:

Não há prova apta a atestar que o suposto destinatário retirou a mercadoria no estabelecimento da empresa e efetuou o correspondente pagamento.

Em contrapartida, consoante cópia dos autos do processo administrativo (fls. 78/362) restou demonstrado que o destinatário não recebeu as mercadorias; a compradora, LACERDA REPRESENTAÇÕES, sediada no Estado de Mato Grosso, notificada pelo Fisco Paulista, para que fornecesse documentos comprobatórios da realização da compra e venda, bem como da entrada da mercadoria naquele Estado, limitou-se a informar que REALIZOU A NEGOCIAÇÃO POR TELEFONE, não apresentando nenhum documento que comprovasse operação interestadual (fls. 31/132).

Em consulta ao Sistema de Controle de Transações Comerciais emitida pela Secretaria da Fazenda do Estado do Mato Grosso, que traz a relação de ENTRADA de documentos fiscais, por REMETENTE, no período de 01/01/91 a 31/01/94, não foi encontrado nenhum documento fiscal para o contribuinte (no caso, a Recorrente).

A Recorrente sequer carrou cópias dos microfimes dos cheques eventualmente emitidos, para pagamento das operações, ou extratos bancários, como seria seu ônus (fls. 895).

7. Com esse rápido repasse do caso, espero haver resgatado a memória do julgamento já iniciado e interrompido pelo meu pedido de vista.

8. A autuação fiscal originária tem por suporte o fato de o açúcar vendido pela USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A não haver sido entregue nos seus destinos, não se sabendo que rumo tomou; ao ver do Fisco Paulista, isso é o quanto basta para exigir da empresa vendedora a parcela do tributo resultante da diferença entre a alíquota interna e a alíquota efetivamente aplicada.

9. No Juízo Primário, a USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A moveu Embargos à Execução, para impugnar os autos de infração e imposição de multa, em operações de venda de açúcar, fundamentando a tese recursal em três pilares: (i) é ilegal atribuir ao vendedor a responsabilidade tributária pela entrega de mercadorias a comprador de outro Estado da Federação, já que efetuou a venda com a cláusula FOB; (ii) por ter agido de boa-fé, não pode ser penalizado por desvio de conduta do comprador; e (iii) não ser ele o *contribuinte* da obrigação, mas apenas *responsável* tributário.

10. A pretensão foi bem sucedida no Primeiro Grau, mas o egrégio Tribunal do Estado de São Paulo, reformando a sentença, ao julgar o Recurso de Apelação, entendeu que, quando a

JURISPRUDÊNCIA

operação é declarada como interestadual, para obter a redução da alíquota, cabe ao contribuinte a prova da saída da mercadoria do território estadual, concluindo que, não provada cabalmente a natureza interestadual da operação, presume-se-a interna.

11. No Recurso Raro a USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A sustentou as relevantes matérias jurídicas que já foram reportadas no repasse do Relatório do douto Relator do presente recurso; este é, em exígua síntese, o resumo da demanda; passo ao voto.

12. Observa-se que aqui se discute o *importante tema da sujeição passiva tributária* e convém recordar que essa sujeição – ou a subordinação à exigência de pagamento de tributo – somente decorre de duas situações que se podem configurar, relativamente à sujeição, conforme se dispuser em lei: (i) a condição de *contribuinte* e (ii) a condição de *responsável*, sendo que cada uma dessas duas situações tem o seu perfil traçado em normas legais de hierarquia complementar (art. 121 do CTN).

13. A condição de *contribuinte* da obrigação principal (contraposta à noção de obrigação acessória) é de apreensão mais cômoda e mais fácil, porquanto o seu conceito normatizado é praticamente desenturvado de dúvidas: o art. 121, I do CTN define-o como aquele que *tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador* ou, em outras palavras, aquele que *realiza no mundo empírico ou no universo dos fatos verificáveis (históricos ou concretos) o comportamento que a lei tributária válida e previamente define como gerador do dever jurídico de pagar tributos*.

14. De acordo com a linha de *realçada importância temática* que se confere ao assunto, cabe recordar as imperecíveis lições do Magistrado argentino e Professor DINO JARACH (1905-1996) no seu famoso livro *O Fato Imponível* (tradução de Dejalma de Campos, São Paulo, RT, 2004), no qual analisa com a maior profundidade o complexo *aspecto substantivo* do acontecimento (fato) que *justifica*, à luz singular do Direito Tributário, a exigência de qualquer exação, isolando-o de outros acontecimentos, ainda que juridicamente relevantes, mas que não se enquadram na moldura inextensível traçada nas leis tributárias.

15. Nesse sentido, as leis tributárias são a *proteção subjetiva dos indivíduos contra as exigências fiscais excessivas ou extravagantes* (desbordantes daquela moldura); essa orientação é também seguida pelo Professor GERALDO ATALIBA (1936-1995), no seu livro que todos conhecemos – *Hipótese de Incidência Tributária* (São Paulo, Malheiros, 2008) – contendo preciosas reflexões sobre esses necessários limites.

16. Pois bem; neste caso, tem-se como fora de dúvida que a USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A *não reveste a condição de contribuinte*, quanto à diferença da alíquota de ICMS, porque o correspondente fato gerador, praticado ou ocorrido no mundo empírico (a alegada trestinação da mercadoria vendida, que não chegou ao seu destino, fora dos limites estaduais paulistas) não lhe pode ser imputado *pessoal e diretamente* (art. 121, I do CTN), como realmente não o foi.

17. Mas cabe examinar, porém, se a USINA CERRADINHO, neste caso, em face daquela alegada trestinação, revestiria, a condição de *responsável tributário* (art. 121, II do CTN), que igualmente lhe atribuiria – se ocorrente – o dever jurídico de pagar o tributo pretendido pela Fazenda Paulista.

18. Na definição do art. 121, II do CTN (já citado) *responsável tributário* é aquele que, *sem revestir a condição de contribuinte*, seja *ex vi legis* obrigado a satisfazer o dever jurídico de pagar o tributo; a reflexão sobre o fundamento da emergência da responsabilidade

tributária – *de quem não reveste a condição de contribuinte* – pelo pagamento de tributos, mostra que essa responsabilidade pode decorrer de duas causas ou fontes diferentes:

(I) a primeira causa da responsabilidade tributária é a solidariedade, que deriva, por sua vez, de duas vertentes, a saber: (a) a presença de interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (art. 124, I do CTN), e (b) a designação legal expressa (dessa responsabilidade), ainda que, por acaso, não ocorra o tal interesse comum (art. 124, II do CTN); (II) a segunda causa da responsabilidade tributária, imputável a quem não é contribuinte, será, sem dúvida alguma, o cometimento de infrações, apuradas em processo administrativo fiscal regular (art. 135 do CTN), em cuja seara não vigora a atribuição apenas objetiva, exigindo-se, ao contrário, o elemento moral ou subjetivo.

19. Comentando a primeira hipótese de solidariedade tributária (art. 124, I do CTN), diz o Professor HUGO DE BRITO MACHADO que ela decorre de *norma geral tributária, aplicável a todos os tributos, mas o seu alcance, todavia, tem sido posto em dúvida* (Comentários ao CTN, vol. II, São Paulo, Atlas, p. 460); e observa o respeitado mestre tributarista cearense que *a existência de interesse comum é situação que somente em cada caso pode ser examinada*, alertando, porém, que *nem pode a lei dizer que há interesse comum nesta ou naquela situação, criando presunções* (op. cit., p. 464), até porque a lei tributária contempla fatos .

20. Quanto à segunda hipótese de solidariedade tributária (art. 124, II do CTN), adverte o mesmo notável doutrinador que *à primeira vista, parece que o legislador tem a liberdade de designar quaisquer pessoas como solidariamente obrigadas ao pagamento do tributo*, mas anota com destaque que *não é assim, porém, porque a interpretação dessa norma, como de qualquer norma jurídica, há de ser feita sem desconsideração do sistema em que encarta e especialmente das normas hierarquicamente superiores* (op. cit., p. 464).

21. Concluindo a sua lição, observa o notável jurista do Ceará que não é permitido ao legislador atribuir responsabilidade tributária *a quem não esteja, ainda que indiretamente, relacionado ao fato gerador da obrigação respectiva, mesmo que essa atribuição seja fundada no não cumprimento do dever jurídico por aquele a quem é feita* (op. cit., p. 466).

22. É bem verdade que, no caso de cometimento de infrações, *alvitra-se a chamada (e abominável) responsabilidade tributária objetiva*, que se ancoraria (no dizer dos que a sustentam) no art. 136 do CTN, *mas essa sugestão é absolutamente contrária aos princípios do Direito Público moderno e, em especial, ao sistema do CTN*, porquanto esse Código proclama, nos seus arts. 108, IV e 112, que a interpretação da lei tributária se fará com a aplicação da *equidade* e do princípio *in dubio pro contribuinte*, conforme já assinalou o preclaro Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI: *Apesar da norma tributária expressamente revelar ser objetiva a responsabilidade do contribuinte, ao cometer um ilícito fiscal (art. 136 do CTN), sua hermenêutica admite temperamentos, tendo em vista que os arts. 108, inciso IV e 1123 do CTN permitem a aplicação da equidade e a interpretação a lei tributária segundo o princípio do in dubio pro contribuinte* (REsp 494.080-RJ, DJU 16.11.04).

23. O insigne Ministro LUIZ FUX, ao analisar esse mesmo tema, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, consignou no seu voto, para asseverar a indispensabilidade do elemento subjetivo na conduta do obrigado tributário, o seguinte:

A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136,

do CTN, segundo o qual salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Assim, uma vez caracterizada a boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), revela-se legítimo o aproveitamento dos créditos de ICMS (REsp 1.148.444-MG, DJe 27.04.2010).

24. Por conseguinte, não se detecta, neste caso, a presença dos elementos necessários à caracterização da condição de *responsável tributário*, imputável à USINA CERRADINHO, porquanto não lhe pode ser atribuída, de modo algum, a responsabilidade pela não chegada aos seus destinatários, da mercadoria que regularmente lhes vendeu. Como bem ressaltado pelo Juízo de Primeiro Grau, *apurou-se pela prova pericial realizada que a venda foi regular, com emissão de notas e preços que eram comercializados na época* (fls. 719).

25. Assim, não tendo efetivamente a USINA CERRADINHO praticado nenhuma infração tributária – *tanto que o Fisco Paulista nada lhe imputou, nesse sentido, e também sequer a autuou sob tal fundamento* – não há como atribuir-lhe, sem a demonstração da *necessária conduta ilícita*, a alegada responsabilidade pela dita infração (a mencionada tredestinação da mercadoria); a orientação de que, em casos assim, não surge a responsabilidade tributária, já foi adotada pelo egrégio STJ, pela voz dos seus mais eminentes julgadores.

26. Eis algumas manifestações, nas seguintes ementas, em que tal diretriz foi afirmada:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. QUEBRA DE DIFERIMENTO. RESPONSABILIZAÇÃO DO VENDEDOR DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE.

1. *Embargos de divergência pelos quais se busca dirimir dissenso interno quanto à possibilidade de, nos casos de diferimento tributário em que o comprador é posteriormente reconhecido como inidôneo, responsabilizar o vendedor de boa-fé pelo pagamento do tributo.*

2. *In casu, não se discute a possibilidade de responsabilização do contribuinte (vendedor) pelo pagamento do tributo, em caráter supletivo, nos termos do art. 128 do CTN, mas se ele, ainda que agindo de boa-fé, pode responder por infração cometida pela empresa compradora. A responsabilidade por infrações está contemplada nos arts. 136 e seguintes do CTN. No entanto, a situação dos autos não se subsume a essas regras, na medida em que está claro que o vendedor, por ter sido considerado de boa-fé, não participou da fraude levada a efeito pela compradora (ausência de dolo) e nem detinha poderes para evitá-la (ausência de culpa).*

3. *O diferimento tributário não constituiu um benefício fiscal, até porque não há dispensa do pagamento do tributo (como ocorre com a isenção ou com a não incidência), mas técnica de arrecadação que visa otimizar tarefas típicas do fisco, de fiscalizar e arrecadar tributos. Logo, por representar conveniência para o Estado, cabe a ele, exclusivamente, a fiscalização dessas operações. E nem poderia ser diferente, pois ao vendedor, que, via de regra, nessa modalidade de tributação, é pequeno produtor rural (de milho, na espécie), a lei não confere poderes para fiscalizar as atividades da empresa que adquire os seus produtos.*

4. *A responsabilização objetiva do vendedor de boa-fé, nesse caso, importa prática perversa, porquanto onera, de uma só vez e de surpresa, o elo mais frágil da cadeia produtiva que nada pôde fazer para evitar a infração cometida pela empresa adquirente. Além disso, deve ser sopesado que, embora o recolhimento do imposto seja realizado em uma etapa posterior, não se deve olvidar que o produtor rural, ao vender sua produção, certamente sofre os efeitos econômicos desse*

diferimento na composição do preço de sua mercadoria, na medida em que, via de regra, a exação postergada corresponde a um custo de produção a ser suportado pelo restante da cadeia produtiva.

5. *Dessa forma, na modalidade de diferimento, constatado que o vendedor agiu de boa-fé, entregando a mercadoria e emitindo a correspondente nota fiscal, não é possível imputar-lhe a responsabilidade tributária para o pagamento do tributo.*

6. *Embargos de divergência providos (REsp 1.119.205/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 08.11.2010).*

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. VENDA DE GADO. EMPRESA ADQUIRENTE. TRANSAÇÃO COMERCIAL. DECLARAÇÃO POSTERIOR DE INIDONEIDADE. BOA-FÉ DO ALIENANTE.

1. *Não compete ao vendedor perseguir o destino do produto alienado com o fim de constatar se o comprador foi o real destinatário. Deve apenas, no momento da transação, exigir a documentação necessária referente à idoneidade da contratante e, após aperfeiçoado o negócio, dar cumprimento ao objeto da obrigação.*

2. *Não é razoável, portanto, submeter o alienante à obrigação do recolhimento de tributos pela alegada falta do adquirente, pois não tem o dever jurídico de fiscalizar os atos e comportamentos dos compradores com quem comercializa suas mercadorias. Precedentes.*

3. *Recurso especial improvido (REsp 302.897/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU 20.02.2006).*

Tributário. ICMS. Mercadoria Isenta (fertilizantes). Desvio da Destinação Pelo Adquirente. Exigência Fiscal Responsabilizando o Vendedor Para Recolhimento da Carga Tributária. Artigos 121, 124 e 176 CTN.

1. *A responsabilidade tributária deve corresponder ao descumprimento de um dever jurídico. Incontrovertido que, na operação de venda, foram cumpridas todas as exigências fiscais, órfã de lei, constitui delírio a exigência de perene fiscalização, pelo vendedor da destinação final da mercadoria adquirida pertencente ao comprador. É por ficção, a constituição de responsabilidade objetiva, atribuída depois do fato gerador, via oblíqua, desfigurando ou desconstituindo a isenção estabelecida legalmente.*

2. *Recurso provido (REsp 34.347/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJU 19.06.1995).*

27. *Vale destacar, ainda, dois outros julgados desta Corte, proferidos em casos análogos ao presente:*

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ARTS. 118, II, E 123 DO CTN. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. AUTUAÇÃO FISCAL. ACÓRDÃO ESTADUAL CONSIGNA QUE SIMULAÇÃO ENSEJADORA DA AUTUAÇÃO NÃO FOI PROVADA PELO FISCO. REVISÃO DESSE ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. *Constatado que a Corte estadual empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.*

2. *Os arts. 118, II, e 123 do CTN não foram apreciados pelo Tribunal de origem, carecendo o recurso especial, nesse particular, do requisito do prequestionamento (Súmula 211/STJ).*

JURISPRUDÊNCIA

3. A verificação acerca da existência do fato que ensejou a autuação fiscal, concernente à suposta participação da recorrida em fraude contra a Administração Tributária, mediante simulação de operação interestadual inexistente, pressupõe, necessariamente, o reexame do caderno fático-probatório, o que é inviável na instância especial ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido. Voto-vista acompanhando o voto do eminente relator (AgRg nos EDcl no REsp. 991.063/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Relator para acórdão Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 12.06.2013).

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VENDA DE COMBUSTÍVEL A OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. RECOLHIDO O ICMS PELA ALÍQUOTA INTERESTADUAL DE 7%. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 121, I E II, DO CTN. EXIGÊNCIA DE ANTERIOR DEMONSTRAÇÃO DE SOLIDARIEDADE (ART. 124, I E II, DO CTN) OU CONDUTA INFRAACIONAL APTA A GERAR VÍNCULO JURÍDICO (ART. 135, CAPUT, DO CTN). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. Analisa-se no presente feito a possibilidade de o Fisco paulista, sem investigar a boa-fé do vendedor, exigir dele o ICMS com base na alíquota interna, pelo fato de o produto vendido (álcool hidratado) não ter chegado regularmente a outra unidade da Federação (Bahia).

2. O principal fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para manter a cobrança da alíquota interna consistiu no fato de que “[a] infração se consuma com a mera conduta, que efetivamente causou prejuízo ao erário público”.

3. Para explicar a imposição foi invocado o artigo 136 do CTN, como suporte da pretendida responsabilidade tributária. Todavia, o citado diploma legal é esclarecedor no sentido de que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável dos efeitos do ato. No caso concreto, todavia, o Fisco não conseguiu identificar o “agente ou responsável” da destinação diversa da mercadoria constante da Nota Fiscal.

4. No caso concreto, o Fisco paulista, em verdade, busca a tributação do ICMS, pela alíquota interna, em face de a mercadoria ter sido desviada de seu destino final, com possível venda no próprio Estado. No entanto, não conseguiu demonstrar que a recorrente tenha realizado essa operação fraudulenta, circunstância essa indispensável à caracterização do próprio sujeito passivo que praticou o fato econômico empregado na aplicação da alíquota interna.

5. É incontroverso que, na operação comercial, foram cumpridas todas as exigências fiscais, com a emissão das respectivas notas de venda. Nesse contexto, não há como exigir da vendedora outras provas, que a ela não incumbe; não bastando presumir a simulação quanto ao destino das mercadorias.

6. Recurso conhecido e provido para afastar a exigência fiscal de que a recorrente pague a diferença entre as alíquotas de ICMS incidente nas operações internas (REsp. 1.305.856/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 26.06.2013).

28. Em resumo, relativamente a esse aspecto do julgamento, o eventual conluio entre o transportador da mercadoria e os seus adquirentes – sem qualquer indício de participação ou ciência da USINA CERRADINHO – para trespasar os carregamentos de açúcar e/ou álcool, não há de refletir prejudicialmente na vendedora, dada a ausência de qualquer liame ou vínculo dessa empresa com o alegado *concilium fraudis*, por acaso envolvendo estranhos à vendedora, se fosse o caso.

29. Com essa fundamentação, pedindo vênias ao eminente Ministro Relator, conheço do Recurso Especial e dou-lhe provimento, para cassando o acórdão recorrido, restabelecer in

totum a Sentença monocrática, que julgou procedente os Embargos à Execução para declarar inexigível a dívida tributária inscrita sob o no. NL 23.936.

30. É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.959 - SP (2011/0272315-3) VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Sr. Presidente, levando em conta os aspectos de fato e os precedentes, peço vênia ao Sr. Ministro Ari Pargendler para acompanhar o voto divergente no sentido de dar provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.959 - SP (2011/0272315-3)

RELATOR: MINISTRO ARI PARGENDLER
RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Sr. Presidente, dizem que só não muda de opinião quem não a tem. Chegou o momento de mudar minha opinião sobre este processo. Aconteceu que, em um caso muito mencionado - o da Copersucar -, fiz oposição monocrática. Depois a discussão veio para pautar o processo, e acabei me convencendo de que havia uma ofensa ao CTN. Desde o início, entendi que essas cobranças ofendiam lei local, e aplicava-se a Súmula n. 280. Normalmente, em São Paulo havia verdadeiras operações, blitze tributárias para fazerem essas averiguações. Mas não é o caso para decidir.

Neste caso, além das questões fáticas, a empresa não estar localizada, que estão suspensas, para mim, por si só, peço máxima vênia para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator. Mas, ainda no tocante à cobrança - por isso digo que só não muda de opinião quem não a tem, e na Copersucar votei no sentido da solidariedade -, chama-me muito a atenção o precedente antigo da Segunda Turma, que a quantidade de votos que temos na matéria ainda merece talvez reflexão. Quando diz o Relator do Recurso Especial n. 37.033: "Não é a nota fiscal que define uma operação como interestadual, mas a transferência física da mercadoria de um Estado para o outro".

A questão fática notória é como os Estados fiscalizam nas fronteiras essas entradas de mercadorias. Separando os carros de passeio dos carros de carga, para fiscalizar a entrada ou a saída física dessas mercadorias?

Com esse rápido adendo, farei um estudo melhor de fundamentação, peço máxima vênia ao Relator para reformular meu voto que fiz no caso da Copersucar - até citado aqui em algum trecho no voto do Relator e também naquele caso do Ministro Teori Albino Zavascki, do qual fui voto-vencedor, e acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

JURISPRUDÊNCIA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0272315-3 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.959 / SP

Números Origem: 1320120030185738 197472003918099540200991809954020098260000
9307865
994093634326 99409363432650001

PAUTA: 10/06/2014

JULGADO: 16/06/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUÍS OPPERMANN THOMÉ

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: USINA CERRADINHO AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A

ADVOGADO: PASCOAL BELOTTI NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORA: MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Benedito Gonçalves, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (voto-vista) os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Sérgio Kukina.

(Ementa publicada no Diário Eletrônico de 22/08/2014).

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA COLIGADA E DE ÁGIO FUNDADO NA EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. INCORPORAÇÃO COM INDÍCIOS DE FRAUDE COM A FINALIDADE DE GERAÇÃO ARTIFICIAL DO ÁGIO, VISANDO FUTURAS AMORTIZAÇÕES E REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSL. AUTUAÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017237-12.2010.4.03.6100/SP 2010.61.00.017237-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : LIBRA TERMINAL 35 S/A

ADVOGADO : LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

No. ORIG. : 00172371220104036100 25 Vt SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. JULGAMENTO DENTRO DOS LIMITES DO PEDIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE IMPETRADA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO COM O ATO IMPUGNADO. INCORPORAÇÃO DE EMPRESA COLIGADA E DE ÁGIO FUNDADO NA EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA (“GOODWILL”). INCORPORAÇÃO COM INDÍCIOS DE FRAUDE COM A FINALIDADE DE GERAÇÃO ARTIFICIAL DO ÁGIO, VISANDO FUTURAS AMORTIZAÇÕES E REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSL. AUTUAÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE. DENEGACÃO DA SEGURANÇA.

1. Afasta-se o pedido de desistência da ação mandamental, bem como de renúncia ao direito sobre qual se funda a ação, já que o causídico não está habilitado a praticar referidos atos no processo, tendo em vista que as procurações acostadas aos autos não lhe conferem poderes expressos para esse fim.
2. Apelação contra a sentença que julgou pela ilegitimidade passiva da Procuradoria da Fazenda Nacional e, no mérito, denegou a segurança requerida para o fim de se cancelar os créditos tributários referentes ao IRPJ e CSLL.
3. A sentença apreciou adequadamente as questões postas em litígio, ainda que tenha adotado fundamento não cogitado pela impetrante.
4. O fato da impetrante ter concentrado seus argumentos na adequação contábil do seu procedimento - com nítida ênfase no aspecto formal da sua conduta - não impede o magistrado de joeirar outros aspectos jurídicos da lide.
5. É cediço que o processo civil brasileiro adota o princípio “iura novit curia”, segundo o qual o juiz deve conhecer o direito aplicável aos fatos que são levados ao seu escrutínio.
6. O exame dos autos revela que existe bastante homogeneidade dos fundamentos da sentença com as razões que foram adotadas pela fiscalização para glosar as amortizações feitas pela impetrante, através de ágio, com o fim de reduzir o pagamento de IRPJ e CSL.
7. Cumpre, ainda, manter a decisão de primeiro grau, na parte em que considerou parte ilegítima para figurar no polo passivo o Procurador-Chefe da Fazenda Nacional em São Paulo.

JURISPRUDÊNCIA

8. O débito em questão ainda estava circunscrito ao âmbito da Receita Federal, sem qualquer encaminhamento para inscrição na Dívida Ativa da União, de modo que não havia razão para incluir aquela autoridade no polo passivo do mandado de segurança, nos termos das atribuições previstas no art. 12 da Lei Complementar n. 73/93.

9. É inegável que, do ponto de vista contábil, a impetrante respeitou os art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 (assim como os art. 385 e 385 do RIR/99), inclusive porque não havia impedimento, à época, para o aproveitamento de ágio entre empresas coligadas, controladas ou integrantes do mesmo grupo econômico, vedação que somente passou a existir com a Lei 11.638/07.

10. No entanto, a questão trazida aos autos vai além do formalismo contábil, em função do princípio contábil da *primazia da essência sobre a forma*.

11. Sendo certo que a contabilização do ágio não exige, necessariamente, descaixe de recursos financeiros, não é menos certo que deve existir efetiva contribuição do investidor em qualquer espécie de bem suscetível de avaliação em dinheiro, de modo a conferir “fundamento econômico” ao ágio.

12. É indispensável que a integralização tenha ocorrido com base no valor real de mercado, o que não ocorre quando o “valor do negócio” é artificialmente estabelecido dentro do mesmo grupo econômico.

13. A entidade empresarial somente terá o direito de se apropriar de um ágio, para fins de amortização, quando isso verdadeiramente tiver representado um custo financeiro ou econômico para ela, segundo a sua interação com os agentes do mercado.

14. A autuação se afigura correta, pois tudo indica uma triangulação societária com a finalidade de criação artificial de ágio, para posterior amortização e de redução do IRPJ e da CSL, envolvendo empresas que tinham os mesmos controladores.

15. A fiscalização verificou que a operação contábil jamais implicou em qualquer desembolso ou investimento pela LTSA, tendo havido somente uma reavaliação de seus ativos, baseado em informações da própria interessada, com o único intuito de gerar despesas com a amortização do ágio, reduzindo ou eliminando o pagamento de IRPJ e CSL durante o período de amortizações mensais.

16. A elisão tributária somente tem lugar quando os benefícios legais são pautados em fatos reais.

17. Faltando esta veracidade, a elisão se convola em evasão fiscal, insuscetível de convalidação judicial.

18. Rejeitadas as alegações preliminares.

19. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as alegações preliminares e, por maioria, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencido o Desembargador Federal Nery Júnior, que lhe dava provimento.

São Paulo, 07 de agosto de 2014.

RUBENS CALIXTO

Juiz Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017237-12.2010.4.03.6100/SP 2010.61.00.017237-1/SP
RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : LIBRA TERMINAL 35 S/A
ADVOGADO : LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 00172371220104036100 25 Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 489/501 que julgou pela ilegitimidade passiva da Procuradoria da Fazenda Nacional e, no mérito, denegou a segurança requerida para o fim de se cancelar os créditos tributários referentes a IRPJ e CSLL apurados e exigidos em auto de infração originário do Processo Administrativo 18471.000.947/2006-33.

Em seu apelo (fls. 510/533), diz a impetrante LIBRA TERMINAL 35 S.A. (LIBRA) que a sentença deve ser anulada ou reformada.

Preliminarmente, entende a apelante que a sentença de primeiro grau contém julgamento “extra petita”, pois levou em consideração situação fática e de direito completamente diversa da que foi apresentada ao crivo do Poder Judiciário, detendo-se na questão da origem do ágio - em momento algum questionada pela fiscalização -, ao invés de apreciar a controvérsia que foi deduzida em juízo.

Entende, ainda, que o Procurador-Chefe da Procuradoria da Fazenda Nacional em São Paulo detém legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança, eis que é a autoridade competente para a inscrição do débito em dívida ativa e a promoção de posterior execução judicial.

Quanto ao mérito, afirma que a exigência fiscal constitui afronta aos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 e aos art. 385 e 386 do Decreto 3.000/99 (RIR/99), ao considerar indedutível no seu resultado dos anos-calendário 2001 e 2002 a parcela referente à *amortização do ágio* registrado em seu ativo permanente, o qual foi decorrente da incorporação da empresa ZBT Terminais Santos S.A.

Em suma, narra que a empresa Libra Terminal S.A. (LTSA) aderiu ao aumento do capital da empresa ZBT, mediante a integralização de ações da impetrante, o que motivou a contabilização de *reserva de ágio* na ZBT.

Posteriormente, em face da incorporação da ZBT pela impetrante, houve o *registro e amortização* do ágio contabilizado na ZBT, ágio que antes estava registrado na LTSA, e assim migrou à impetrante.

Sustenta que esta migração se fez através de procedimento contábil idôneo e abalizado, com observância aos ditames legais, em se tratando de amortização do valor de *ativo diferido*.

Diz que a despesa de amortização do ágio foi aproveitada entre os anos de 1999 e 2005, à proporção de 1/60, nos termos legais e contábeis.

Sublinha que o ágio amortizado já estava registrado na contabilidade da empresa LTSA e, portanto, não há que se cogitar da *geração* de ágio visualizada pelo juízo “a quo”, pois foi apenas transferido para a ZBT e depois absorvido pela impetrante.

JURISPRUDÊNCIA

Invoca a lisura dos registros contábeis atinentes à reorganização societária que promoveu com as empresas LTSA e ZBT, especialmente da incorporação que deu causa ao *aproveitamento da despesa de ágio* glosada pela fiscalização.

Ao final, pugna pela anulação da sentença ou, subsidiariamente, por sua reforma e concessão da segurança, em face de ambas as autoridades indicadas no polo passivo da ação.

Colacionou o parecer técnico de fls. 535/555, da autoria do Professor Eliseu Martins.

Contrarrazões às fls. 562/580.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento da apelação (fls. 586/588). É o Relatório.

VOTO

Inicialmente, afastado o pedido de desistência da ação mandamental, bem como de renúncia ao direito sobre qual se funda a ação, já que o causídico não está habilitado a praticar referidos atos no processo, tendo em vista que as procurações acostadas aos autos não lhe conferem poderes expressos para esse fim.

Ainda em caráter prefacial, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, eis que lavrada em consonância com os art. 458 e 460 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o douto julgador apreciou adequadamente as questões postas em litígio, ainda que tenha adotado fundamento não cogitado pela impetrante quando ela ajuizou o presente “mandamus”.

A demanda encontra a sua essência nos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 e nos art. 385 e 386 do Decreto 3.000/99 (RIR/99)

O fato de a impetrante ter concentrado seus argumentos na adequação contábil do seu procedimento - com nítida ênfase no aspecto formal da sua conduta - não impede o magistrado de joeirar outros aspectos jurídicos da lide.

Neste ponto, é cediço que o processo civil brasileiro adota o princípio “iura novit curia”, segundo o qual o juiz deve conhecer o direito aplicável aos fatos que são levados ao seu escrutínio, não devendo se restringir aos aspectos legais que foram colocados expressamente pelo autor da ação.

Ademais, o processo se forma e se completa em torno da dialética entre as partes envolvidas, que obriga o juiz a conhecer de todos os argumentos e decidir os pleitos, segundo esta dinâmica.

E, no caso, ao decidir que a pretensão da impetrante não poderia ser acolhida, o magistrado acolheu o fundamento central da fiscalização, no sentido de que o ágio incorporado pela impetrante não era legítimo, visto que produzido de forma artificial no seio do mesmo grupo econômico.

O exame dos autos revela que existe bastante homogeneidade entre os fundamentos da sentença e as razões que foram adotadas pela fiscalização para glosar as amortizações feitas pela impetrante, através do citado ágio, com o fim de reduzir o pagamento de IRPJ e CSL.

Para confirmar tal assertiva, basta ver o teor do relatório da fiscalização (fls. 47/60) e das informações prestadas pelo Delegado da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo (fls. 441/457).

Em sendo assim, não há motivo para anular a sentença, de forma que fica rejeitada esta alegação preliminar.

Cumpra, ainda, manter a decisão de primeiro grau na parte em que considerou parte ilegítima para figurar no polo passivo o Procurador-Chefe da Fazenda Nacional em São Paulo.

Isso porque o débito em questão ainda estava circunscrito ao âmbito da Receita Federal, sem qualquer encaminhamento para inscrição na Dívida Ativa da União, de modo que não haveria razão para incluir aquela autoridade no polo passivo do mandado de segurança, segundo as atribuições previstas no art. 12 da Lei Complementar n. 73/93.

Assim, restam afastadas as questões preliminares arguidas pela impetrante na apelação. Passo ao mérito.

A questão dos autos diz respeito à validade ou não do procedimento adotado pela impetrante, especificamente nos anos-calendário 2001 e 2002, quando promoveu a *amortização* de ágio registrado em sua contabilidade, para efeito de apuração do IRPJ e da CSL, após ter incorporado sua coligada ZBT Terminais Santos S.A. (ZBT).

Sabe-se que a legislação tributária e a ciência contábil possibilitam que sejam deduzidas da base de cálculo dos citados tributos algumas *despesas* como a depreciação de bens do ativo permanente e o ágio pago na realização de investimentos em outras empresas (v.g., ágio decorrente de “mais valia”, ágio por “Goodwill”, etc.).

Para tanto, obviamente, devem ser respeitadas as prescrições legais acerca de tais amortizações. No caso dos autos, trata-se do ágio pago em função da *expectativa de rentabilidade futura* da empresa investida, internacionalmente conhecido como “Goodwill”, em que o investidor concorda em pagar pelas ações ou quotas da entidade investida um valor superior ao seu patrimônio líquido (valor contábil ou patrimonial).

Tratando-se de um *sobrepço* pago pelo investidor, usualmente ele terá a possibilidade de amortizá-lo dos lucros que eventualmente venha a obter na empresa investida, até que seu investimento (leia-se, “ágio”) chegue à exaustão, se isso um dia chegar a acontecer.

É o que nos ensinam MARCEL MELHEM e MICHEL MELHEM (In *Ágio na incorporação...* Revista de Estudos Tributários, n. 73, Maio-Jun/2010, p. 101):

Sendo permitida a amortização do ágio (em alguns casos), isso traz um resultado positivo para as empresas que apuram seus impostos pelo regime do lucro real, uma vez que a contrapartida da amortização do ágio é uma despesa dedutível (grifei) para fins de Imposto de Renda e contribuição social. Sendo uma despesa (grifei), o lucro tributável é reduzido e, via de consequência, diminui-se o valor de ambos os tributos.

De acordo com SÉRGIO IUDÍCIBUS, em circunstâncias normais, a amortização do ágio é feita pelo *Regime de Caixa* ou então pelo *Regime de Competência* (In *Contabilidade introdutória...* 11. ed. São Paulo, Atlas, 2010, pp. 239/240).

No primeiro caso, a amortização ocorre quando os lucros são efetivamente recebidos pela investidora, deles sendo deduzidas, paulatinamente, parcelas do ágio anteriormente pago, de forma a reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSL.

Já na segunda hipótese, a amortização é feita pelo chamado *método da equivalência patrimonial*, quando a investidora deve registrar sua parte no lucro da investida assim que esta o obtiver e não quando os dividendos forem distribuídos aos sócios.

Em ambos os casos, a amortização pressupõe a apuração de lucro pela entidade investida, em que parte deles será atribuída à empresa investidora, na proporção de sua participação societária.

JURISPRUDÊNCIA

Todavia - e isso muito interessa aos autos -, diz aquele mesmo autor (ob. cit., p. 261) que a legislação também pode proporcionar uma forma de *amortização sistemática* do ágio, por um período máximo de tempo, previamente estabelecido, ao invés de seguir aqueles modelos normalmente observados.

Foi o que ocorreu no caso em discussão, em que a amortização do ágio passou a ser permitida em 60 (sessenta) meses, à proporção de 1/60 por mês - *independentemente da apuração de lucro na empresa investida, diga-se de passagem* -, nos termos dos art. 7º, III, e 8º, da Lei 9.532/97, com a redação da Lei 9.718/98:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea “a” do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea “c” do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração:

(...)

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Segundo ROLIM e FONSECA (Apud MELHEM, ob. cit., p. 110), tal forma de amortização sistemática do ágio teve o propósito, não oficialmente declarado no respectivo texto legal, de fomentar o chamado “Programa Nacional de Desestatização” do Governo Federal:

“A justificativa para a criação do incentivo fiscal de amortização do ágio em operações de incorporação, fusão e cisão encontra-se descrita na Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 1.602, que deu origem à Lei 9.532/97... Realmente a justificativa acima não condiz com a racionalidade econômica do tratamento do ganho de capital e da sua mobilidade dentro do contexto de justificativa econômica tal como o da rentabilidade futura. Sabe-se também que outro motivo para a criação dos art. 7º e 8º da Lei 9.532/1997, ainda que não expressamente mencionado na Exposição de Motivo, foi o de fomentar o chamado “Programa Nacional de Desestatização” do Governo Federal. Em outras palavras, o Governo buscou tornar os investimentos estatais mais interessantes para os potenciais investidores, na medida em que os eventuais ágios pagos nos leilões de privatização de estatais pudessem ser deduzidos fiscalmente na apuração do Imposto de Renda e da CSL desses investidores...”

A meu ver, tratou-se de medida legal temerária, do ponto de vista fiscal, pois, ao se permitir a amortização do ágio sem a necessidade de apurar lucro na entidade investida e sem qualquer restrição ao investimento em empresas do mesmo grupo econômico, possibilitou-se a criação de “ágio fictício” através de sofisticados procedimentos contábeis.

Em outras palavras, a citada lei estabeleceu uma tênue linha entre a “elisão tributária” e a “evasão fiscal”, somente identificável com a análise das circunstâncias concretas de cada operação.

Voltando ao caso dos autos, não se nega que, do ponto de vista contábil, a impetrante respeitou os art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 (assim como os art. 385 e 386 do RIR/99), inclusive porque, à época, não existia óbice legal ao aproveitamento de ágio entre empresas coligadas, controladas ou integrantes do mesmo grupo econômico, vedação que somente passou a existir com a Lei 11.638/07.

Todavia, a questão trazida aos autos vai muito além do formalismo contábil, pois também há que se ter em mente o princípio contábil da *primazia da essência sobre a forma*.

Embora negligenciado em determinadas épocas, tal princípio sempre foi prestigiado pelas orientações do *International Accounting Standards Board* (IASB), a mais importante fonte de princípios, convenções e regras contábeis do planeta.

Vale citar, mais uma vez, o magistério de SÉRGIO IUDÍCIBUS (In *Manual de contabilidade societária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31), segundo o qual a *primazia da essência sobre a forma* é uma bandeira levada quase ao extremo pelo IASB e recebeu maior aderência no *Pronunciamento Conceitual Básico* do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), criado pelo Conselho Federal de Contabilidade em 07.10.2005.

No presente caso, temos em conta que o parecer do Professor Eliseu Martins, anexo à apelação (fls. 535/555), assevera que o procedimento adotado pela impetrante observou as regras e procedimentos contábeis agasalhados pela nossa legislação.

Contradizendo a sentença de primeiro grau em relevante aspecto, diz o citado professor que não é correto afirmar “*que somente pode ser contabilizado ágio quando ocorrer o efetivo desengaixe de recursos financeiros para a aquisição de um investimento*” (fls. 538).

De modo algum discordamos da afirmação do prestigiado professor da FEA/USP e da FIPECAFI - Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis Atuariais e Financeiras FEA/USP.

O ágio pode, realmente, ser contabilizado sem que haja desengaixe direto de recursos financeiros pelo investidor.

Com efeito, a aquisição acionária pode ser feita através de outras formas de integralização, como o oferecimento de bens ou ações, a assunção de passivos, emissão e entrega de instrumentos de capital ou o conjunto combinado de mais um dos tipos de contraprestação (cf. IUDÍCIBUS, ob. cit., p. 484).

Sendo certo que a contabilização do ágio não exige, necessariamente, desengaixe direto de recursos financeiros, não é menos certo que deve existir efetiva contribuição do investidor em qualquer espécie de bem suscetível de avaliação em dinheiro, como reconhece, em seu parecer, o próprio Professor Eliseu Martins, ancorado no art. 7º da Lei 6.404/76 (fls. 539/541).

A aquisição do ágio, por meio de investimento em outra companhia, pode ser feita, sem dúvida, através da integralização de ações, como se deu no caso dos autos.

No entanto, é indispensável que a integralização tenha ocorrido com base no valor real de mercado, o que não ocorre quando o “valor do negócio” é artificialmente estabelecido dentro do mesmo grupo econômico.

Trata-se de premissa que alguns denominam “*fundamento econômico*” do ágio pago em função da *expectativa de rentabilidade futura* da empresa investida (“Goodwill”).

Oportuno mencionar que o *caput* do art. 14 da Instrução CVM n. 247, de 27 de março de 1996 (DOU de 29.03.1996), que levava em conta os padrões internacionais de contabilidade (cf. MELHEM, ob. cit., p. 104), já explicitava que o ágio computado na ocasião da aquisição ou subscrição do investimento deveria indicar o seu “fundamento econômico”, a saber:

Art. 14. O ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição ou subscrição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou.

Assim, a entidade empresarial somente terá o direito de se apropriar de um ágio, para fins de amortização, quando isso verdadeiramente tiver representado um custo financeiro ou econômico para ela, segundo a sua interação com os agentes do mercado.

Neste sentido, o magistério de SÉRGIO IUDÍCIBUS, em obra da qual participa também o Professor Eliseu Martins (In *Contabilidade...*, p. 261/262):

“Uma condição para que tais elementos (ativos intangíveis), que representam direitos de seus possuidores, possam figurar no ativo de uma entidade, e, portanto, estejam em condições de serem amortizados, é que tenham sido adquiridos de terceiros ou, se produzidos pela entidade, tenham seu custo muito bem identificado”.

“Esse custo é que será amortizado periodicamente até seu inteiro desaparecimento. Dessa maneira, uma patente relativa a um invento feito pela própria empresa sem custo identificado ou que tenha sido recebido gratuitamente de inventor, embora possa ter um valor venal, não figura no patrimônio da mesma e, consequentemente, não é suscetível de amortização”.

Mais à frente (pp. 486 e 493), na mesma obra, diz o citado professor sobre a premissa quase imprescindível, para a contabilização do ágio, da combinação de negócios entre *partes independentes*:

“Considerando a essência econômica da operação, em verdade, a mudança na base de avaliação dos ativos e passivos da entidade combinada só se justifica cabalmente quando da alteração do bloco de controle acionário (alteração do controlador), envolvendo arranjos negociados entre partes independentes (...). Portanto, não deveria, em princípio, ser alterada a base de avaliação do conjunto de ativos líquidos, mesmo que esse conjunto constitua um negócio nos termos da norma e/ou que o percentual de participação tenha sido alterado. O motivo é simples: antes e depois da operação o conjunto de ativos líquidos continua sob controle da mesma entidade”.

“Como visto até aqui, as operações de fusão, cisão e incorporação, quando não envolvem a mudança de controle acionário, devem ser reconhecidas contabilmente sem que haja alteração nos valores registrados dos ativos e passivos considerados”.

Na mesma direção aponta a lição de JOSÉ CARLOS MARION (In *Contabilidade empresarial*. 16 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp. 362-363), ao observar que o ágio decorrente de “Goodwill” somente pode ser contabilizado se houver *segurança em sua mensuração*, in verbis: *‘Goodwill’ é uma espécie de ágio, de um valor agregado que tem a empresa em função da lealdade dos clientes, da imagem, da reputação, do nome da empresa, da marca de seus produtos, do ponto comercial, de patentes registradas, de direitos autorais, de direitos exclusivos de comercialização, de treinamento e habilidade de funcionários etc.. Um ativo intangível deve ser reconhecido no balanço se, e apenas se:*

a) for provável que os benefícios econômicos futuros esperados atribuíveis ao ativo sejam gerados em favor de outra entidade;

b) o custo do ativo puder ser mensurado com segurança; e c) for identificável e separável, ou seja, puder ser separado da entidade e vendido, transferido, licenciado, alugado ou trocado, seja individualmente ou em conjunto com um contrato, ativo ou passivo relacionado.

Das lições transcritas, percebe-se que somente em situações muito peculiares, objetivas e com comprovado *fundamento econômico* poderia ser admitido ágio por expectativa de rentabilidade entre empresas do mesmo grupo econômico, o que, “*permissa venia*”, não ocorre no presente caso.

Isso porque o preço de mercado se forma com a interação dos seus agentes e das suas expectativas, sob a influência de fatores econômicos, políticos, sociais e tecnológicos que possam interferir neste processo, o que, em última análise, contribui para legitimar este preço.

A efetiva contribuição do mercado é premissa indispensável para que haja segurança de todos aqueles que, de alguma forma, terão algum tipo de relação jurídica ou econômica com o detentor do ágio.

Parece-nos evidente que, por mais verossímil seja a expectativa da rentabilidade futura de uma empresa, não pode ela própria arbitrar esta expectativa e incrementar o seu valor perante o mercado.

No presente caso, a impetrante entende que a fiscalização foi arbitrária e agiu com afronta aos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, quando glosou os valores amortizados por ela nos anos-calendário de 2001 e 2002, inclusive porque não teria feito o mesmo em relação aos anos-calendário de 1999 e 2000, nem em relação a 2003 e seguintes.

Parece-nos que, tendo sido lavrado o auto de infração em 2006 (fls. 47/60), as amortizações promovidas nos anos de 1999 e 2000 estariam atingidas pela decadência (art. 173 do CTN), podendo esta ser a explicação para a autuação ocorrer somente a partir do ano-calendário de 2001, de forma que não se vislumbra qualquer incoerência na atuação fiscal.

Quanto ao mais, a autuação se afigura correta, pois tudo indica uma triangulação societária com a finalidade de criação artificial de ágio, para posterior amortização e redução do IRPJ e da CSL, envolvendo empresas que tinham os mesmos controladores (Gonçalo Borges de Torrealba, Álvaro Marques Canoilas Filho e Libra Terminais S.A).

Em outras palavras, ocorreu a geração de ágio entre empresas do mesmo grupo, mas sem qualquer fundamento econômico.

A citada triangulação societária ocorreu entre a impetrante LIBRA TERMINAL 35 S.A. (LIBRA), a empresa LIBRA TERMINAIS S.A. (LTSA) e a efêmera ZBT TERMINAIS SANTOS S.A. (ZBT).

Segundo apurou a fiscalização, a LTSA detinha 3.849.970 ações da LIBRA.

Em 01 de junho de 1998, foi constituída a empresa ZBT, com o capital social de R\$ 1.000,00 (mil reais), dividido em mil ações, com valor unitário de R\$ 1,00 (um real), sendo que 999 ações pertenciam a Gonçalo Borges de Torrealba e uma ação pertencia a Ronaldo Borges.

Pouco mais de dois meses depois, em 05 de agosto de 1998, a Assembleia Geral da ZBT aprovou o aumento de capital mediante a integralização de bens dos respectivos subscritores. Na mesma data, foi registrada na conta de investimento da ZBT a integralização de capital pela LTSA, que contribuiu com as citadas 3.849.970 ações da LIBRA, ora impetrante, a um valor total de R\$ 123.157.000,00 (cento e vinte três milhões, cento e cinquenta e sete mil reais).

JURISPRUDÊNCIA

Tal registro levou a crédito da conta “Capital” o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e a crédito da conta “Reserva de Ágio” o valor de R\$ 122.157.000,00 (cento e vinte dois milhões, cento e cinquenta e sete mil reais).

Portanto, entendeu-se que as ações da impetrante tinham o valor de mercado de R\$ 123.157.000,00, dos quais correspondia a ágio o montante de R\$ 122.157.000,00, passível de amortização periódica, pela ZBT, nos termos dos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Ocorre que a fiscalização verificou que esta integralização foi a única movimentação no Livro Diário da ZBT, a qual, no dia seguinte, em 06 de agosto de 1998, foi extinta e incorporada pela impetrante.

Percebe-se, pois, que as ações da impetrante foram atribuídas à coligada LTSA, que as transferiu à outra coligada ZBT, que acabou rapidamente incorporada pela impetrante, levando consigo um generoso ágio no valor de R\$ 122.157.000,00.

A impetrante procedeu conforme as regras contábeis e também registrou aquele valor na conta “Reserva de Ágio”, passando a amortizá-lo no ano-base de 1999, à uma razão de R\$ 1.420.747,23 por mês (R\$ 17.047.266,16 ao ano), com a correspondente redução da base tributável do IRPJ e da CSL, que culminou glosada pela fiscalização.

Do ponto de vista contábil, não há qualquer reparo na conduta da impetrante.

No entanto, há vários indícios da criação artificial de ágio, a começar pelo fato das aquisições ocorrerem entre empresas que tinham os mesmos controladores, o que somente pode ser admitido em situações excepcionais e diante da cabal demonstração do “custo efetivo do ágio”. Conforme já observado, não ficou razoavelmente justificado o “fundamento econômico” do ágio.

Ficou evidente que a ZBT foi constituída somente para servir como veículo transitório das ações da impetrante, antes que retornassem a ela com ágio de proporções fenomenais.

A fiscalização verificou que a operação contábil jamais implicou em qualquer desembolso ou investimento pela LTSA, tendo havido somente uma reavaliação de seus ativos, com o único intuito de gerar despesas com a amortização do ágio, reduzindo ou eliminando o pagamento de IRPJ e CSL durante o período de amortizações mensais.

Poder-se-ia objetar que a reavaliação dos ativos pela DEC ASSESSORIAS REUNIDAS ocorreu com base em laudos elaborados pela empresa KPMG CORPORATE FINANCE LTDA (fls. 375).

Ocorre que a KPMG (fls. 378/408), ao avaliar que a LTSA detinha ações com valor de mercado de R\$ 123.157.000,00, foi categórica em afirmar que *“não se constituiu em uma auditoria das informações financeiras ou outras informações contidas nesse relatório”* e que ele estava baseado substancialmente em *“premissas e informações fornecidas e projetadas pela própria administração da companhia”* (fls. 381).

Portanto, não se verificaram circunstâncias objetivas, concretas e seguras para a reavaliação dos ativos da LTSA, que englobavam as ações da impetrante, posteriormente oferecidas em integralização para aumento do capital da efêmera ZBT.

Quando mais por se tratar de operações entre empresas do mesmo grupo, o surgimento do ágio somente poderia ser admitido se houvesse um laudo minucioso e independente sobre todos os ativos da empresa emissora das ações, levando em conta seu relacionamento com clientes, preços praticados no mercado, expectativas da colocação de seus produtos e serviços, etc., sempre com base em informações do próprio mercado.

No caso, houve apenas um laudo de relativa simplicidade, baseado em informações fornecidas pela própria interessada, que não pode ser admitido como *fundamento econômico* para justificar o “Goodwill”.

Importante mencionar que em momento algum a impetrante rebateu ou elidiu os fatos narrados pela fiscalização.

Limitou-se a redarguir que seu procedimento contábil foi escorreito e, assim, no seu entender, incensurável.

Todavia, os fatos revelados pelos autos deixam evidente que as operações contábeis da impetrante não são verossímeis e colidem frontalmente com o princípio da *primazia da essência sobre a forma*.

A elisão tributária somente tem lugar quando os benefícios legais são pautados em fatos reais.

Faltando esta veracidade, a operação se convola em evasão fiscal, insuscetível de convalidação judicial.

Neste cenário, a dita sentença de primeiro grau deve ser integralmente mantida, preservando-se, em consequência, os atos emanados da fiscalização.

Ante o exposto, voto por rejeitar as alegações preliminares e, no mérito, negar provimento à apelação.

RUBENS CALIXTO

Juiz Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017237-12.2010.4.03.6100/SP 2010.61.00.017237-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : LIBRA TERMINAL 35 S/A

ADVOGADO : LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

No. ORIG. : 00172371220104036100 25 Vr SAO PAULO/SP

DECLARAÇÃO DE VOTO

Em mãos, apelação interposta pela impetrante contra sentença que pronunciou a ilegitimidade passiva da Procuradoria da Fazenda Nacional e denegou a ordem pleiteada em face do Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo (DERAT), em mandado de segurança cujo objeto é o cancelamento dos créditos tributários referentes a IRPJ e CSLL apurados e exigidos em auto de infração originário do Processo Administrativo 18471.000.947/2006-33.

Alega a impetrante que exigência decorre de auto de infração que considerou como não dedutíveis no resultado dos anos-calendários 2001 e 2002 as parcelas referentes à amortização do ágio registrado no ativo permanente da impetrante, o qual teve como contrapartida uma reserva de ágio gerada em 6/8/1998, por ocasião da incorporação pela impetrante, da empresa ZBT Terminais Santos S/A.

Pretende a apelante a nulidade da r. sentença, por ter incorrido em julgamento *extra petita*, ou a sua reforma, para que seja reconhecida a legitimidade passiva do Procurador-Chefe da

JURISPRUDÊNCIA

Procuradoria da Fazenda Nacional em São Paulo e concedida a ordem em relação a ambas as autoridades impetradas, com vistas ao cancelamento dos créditos tributários.

Iniciado o julgamento, o e. Relator proferiu voto negando provimento à apelação da autora, no que foi acompanhado pelo e. Juiz Federal Convocado Ciro Brandani.

Com a devida *venia*, passo a expor as razões do voto divergente.

Cinge-se a controvérsia à higidez do auto de infração lavrado em razão de glosa de amortização de ágio registrado no ativo permanente da empresa apelante, gerado a partir da incorporação da empresa ZBT Terminais Santos S/A.

A Fazenda Nacional considerou o ágio em testilha não seria dedutível da base de cálculo do IRPJ e CSLL, por não ter se convencido da existência de efetiva *expectativa de rentabilidade futura* da empresa quando investimento. A autoridade fazendária reputou que o ágio incorporado pela impetrante não seria legítimo, mas produzido de forma artificial no seio do mesmo grupo econômico.

Contudo, a meu sentir, a impetração é procedente.

Dispõem os arts. 7º, III, e 8º, da Lei 9.532/97, com a redação conferida pela Lei 9.718/98:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração:

(...)

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Por seu turno, os arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000/99, assim estabelecem:

Art. 385 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

...

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão

Art. 386 - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

...

§6º - O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

(grifos nossos)

Os requisitos formais contábeis para o aproveitamento da despesa de ágio foram cumpridos, o que restou suficientemente demonstrado nos autos.

No que concerne à efetiva existência do ágio, vislumbro que o procedimento fiscalizatório perpetrado pela Fazenda Nacional não logrou infirmar o laudo de avaliação realizado pela DEC Assessorias Reunidas - Auditores S/C, empresa com o competente registro na Comissão de Valores Mobiliários e no Conselho de Contabilidade, que se pautou no exame dos livros contábeis e no laudo formulado pela KPMG CORPORATE FINANCE LTDA., conceituada empresa internacional atuante na área de auditoria, *Tax e Advisory*, detentora de notória expertise para a avaliação em testilha. (Fls. 375/408).

Ressalto que o ônus da prova da inveracidade dos fatos contábeis registrados incumbia à autoridade administrativa, nos termos do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), *verbis*:

Art. 923. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, § 1º).

Art. 924. Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no artigo anterior (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, § 2º).

Nessas condições, merece reforma a r. sentença apelada.

JURISPRUDÊNCIA

Ante o exposto, com a devida vênia, acompanho o eminente Relator quanto à rejeição das preliminares e, no mérito, dirijo para dar provimento ao recurso de apelação e conceder a segurança pleiteada.

É como voto.

NERY JÚNIOR

Relator

(Ementa divulgada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região de 12/09/2014, pp. 1.145/1.147).

Decisões monocráticas

MULTA DE 120% DO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. CARÁTER CONFISCATÓRIO. PRECEDENTES. REDUÇÃO PARA 100% DO VALOR PRINCIPAL.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106

ORIGEM :AI - 201292470640 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PROCED. :GOIÁS

RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) :AKAEMBU TRANSPORTES E COMERCIO LTDA

ADV.(A/S) :KEYLANE TELES S BORGES E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) :ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MULTA TRIBUTÁRIA – CONFISCO – OCORRÊNCIA – PRECEDENTES – PROVIMENTO.

1. O Tribunal de origem manteve a cobrança de multa tributária, prevista em lei estadual, no percentual de 120% do valor da obrigação principal. Assentou não implicar inconstitucionalidade previsão legal de penalidade pecuniária em patamar superior ao valor do próprio tributo, ausente o caráter confiscatório da sanção. A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

2. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais.

3. Publiquem.

Brasília, 2 de outubro de 2014.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator

(Decisão monocrática disponibilizada no STF DJe nº 199/2014 divulgação 10/10/2014, publicação 13/10/2014, p. 145).

Ementas

EXECUÇÃO FISCAL. REQUERIMENTO DE PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS VIA BACENJUD ANTES DA CITAÇÃO DO EXECUTADO. ILEGALIDADE.

AGTR - 138245/PE - 0005273-90.2014.4.05.0000

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

ORIGEM : 11ª Vara Federal de Pernambuco (Privativa para Execuções Fiscais)

AGRTE : JOSE CLAUDIO DE OLIVEIRA

AGRTE : RÔMULO MATTOS MESQUITA

AGRTE : EZEQUIEL JORDÃO DE ANDRADE

ADV/PROC : CARLOS ANDRÉ RODRIGUES PEREIRA LIMA e outros

AGRDO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGTR. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO. DETERMINAÇÃO DE PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS PELO BACENJUD ANTES MESMO DA CITAÇÃO DO SÓCIO. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA DE CUNHO CAUTELAR QUE DEVE SER REQUERIDA PELA EXEQUENTE. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO E DE SEUS REQUISITOS AUTORIZADORES. PRECEDENTES DESTA CORTE REGIONAL E DO TRF DA 1ª REGIÃO. PEDIDO DA EXEQUENTE PARA REALIZAR O BACENJUD APÓS A CITAÇÃO DO SÓCIO. DECISÃO ULTRA PETITA. AGTR PROVIDO.

1. A decisão agravada, proferida nos autos da Execução Fiscal de origem, determinou que, antes da citação dos sócios para os quais o feito executivo foi redirecionado, fosse procedida à indisponibilidade cautelar de bens e direitos dos sócios agravantes, inclusive mediante o bloqueio, via BACENJUD, de ativos financeiros de titularidade dos agravantes (fls. 152/154).
2. Observa-se que o bloqueio dos valores existentes em contas bancárias dos executados, ora agravantes, através do BACENJUD, foi determinado antes de sua citação, o que afronta claramente os princípios do contraditório e da ampla defesa. Ademais, o art. 8º da Lei 6.830/80 dispõe que o executado será citado para, no prazo de 5 dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na CDA, ou para garantir a execução.
3. Não é razoável admitir-se a realização de qualquer medida constritiva dos bens do devedor antes da sua citação para efetuar o pagamento da dívida, podendo tal regra ser afastada quando, mediante requerimento do exequente, se estiver diante de fato relevante que justifique tal medida, tendo em vista o poder geral de cautela inerente a qualquer magistrado.
4. Precedentes desta Corte Regional e do TRF da 1ª Região: AGTR 102.027, 1ª Turma, Rel. Des. Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, DJE 30.04.2010, p. 133; AGTR 103.690/PE, Rel. Des. Fed. RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (Substituto), DJ

JURISPRUDÊNCIA

01.06.2010, p. 384; AGTR 104.870/PE, Rel. Des. Fed. MARGARIDA CANTARELLI, DJ 01.06.2010, p. 629; AGTR 200801000156522, JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), TRF1 - OITAVA TURMA, e-DJF1 DATA:25/03/2011 PAGINA:583; e AGA 200701000368360, DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, TRF1 - OITAVA TURMA, e-DJF1 DATA:20/06/2008 PAGINA:617.

5. No presente caso, a exequente não apresentou, seja em sua inicial, seja em petição posterior, pedido cautelar de penhora de bens dos ora agravantes antes mesmo da sua citação, pelo contrário, requereu, ao pleitear o redirecionamento do feito executivo aos ora agravantes, que, após a sua citação, fossem bloqueadas suas contas bancárias através do sistema BACENJUD (fls. 131/132), de modo que a decisão agravada se mostra ultra petita.

6. Ademais, observa-se que não restaram configurados os requisitos autorizadores para a concessão da penhora cautelar de bens dos executados, não sendo possível, assim, proceder-se à penhora de ativos financeiros pelo BACENJUD antes da citação dos mesmos.

7. AGTR provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 138.245-PE, em que são partes as acima mencionadas, ACORDAM os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento ao AGTR, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 14 de agosto de 2014.

Manoel de Oliveira Erhardt

RELATOR

(Ementa disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico TRF5 disponibilizado em 21/08/2014, p. 74/75).

EXECUÇÃO FISCAL. INTIMAÇÃO DA PENHORA EM NOME DA EMPRESA INCORPORADA. INCORPORADORA QUE CONTINUOU FUNCIONANDO NO MESMO LOCAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O CONTRIBUINTE.

AC - 572853/PE - 0000212-50.2014.4.05.8311

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

ORIGEM : 29ª Vara Federal de Pernambuco(Jaboatão dos Guararapes)

APTE : TIM CELULAR S/A

ADV/PROC : LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA

ADV/PROC : FÁBIO LOPES VILELA BERBEL e outros

APDO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REJEIÇÃO LIMINAR. INTEMPESTIVIDADE. CITAÇÃO E INTIMAÇÃO DA PENHORA REALIZADA EM NOME DE EMPRESA EXTINTA POR INCORPORAÇÃO. PREJUÍZO PARA A PESSOA JURÍDICA NASCIDA DA INCORPORAÇÃO INEXISTENTE.

1. TIM CELULAR S/A interpõe recurso de apelação contra sentença que indeferiu liminarmente, por intempestivos, os embargos à execução por ela manejados em face de execução fiscal que lhe move a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL).

2. A apelante, mesmo reconhecendo que a citação e a intimação da penhora tenham efetivamente ocorrido, sustenta que seriam atos nulos ou inexistentes, pois realizados em nome e no endereço da pessoa jurídica já extinta por incorporação.

3. A citação fora entregue no endereço em que a empresa seguiu funcionando, mesmo depois da incorporação. O erro na indicação do nome da nova empresa surgida com a incorporação não representou prejuízo à defesa, sendo certo que, a de acordo com o artigo 132 do CTN, “a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.” Em síntese, o erro formal na indicação do nome da devedora não impôs à devedora nenhum prejuízo. Questão já enfrentada por esta Quarta Turma, ao negar a atribuição de efeito suspensivo à apelação ((TRF5. Quarta Turma. AGTR 138048/PE. Rel. Des. Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA. Julg. 12/08/2014. Publ. DJ 15/08/2014).

4. Na realidade, busca-se recuperar a oportunidade de manejo dos embargos à execução, desconsiderando-se a citação entregue na sede/endereço da própria apelante e a intimação da penhora efetivada nas mesmas condições.

5. Apelação improvida. Sentença terminativa mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO à apelação, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de agosto de 2014

Des. Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

Relator

(Ementa disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico TRF5 disponibilizado em 21/08/2014, p. 280/281).

CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. DESNECESSIDADE DE VÍNCULO DIRETO ENTRE O CONTRIBUINTE E A DESTINAÇÃO DOS RECURSOS ARRECADADOS.

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 632.832

ORIGEM :AMS - 20037100777000 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATORA :MIN. ROSA WEBER

AGTE.(S) : TERRA NETWORKS BRASIL S/A

ADV.(A/S) : LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA

ADV.(A/S) : DANILO ANDRADE MAIA E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : UNIÃO

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

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Unânime. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 12.8.2014.

JURISPRUDÊNCIA

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. LEI Nº 10.168/2000. DESNECESSIDADE DE VINCULAÇÃO DIRETA ENTRE O CONTRIBUINTE E O BENEFÍCIO PROPORCIONADO PELAS RECEITAS ARRECADADAS. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO 16.8.2006.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a Lei nº 10.168/2000 instituiu contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE). Afigura-se, pois, desnecessária a edição de lei complementar para sua criação, assim como é prescindível, nos termos da jurisprudência desta Excelsa Corte, a existência de vinculação direta entre o contribuinte e o benefício proporcionado pelas receitas tributárias arrecadadas. Agravo regimental conhecido e não provido.

(Ementa disponibilizada no STF DJe nº 167/2014 divulgação 28/08/2014, publicação 29/08/2014, p. 34).

DRAWBACK MODALIDADE SUSPENSÃO. NÃO REALIZAÇÃO DAS EXPORTAÇÕES. PAGAMENTO DO II E IPI COM ATUALIZAÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA DE MULTA.

RECURSO ESPECIAL N 1.218.319 - RS (2010/0195855-3)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONCALVES

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO : SPRINGER CARRIER LTDA

ADVOGADO : CAIO ZOGBI VITORIA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO E IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. REGIME DE IMPORTAÇÃO DRAWBACK. SUSPENSÃO. NÃO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES. RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS. MULTA MORATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Caso em que o contribuinte optou pela realização de importação de insumos pelo regime de drawback na modalidade suspensão, pelo qual os impostos incidentes sobre a importação (II e IPI) ficam suspensos até a posterior exportação das mercadorias produzidas, em prazo determinado. Ocorre que não houve a referida exportação, de sorte que a contribuinte efetuou o pagamento dos tributos, acrescidos de juros e correção monetária, entretanto, sem o recolhimento da multa moratória. Discute-se, então, a incidência ou não da referida multa nessas situações.

2. A multa moratória consiste em sanção imposta ao contribuinte que desrespeita o prazo de pagamento do tributo (pagamento a destempo), de forma que tem nítido caráter sancionatório e, ao mesmo tempo, a finalidade de coibir a referida prática.

3. Na espécie, não se configura o fator determinante a incidência da multa de mora, qual seja: a prática da irregularidade consistente no atraso do recolhimento, pois e o próprio Decreto 4.543/02, no intuito de incentivar as exportações de bens fabricados no País, que determina a suspensão da exigibilidade dos tributos por período determinado, bem como prevê a possibilidade de seu recolhimento em momento posterior, caso a exportação não se realize.

4. Efetuado o pagamento no prazo previsto pelo Decreto (trinta dias após a não concretização das exportações), não se justifica a aplicação de penalidade em razão da mora.

5. Recurso especial não provido.

ACORDAO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sergio Kukina, Ari Pargendler (voto-vista) e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2014

(Data do Julgamento)

(Ementa publicada no Diário Eletrônico de 02/09/2014, p. 845).

COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS. APLICAÇÃO DAS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELAS LEIS NºS 9.032/1995 E 9.129/1995.

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 525.712

ORIGEM : RESP - 526170 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S) : PLANOR COMÉRCIO EXTERIOR DE MÓVEIS LTDA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : AGNALDO CHAISE

AGDO.(A/S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Roberto Barroso, relator, que negava provimento ao agravo regimental, pediu vista do processo a Senhora Ministra Rosa Weber. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 5.8.2014.

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 2.9.2014.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LIMITAÇÕES LEGAIS. APLICABILIDADE DO REGIME EM VIGOR AO TEMPO DA COMPENSAÇÃO.

É firme o entendimento desta Corte no sentido de que são aplicáveis à compensação tributária as limitações constantes das Leis nºs 9.032/1995 e 9.129/1995, mesmo quanto aos créditos constituídos anteriormente a sua entrada em vigor, desde que a compensação tenha ocorrido sob a sua égide.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(Ementa disponibilizada no STF-DJe nº 179/2014, divulgação 15/09/2014, publicação 16/09/2014, p. 38).

JURISPRUDÊNCIA

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 22, IV, LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.876/99. SUJEIÇÃO PASSIVA. EMPRESAS TOMADORAS DE SERVIÇOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COOPERADOS POR MEIO DE COOPERATIVAS DE TRABALHO. BASE DE CÁLCULO. VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA. TRIBUTAÇÃO DO FATURAMENTO. BIS IN IDEM. FONTE DE CUSTEIO QUE DEPENDE DE LEI COMPLEMENTAR.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 595.838

ORIGEM :AMS - 200261000120131 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

PROCED. :SÃO PAULO

RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) :ETEL ESTUDOS TÉCNICOS LTDA

ADV.(A/S) : DANIELA LOPOMO BETETO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

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

AM. CURIAE. :ANAB - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS ADMINISTRADORAS DE BENEFÍCIOS

ADV.(A/S) : MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário e declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 9.876/1999. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelo amicus curiae, o Dr. Roberto Quiroga Mosquera, e, pela recorrida, a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procuradora da Fazenda Nacional. Plenário, 23.04.2014.

EMENTA

Recurso extraordinário. Tributário. Contribuição Previdenciária. Artigo 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Sujeição passiva. Empresas tomadoras de serviços. Prestação de serviços de cooperados por meio de cooperativas de Trabalho. Base de cálculo. Valor Bruto da nota fiscal ou fatura. Tributação do faturamento. Bis in idem. Nova fonte de custeio. Artigo 195, § 4º, CF.

1. O fato gerador que origina a obrigação de recolher a contribuição previdenciária, na forma do art. 22, inciso IV da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, não se origina nas remunerações pagas ou creditadas ao cooperado, mas na relação contratual estabelecida entre a pessoa jurídica da cooperativa e a do contratante de seus serviços.

2. A empresa tomadora dos serviços não opera como fonte somente para fins de retenção. A empresa ou entidade a ela equiparada é o próprio sujeito passivo da relação tributária, logo, típico “contribuinte” da contribuição.

3. Os pagamentos efetuados por terceiros às cooperativas de trabalho, em face de serviços prestados por seus cooperados, não se confundem com os valores efetivamente pagos ou creditados aos cooperados.

4. O art. 22, IV da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.876/99, ao instituir contribuição previdenciária incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, extrapolou a norma do art. 195, inciso I, a, da Constituição, descaracterizando a contribuição hipoteticamente incidente

sobre os rendimentos do trabalho dos cooperados, tributando o faturamento da cooperativa, com evidente bis in idem. Representa, assim, nova fonte de custeio, a qual somente poderia ser instituída por lei complementar, com base no art. 195, § 4º - com a remissão feita ao art. 154, I, da Constituição.

5. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.

(Ementa disponibilizada no STF-DJe nº 196/2014, divulgação 07/10/2014, publicação 08/10/2014, p. 46).

EXIGÊNCIA DE GARANTIA PARA A EXPEDIÇÃO DE NOTAS FISCAIS. SANÇÃO POLÍTICA PARA CONTRIBUINTE EM DÉBITO. INCONSTITUCIONALIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 565.048

ORIGEM :AC - 70012425229 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : MAXPOL - INDUSTRIAL DE ALIMENTOS LTDA

ADV.(A/S) : MATEUS FETTER DE ALMEIDA

RECDO.(A/S) :ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Plenário, 29.05.2014. TRIBUTO – ARRECADAÇÃO – SANÇÃO POLÍTICA. Discrepa, a mais não poder, da Carta Federal a sanção política objetivando a cobrança de tributos – Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo.

TRIBUTO – DÉBITO – NOTAS FISCAIS – CAUÇÃO – SANÇÃO POLÍTICA – IMPROPRIEDADE. Consubstancia sanção política visando o recolhimento de tributo condicionar a expedição de notas fiscais a fiança, garantia real ou fidejussória por parte do contribuinte. Inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 42 da Lei nº 8.820/89, do Estado do Rio Grande do Sul.

(Ementa disponibilizada no STF-DJe nº 197/2014, divulgação 08/10/2014, publicação 09/10/2014, p. 36/37).

IRPJ E CSLL SOBRE LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR DURANTE A VIGÊNCIA DA MP Nº 2.158-35/2001. EMPRESA CONTROLADA SEDIADA EM PAÍS DE TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA OU CLASSIFICADO COMO “PARAÍSO FISCAL”. CONSTITUCIONALIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 611.586

ORIGEM :AMS - 200370030008764 - TRIBUNAL REGIONAL

FEDERAL DA 4ª REGIÃO

JURISPRUDÊNCIA

PROCED. :PARANÁ

RELATOR :MIN. JOAQUIM BARBOSA

RECTE.(S) : COAMO AGROINDUSTRIAL COOPERATIVA (ATUAL DENOMINAÇÃO DA COOPERATIVA AGROPECUÁRIA MOURÃOENSE LTDA - COAMO)

ADV.(A/S) :ALBERTO XAVIER E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

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

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

ADV.(A/S) :PAULO AYRES BARRETO E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem suscitada pelo Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), no sentido do indeferimento do pedido de admissão da Vale S/A como amicus curiae, vencido o Ministro Marco Aurélio. Também por maioria, o Tribunal 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 os votos dos Ministros Relator e Teori Zavascki, negando provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso.

Falaram, pela recorrente COAMO Agroindustrial Cooperativa (atual denominação da Cooperativa Agropecuária Mourãoense Ltda.), o Dr. Alberto Xavier; pela recorrida, União, a Dra. Sara Ribeiro Braga Ferreira, Procuradora da Fazenda Nacional, e, pelo amicus curiae Confederação Nacional da Indústria – CNI, o Dr. Paulo Ayres Barreto. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 03.04.2013.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), negou provimento ao recurso extraordinário, vencido o Ministro Marco Aurélio. Plenário, 10.04.2013.

Ementa: TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONTROLADORA OU COLIGADA NACIONAL NOS LUCROS AUFERIDOS POR PESSOA JURÍDICA CONTROLADA OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR.

LEGISLAÇÃO QUE CONSIDERA DISPONIBILIZADOS OS LUCROS NA DATA DO BALANÇO EM QUE TIVEREM SIDO APURADOS (“31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO”). ALEGADA VIOLAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 143, III DA CONSTITUIÇÃO).

EMPRESA CONTROLADA SEDIADA EM PAÍS DE TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA OU CLASSIFICADO COMO “PARAÍSO FISCAL”. MP 2.158-35/2001, ART. 74. LEI 5.720/1966, ART. 43, § 2º (LC 104/2000).

1. Ao examinar a constitucionalidade do art. 43, § 2º do CTN e do art. 74 da MP 2.158/2001, o Plenário desta Suprema Corte se dividiu em quatro resultados:

1.1. Inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano está dissociado de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de participação nos lucros;

1.2. Constitucionalidade incondicional, seja em razão do caráter antielisivo (impedir “planejamento tributário”) ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, ou devido

à submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao Método de Equivalência Patrimonial – MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248);

1.3. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada;

1.4. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização.

2. Orientada pelos pontos comuns às opiniões majoritárias, a composição do resultado reconhece:

2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam “paraísos fiscais”;

2.2. A aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei);

2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. ún., da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001.

3. No caso em exame, a empresa controlada está sediada em país inequivocamente classificado como “paraíso fiscal”.

Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento

(Ementa disponibilizada no STF-DJe nº 198/2014, divulgação 09/10/2014, publicação 10/10/2014, p. 61/62).

