

JURISPRUDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA

Inteiro teor

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. AQUISIÇÃO DE SOFTWARE DE EMPRESA ESTRANGEIRA. DIREITOS AUTORAIS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006554-38.1995.4.03.6100/SP
2007.03.99.040001-7/SP

RELATOR	:	Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN
APELANTE	:	TYCO ELECTRONICS BRASIL LTDA
ADVOGADO	:	SP130599 MARCELO SALLES ANNUNZIATA
SUCEDIDO	:	AMP DO BRASIL CONECTORES ELETRICOS E ELETRONICOS LTDA
APELADO(A)	:	Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	:	SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG.	:	95.00.06554-1 1 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. AQUISIÇÃO DE SOFTWARE DE EMPRESA ESTRANGEIRA. DIREITOS AUTORAIS.

1. Visa a presente ação mandamental a obtenção de provimento jurisdicional que assegure o direito da impetrante de abster-se do recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre a aquisição de programa de computador adquirido de empresa domiciliada no exterior, exigência baseada no item 1, da Portaria nº 181, de 28/09/1989, que deita lastro no art. 97, “a”, do Decreto-lei nº 5.844/43, art. 27 da Lei nº 7.646/87 e art. 554, I, do Decreto 80.450/80 (RIR/80).

2. Desde a edição do Decreto-lei nº 5.844/43 a legislação pátria previa a incidência de imposto de renda retido na fonte sobre rendimentos percebidos pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no estrangeiro (art’s. 97, “a” e 100).

3. A Lei nº 7.646/87, visando conferir tratamento específico à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País, atrelou-a ao disposto na Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, trazendo modificações para atender às peculiaridades inerentes aos programas de computador (art. 2º).

4. O art. 27, da mesma norma, deixa claro que há incidência de tributos e encargos exigíveis no país, cujos pagamentos devem ser assumidos pelo respectivo responsável (Art. 27. A exploração econômica de programas de computador, no País, será objeto de contratos de licença ou de cessão, livremente pactuados entre as partes, e nos quais se fixará, quanto aos tributos e encargos exigíveis no País, a responsabilidade pelos respectivos pagamentos.).

5. Também o Decreto nº 1.041, de 11/01/94 (RIR/94), vigente à época da celebração do contrato (30/09/94), repete a previsão do RIR/80 (art’s. 554, I e 555, I).

6. A exigência fiscal decorre de representarem os valores remetidos ao exterior, para aquisição de *software*, remuneração de direitos autorais, aplicando-se o disposto no item 1 da Portaria 181, de 28 de setembro de 1989, do Ministro da Fazenda.

7. No caso, como esclarecem as informações da autoridade coatora, a impetrante AMP do Brasil Conectores Elétricos e Eletrônicos Ltda. adquiriu um *software* de sua principal sócia quotista (sócia majoritária), AMP Incorporated, sediada no exterior.

8. Segundo a inicial, trata-se de *programa de computação, gravado em fita magnética em cartucho para utilização em computador, ou seja, de disquete de computador gravado com módulo de software identificado como 'módulo para gerenciamento de inventário e manufatura'*, para uso próprio.

9. Conforme a cópia do contrato, a vendedora *é proprietária e legítima possuidora de um programa de computação ou módulo de software identificado como 'Inventory Management - Manufacturing Data Management - Máster Production Scheduling', adquirido da SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES, INC. (SSA) (cláusula 1.1).*

10. Na cláusula 3.3, a compradora, AMP do Brasil Conectores Elétricos e Eletrônicos Ltda., assume o pagamento do imposto de renda na fonte, referente à remessa bancária do valor para a aquisição do programa negociado.

11. Prevê, ainda, a cláusula 6.1 que *Com a entrega do programa, a VENDEDORA transferirá automaticamente à COMPRADORA o direito de propriedade e de uso do programa e bem assim toda e qualquer garantia que a SSA tenha concedido à VENDEDORA relativamente ao seu funcionamento.*

12. A negociação revela, portanto, que o programa foi desenvolvido pela SSA para a AMP Incorporated, que como sua legítima proprietária, o vendeu à sua sócia controlada no Brasil para uso próprio.

13. Não se cuidaria, portanto, de “Software Personalizado”, comumente definido pela Jurisprudência como programa de computador produzido sob encomenda para atender a necessidade específica de determinado usuário, ao contrário do chamado “Software de Prateleira”, assim entendido como programa de computador produzido em larga escala de maneira uniforme e colocado no mercado para aquisição por qualquer interessado sob a forma de cópias múltiplas.

14. À míngua de maiores informações acerca do programa adquirido, o que se extrai do conjunto probatório é que efetivamente auferidos rendimentos pela AMP Incorporated, empresa sediada no exterior, em decorrência de compra e venda que envolve direitos autorais.

15. Em se tratando de mandado de segurança, o alegado direito líquido e certo deve ser comprovado documentalmente com a inicial.

16. O Regulamento do Imposto de Renda de 1980 e os seguintes sujeitam, ao imposto na fonte, os rendimentos provenientes de fontes situadas no País quando percebidos por pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior.

17. A legislação, quanto à remessa ao exterior para pagamento de compra de programa de computador, sob encomenda à empresa estrangeira, não prevê isenção. Esclarece, a Portaria 181/1989, do Ministro da Fazenda, em seu item 1, que a tributação deve ocorrer na forma dos artigos 554 e 555, inciso I, do RIR/80, representando, dita remessa, pagamento de direitos autorais.

18. A jurisprudência já afirmou que “*o programa de computador (software) possui natureza jurídica de direito autoral (obra intelectual), e não de propriedade industrial*” (REsp nº 443.119-RJ, 3ª Turma do STJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 8 de maio de 2003). E também que “*Desnecessária a comprovação da reciprocidade em relação à proteção ao direito autoral de software a estrangeiros, pois o Brasil e os Estados Unidos, na condição de subscritores da Convenção de Berna, respectivamente, pelo Decreto*

n. 75699, de 6.5.1975, e Ato de Implementação de 1988, de 31.10.1988, adotam o regime de proteção a programas de computador” (REsp 913.008/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 19/10/2009).

19. Precedente desta E. Corte (AMS 00339190419944036100, Relatora para o acórdão DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO).

20. Apelação da impetrante a que se nega provimento.

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 a apelação da impetrante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

ROBERTO JEUKEN

Juiz Federal Convocado

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006554-38.1995.4.03.6100/SP

2007.03.99.040001-7/SP

RELATOR	:	Juiz Federal Convocado	ROBERTO
		JEUKEN	
APELANTE	:	TYCO ELECTRONICS BRASIL LTDA	
ADVOGADO	:	SP130599	MARCELO SALLES
		ANNUNZIATA	

JURISPRUDÊNCIA

SUCEDIDO : AMP DO BRASIL CONECTORES
ELETRICOS E ELETRONICOS LTDA
APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E
LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 95.00.06554-1 1 Vt SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança impetrado com vistas a obter provimento jurisdicional que assegure o direito da impetrante de abster-se do recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre a aquisição de programa de computador de empresa domiciliada no exterior.

Sustenta a inicial, em suma, que a exigência do fisco, baseada no item 1, da Portaria nº 181, de 28/09/1989, não procede, tendo em vista que a providencia em causa não configura pagamento de rendimentos nem de direitos autorais. Afirma que estes constituem o conjunto de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual produzida pelo autor, nos termos do art. 21 da Lei nº 5.988/73. Assim, referida compra equivale à aquisição de uma obra de autor, tal como um livro ou um CD. Adquire-se um bem protegido pelo direito autoral e não propriamente esse direito.

A r. sentença denegou a ordem, ao entendimento de que, segundo o disposto no art. 1º, da Lei nº 7.646/87, o art. 43 do Código Tributário Nacional e o art. 745, do RIR/94, expressamente prevista a tributação de rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no país, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, incluindo-se os

ganhos de capital auferidos na alienação de bens e direitos. São assegurados os direitos autorais na comercialização de programas de computação, cujo pagamento constitui acréscimo patrimonial, no caso, pago a pessoa residente no exterior. Afasta a alegação da inicial, porquanto a hipótese diverge da mera aquisição de um livro ou um DVD, tratando-se de circulação do próprio bem intangível, que é o serviço, a utilidade produzida.

Apelou a impetrante, repisando, em síntese, os argumentos lançados na inicial.

Subiram os autos a esta Corte com contrarrazões, opinando o Ministério Público Federal pela manutenção da sentença.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006554-38.1995.4.03.6100/SP

2007.03.99.040001-7/SP

APELANTE	:	TYCO ELECTRONICS BRASIL LTDA
ADVOGADO	:	SP130599 MARCELO SALLES
	:	ANNUNZIATA
SUCEDIDO	:	AMP DO BRASIL CONECTORES
	:	ELETRICOS E ELETRONICOS LTDA
APELADO(A)	:	Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	:	SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E
	:	LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG.	:	95.00.06554-1 1 Vr SAO PAULO/SP

VOTO

Visa a presente ação mandamental a obtenção de provimento jurisdicional que assegure o direito da impetrante de abster-se do recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre a aquisição de programa de computador de empresa domiciliada no exterior, exigência baseada no item 1, da Portaria nº 181, de 28/09/1989 e art. 745, do RIR/94.

A r. sentença deve ser mantida.

Com efeito, a exigência fiscal decorre de representarem os valores remetidos ao exterior, para aquisição de *software*, remuneração de direitos autorais, aplicando-se o disposto no item 1 da Portaria 181, de 28 de setembro de 1989, do Ministro da Fazenda, que deita lastro no art. 97, “a”, do Decreto-lei nº 5.844/43, art. 27 da Lei nº 7.646/87 e art. 554, I, do Decreto 80.450/80 (RIR/80), assim disposto:

“Serão tributados na forma dos artigos. 554 e 555, I, do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n. 85.450, de 4 de dezembro de 1980 - RIR/80, os rendimentos correspondentes a direitos autorais pagos a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior na aquisição de programas de computadores - ‘software’, para distribuição e comercialização no País ou para uso próprio, sob a modalidade de cópia única”.

Desde a edição do Decreto-lei nº 5.844/43 a legislação pátria previa a incidência de imposto de renda retido na fonte sobre rendimentos percebidos pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no estrangeiro (art’s. 97, “a” e 100).

A Lei nº 7.646/87, visando conferir tratamento específico à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País, atrelou-a ao disposto na Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, trazendo modificações para atender às peculiaridades inerentes aos programas de computador (art. 2º).

O art. 27, da mesma norma, deixa claro que há incidência de tributos e encargos exigíveis no país, cujos pagamentos devem ser assumidos pelo respectivo responsável (Art. 27. A exploração econômica de programas de computador, no País, será objeto de contratos de licença ou de cessão, livremente pactuados entre as partes, e nos quais se fixará, quanto aos tributos e encargos exigíveis no País, a responsabilidade pelos respectivos pagamentos.).

Também o Decreto nº 1.041, de 11/01/94 (RIR/94), vigente à época da celebração do contrato (30/09/94), repete a previsão do RIR/80 (art's. 554, I e 555, I), *verbis*:

Art. 743. Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos:

I - pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior (Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 97, a);

Art. 745. Quando não tiverem tributação específica neste capítulo, estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de 25%, os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, inclusive (Leis nºs 3.470/58, art. 77, e 7.713/88, art. 33, e Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 100):

(...)

II - os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos;

Sabido que o Imposto de Renda é tributo cuja instituição compete à União (art. 153, III, da CF), e tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza, tal como definidos no art. 43, I e II, do CTN.

No caso concreto, como esclarecem as informações da autoridade coatora, a impetrante AMP do Brasil Conectores Elétricos e Eletrônicos Ltda. adquiriu um *software* de sua principal sócia quotista (sócia majoritária), AMP Incorporated, sediada no exterior.

Segundo a inicial, trata-se de *programa de computação, gravado em fita magnética em cartucho para utilização em computador, ou seja, de disquete de computador gravado com módulo de software identificado como 'módulo para gerenciamento de inventário e manufatura'*, para uso próprio (fls. 3).

Segundo a cópia do contrato, a vendedora *é proprietária e legítima possuidora de um programa de computação ou módulo de software identificado como 'Inventory Management - Manufacturing Data Management - Máster Production Schedulin'*, adquirido da SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES, INC. (SSA) (cláusula 1.1 - fls. 19).

Na cláusula 3.3, a compradora, AMP do Brasil Conectores Elétricos e Eletrônicos Ltda., assume o pagamento do imposto de renda na fonte, referente à remessa bancária do valor para a aquisição do programa negociado.

Prevê, ainda, a cláusula 6.1 que *Com a entrega do programa, a VENDEDORA transferirá automaticamente à COMPRADORA o direito de propriedade e de uso do programa e bem assim toda e qualquer garantia que a SSA tenha concedido à VENDEDORA relativamente ao seu funcionamento* (fls. 21).

A negociação revela, portanto, que o programa foi desenvolvido pela SSA para a AMP Incorporated, que como sua legítima proprietária, o vendeu à sua sócia controlada no Brasil para uso próprio.

Não se cuidaria, portanto, de “Software Personalizado”, comumente definido pela Jurisprudência como programa de computador produzido sob encomenda para atender a necessidade específica de determinado usuário, ao contrário do chamado “Software de Prateleira”, assim entendido como programa de computador produzido em larga escala de maneira uniforme e colocado no mercado para aquisição por qualquer interessado sob a forma de cópias múltiplas.

À míngua de maiores informações acerca do programa adquirido, o que se extrai do conjunto probatório é que efetivamente auferidos rendimentos pela AMP Incorporated, empresa sediada no exterior, em decorrência de compra e venda que envolve direitos autorais.

Em se tratando de mandado de segurança, o alegado direito líquido e certo deve ser comprovado documentalmente com a inicial.

O Regulamento do Imposto de Renda de 1980 e os seguintes sujeitam, ao imposto na fonte, os rendimentos provenientes de fontes situadas no

JURISPRUDÊNCIA

País quando percebidos por pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior.

Quando a AMP Incorporated, empresa estrangeira, recebe dinheiro de fonte lícita situada no Brasil, há acréscimo patrimonial, encerrado na aquisição da disponibilidade econômica e jurídica de renda, sujeitando-se a pessoa jurídica situada no Brasil ao imposto na fonte, quando da remessa do respectivo valor ao beneficiário no exterior.

A legislação, quanto à remessa ao exterior para pagamento de compra de programa de computador, sob encomenda à empresa estrangeira, não prevê isenção. Esclarece, a Portaria 181/1989, do Ministro da Fazenda, em seu item 1, que a tributação deve ocorrer na forma dos artigos 554 e 555, inciso I, do RIR/80, representando, dita remessa, pagamento de direitos autorais.

A jurisprudência já afirmou que *“o programa de computador (software) possui natureza jurídica de direito autoral (obra intelectual), e não de propriedade industrial”* (REsp nº 443.119-RJ, 3ª Turma do STJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 8 de maio de 2003). E também que *“Desnecessária a comprovação da reciprocidade em relação à proteção ao direito autoral de software a estrangeiros, pois o Brasil e os Estados Unidos, na condição de subscritores da Convenção de Berna, respectivamente, pelo Decreto n. 75699, de 6.5.1975, e Ato de Implementação de 1988, de 31.10.1988, adotam o regime de proteção a programas de computador”* (REsp 913.008/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 19/10/2009).

E esta E. Corte já teve a oportunidade de decidir neste sentido, outra ação mandamental envolvendo as mesmas empresas na aquisição de outro tipo de programa de computador. Confira-se:

DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DIREITOS AUTORAIS. PROGRAMAS DE COMPUTAÇÃO. INCIDÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO. I. Integra o conceito de renda a remessa de rendimentos, ganhos de capital ou outros proventos creditados, entregues ou remetidos a pessoa situada no exterior, relativos a programas de computador, os quais se inserem na natureza de propriedade intelectual e sujeito à proteção de direito autoral. II. Incidência de imposto de renda sobre direitos autorais pagos a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior relativos a produtos informatizados (“software”) utilizados no Brasil. Portaria 181/89-MF, RIR 80, aprovado pelo Decreto 85.450/80. III. Apelação improvida.

(AMS 00339190419944036100, Relatora para o acórdão DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, DJU DATA:15/08/2007 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ISTO POSTO, nego provimento à apelação, para manter a r. sentença, nos termos supracitados

É o voto.

ROBERTO JEUKEN

Juiz Federal Convocado

(Ementa de acórdão disponibilidade no DE da Justiça Federal da 3ª Região, divulgação 08.05.2014, pp. 290/292).

**CORTE, RECORTE E POLIMENTO DE MÁRMORE.
CONFLITO ENTRE ISS, IPI E ICMS.**

AG.REG. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
606.960 ESPÍRITO

SANTO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) :MUNICÍPIO DA SERRA

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DA
SERRA

AGDO.(A/S) :UCHÔA FONTES MINERAÇÃO LTDA

ADV.(A/S) :JACQUES JAMES RONACHER PASSOS JÚNIOR

ADV.(A/S) :ALEXANDRE CALDEIRA SIMOES

EMENTA

Agravo regimental no agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. Conflito de incidência entre o ISSQN e o IPI e ICMS. Industrialização por encomenda. Prequestionamento. Existência. Efetivo debate dos temas constitucionais no acórdão recorrido. Súmula nº 279/STF. Não aplicação.

1. Os temas constitucionais objetos do recurso extraordinário foram submetidos a efetivo debate perante o Tribunal de origem. Preenchido o requisito do prequestionamento.
2. A decisão agravada não reexaminou fatos e provas, o que afasta a alegada incidência da Súmula nº 279/STF.
3. Na industrialização por encomenda, se o bem retorna à circulação, tal processo industrial representa apenas uma fase do ciclo produtivo da en-

comendante, não estando essa atividade, portanto, sujeita ao ISSQN, como é o caso dos presentes autos. Nesse sentido: AI nº 803.296/SP-AgR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 7/6/13; ADI nº 4.389/DF-MC, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 25/5/11.

4. Nego provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 9 de abril de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

AG.REG. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
606.960 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) :MUNICÍPIO DA SERRA

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DA
SERRA

AGDO.(A/S) :UCHÔA FONTES MINERAÇÃO LTDA

ADV.(A/S) :JACQUES JAMES RONACHER PASSOS JÚNIOR

ADV.(A/S) :ALEXANDRE CALDEIRA SIMOES

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Município da Serra interpõe tempestivo agravo regimental contra decisão em que dei provimento ao recurso extraordinário, com o seguinte fundamento:

“Trata-se de agravo regimental interposto por Uchôa Fontes Mineração Ltda, contra decisão por mim proferida, mediante a qual neguei seguimento ao recurso extraordinário, por vislumbrar, no caso, a incidência da súmula nº 279 deste Supremo Tribunal Federal.

A agravante sustenta afronta aos arts. 155, inciso II, e 156, inciso III, ambos da Carta Política. Aduz que a violação é direta e frontal. Registra, ademais, que o acórdão recorrido desconsiderou a premissa segundo a qual a incidência do ISS só se opera mediante a efetiva prestação de serviço, o que não se verifica. Sustenta não haver necessidade de perquirir o cenário fático e probatório.

Decido.

Exerço o juízo de retratação.

Reexaminando os autos, observo que o caso trata de confronto de incidências constitucionalmente delimitadas e que o acórdão recorrido fornece subsídios suficientes para que se possa avançar para uma análise unicamente de direito sobre a controvérsia. Dessa forma, reconsidero a decisão agravada e passo ao exame do apelo extremo que busca a reforma de acórdão cuja ementa segue abaixo colacionada:

‘PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CORTE, RECORTE E POLIMENTO. GRANITO E MÁRMORE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR ENCOMENDA. ISSQN. INCIDÊNCIA.

1. O Tribunal de origem consignou que a sociedade empresária contratou serviços da recorrida, relacionados ao corte, recorte e polimento de granito e de mármore. A mercadoria pertence à empresa contratante, que a entregou exclusivamente para o beneficiamento.
2. O trabalho executado representa atividade-fim da recorrida, uma vez que, concluído, extingue a relação obrigacional entre as contratantes. Por amoldar-se à hipótese listada no item 14.05 do anexo da Lei Complementar 116/2003, está sujeito à incidência do ISSQN.
3. Recurso Especial provido .’

O recorrente afirma que em sua atividade não se verificam os requisitos legitimadores da incidência do ISS. Esclarece não haver personalização dos serviços que explora. Aduz que a incidência sobre suas atividades é equivocada, pois sua atividade não se amolda ao conceito constitucional de serviço.

Vejamos:

‘Não se verifica, no desenvolvimento de tal atividade, a presença dos requisitos legitimadores da incidência do imposto em tela, requisitos estes sobejamente destacados tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

Com efeito, é de fácil constatação que, no presente caso, inexistente a PERSONALIZAÇÃO dos ‘serviços’ - mesmo porque, definitivamente, de ‘serviços’ não se tratam – e nem que os mesmos seriam executados em

conformidade com INTERESSE EXCLUSIVO do encomendante, que estaria revestido, como dito, da qualidade de USUÁRIO FINAL.

Conforme destacado linhas transatas, o material que retorna ao estabelecimento encomendante permanece na cadeia de circulação, podendo ser comercializado ou novamente industrializado, com o intuito de lhe ser agregado valor, aumentando mesmo sua utilidade.’

É o que cumpre relatar.

Com a promulgação da Lei Complementar nº 116/03, a lista anexa de serviços tributáveis pelo ISSQN relacionou, no subitem 14.05, os serviços de recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento e similares antes elencados no item 72 da Lista da Lei Complementar nº 56/87.

Todavia, ao reproduzir o item, a legislação atual fez constar significativa modificação, porquanto passaram sujeitar-se ao ISSQN os serviços de: ‘Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer.’

Cotejando os dois itens da lista de serviços tributados pelo ISSQN, o revogado (72) e aquele que se encontra em vigor (14.05), percebe-se que foi suprimida da lista atual a expressão ‘de objetos não destinados à industrialização ou comercialização’.

Com isso, sob a égide da Lei Complementar nº 116/03, os serviços de restauração, recondicionamento, beneficiamento, e todos os outros serviços relacionados no subitem 14.05 de sua lista de serviços, passaram a ser

tributados pelo ISSQN, ainda que destinados à nova industrialização ou à comercialização pelo estabelecimento encomendante.

Em suma, os serviços delineados no item aludido, anteriormente tributados pelo IPI e pelo ICMS, passaram a sofrer a incidência do ISSQN. A questão tormentosa revela-se na casuística, pois a alteração legal nem sempre se mostra adequada à realidade.

A norma tenta resolver a situação imputando ao contribuinte o dever de pagar o ISSQN, invariavelmente, mediante a subsunção com os itens da lista anexa. Todavia, assim o faz olvidando-se de situações em que não é possível fazer incidir o imposto. Algumas hipóteses específicas revelam que a aplicação literal da Lei Complementar nº 116/03 registram não só uma deformação do critério material do ISSQN, mas também denotam uma invasão sobre bases imponíveis de outros impostos.

A título de exemplo, para ilustrar uma situação em que a lei não se amolda a realidade, cito as linhas de montagem em que se verifica a reunião de produtos e transformação de componentes que resultam em novos produtos com classificação fiscal própria. Nestes casos, prevalecem elementos de industrialização e produção em larga escala que relegam o fazer humano ao segundo plano. Nesta situação, ainda que se tenha uma industrialização por encomenda, o ser humano envolvido neste processo produtivo é irrelevante.

Em harmonia com as conclusões referidas, não podemos deixar de mencionar que na Medida Cautelar proferida na Ação Direta de Inconsti-

tucionalidade nº 4.389, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o ‘ISS não incide sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadorias.’

Entendeu o Plenário da Corte que a produção de embalagens pelo executor da encomenda, ainda que estas sejam personalizadas, constitui atividade-meio, etapa do processo produtivo, cujo objetivo final é a produção e circulação dos bens e mercadorias embalados. Vejamos:

‘CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONFLITO ENTRE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA E IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. PRODUÇÃO DE EMBALAGENS SOB ENCOMENDA PARA POSTERIOR INDUSTRIALIZAÇÃO (SERVIÇOS GRÁFICOS). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME AO O ART. 1º, CAPUT E § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR 116/2003 E O SUBITEM 13.05 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. FIXAÇÃO DA INCIDÊNCIA DO ICMS E NÃO DO ISS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Até o julgamento final e com eficácia apenas para o futuro (*ex nunc*), concede-se medida cautelar para interpretar o art. 1º, caput e § 2º, da Lei Complementar 116/2003 e o subitem 13.05 da lista de serviços anexa, para reconhecer que o ISS não incide sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria. Presentes os requisitos constitucionais e legais, incidirá o

ICMS' (ADI 4389 MC/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 25/5/2011).

No intuito de criar critérios objetivos para o fim especial de distinguir com segurança os campos de incidência do ISS e do IPI/ICMS, recentemente tracei alguns critérios que servem de subsídio para delimitar o campo de competência dos referidos impostos. Segue abaixo o precedente delineado:

‘Agravamento regimental no recurso extraordinário. Serviço de composição gráfica com fornecimento de mercadoria. Conflito de incidências entre o ICMS e o ISSQN. Serviços de composição gráfica e customização de embalagens meramente acessórias à mercadoria. Obrigação de dar manifestamente preponderante sobre a obrigação de fazer, o que leva à conclusão de que o ICMS deve incidir na espécie. 1. Em precedente da Corte consubstanciado na ADI nº 4.389/DF-MC, restou definida a incidência de ICMS ‘sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria’. 2. A verificação da incidência nas hipóteses de industrialização por encomenda deve obedecer dois critérios básicos: (i) verificar se a venda opera-se a quem promoverá nova circulação do bem e (ii) caso o adquirente seja consumidor final, avaliar a preponderância entre o dar e o fazer mediante a averiguação de elementos de industrialização. 4. À luz dos critérios propostos, só haverá incidência do ISS nas situações em que a resposta ao primeiro item for negativa e se no segundo item o fazer preponderar sobre o dar. 5. A hipótese dos autos não revela a preponderância da obrigação de fazer em detrimento da obrigação de dar. Pelo contrário. A fabricação de embalagens é a atividade econômica específica explorada pela agravante. Prepondera o fornecimento dos bens em face da composição gráfica, que afigura-se meramente acessória. Não há como conceber a prevalência da customização sobre a entrega do próprio bem. 6. Agravamento

regimental não provido'(grifei) (AI 803296 AgR/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 7/6/2013).

O que se pretende com a proposta acima é estabelecer dois parâmetros: (i) se o bem volta a circular, significa que a operação anterior representou uma etapa de um processo produtivo; (ii) ainda que eventualmente prestado a um consumidor final, cumpre verificar a preponderância entre o dar e o fazer mediante averiguação de elementos de industrialização, ou seja, elementos que demonstrem uma produção em larga escala e que exclua o talento humano do primeiro plano.

Ao que me parece, a empresa desenvolve atividades de desdobramento e beneficiamento (corte, recorte e/ou polimento), sob encomenda, de bloco e/ou chapa de granito e mármore (de propriedade de terceiro), sendo certo que, após o referido processo de industrialização, o produto retorna ao estabelecimento do proprietário (encomendante), que poderá exportá-lo, comercializá-lo no mercado interno ou submetê-lo a nova etapa de industrialização.

Realizando um cotejo entre as atividades desempenhadas e os critérios que vêm sendo validados pela Corte, verifico que a agravante participa tão somente de uma etapa do processo produtivo e que o bem restituído ao proprietário tende a circular novamente. Isso porque, após o desempenho da atividade oferecida, a mercadoria será comercializada ou submetida a nova etapa de industrialização.

Uma análise isolada da atividade exercida pela agravante poderá ser insuficiente para dirimir o conflito de incidências. Deve-se ter em mente o papel dessa atividade dentro da cadeia produtiva. A industrialização por

encomenda, nessa hipótese, denota uma fração de um processo produtivo em que prevalece a circulação e a industrialização da mercadoria. O olhar sobre o ciclo produtivo foi uma diretriz firmada no julgamento da ADI nº 4389 MC/DF. Vejamos:

‘Para o aparente conflito entre o ISS e o ICMS nos serviços gráficos, nenhuma qualidade intrínseca da produção de embalagens resolverá o impasse. A solução está no papel que essa atividade tem no ciclo produtivo.

Conforme se depreende dos autos, as embalagens têm função técnica na industrialização, ao permitirem a conservação das propriedades físico-químicas dos produtos. Por força da legislação, tais embalagens podem ainda exibir informações relevantes aos consumidores e a quaisquer pessoas que com ela terão contato. Trata-se de típico insumo.

Neste momento de juízo inicial, tenho como densamente plausível a caracterização desse tipo de atividade como circulação de mercadorias (‘venda’), ainda que fabricadas as embalagens de acordo com as especificações do cliente, e não como a contratação do serviço’ (grifei) (excerto do voto do Ministro Joaquim Barbosa - ADI 4389 MC/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 25/5/2011).

Ante o exposto, firme nos critérios delineados pela mais atual jurisprudência deste Pretório Excelso, reconsidero o juízo anteriormente lançado, razão pela qual dou provimento ao recurso extraordinário para reconhecer a não-incidência do ISS à espécie, reconhecendo que a atividade desempenhada pela contribuinte amolda-se à incidência de IPI e ICMS, prejudicado o agravo regimental.

JURISPRUDÊNCIA

Sem honorários advocatícios, nos termos da súmula nº 512/STF. Custas na forma da lei.

Brasília, 5 de fevereiro de 2014.”

Alega a inexistência de prequestionamento. Aduz que não foram opostos embargos de declaração em face do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e que “(...) em momento algum foi discutida matéria constitucional nos julgamentos anteriores (...)” (fl. 458). Defende que “por força da Constituição Federal, os únicos serviços excluídos da incidência do ISSQN são aqueles que ensejam a cobrança do ICMS (Transporte e telecomunicações) ou aqueles que não estejam definidos em Lei Complementar” (fl. 462).

Afirma que as conclusões da ADI nº 4.389 não se aplicam ao presente caso, pois tratam de serviços distintos e tipificados em diferentes itens da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03. Assevera que a decisão agravada incorreu em reexame das provas dos autos e que seria o caso da incidência da Súmula nº 279/STF. Sustenta que não há ofensa direta ao texto constitucional “(...) e, na remota hipótese de ofensa, esta seria meramente reflexa, ofensa essa não admitida por esse C. STF (...)” (fl. 479).

É o relatório.

AG.REG. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
606.960 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Inicialmente, afastado a alegada ausência de prequestionamento. Além de ter feito referência expressa ao dispositivo da Constituição Federal que confere competência ao Município para instituir o ISSQN, o Tribunal a quo debateu o conceito constitucional de prestação de serviços, como se depreende do seguinte trecho:

“1. O artigo 153 (sic), III, da Constituição Federal de 1988, dispõe que compete aos Municípios instituir impostos sobre prestação de serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar.

(...)

3. Deveras, o ISS, na sua configuração constitucional, incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa *ad substantia obligatio in faciendo*, inconfundível com a denominada obrigação de dar” (fl. 311).

Também não merece acolhida a alegada incidência da Súmula nº 279/STF. Tanto o recurso extraordinário quanto a decisão agravada basearam-se nos fatos incontroversos dos autos, igualmente adotados pelo Tribunal de origem, e concluíram que as consequências atribuídas pelo acórdão recorrido tinham divergido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Faço o traslado das premissas assumidas pelo Superior Tribunal de Justiça:

JURISPRUDÊNCIA

“No caso, a recorrida é contratada e, por essa razão, recebe da contratante o material (granito e mármore) para o trabalho específico de ‘corte, recorte e/ou polimento’. Após a finalização do serviço, a contratada devolve o produto final para a contratante, que o alienará para terceiros” (fl. 310).

Ademais, observo que o acórdão recorrido transcreveu o seguinte trecho do julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, instância soberana na análise dos fatos: “No caso sub judice, o ‘corte, recorte e/ou polimento’ constituem etapas do processo de industrialização (...)” (fl. 310).

Igualmente é descabida a afirmação do agravante no sentido de que as orientações da ADI nº 4.389/DF-MC não se prestam para este processo. Isso porque os feitos guardam similitude nas razões de decidir, e não especificamente no enquadramento da atividade da agravada em um dos itens da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Conforme registrei na decisão ora recorrida, a incidência indiscriminada do ISSQN sobre os serviços relacionados no subitem 14.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, a depender do caso concreto, nem sempre se mostra acertada. Em determinadas hipóteses, pode haver a transfiguração do elemento material desse imposto bem como a incorreta usurpação de situações próprias de outras exações.

Recordo que, no julgamento do AI nº 803.296/SP-AgR, Primeira Turma, do qual fui relator, anotei que a problemática da definição do imposto que deve incidir nas operações de industrialização por encomenda

pode ser resolvida a partir de uma interpretação que busca harmonizar o novo entendimento externado na ADI nº 4.389/DF-MC, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 25/5/11, com o entendimento anteriormente sufragado nesta Corte e no Superior Tribunal de Justiça.

Naquela ocasião, extraí diversas diretrizes do julgamento da ADI nº 4.389/DF-MC, dentre as quais a de que a solução estaria ligada ao papel que a industrialização por encomenda teria no ciclo produtivo, e não propriamente à atividade fim desempenhada pela indústria contratada, vista de maneira isolada.

Verifiquei, naquele julgado de minha relatoria, que entendimento convergente já havia sido defendido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no Resp nº 725.246/PE, Primeira Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJU de 14/11/05, no qual se consignou: “nos casos em que a operação envolver atividade mista, o que se levará em conta, para efeito de definição do tributo incidente (ISS ou IPI ou ICMS) é a atividade contratada e prestada em caráter preponderante”.

No mencionado AI nº 803.296/SP-AgR, assentei que, se o bem retorna à circulação após a industrialização por encomenda, tal processo industrial representa apenas uma fase do ciclo produtivo da encomendante, não estando essa atividade, portanto, sujeita ao ISSQN.

O presente caso, conforme o quadro fático delineado nas demais instâncias, amolda-se a esse parâmetro, isto é, o bem, após o referido processo de industrialização, retorna ao solicitante para posterior comercialização ou nova industrialização. Tendo em vista esse papel que assume a referida atividade de industrialização por encomenda no processo de produção

JURISPRUDÊNCIA

(ADI nº 4.389/DF-MC), não há que se falar em incidência do ISSQN. Reconheço, por outro lado, a incidência do IPI e do ICMS.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
606.960

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : MUNICÍPIO DA SERRA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DA
SERRA

AGDO.(A/S) : UCHÔA FONTES MINERAÇÃO LTDA

ADV.(A/S) : JACQUES JAMES RONACHER PASSOS JÚNIOR

ADV.(A/S) : ALEXANDRE CALDEIRA SIMOES

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 9.4.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

(Ementa publicada no STF - DJe nº 90/2014, divulgação 12.05.2014, publicação 13.05.2014, p. 29).

FORNECIMENTO DE ELEVADORES. NÃO ENQUADRAMENTO COMO MONTAGEM INDUSTRIAL.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.231.669 - RS (2011/0013830-5)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
RECORRENTE : THYSSEN SUR S/A ELEVADORES E
TECNOLOGIA
ADVOGADO : VINÍCIUS OCHOA PIAZZETA E
OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA
FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ELEVADORES. IPI. NÃO INCIDÊNCIA.

JURISPRUDÊNCIA

1. A atividade de fornecimento de elevadores, que envolve a produção sob encomenda e a instalação no edifício, encerra, precipuamente, uma obra de engenharia que complementa o serviço de construção civil, não se enquadrando no conceito de montagem industrial, para fins de incidência do IPI.
2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Napoleão Nunes Maia Filho, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.231.669 - RS (2011/0013830-5)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
RECORRENTE : THYSSEN SUR SA ELEVADORES E
TECNOLOGIA
ADVOGADO : VINÍCIUS OCHOA PIAZZETA E
OUTRO(S)

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por Thyssen Sur S/A Elevadores e Tecnologia, com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, assim ementado (fl. 210):

TRIBUTÁRIO. IPI. FABRICAÇÃO DE ELEVADORES. INDUSTRIALIZAÇÃO. ATIVIDADE DENTRO DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO IPI.

1. O Imposto sobre Produtos Industrializados ocorre quando verificada a industrialização de determinado produto e ulterior saída do estabelecimento fabril.
2. A autora, ao fabricar elevadores, praticou atividade que configura processo de industrialização nos termos como definido pela legislação de regência do tributo (art. 4º e incisos do Dec. nº 4.544/02).
3. O objeto social da empresa, determinando em seu estatuto social, refere que a empresa pratica atos de industrialização.
4. Apelação provida.

Os embargos de declaração opostos pela empresa foram parcialmente acolhidos, apenas para fins de prequestionamento (fl. 218).

Nas suas razões (fls. 221-232), a recorrente aponta violação dos arts. 535 do CPC; item 32 da Lista Anexa ao DL 406/68; item 7.02 da LC 116/03 e 110 do CTN. Para tanto, aduz, preliminarmente, que o acórdão recorrido é nulo, porquanto não se manifestou sobre dispositivos legais que embasam a sua tese recursal. Quanto ao mérito, aduz, em síntese, que a atividade de fornecimento (ou montagem) de elevadores destinados a integrar obra de construção civil não está compreendida no conceito de industrialização, para fins de incidência do IPI, porquanto, na sua essência, ela constitui prestação de serviços de natureza técnica, realizada de forma individualizada, uma vez que os elevadores são personalizados de acordo com as especificações de cada edificação. Assevera, ainda, que a sua relação obrigacional com os construtores que a contratam “tem natureza jurídica de um contrato de empreitada, na medida em que aquele bem corpóreo é produzido sob encomenda e personalizado às características específicas e individualizadas do edifício em que será instalado, subsistindo a sua funcionalidade - nova unidade - tão somente após agregado ao edifício, como ocorre com o concreto, os equipamentos sanitários, etc.” (fl. 229). A sujeição da atividade dessa atividade à incidência do ISS, porquanto prevista na Lista Anexa ao DL 406/68 e à LC 116/03, exclui a incidência do IPI sobre o mesmo fato jurídico.

Contrarrazões às fls. 249-252, pelas quais a Fazenda Nacional, genericamente, alega que o recurso especial esbarra no óbice da Súmula 7/STJ e que, quanto ao mérito, o acórdão recorrido deve ser mantido.

Juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal de origem às fls. 259-260.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.231.669 - RS (2011/0013830-5)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ELEVADORES. IPI. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A atividade de fornecimento de elevadores, que envolve a produção sob encomenda e a instalação no edifício, encerra, precipuamente, uma obra de engenharia que complementa o serviço de construção civil, não se enquadrando no conceito de montagem industrial, para fins de incidência do IPI.
2. Recurso especial provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Conforme relatado, discute-se neste recurso especial se a atividade relativa ao fornecimento de elevadores, que envolve a sua produção sob encomenda e instalação, destinados a integrar obra de construção civil enquadra-se no conceito de industrialização para fins de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

Cuida, na origem, de ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária, em que exordial assim detalha a atividade que busca eximir da tributação pelo IPI (fls. 2 e seguintes):

No desempenho de suas atividades sociais a autora é contratada para produzir elevadores destinados a integrar obras de construção civil.

JURISPRUDÊNCIA

A produção dos elevadores é contratada, caso a caso, pelos proprietários dos imóveis em construção.

Inicia-se com o fornecimento das plantas relacionadas à construção civil, de modo a conhecer-se as características básicas do edifício e a identificar-se o tipo adequado de elevador que tenha as características compatíveis à edificação e às necessidades de uso.

A partir desses dados é elaborado, em conformidade com a norma da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT - NB - 596/182, da Comissão de Estudos de Elevadores do Comitê Brasileiro de Construção Civil, o Cálculo do Tráfego nos Elevadores, com vistas a serem identificadas as condições mínimas exigíveis a assegurar condições satisfatórias de uso.

Mediante esse estudo técnico são calculados o volume de tráfego em função da população estimada do edifício, o intervalo de tráfego e a lotação das cabinas, de acordo com a destinação do edifício (p.e., escolas, hospitais, hotéis, apartamentos, escritórios comerciais, etc.), considerando-se, ainda, vários outros fatores técnicos, tais como o tempo de abertura e fechamento das portas, o tempo de viagem, de percurso total, de aceleração e retardamento e de entrada e saída de passageiros.

Concomitantemente, são realizados os estudos técnicos relacionados à norma ABNT - NBR NM 207, visando estabelecer os requisitos exigidos à segurança para a construção e instalação dos elevadores, de forma a assegurar a integridade física dos usuários, pessoal de manutenção e inspeção e das pessoas que se encontram fora das instalações dos elevadores mas que possam ser atingidas na eventualidade de ocorrência de falhas

mecânicas, elétricas ou estruturais. Em suma, procede-se a estudos técnicos gerais aplicáveis à construção elétrica, mecânica ou de edificação, incluindo a proteção dos elementos do edifício contra fogo, para serem definidas as regras de segurança relativas a elevadores com vistas a proteger as pessoas e objetos contra acidentes relacionados com as operações pelo usuário, de manutenção e de emergência dos elevadores.

Com base nesses dados preliminares, elabora-se o orçamento do custo de fornecimento e instalação. Aprovado o orçamento e firmado, é realizado um Projeto Executivo, que compreende a elaboração:

a) de Planta Baixa do edifício a orientar o proprietário da obra na construção da caixa de corrida e poço (espaço físico, limitado pelo fundo do poço, as paredes e o teto, onde a cabina e o contrapeso se deslocam), na qual também são instaladas as guias (componentes rígidos destinados a manter a direção do movimento da cabina ou do contrapeso), o contrapeso (massa que assegura a tração), o ponto fixo destinado a receber o cabo de comando (cabo elétrico flexível entre a cabina e um ponto fixo), a par de outros detalhamentos técnicos, bem como as orientações para a construção do poço, no qual também é instalado o pára-choque (meio físico destinado ao retardamento usando fluidos ou molas);

b) de Planta relativa à Casa de Máquinas (recinto no qual serão instaladas as máquinas e os equipamentos a elas relacionados);

c) de Planta do Detalhamento para Construção das Frentes, isto é, as instalações físicas adjuntas ao edifício necessárias à colocação das portas de acesso, soleiras e guias;

d) de detalhamentos concernentes às Características Elétricas necessárias à instalação do elevador (funcionamento e dispositivos de segurança).

Após aprovado o projeto pelo proprietário da obra, inicia-se a elaboração dos componentes físicos, conforme especificações técnicas antes definidas, e o planejamento prévio de instalação, isto é, a adequação da obra civil para receber a instalação do elevador e seus componentes mecânicos e elétricos.

Acrescente-se que a autora responsabiliza-se pela qualidade dos materiais empregados e dos serviços de montagem e instalação dos elevadores, garantia essa contratual e acrescida da legal estabelecida pelo artigo 50 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Frise-se que essas informações de ordem técnica, as quais envolvem a construção e a montagem dos elevadores não foram impugnadas pela Fazenda Nacional no curso de demanda, constituindo, portanto, fatos incontroversos. Na contestação, o ente público apenas buscou enquadrar essa atividade no conceito de montagem industrial. Veja-se (fl. 150):

Melhor situando a posição do Fisco Federal, entende este que a reunião de elevadores, seus motores, partes e componentes não redundam em edificação, porquanto, apenas de nela serem incorporados, com ela não se confundem. Em outros termos, configuraria montagem de produtos tributados, considerada, portanto, industrialização, nos termos do art. 4º, III, do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (Decreto nº 2637/98).

Deve-se referir que, se o processo de industrialização se realiza fora do estabelecimento industrial, como em parte no caso em comento, o fato gerador do imposto ocorre quando ficar concluída a operação industrial, nos termos do artigo 33, VI, do mesmo Regulamento.

Com a devida vênia, a pretensão da Autora de excluir a incidência do tributo sobre as operações industriais que executa não tem amparo legal. Resta inconcebível que da reunião de elevadores, seus motores, partes e componentes possa resultar edificação, pois, apesar de nela serem incorporados, com ela não se confundem. E, mesmo que se torne o art. 5º do Decreto 2637/98, as hipóteses de exclusão do conceito de industrialização ali previstas não se aplicam ao caso em tela, porquanto referem-se à edificação de casas, edifícios, pontes, hangares, galpões e semelhantes, em nada parecidas como a construção de instalação de elevadores.

Não se deve olvidar que, mesmo montados no local, as partes e equipamentos que constituem o elevador são produzidos pela própria Autora. Mesmo que se trate de pedido individualizado, ligado às particularidades do local onde será instalado, os itens que compõem aludido mecanismo de transporte são feitos pela empresa em produção industrial, tudo a reforçar a tese da incidência do IPI sobre tais itens.

Tendo em vista que a questão relativa à tributação sobre essa atividade é eminentemente de direito, afasto, desde logo, a incidência do óbice estampado pela Súmula 7/STJ, aventada pela parte recorrida.

Quanto à apontada pretensão de anulação do julgado regional, por suposta infringência ao art. 535 do CPC, tenho que não assiste razão à recorrente, uma vez que a Corte *a quo* empregou fundamentação suficiente

JURISPRUDÊNCIA

para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido.

Nessa esteira, depreende-se que o acórdão recorrido considerou que a atividade da recorrente enquadra-se no conceito de montagem industrial, previsto no art. 4º do Decreto nº 4.544/02, e, por isso, está sujeita ao IPI, e não de prestação de serviço tributável pelo ISS elencado no item 32 do DL 406/68. Veja-se:

Do acórdão que julgou a apelação (fls. 206 e seguintes):

A autora dedica-se à fabricação e posterior montagem de elevadores com determinadas características requeridas pelo cliente encomendante. Esclarece que a produção dos elevadores é contratada, caso a caso, pelos proprietários dos imóveis em construção. Afirma que o processo de elaboração dos elevadores constitui um procedimento individualizado sem qualquer padronização, razão pela qual configura uma obrigação de fazer com natureza jurídica de contrato de empreitada.

O Imposto sobre Produtos Industrializados ocorre quanto verificada a industrialização de determinado produto e ulterior saída do estabelecimento fabril, bem assim, no desembaraço aduaneiro da mercadoria de procedência estrangeira e na arrematação do bem em leilão nos casos de apreensão ou abandono.

[...]

Esclarecidas as questões acima, tenho que merece guarida o apelo da União, pois a operação de montagens de elevadores realizada pela empresa THYSSEN SUR S/A configura hipótese de incidência do IPI.

A autora praticou atividade que configura processo de industrialização nos termos como definido pela legislação de regência do tributo. Vejamos o disposto no art. 4º do Decreto nº 4.544/02 (Regulamento do IPI - RIPI) que nestes termos define os atos que caracterizam industrialização:

Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 4502, de 1964, art. 3º, parágrafo único, e Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único):

[...]

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

[...]

Na verdade, no presente caso, as mercadorias saíram do estabelecimento da autora de forma diferente da qual ingressaram, sofrendo, portanto alteração na sua natureza. Assim, ocorreu parte integrante do fato gerador, a industrialização. O fato da montagem ocorrer fora do estabelecimento industrial em nada afeta o entendimento acima, porquanto o art. 5º do Decreto 4.544/02 - Regulamento do IPI, é específico ao afirmar que não considera industrialização a operação efetuada fora do estabelecimento industrial, no caso de edificação de casas, pontes, hangares, galpões e semelhantes.

Do acórdão que julgou os embargos de declaração (fl. 218)

JURISPRUDÊNCIA

Assim, a produção de elevadores, mesmo que individualizada e conforme as características de cada prédio, não se acomoda ao item 32 da Lista (Decreto-lei 406/68), in casu, o IPI, conforme acórdão recorrido.

Afasto, pois, a alegada violação do art. 535 do CPC.

Todavia, quanto ao juízo de reforma, ao meu sentir, melhor sorte socorre à recorrente.

Digo isso porque na atividade de fornecimento de elevadores para integrar obra de construção civil, em pese sejam empregados diversos materiais que compõem esse veículo, sobressai o cumprimento de uma obrigação de fazer, relativa à prestação de um serviço técnico especializado de engenharia, a ser realizada de forma individualizada, a fim de viabilizar o transporte vertical segundo as necessidades e especificações de cada edificação.

Sob esse enfoque, verifica-se que da instalação do elevador não se obtém, propriamente, um “novo produto ou uma unidade autônoma” (art. 4º, III, do Decreto 4.544/02), mas, sim, uma funcionalidade intrínseca à própria construção do edifício, a ela agregando-se de maneira indissociável, uma vez que, fora do contexto daquela específica obra, o elevador, por si só, não guarda a sua utilidade.

Nessa toada, resta evidenciado que o contrato para a montagem de elevador é de empreitada de um serviço complementar de construção civil, enquadrando, assim, na prestação de serviço elencada nos itens 32 do DL

406/68 e 7.02 da LC 116/03, passível, portanto, de incidência do imposto do ISS.

Acerca do conflito de incidência do ISS e do IPI sobre o mesmo fato gerador, colaciono o seguinte entendimento doutrinário:

*“...durante a vigência do DL 406/68, referidos conflitos de incidência eram dirimidos por meio de ressalvas constantes da lista que definia os serviços tributáveis pelo ISS, bem como em razão da norma contida no § 1º, do art. 8º, daquele diploma; [...] com a edição da LC 116/03, as ressalvas acerca da incidência do ISS, constantes de alguns dos itens da lista de serviços, deixaram de existir. Outrossim, o § 1º, do art. 8º, do DL 406/68, foi revogado, o que supostamente teria viabilizado a incidência concomitante do ISS e do IPI sobre as prestações de serviços e operações com produtos industrializados; esse raciocínio, entretanto, não é válido, tendo em vista que as normas constitucionais relativas à repartição de competências impedem que o mesmo pressuposto de incidência... seja onerado por mais de uma pessoa política, eis que a competência tributária é conferida com exclusividade a cada uma dessas pessoas; ... a incidência do ISS e do IPI...**continua a** observar as seguintes regras: estando inserida no ciclo de produção de um bem, a atividade será considerada industrialização, cujo resultado é um produto industrializado tributável pelo IPI, objeto de um negócio jurídico; nas hipóteses em que tais atividades forem exercidas de forma personalizada, sob encomenda ou para atender às necessidades do usuário final, tratar-se-á de prestação de serviço, tributável apenas pelo ISS.” (Barthem Neto, Hélio, LC 116/03 - Conflitos de incidência entre o ISS e o IPI. RDDT 123/31, dez/05)” (PAUSEN, Leandro, in Direito Tributário (Constituição e Código Tributário), 12ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2010, p. 796).*

Frise-se que a jurisprudência desta Corte Superior, em caso semelhante, relativo aos serviços de composição gráfica, já firmou o entendimento de que na industrialização por encomenda, que pressupõe a realização de prestação de serviço sujeita à incidência do ISS, incide, apenas, o imposto municipal, não sendo possível exigir-se o ICMS ou o IPI sobre o mesmo fato econômico. A esse respeito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. IPI. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA PERSONALIZADA. NÃO-INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 156/STJ POR ANALOGIA.

1. A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, está sujeita apenas ao ISS, não se submetendo ao ICMS ou ao IPI.
2. Aplicação analógica da Súmula n. 156/STJ: “A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS”. Precedentes: AgRg no REsp 966184/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 03.04.2008; REsp 437324/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 19.08.2003.
3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 213.594/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26/09/2012).

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS “A” E “C” - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO DA IMPETRAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA QUESTÃO - CONFECÇÃO DE CARTÕES MAGNÉTICOS E DE CRÉDITO - SERVIÇO DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA SUJEITO UNICAMENTE AO ISS - VIOLAÇÃO AO DIS-

POSTO NO § 1º DO ARTIGO 8º DO DECRETO-LEI N. 406/68
- SÚMULA N. 156 DO STJ.

Cumpra a este Sodalício examinar eventual afronta a dispositivos de lei federal, nos termos da letra “a” do permissivo constitucional, ou, pela letra “c”, sanar possível dissenso pretoriano acerca de determinada questão. Assim, não prevalece o entendimento sustentado pela recorrente no sentido de que deve o Superior Tribunal de Justiça reconhecer de ofício a extinção do mandado de segurança preventivo. Embora prequestionada a questão da perda de objeto da impetração, que entendeu a Corte de origem não existir, pretendeu a recorrente, quanto a esse ponto, configurar o dissenso pretoriano com julgados deste Sodalício sem, contudo, realizar o indispensável cotejo analítico, vindo em desacordo com o estabelecido nos arts. 541, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

A elaboração dos cartões com as características requeridas pelo destinatário, que é aquele que encomenda o serviço, tais como a logomarca, a cor, eventuais dados e símbolos, indica de pronto a prestação de um serviço de composição gráfica, enquadrado no item 77 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei n. 406/68.

Há, portanto, nítida violação ao disposto no § 1º do artigo 8º do Decreto-Lei n. 406/68, uma vez que a hipótese dos autos configura prestação de serviços de composição gráfica personalizados, sujeitos apenas à incidência do ISS (Súmulas ns. 156/STJ e 143 do extinto TFR). Considerada a circunstância de se tratar de serviço personalizado, destinados os cartões, de pronto, ao consumidor final, que neles inserirá os dados pertinentes e não raro sigilosos, conclui-se que a atividade não é fato gerador do IPI.

Tanto isso é exato que, se forem embaralhadas as entregas, com a troca de destinatários, um estabelecimento não poderá servir-se da encomenda de outro, que veio ter a suas mãos por mero acaso ou acidente de percurso.

Dissídio jurisprudencial configurado quanto ao mérito.

Recurso especial provido (REsp 437.324/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 22/09/2003).

Pelos mesmos motivos, verifico que tal atividade, amolda-se, também, na exceção constante na própria legislação referente ao IPI, segundo a qual “não se considera industrialização a operação efetuada fora do estabelecimento industrial, consistente na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte edificação (casas, *edifícios*, pontes, hangares, galpões e semelhantes, e suas coberturas)” (art. 5º, VIII, *a*, do Decreto 4.544/02). Reitero, a instalação do elevador é um serviço complementar à construção do *edifício* de que fará parte.

Por fim, a título de consideração extravagante, registro que a presente lide, como visto, diz respeito à incidência, ou não, sobre a construção e a montagem do elevador e não sobre as peças que o compõem. Tal diferenciação, inclusive, foi feita pela sentença, para justificar a procedência da demanda, nos seguintes termos (fls. 170 e seguintes):

Em efeito, no meu entendimento, no caso de instalação de elevador, não se pode caracterizar tal atividade como industrialização, já que não se trata de montagem industrial, na forma preconizada pelo dispositivo acima invocado.

Deveras, como se viu, tratando-se de montagem industrial, temos como resultado um produto novo ou unidade autônoma, ainda que sobre a mesma classificação fiscal. Na hipótese de instalação de elevadores, tal não ocorre, na medida em que a reunião da peças se dá no local da instalação apenas pela impossibilidade física de tal procedimento. Ou seja, tal processo não resulta produto novo, não servindo o argumento de que a

simples reunião dos componentes, no momento da instalação, descaracteriza a perfectibilização do elevador a fabricação.

À evidência, a dita instalação afigura como complemento à construção civil (edificação), sendo o elevador integrante do prédio, o que o faz perder a condição de móvel, para tornar-se parte que não pode mais se dissociar.

[...]

Veja-se, por oportuno, que há atividade industrial na fabricação dos elevadores (motores, freios, portas, entre outros componentes), incidindo no conjunto de peças o Imposto sobre Produto Industrializado (IPI). Encerrada a fase de industrialização com a saída do produto do estabelecimento industrial, temos a instalação do elevador, verdadeira obra de construção civil, a qual é tratada por engenheiros, não sendo, portanto, atividade de montagem industrial.

Dessa forma, tem-se que o processo referente aos elevadores se desenvolve em duas fases, a saber: 1º) industrialização do elevador, nítida obrigação de dar; e 2º) instalação do elevador em um prédio, o que materializa uma obrigação de fazer, caracterizada como uma obra complementar de construção civil.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença.

É o voto.

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.231.669 - RS (2011/0013830-5)

VOTO-VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

Salvo melhor juízo, o elevador é um produto industrializado, sendo irrelevante o fato de que é montado fora do estabelecimento produtor.

Essa conclusão deflui quer da legislação do imposto sobre produtos industrializados quer da legislação que rege o imposto sobre serviços de qualquer natureza.

A Lei nº 4.502, de 1964, dispõe no art. 2º:

“Art. 2º - Constitui fato gerador do imposto:

I - quanto aos produtos de procedência estrangeira o respectivo desembaraço aduaneiro;

II - quanto aos de produção nacional, a saída do respectivo estabelecimento produtor.

§ 1º - Quando a industrialização se der no próprio local de consumo ou de utilização do produto, fora de estabelecimento produtor, o fato gerador considerar-se-á ocorrido no momento em que ficar concluída a operação industrial.

Já a lista anexa à Lei Complementar nº 116, de 2003, arrola no item 14, atinente a serviços relativos a bens de terceiros:

“14.01 - Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS)”.

Quer dizer, ao imposto sobre serviços de qualquer natureza estão sujeitos apenas os serviços que tem a ver com o conserto, a restauração, a manutenção e a conservação dos elevadores – elevadores que são de terceiros.

A fabricação de elevadores propriamente tal, ainda que a respectiva montagem se dê fora do estabelecimento industrial, é tributada pelo imposto sobre produtos industrializados.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial, negando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.231.669 - RS (2011/0013830-5)

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

JURISPRUDÊNCIA

Sr. Presidente, parece que não há precedente específico. São mencionados os precedentes do cartão magnético, do qual se aproxima. Como observou o Ministro Ari Pargendler, realmente o elevador seria um produto. Mas de qualquer forma, na confecção das peças que compõem o elevador deve existir a incidência do IPI.

Vou pedir vênia ao eminente Ministro Ari Pargendler para também acompanhar o voto do Relator e do Ministro Sérgio Kukina.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.231.669 - RS (2011/0013830-5)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
RECORRENTE : THYSSEN SUR SA ELEVADORES E
TECNOLOGIA
ADVOGADO : VINÍCIUS OCHOA PIAZZETA E
OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA
NACIONAL

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

JURISPRUDÊNCIA

Número Origem: 200271000104438

PAUTA: 07/11/2013

JULGADO: 07/11/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

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 : THYSSEN SUR S/A ELEVADORES E
TECNOLOGIA

ADVOGADO : GUILLERMO ANTÔNIO ARAÚJO GRAU
E OUTRO(S)

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA
NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IPI/Imposto sobre Produtos Industrializados

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. CLÓVIS MONTEIRO FERREIRA DA SILVA NETO, pela parte RECORRIDA: FAZENDA NACIONAL.

CERTIDÃO

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

A Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Napoleão Nunes Maia Filho, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

(Ementa disponibilizada no DJe de 16.05.2014).

DESCONSIDERAÇÃO DE ACÓRDÃO EXTRA PETITA. ATO JUDICIAL EXISTENTE. VIOLAÇÃO A COISA JULGADA.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.241.407 - RS (2011/0048326-0)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL
MARQUES
RECORRENTE : SPRINGER CARRIER LTDA
ADVOGADOS : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO E
OUTRO(S)
GUILHERME CEZAROTI E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA
FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. AUTO DE INFRAÇÃO E ACÓRDÃO EM APELAÇÃO QUE DESCONSIDERARAM ACÓRDÃO *EXTRA PETITA*. OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. ARTS. 128, 460 E 467, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PIS E COFINS. ART. 3º, §1º, DA LEI N. 9.718/98DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. POSSIBILIDADE DE AJUSTAMENTO DO *QUANTUM* DEVIDO.

1. O acórdão ou sentença *ultra* ou *extra petita* é ato judicial existente, porém inválido, podendo ser corrigido mediante recurso próprio ou ação rescisória. Sendo assim, violam a coisa julgada o auto de infração e o acórdão em apelação que desconsideraram a existência no mundo jurídico de acórdão *extra petita* transitado em julgado. Precedentes: REsp. n. 1.226.074-RS e REsp. n. 1.240.636-RS, Segunda Turma Rel. Min. Humberto Martins, julgados em 06.05.2014.

2. Caso em que o acórdão proferido no Processo n. 90.0010905-1 (AC n. 1998.01.00.008912-0/DF), já transitado em julgado, permitiu à empresa contribuinte a utilização do crédito-prêmio de IPI à alíquota de 28%, consoante a Resolução CIEX n. 2/79, quando seu pedido foi pela utilização à alíquota de 15%, consoante o Termo de Aprovação BEFIEX n. 97/82 e o Termo de Garantia de Manutenção e Utilização de Incentivo Fiscal n. 27/82, sendo que a Secretaria da Receita Federal do Brasil lavrou auto de infração pela diferença das alíquotas nas compensações efetuadas pela contribuinte, lançamentos esses que foram considerados válidos pela Corte de Origem por entender, de forma equivocada, inexistente o acórdão transitado em julgado proferido *extra petita*.

3. Não merece conhecimento o recurso especial pela alegada violação ao art. 151, III, do CTN, calcada na prejudicial de pendência de julgamento do Processo Administrativo n. 11080.013226/2201-33. Isto porque a Corte de Origem, no exame dos fatos e provas, julgou que o mencionado processo não guarda qualquer relação com os créditos ora em cobrança já que discute a utilização do crédito exclusivamente para o pagamento de IPI e não para o pagamento das contribuições ao PIS e COFINS aqui discutidas. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

4. Há múltiplos precedentes do STJ que autorizam a mera adequação do *quantum* da CDA mediante decisão judicial para dela expungir valores aferíveis por cálculos aritméticos na situação específica da alteração da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n. 9.718/98.

JURISPRUDÊNCIA

Precedentes: AgRg no REsp 1.204.855/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 09.10.2012; EDcl no Ag 1429591/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 06.09.2012; AgRg no REsp 1208643/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 15.05.2012; REsp 1196342/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 02.12.2010; AgRg no REsp 1254773/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 04.08.2011; EDcl no AgRg no REsp 1167079/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.02.2011; AgRg no Ag 1147392/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21.09.2010.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

“A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 15 de maio de 2014.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.241.407 - RS (2011/0048326-0)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL
MARQUES
RECORRENTE : SPRINGER CARRIER LTDA
ADVOGADOS : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO E
OUTRO(S)
GUILHERME CEZAROTI E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA
FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no permissivo do art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão que restou assim ementado (e-STJ fls. 1279/1290):

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REMESSA OFICIAL. CABIMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. EXTENSÃO DA COISA JULGADA. CREDITAMENTO DE IPI. JULGAMENTO EXTRA PETITA. PIS. ART. 3º, §1º, DA LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO FAVORÁVEL DO EG. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PREJUDICIALIDADE COM

OUTRO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA. MULTA. CABIMENTO. REMESSA OFICIAL.

1. Excedendo o conteúdo da demanda o limite legal de 60 salários mínimos, a remessa oficial deve ser conhecida (art. 475, inciso II e §2º, do CPC).
2. Não guarda relação de prejudicialidade com os créditos ora executados o procedimento administrativo, cujas .autuações e tributos são distintos.
3. Não há falar em coisa julgada, se o acórdão que determinou a aplicação de alíquota diversa da avençada representa inovação em face do pedido formulado pela autora, desbordando dos limites da demanda, constituindo, assim, julgamento *extra petita*.
4. Obtendo a autora decisão favorável do eg. STF, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, 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, restando, assim, parcialmente providos os embargos à execução.
5. Tendo em vista a sucumbência, recíproca, em decorrência da reforma da sentença de procedência dos embargos por esta Corte, resta prejudicado o apelo da parte embargante, que visava a majoração da verba honorária.

Os embargos de declaração interpostos restaram acolhidos apenas para fins de prequestionamento (e-STJ fls. 1299/1305).

Alega a recorrente que houve violação aos arts. 128 e 460 do CPC (limites objetivos da coisa julgada), bem como ao art. 6º da LICC, art. 586 do CPC, art. 2º, §8º, da Lei n. 6.830/80, art. 151, III, do CTN, e art.

20, §4º, do CPC. Argumenta a empresa que firmou com a União o Termo BEFIEX 97/82 no âmbito de programa especial de exportação, com prazo de vigência determinado, razão pela qual aproveitou em sua escrita fiscal crédito-prêmio de IPI referente ao período avençado, inclusive o referente à época em que o benefício fiscal foi susgado pelas Portarias MF n. 279/81 e 176/82, com correção monetária. Informa que ajuizou demanda declaratória a fim de prevenir a autuação da Secretaria da Receita Federal referente a seu comportamento de inscrever o crédito para período suspenso e com correção monetária para todo o período. Explica que se saiu vencedora da demanda e que ali ficou estabelecido que as alíquotas aplicáveis ao crédito-prêmio de IPI são aquelas constantes da Resolução CIEX n. 2/79 (alíquota de 28%), tendo havido o trânsito em julgado disso no Processo n. 90.0010905-1 (AC n. 1998.01.00.008912-0/DF), e que o Fisco federal realizou indevidamente a autuação que gerou a execução fiscal ora embargada por compreender que a alíquota aplicável era a de 15% (quinze por cento). Insurge-se contra o acórdão em sede de apelação que não reconheceu a existência dessa coisa julgada por entendê-la *extra petita*.

Também resta irredutível com a possibilidade de se retificar a CDA para adequá-la à declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n. 9.718/98, sem a necessidade de ser anulado o processo de execução fiscal, depois da decisão de primeira instância. Ao final, sustenta que o crédito de IPI utilizado para a compensação e não aceito, foi objeto do lançamento de ofício (Processo Administrativo n. 11080.013226/2201-33), o qual foi impugnado administrativamente, havendo a suspensão da exigibilidade na forma do art. 151, III, do CTN. Pede a majoração da verba honorária. Procura demonstrar o dissídio (e-STJ fls. 1310/1350).

Contrarrazões nas e-STJ fls. 1412/1425.

Recurso regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 1442/1443).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.241.407 - RS (2011/0048326-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. AUTO DE INFRAÇÃO E ACÓRDÃO EM APELAÇÃO QUE DESCONSIDERARAM ACÓRDÃO *EXTRA PETITA*. OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. ARTS. 128, 460 E 467, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PIS E COFINS. ART. 3º, §1º, DA LEI N. 9.718/98DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. POSSIBILIDADE DE AJUSTAMENTO DO *QUANTUM* DEVIDO.

1. O acórdão ou sentença *ultra* ou *extra petita* é ato judicial existente, porém inválido, podendo ser corrigido mediante recurso próprio ou ação rescisória. Sendo assim, violam a coisa julgada o auto de infração e o acórdão em apelação que desconsideraram a existência no mundo jurídico de acórdão *extra petita* transitado em julgado. Precedentes: REsp. n. 1.226.074-RS e REsp. n. 1.240.636-RS, Segunda Turma Rel. Min. Humberto Martins, julgados em 06.05.2014.

2. Caso em que o acórdão proferido no Processo n. 90.0010905-1 (AC n. 1998.01.00.008912-0/DF), já transitado em julgado, permitiu à empresa contribuinte a utilização do crédito-prêmio de IPI à alíquota de 28%, consoante a Resolução CIEX n. 2/79, quando seu pedido foi pela utilização à alíquota de 15%, consoante o Termo de Aprovação BEFIEX

n. 97/82 e o Termo de Garantia de Manutenção e Utilização de Incentivo Fiscal n. 27/82, sendo que a Secretaria da Receita Federal do Brasil lavrou auto de infração pela diferença das alíquotas nas compensações efetuadas pela contribuinte, lançamentos esses que foram considerados válidos pela Corte de Origem por entender, de forma equivocada, inexistente o acórdão transitado em julgado proferido *extra petita*.

3. Não merece conhecimento o recurso especial pela alegada violação ao art. 151, III, do CTN, calcada na prejudicial de pendência de julgamento do Processo Administrativo n. 11080.013226/2201-33. Isto porque a Corte de Origem, no exame dos fatos e provas, julgou que o mencionado processo não guarda qualquer relação com os créditos ora em cobrança já que discute a utilização do crédito exclusivamente para o pagamento de IPI e não para o pagamento das contribuições ao PIS e COFINS aqui discutidas. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

4. Há múltiplos precedentes do STJ que autorizam a mera adequação do *quantum* da CDA mediante decisão judicial para dela expungir valores aferíveis por cálculos aritméticos na situação específica da alteração da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n. 9.718/98. Precedentes: AgRg no REsp 1.204.855/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 09.10.2012; EDcl no Ag 1429591/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 06.09.2012; AgRg no REsp 1208643/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 15.05.2012; REsp 1196342/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 02.12.2010; AgRg no REsp 1254773/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 04.08.2011; EDcl no AgRg no REsp 1167079/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.02.2011; AgRg no Ag 1147392/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21.09.2010.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Em razão de o recurso especial estar fundamentado em vários tópicos, divido a análise por didatismo no julgamento.

1- Da alíquota definida pelo acórdão transitado em julgado.

A questão crucial dos autos cinge-se em saber qual foi a alíquota definida na ação declaratória transitada em julgado que reconheceu o benefício do crédito-prêmio do IPI para a ora recorrente: se com base na Resolução CIEX/79 (28%) ou a alíquota de 15% prevista no Decreto-Lei n. 491/69 e Termo de Aprovação BEFIEX n. 97/82 c/c Termo de Garantia de Manutenção e Utilização de Incentivo Fiscal n. 27/82.

Ora, a discussão a respeito do que transitado em julgado envolve o exame dos autos de outro processo judicial qual seja, o Processo n. 90.0010905-1 (AC n. 1998.01.00.008912-0/DF), que foi exaustivamente revolido pela Corte de Origem. Transcrevo:

A ora embargante ajuizou em 1990 ação perante a Justiça Federal de Brasília visando a declaração de seu 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. 49, 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. 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 autora 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. 10 do Decreto-Lei 49 1/69 (...)”.

A causa de pedir, por sua vez, é o descumprimento do TERMO DE APROVAÇÃO BEFIEX n. 97/82, convalidado pelo TERMO DE GARANTA DE MANUTENÇÃO E UTILIZAÇÃO DE INCENTIVO FISCAL N. 27/82, que dispõem:

“TERMO DE APROVAÇÃO BEFIEX 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 - BEFIEX 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.

CLAUSULA SEGUNDA - As EMPRESAS BENEFICIÁRIAS abrigam-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 (...)

CLAUSULA 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 SPRJNGER - 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. 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 aposição 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. 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 julgamento *extra petita*.

Dos excertos infere-se que houve exame da petição inicial do Processo n. 90.0010905-1 em cotejo com a sentença e o acórdão (AC n. 1998.01.00.008912-0/DF) transitado em julgado. Também houve exame na Corte de Origem das cláusulas constantes do contrato denominado “Termo de Aprovação BEFIEX”. A partir desses exames, restaram estabelecidos os seguintes **pressupostos fáticos**:

1º) A ação (Processo n. 90.0010905-1) ajuizada pela empresa CONTRIBUINTE foi julgada procedente em primeiro grau apenas para declarar o direito ao crédito-prêmio do IPI no período de 30.03.1982 a 31.12.1989, “conforme Termo de Manutenção e Utilização de Incentivo Fiscal n. 027/82”, ou seja, com alíquota de 15%;

2º) A empresa CONTRIBUINTE recorreu da decisão buscando, tão somente, o reconhecimento do direito em período posterior a 1989, tendo obtido do Tribunal Regional Federal da 1ª Região a aplicação da Resolução CIEX n. 2/79, ou seja, a alíquota de 28%.

A partir dos pressupostos fáticos fixados, o Tribunal de Origem extraiu as seguintes **consequências jurídicas**:

a) Diante da entrega pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região de prestação jurídica não pedida na inicial ou no recurso de apelação da empresa CONTRIBUINTE houve verdadeiro julgamento *extra petita*;

JURISPRUDÊNCIA

b) A coisa julgada não compreende o julgamento *extra petita*, tratando-se de sentença/acórdão inexistente quanto ao ponto.

Decerto, esta Corte não pode realizar qualquer novo juízo a respeito dos pressupostos fáticos firmados, ou seja, do que foi efetivamente pedido e julgado em outros autos, bem como interpretação do conteúdo do contrato utilizado como causa de pedir, o que implica os óbices da Súmula n. 5/STJ (“*A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial*”) e Súmula n. 7/STJ (“*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”). A jurisprudência do STJ, inclusive, é farta nesse sentido, *in verbis*:

“A tese de afronta à coisa julgada, nos moldes em que apresentada, pressupõe reexame de provas, notadamente da decisão transitada em julgado que teria sido desrespeitada” (AgRg no Ag 1292830/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 8.6.2010, DJe 18.6.2010).

“A análise de ocorrência de excesso de execução e de ofensa à coisa julgada, na hipótese dos autos, importa em reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7 deste Tribunal” (AgRg no AREsp 243473/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 26.02.2013).

“Tendo a Corte a quo reconhecido a existência de coisa julgada proferida em ação anterior, qualquer conclusão em sentido contrário demandaria incursão na seara probatória, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ” (AgRg no AREsp 78168/MS Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21.08.2012).

“A reforma do julgado - a fim de afastar a conclusão do Tribunal de origem de que houve o julgamento do mérito da ação anteriormente ajuizada - demanda reexame do conjunto fático-probatório, incabível em sede de recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do STJ” (AgRg no Ag 1416461 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 28.02.2012).

No entanto, a verificação da ocorrência de violação aos artigos 128 e 460 do CPC; e art. 6º da LICC, cinge-se ao exame das consequências jurídicas, ou seja, se o caso é efetivamente de julgamento *extra petita* ou não (pode ser *ultra petita*) e se a ocorrência de julgamento *extra petita* ou *ultra petita* implica inexistência da sentença/acórdão a possibilitar sua desconsideração pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRF na lavratura de auto de infração, sem a necessidade de prévia ação rescisória. Examinemos os dois pontos.

Inicialmente, convém definir que, enquanto a sentença *ultra petita* é aquela acima do pedido (v.g. condenação do réu em quantidade superior), a sentença *extra petita* é aquela fora do pedido (v.g. sentença de natureza diversa da pedida ou condenação em objeto diverso do pedido). Transcrevo o art. 460, do CPC:

Art. 460. É defeso ao juiz proferir **sentença**, a favor do autor, de **natureza diversa da pedida**, bem como condenar o réu em **quantidade superior** ou em **objeto diverso** do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Desse modo, em ambos os casos, tem-se sentença ou acórdão, como pressuposto da própria nulidade do ato praticado. Dito de outra forma, **a existência da sentença não se confunde com o fato de haver sido proferida *extra* ou *ultra petita***. A sentença existe (plano da existência), quando praticada por autoridade judiciária (sujeito), com provimento jurisdicional definido (objeto) e publicação em órgão oficial consoante o determina a lei (forma). Ou seja, o ato judicial sentença existe porque tem **sujeito, objeto e forma**. Nos dizeres de Pontes de Miranda (*in* “Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V: arts. 444 a 475”, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 37) as sentenças inexistentes são:

a) a sentença proveniente de autoridade pública não judiciária civil; b) a sentença que não foi publicada, nem consta do jornal oficial, ou do jornal em que se costuma publicar o expediente do foro, ter sido publicada sem ser proferida em audiência; c) a sentença publicada sem ser proferida em demanda civil cuja instrução e debate imediatamente se ligue (e.g., proferida ao mesmo tempo que pronúncia penal, ou a que se ditou em processo diferente daquele a que se destinavam as notas; [...]); d) a sentença contra pessoa que goze de exterritorialidade, etc.

Somente a partir da constatação de sua existência (ser ou não ser sentença) que se pode investigar sobre sua conformidade com o ordenamento jurídico, sua nulidade (plano da validade). Ou seja, **a qualificação de *extra* ou *ultra petita* só pode ser dada a sentença existente**. Se a sentença inexistente, não faz sentido se falar em *extra* ou *ultra petita*, posto que adjetivações pertencentes ao plano da validade do ato praticado. Por isso que o art. 460, do CPC parte do pressuposto de que há sentença e em havendo sentença o seu vício (plano da validade) de ser *ultra*, *extra* ou *citra petita* somente pode ser corrigido por meio de recurso. Nesse sentido, a lição de Nelson Nery Jr. (*in* “Código de Processo Civil comentado e le-

gislação processual civil extravagante em vigor”, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.907):

1 - Correlação entre pedido, causa de pedir e sentença.

O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. **É vedado ao magistrado proferir sentença acima (*ultra*), fora (*extra*) ou abaixo (*citra* ou *infra*) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso.** A sentença *citra* ou *infra petita* pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença *ultra* ou *extra petita* não pode ser corrigida por embargos de declaração, mas só por apelação. Cumpre ao tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-la aos limites do pedido.

Decerto, acaso se tratasse de hipótese de inexistência da sentença a correção poderia ser realizada de ofício e a qualquer tempo com a mera republicação do *decisum*, ou até poderia ser ignorada pelas partes, conforme o fez a Secretaria da Receita Federal do Brasil no caso concreto.

Desse modo, indiferente ao caso a discussão de se estar diante de acórdão *extra* ou *ultra petita*. Em ambas as situações, o acórdão houve, existiu e produziu coisa julgada que somente poderia ser atacada via ação rescisória, não podendo a Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB ignorar a coisa julgada para lançar o tributo mediante auto de infração por entender que as compensações efetuadas com o crédito proveniente da alíquota de 28% o foram com crédito inexistente já que a seu ver a alíquota aplicável seria a de 15%. Assim, com razão os precedentes REsp. n. 1.226.074-RS e REsp. n. 1.240.636-RS, Segunda Turma Rel. Min. Humberto Martins, julgados em 06.05.2014, onde, em situação idêntica, foi definido que:

“O eventual *error in procedendo* decorrente de decisão *ultra* ou *extra petita* ocorrida 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” (REsp. n. 1.226.074-RS e REsp. n. 1.240.636-RS, Segunda Turma Rel. Min. Humberto Martins, julgados em 06.05.2014).

Deste modo, o recurso da empresa CONTRIBUINTE resta provido neste ponto para reconhecer a violação à coisa julgada perpetrada pela Corte de Origem ao desconsiderar a existência de acórdão transitado em julgado tão somente porque *extra petita*.

2 - Da pendência de contencioso administrativo.

Não merece conhecimento o recurso especial pela alegada violação ao art. 151, III, do CTN, em razão da prejudicialidade do Processo Administrativo n. 11080.013226/2201-33. Segundo a recorrente, esse processo suspende a exigibilidade dos créditos em cobrança por veicular matéria impugnada que foi objeto do lançamento de ofício que resultou nos créditos tributários exigidos na presente execução fiscal.

Ocorre que a Corte de Origem, no exame dos fatos e provas (notadamente do mencionado processo administrativo) julgou que o mencionado processo não guarda qualquer relação com os créditos ora em cobrança porque discute a utilização do crédito exclusivamente para o pagamento de IPI e não para o pagamento das contribuições ao PIS e COFINS aqui discutidas. Transcrevo:

Com efeito, consoante já decidido, coma questão de ordem, no julgamento das apelações 2007.71.12.002513-8 e 2007.71.12.002514-0, **o procedimento administrativo apontado pela embargante não guarda relação de prejudicialidade com os créditos ora discutidos, porquanto se tratam de autuações distintas, com relação a tributos distintos.** Nestes termos restou solvida a questão pela Relatora Des. Federal Luciane Amaral Corrêa Mûch, cuja posição acompanhei:

“Em principio, entendo que não há essa relação de prejudicialidade. Por quê? Porque são autuações distintas com relação a tributos distintos, esse crédito poderia ter sido usado para o pagamento de qualquer tributo e ele foi usado para o pagamento de IPI, de Cofins e de PIS. Aqui temos um caso de Cofins e um caso de PIS. Acho que não existe uma base para sustentar que o IPI seria o processo-piloto. Acho que são processos distintos, a questão está sendo julgada de forma distinta em cada um dos autos de infração, então me parece que não tem porque sustentar que aquele, só porque é o IPI e porque tinha sido utilizado o crédito-prêmio de IPI, seria piloto e seria prejudicial”

De fato, o processo administrativo apontado como prejudicial discute a glosa das compensações, porém em relação aos créditos de IPI que foram também compensados. Não há falar que tal processo administrativo tenha prevalência sobre o que trata esta apelação, porquanto a única diferença é que aqui se discute a glosa em relação ao PIS e lá em relação ao IPI. Assim, poder-se-ia dizer, também, a se encampar o entendimento do contribuinte, que, tendo a questão sido julgada no feito administrativo a que se refere este feito, aquele outro, ainda não definitivamente julgado, é que deveria estar prejudicado, pois **a questão da indevida compensação já foi discutida no processo administrativo de a que se referem estes embargos.**

Não há, portanto, como se acolher a prejudicialidade apregoada, só pelo fato de, naquele feito, o tributo apurado ser o IPI e neste o PIS.

Do excerto resta claro que a discussão da utilização do crédito para o pagamento das contribuições ao PIS e COFINS referente a estes autos já findou na órbita administrativa, pois se deu em processo diverso daquele invocado pela contribuinte.

Nessa toada, incide aqui o enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3 - Da retificação da CDA frente à declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n. 9.718/98.

No que diz respeito à alegada violação aos arts. 586 do CPC, art. 2º, §8º, da Lei n. 6.830/80, o recurso não merece provimento. Isto porque há múltiplos precedentes do STJ que autorizam a mera adequação do *quantum* da CDA mediante decisão judicial para dela expungir valores aferíveis por cálculos aritméticos na situação específica da alteração da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Transcrevo:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. NULIDADE DA CDA. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da possibilidade de aproveitamento da CDA na hipótese de readequação da base de cálculo da Cofins e do PIS em face da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 pelo STF. Nesse contexto,

a CDA não perderia os requisitos de liquidez e certeza, devendo apenas ser expurgado o eventual excesso.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.204.855/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 09.10.2012).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTEGRATIVO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - CDA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. IRRELEVÂNCIA. HIGI-DEZ DA CDA QUE DEVE SER AFASTADA PELA PARTE EXECUTADA. POSSIBILIDADE DE DECOTAR-SE EVENTUAIS VALORES INDEVIDOS POR CÁLCULO ARITMÉTICO.

1. Ante a expressa pretensão de modificação do resultado do julgamento monocrático via embargos de declaração e em observância aos princípios da fungibilidade e economia processual, recebo os embargos de declaração como agravo regimental.

2. É pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça 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, assim como é possível refazer a base de cálculo da exação por simples cálculo aritmético (REsp 1226036/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05/03/2012); e que “compete ao executado, por meio de embargos, arguir eventual excesso de execução ou a inexigibilidade do título por inteiro, por constituir matéria típica de defesa” (REsp 1270531/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/11/2011).

3. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, não provido. (EDcl no Ag 1429591/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 06.09.2012).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. LANÇAMENTO FUNDADO EM LEI POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL. SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO PARA EXPURGO DO POSSÍVEL EXCESSO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

– A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da possibilidade de aproveitamento da CDA na hipótese de readequação da base de cálculo da Cofins e do PIS em razão da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998 pelo STF. Nesse contexto, a CDA não perderia os requisitos de liquidez e certeza, devendo apenas ser expurgado o eventual excesso.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1208643/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 15.05.2012).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DE OFÍCIO ANTES DA CITAÇÃO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INAPLICABILIDADE. FATURAMENTO OU RECEITA BRUTA. ÔNUS DA PROVA. RECURSO PROVIDO.

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 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. A simples declaração de inconstitucionalidade não afeta, de modo apriorístico, a certeza e liquidez da CDA, podendo atingir, se muito, o *quantum* a ser executado em face da redução proporcional do valor do título. Portanto, não pode o juiz, nesse caso, extinguir a execução de ofício, porque, ainda que inexigível parte da dívida, esse fato não configura condição da ação ou pressuposto de desenvolvimento válido do processo.

4. A inexigibilidade parcial do título e excesso de execução são típicas matérias de defesa, e não de ordem pública, que devem ser alegadas pelo executado ou pelo terceiro a quem aproveita.

5. Se o título executivo goza de presunção relativa de liquidez e certeza, e a simples declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 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.

6. Recurso especial provido. (REsp 1196342/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 02.12.2010).

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PIS/COFINS. CDA. FUNDAMENTO LEGAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. CON-

FORMAÇÃO AO ENTENDIMENTO PROFERIDO PELO STJ NO ÂMBITO DE RECURSO REPETITIVO.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.115.501/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10.11.2010 pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ 8/08 consolidou entendimento segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, não é suficiente, por si só, para ilidir a presunção de liquidez e certeza da CDA fundamentada em preceito declarado inconstitucional, razão por que é incabível a extinção *ex officio* da execução fiscal.

2. Hipótese em que subsiste a presunção de liquidez e certeza do título executivo extrajudicial, cabendo ao contribuinte a demonstração de excesso de execução.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1254773/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 04.08.2011).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS/COFINS. LEI N. 9.718/1998. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO LEGAL INDICADO NA CDA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. CONFORMAÇÃO AO ENTENDIMENTO PROFERIDO PELO STJ NO ÂMBITO DE RECURSO REPETITIVO. POSSIBILIDADE.

1. O precedente jurisprudencial submetido ao rito do art. 543-C é dotado de carga valorativa qualificada. Dessa forma, mesmo quando não estão presentes as hipóteses previstas no art. 535 do CPC, é possível, excepcionalmente, acolher os embargos de declaratórios com efeitos modificativos, a fim de se adequar o julgamento da matéria ao que restou pacificado pela Corte no âmbito dos recursos repetitivos.

2. Precedentes: EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 790318/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25.5.2010; e EDcl no

REsp 1098302/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 2.2.2011.

3. Subsiste a constituição do crédito tributário que teve por base a legislação ulteriormente declarada inconstitucional, exegese que, no entanto, não ilide a inexigibilidade do débito fiscal na parte referente ao quantum a maior cobrado com espeque na lei expurgada do ordenamento jurídico.

4. Precedente: REsp 1115501/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10.11.2010 pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n. 8/08.

5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes. (EDcl no AgRg no REsp 1167079/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.02.2011).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TRIBUTO. CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Hipótese em que foi movida exceção de pré-executividade para fins de declarar a nulidade das CDA(s) que embasam o feito fiscal ao argumento de que a exigência da contribuição ao PIS/COFINS, com base no § 1º do art. 3º, da Lei 9.718/98, foi declarada inconstitucional pelo STF.

2. A via da exceção de pré-executividade é cabível para fins de discutir exigibilidade de tributo declarado inconstitucional pelo STF.

3. Precedentes: REsp 1.051.860/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 8/9/2008, AgRg no Ag 1.156.277/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 30/9/2009, (AgRg no REsp 838.809/MG, Rel. Ministro José Delgado, DJ 16/10/2006, REsp 1.136.144/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 1/2/2010, sob o rito do art. 543-C, do CPC.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1147392/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21.09.2010).

Subjacente a estes precedentes está a idéia de que, diante da presunção relativa de liquidez e certeza da CDA, o excesso de execução deve ser alegado pelo executado em sede de embargos (art. 741, II e parágrafo único do CPC) ou exceção de pré-executividade e a decisão judicial, diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n. 9.718/98 pelo STF (RE 346.084/PR, RE 357.950/RS, RE 358.273/RS e RE 390.840/MG), é que determinará a adequação do título executivo, pois a depender somente de cálculos aritméticos, prosseguindo-se na execução pelo remanescente. Não se trata, portanto, de emenda ou de substituição da CDA, mas de alteração do *quantum* devido judicialmente determinada com espeque no art. 145, I, do CTN.

Esse entendimento foi reforçado com o julgamento do recurso representativo da controvérsia REsp 1.115.501/SP (Primeira Seção, Rel.Min. Luiz Fux, julgado em 10.11.2010), consoante a seguinte ementa:

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 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: REsp1.045.472/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 no 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 ulteriormente 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 inexistir 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 1.115.501/SP (Primeira Seção, Rel.Min. Luiz Fux, julgado em 10.11.2010).

Sendo assim, são inaplicáveis o art. 2º, §8º, da Lei n. 6.830/80 (“§ 8º - Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos”) e a Súmula n. 392/STJ (“A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”).

4 - Da majoração da verba honorária.

Pleiteia a parte em seu recurso especial a majoração da verba honorária por considerá-la irrisória frente ao trabalho despendido pelos causídicos. Transcrevo o trecho do acórdão que tratou do tema na origem (e-STJ Fl.1286):

No tocante à verba honorária, tendo em vista à **sucumbência recíproca, condeno à União ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)**, nos termos do precedente acima citado, deixando de condenar a parte embargante nos referidos ônus por força do encargo de 20% previsto no Decreto-Lei 1025/69.

Ocorre que com a acolhida do pedido referente à violação da coisa julgada, houve alteração do equilíbrio sucumbencial em favor da empresa CONTRIBUINTE, restando restabelecido o mesmo equilíbrio da sentença de e-STJ fls. 1177/1179. Desse modo, considerando que a verba honorária havia sido fixada em 1% (um por cento) sobre o valor da causa em primeira instância (e-STJ fl. 1179), que o encargo legal de 20% será reduzido em decorrência do provimento parcial do presente recurso especial e que da sentença até hoje já se passaram mais de seis anos, entendo por agora fixar a verba honorária em 1,5% (um e meio por cento) sobre o valor afastado com a procedência do pedido.

Prejudicado então o exame do recurso especial pela violação ao art. 20, §4º, do CPC.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE e, nessa parte, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao presente recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA TURMA

Número Registro: **PROCESSO** **REsp 1.241.407/RS**
20110048326-0 **ELETRÔNICO**

Números Origem: 200371120075902 200771120040760

PAUTA: 15052014

JULGADO: 15052014

JURISPRUDÊNCIA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SPRINGER CARRIER LTDA
ADVOGADOS : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO E
OUTRO(S)
GUILHERME CEZAROTI E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA
NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IPI/Imposto sobre
Produtos Industrializados

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, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

(Ementa disponibilizada no DJe de 21.05.2014).

Decisões monocráticas

LEI QUE PRODUZ EFEITOS NO MESMO DIA DE SUA PUBLICAÇÃO. FALTA DE RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO AO *DUE PROCESS OF LAW*.

MANDADO DE SEGURANCA

AUTOS Nº 0002867-57.2013.403.6121

JURISPRUDÊNCIA

IMPETRANTE: PROLIM COMERCIO DE HIGIENE E LIMPEZA LTDA

ADVOGADO: GUILHERME CEZAROTI – SP163256

IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM TAUBATE – SP

SENTENÇA

Cuida-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por PROLIM COMERCIO DE HIGIENE E LIMPEZA LTDA., em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM TAUBATÉ - SP, objetivando, em síntese, a obtenção de provimento jurisdicional que a autorize a efetuar a opção pela antecipação do recolhimento da contribuição previdenciária patronal na modalidade substitutiva sobre a receita bruta, nos termos do artigo 8º, 8º, da Lei 12.546/2011, em relação às competências junho a outubro de 2013, afastando a previsão do 9º, do artigo 8º, da referida lei. Requer, também, a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciária substitutiva sobre a receita bruta na competência junho de 2013.

Afirma que realiza o comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal, tendo efetuado o recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, nos termos do artigo 22, inciso I, da Lei 8.212/91, até o mês de dezembro de 2012, quando o Governo Federal editou a Medida Provisória 601/2012, e incluiu novos setores da atividade econômica na política de desoneração da folha de salários das empresas, alterando a Lei 12.546/2011, em vigor desde agosto de 2011.

Aduz que o art. 1º da MP 601/2012 acrescentou o inciso XII ao 3º do art. 8º da Lei 12.546/2011, permitindo que a Impetrante passasse a recolher a contribuição previdenciária substitutiva incidente sobre a receita bruta e não mais sobre a folha de salários, o que tem feito desde a competência abril de 2013.

Esclarece que a MP 601/2012 não foi votada pelo Congresso Nacional no prazo constitucional, razão pela qual foi declarada a sua caducidade. Acrescenta que em 19 de julho de 2013 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 12.844/2013, que autorizou as empresas enquadradas na categoria da Impetrante a antecipar para 4 de junho de 2013 a opção pelo recolhimento da contribuição previdenciária substitutiva, incidente sobre a receita bruta e não sobre a folha de salários, tendo o artigo 9º da Lei 12.546/2011 (alterado pela Lei 12.844/2013) disciplinado que a opção deveria ser exercida até o dia do vencimento da contribuição relativa ao mês de junho, ou seja, 19 de julho de 2013, mesmo dia em que foi publicada a lei que disciplinou tal recolhimento.

Nesse passo, sob o fundamento de que não houve tempo hábil para que a Impetrante efetuassem a opção pela antecipação do regime substitutivo, uma vez que a Lei foi publicada no mesmo dia em que se dava o prazo final para fazer a opção pelo recolhimento sobre o faturamento, o que fere os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e não surpresa, impedindo que o contribuinte opte pela antecipação, requer o afastamento da aplicação do 9º do artigo 8º da Lei 12.546/2011, acrescentado pela Lei 12.844/2013, a fim de assegurar à Impetrante o direito de exercer a sua opção pelo recolhimento com base no faturamento e para que possa regularizar o recolhimento de contribuição previdenciária substitutiva incidente sobre a receita bruta nas competências junho, julho, agosto, setembro e outubro de 2013.

JURISPRUDÊNCIA

Por fim, requer que a compensação dos valores recolhidos indevidamente e a declaração de ilegalidade/inconstitucionalidade do 9º do artigo 8º da Lei 12.546/2011, com a redação dada pela Lei 12.844/2013.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (fls. 61/63).

A autoridade impetrada apresentou informações (fls. 75/95), informando que a impetrante passou a efetuar o recolhimento da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta a partir da competência abril/2013, tendo realizado os recolhimentos deste período de apuração e dos períodos de apuração de maio/2013 e julho/2013 nas respectivas datas de vencimento, tendo deixado de efetuar o recolhimento da competência junho/2013, conforme consta do extrato de recolhimentos anexo (doc. 02). Por outro lado, recolheu os valores da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento até a competência março/2013 e na competência 06/2013, conforme demonstra o extrato da conta corrente anexado a estas informações (fls. 84).

O Ministério Público Federal oficiou pelo regular prosseguimento do feito (fls. 110/113).

Na oportunidade vieram os autos conclusos.

É a síntese do necessário.

FUNDAMENTO e DECIDO.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Segundo preceitua o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, trata-se o mandado de segurança de ação colocada à disposição do indivíduo para a salvaguarda de direito líquido e certo coibido por ilegalidade ou abuso de poder, levados a efeito por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Sua concessão requer não apenas que haja o direito alegado, em verdade o que se exige é a precisão e a comprovação, no momento da impetração da ação, dos fatos e situações que ensejam o exercício do direito que se alega ter, ou seja, prova pré-constituída.

Tem a ação como objeto a correção de ato ou omissão ilegal de autoridade de direito do impetrante que deve se apresentar com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício quando a impetração.

Pois bem.

O pedido inicial é procedente.

I - Quanto aos pedidos constantes nos itens (i) a (iii) (fls. 26) - efetuar o pagamento da contribuição previdenciária patronal na modalidade substitutiva sobre a receita bruta desde a competência junho/2013

No caso em questão, resta claro que a vigência da Lei nº 12.844/2013 ocorreu na data de sua publicação, ou seja, 19 de julho de 2013, com publicação em edição extra no Diário Oficial da União. Também é certo que o direito de opção do impetrante quanto ao recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre a receita bruta se encerrou em igual data, nos termos do art. 8º, 9º, da Lei nº 12.546/2011 (alterado pela Lei 12.844/2013), *in verbis*:

Art. 8º Até 31 de dezembro de 2014, contribuirão sobre o valor da receita bruta, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, à alíquota de 1% (um por cento), em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, as empresas que fabricam os produtos classificados na Tipi, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011, nos códigos referidos no Anexo I.

(...)

9º A antecipação de que trata o 8º será exercida de forma irretroatável mediante o recolhimento, até o prazo de vencimento, da contribuição substitutiva prevista no caput, relativa a junho de 2013. (Incluído pela Lei Lei nº 12.844, de 2013).

Maria Helena Diniz ensina sobre o tema vigência da lei que:

A obrigatoriedade da norma de direito não se inicia no dia da sua publicação, salvo se ela assim determinar, pois poderá estipular sua imediata entrada em vigor (Dec. n. 4.176/2002, art. 19, 1º). A escolha de uma ou de outra determinação é arbitrária, pois o legislador poderá fazer com que a data da publicação e a entrada em vigor coincidam se julgar inconveniente ao interesse público a existência de um tempo de espera; poderá, ainda, estipular

data precisa e mais remota quando verificar a necessidade de maior estudo e divulgação devido à importância da norma (...), possibilitando aos órgãos incumbidos de aplicar a lei a oportunidade de se preparem, familiarizando-se com o seu teor, desvendando seu sentido e alcance. (Lei de introdução ao Código Civil, 11ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2005).

Assim, conquanto correta a afirmação de ser opção do legislador a escolha do prazo de vigência da Lei, entendo que tal escolha deve ser realizada de modo a não aniquilar o objetivo da norma.

A fixação de prazo exíguo, ou quase inexistente, como ocorreu no caso dos autos, embora esteja em consonância com as normas que disciplinam a vigência da lei, fere o princípio constitucional da razoabilidade, pois impede que o contribuinte possa se cientificar da alteração legislativa, avaliar sua extensão e escolher qual a melhor forma de recolhimento da exação dentre as disponíveis.

Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal decidiu que *“as normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (...) A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais (...) A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício*

imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar” (ADI-MC 2667).

Assim, uma vez que demonstrada a ilegalidade da norma que fixou prazo exíguo para escolha por parte da Impetrante, de rigor o deferimento do pedido.

II - Quanto ao pedido constante no item (ii) - autorizar a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciária sobre a folha de salários com o débito de contribuição previdenciária substitutiva sobre a receita bruta

Inicialmente, quanto ao pleito de declaração do direito à compensação tributária, cumpre consignar que a via do mandado de segurança se mostra adequada ao fim pretendido, sobretudo na hipótese em que o impetrante comprova sua condição de credor tributário, nos termos dos documentos trazidos aos autos (Mídia - fls. 83), eis que a Primeira Seção do C. STJ, no julgamento do REsp 1.111.164/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, submetido ao rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento segundo o qual nos casos em que se pleiteia o direito à compensação tributária, deve o impetrante, para o fim de comprovar seu interesse de agir, comprovar a sua condição de credor.

Quando do julgamento proferido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 566.621, o Plenário entendeu que o prazo de cinco anos fixado pela Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado somente às ações intentadas a partir da en-

trada em vigor dessa lei complementar, ou seja, a partir de 09.06.2005. Ponderou-se que a *vacatio legis* alargada de 120 (cento e vinte) dias, estabelecida na referida lei, proporcionou que os contribuintes tivessem conhecimento do novo prazo prescricional e ajuizassem ações com vistas a tutelar seus direitos, elegendo assim como elemento definidor o ajuizamento da ação e estabelecendo como marco divisório a data em que entrou em vigor a referida lei complementar.

Registre-se, oportuno, a ementa do referido julgado:

“RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005- DESCABIMENTO- VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA- NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS- APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 09 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, 4º, 156, VII, e 168, I do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa

de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam em ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia ao acesso à justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/05, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.”

(STF - Tribunal Pleno; RE 566621/RS- Relatora Ministra Ellen Gracie-DJE 11.10.2011; Ata nº 153/2011. DJE nº 195, divulgado em 10/10/2011).

Fixado esse posicionamento, na situação dos autos verifica-se que a impetrante pretende a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciária substitutiva sobre a receita bruta na competência junho de 2013.

Destarte, não há que se falar em prescrição, tendo em vista a data de impetração (19/08/2013), assim como que a compensação dos valores pagos a maior somente se afigurará possível a partir do trânsito em julgado desta decisão, nos termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Considerando a bilateralidade da relação tributária, se o Estado deve receber seus créditos impositivos com atualização monetária, deve solver seus débitos da mesma forma, com a utilização dos mesmos índices, por questão de reciprocidade.

Assim, os valores a serem compensados serão atualizados desde a data do recolhimento até a data em que se efetivar a compensação (Súmula 46 do extinto Tribunal Federal de Recursos e Súmula 162 do Superior Tribunal de Justiça), com a utilização dos mesmos índices usados pela União durante o período para correção de seus créditos. Após 01.01.96 a correção se fará pela taxa SELIC acumulada, na forma preconizada no 4º do artigo 39 da Lei nº 9.250/95. Cumpre ressaltar que a inexistência de mora *debetoris* em sede de compensação é matéria sedimentada em nossos tribunais como se depreende do julgamento da Ap. Cível 98.03.036616-5, rel. Juíza convocada Marisa Santos, em 5.8.98 DJU de 11.11.98, pág. 232.

Quanto à questão da compensação tributária entre espécies, o Colendo STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.137.738/SP, decidiu que se aplica a legislação vigente à época do ajuizamento da demanda. No caso dos autos, aplica-se a compensação na redação atual do artigo 89, da Lei n. 8.212/91.

JURISPRUDÊNCIA

Neste sentido, no caso do pedido deduzido de compensação dos valores recolhidos a maior, o deferimento é de rigor.

Conforme se verifica das informações e documentos apresentados pela Autoridade Impetrada (fls. 75/95), nas competências dos meses de abril, maio e julho do ano de 2013, a Impetrante fez o recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre a receita bruta (fls. 94), enquanto em relação à competência junho/2013, a Impetrante recolheu a contribuição patronal sobre a folha de salários (fls. 95), no importe de R\$ 156.150,04 (cento e cinquenta e seis mil, cento e cinquenta reais e quatro centavos).

Nesse passo, considerando que relativamente à competência junho/2013 houve o recolhimento a maior do tributo, de rigor que o valor seja compensado oportunamente, após o trânsito em julgado da presente sentença.

III. DISPOSITIVO

Ante o exposto, ratifico integralmente a liminar deferida e **CONCEDO A SEGURANÇA** pleiteada, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para reconhecer o direito líquido e certo da impetrante de efetuar o recolhimento da contribuição previdenciária patronal na modalidade substitutiva sobre a receita bruta nas competências de julho a outubro de 2013, com antecipação dos recolhimentos na competência junho/2013, nos termos do artigo 8º, 8º, da Lei 12.546/2011, acrescentado pela Lei 12.844/2013, bem como declarar o direito à compensação dos valores recolhidos a maior pela Impetrante, em relação à competência junho/2013, posto que realizado o recolhimento da contribuição previdenciária sobre a folha de salários, com con-

tribuições previdenciárias vencidas e vincendas, em valor atualizado com emprego dos mesmos índices usados pela Fazenda Nacional para corrigir seus créditos e com atualização monetária na forma do 4º do artigo 39 da Lei n.º 9.250/95 a partir de 01.01.1996 (SELIC) observando-se, todavia, o que preceitua o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Honorários advocatícios indevidos (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmulas 105 do STJ e 512 do STF).

Custas ex lege.

Decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, devendo oportunamente ser remetida ao Egrégio Tribunal Federal da 3ª Região (Artigo 14, 1º, da Lei n.º 12.016/09).

Oficie-se e intime-se a autoridade impetrada e a pessoa jurídica de representação processual da pessoa jurídica interessada para ciência e cumprimento.

P.R.I.O.

Taubaté, 18 de fevereiro de 2014.

Fernando Cezar Carrusca Vieira

(Decisão monocrática disponibilizada no DE Justiça Federal 3ª Região, caderno interior SP e MS, divulgação 07.03.2014, p. 802/805).

Ementas

IMPORTAÇÃO DE BEM DO EXTERIOR POR PRESTADOR DE SERVIÇOS. VIGÊNCIA DA EC Nº 33/2002. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA CRIAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. NECESSIDADE DE EDIÇÃO DA LEI ESTADUAL POSTERIOR A EC E À LC.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 474.267

ORIGEM :AC - 70006482889 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL

PROCED. :RIO GRANDE DO SUL

RELATOR :MIN. JOAQUIM BARBOSA

RECTE.(S) :ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

RECDO.(A/S) :CONSULTÓRIO RADIOLÓGICO DR CARLOS OSÓRIO LOPES LTDA

ADV.(A/S) :ROSELI CACHOEIRA SESTREM

Decisão: Depois do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator), conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, porque em representação do Tribunal no exterior, os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Cezar Peluso (Vice-

-Presidente). Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello (art. 37, I, RI).

Plenário, 25.11.2009. Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Dias Toffoli, conhecendo e negando provimento ao recurso, indicou adiamento o Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator). Ausentes os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 16.12.2010.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto ora reajustado do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário. Plenário, 06.11.2013.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. PESSOA QUE NÃO SE DEDICA AO COMÉRCIO OU À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL. “NÃO CONTRIBUINTE”. VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2002. POSSIBILIDADE. REQUISITO DE VALIDADE. FLUXO DE POSITIVAÇÃO. EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO.

1. Há competência constitucional para estender a incidência do ICMS à operação de importação de bem destinado a pessoa que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, após a vigência da EC 33/2001.

2. A incidência do ICMS sobre operação de importação de bem não viola, em princípio, a regra da vedação à cumulatividade (art. 155, § 2º, I da Constituição), pois se não houver acumulação da carga tributária, nada haveria a ser compensado.

3. Divergência entre as expressões “bem” e “mercadoria” (arts. 155, II e 155, §2, IX, a da Constituição). É constitucional a tributação das operações de circulação jurídica de bens amparadas pela importação. A operação de importação não descaracteriza, tão-somente por si, a classificação do bem pertinentes às operações internas com o mesmo tipo de bem, de modo a afetar os princípios da isonomia e da livre concorrência.

CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA TRIBUTAÇÃO

4. Existência e suficiência de legislação infraconstitucional para instituição do tributo (violação dos arts. 146, II e 155, XII, § 2º, *i* da Constituição). A validade da constituição do crédito tributário depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC 114/2002) e de legislação local resultantes do exercício da competência tributária, contemporâneas à ocorrência do fato jurídico que se pretenda tributar.

5. Modificações da legislação federal ou local anteriores à EC 33/2001 não foram convalidadas, na medida em que inexistente o fenômeno da “constitucionalização superveniente” no sistema jurídico brasileiro. A ampliação da hipótese de incidência, da base de cálculo e da sujeição passiva da regra-matriz de incidência tributária realizada por lei anterior à EC 33/2001 e à LC 114/2002 não serve de fundamento de validade à tributação das operações de importação realizadas por empresas que não sejam comerciais ou prestadoras de serviços de comunicação ou de transporte intermunicipal ou interestadual.

6. A tributação somente será admissível se também respeitadas as regras da anterioridade, cuja observância se afere com base em cada legislação local que tenha modificado adequadamente a regra-matriz e que seja posterior à LC 114/2002.

Recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul conhecido e ao qual se nega provimento. Recurso extraordinário interposto por FF. Claudino ao qual se dá provimento.

(Ementa disponibilizada no STF-DJe nº 55/2014, divulg 19.03.2014, public 20.03.2014, p. 26/27).

ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. NÃO INCIDÊNCIA.

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
756.634

ORIGEM: AC - 70050861525 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

AGTE.(S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

AGDO.(A/S): AGROCURI INDÚSTRIA E COMERCIO DE CEREAIS LTDA

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

Decisão:

A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora. Unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 11.3.2014.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 06.12.2012.

O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito desta Excelsa Corte, no sentido de que o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, da mesma empresa, sem transferência de propriedade, não é hipótese de incidência do ICMS.

Para caracterização de ofensa à reserva de plenário faz-se necessário que a decisão do órgão fracionário lastreie-se, ainda que de forma tácita, em juízo de incompatibilidade entre a norma legal e a Magna Carta, situação inócurrenente na espécie.

Agravo regimental conhecido e não provido.

(Ementa disponibilizada no STF-DJe nº 59/2014, divulg 25.03.2014, public 26.03.2014, p. 70).

INDÚSTRIA DO CIGARRO. REGISTRO ESPECIAL DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO-PAGAMENTO DE TRIBUTO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 550.769

ORIGEM : AC - 200551100070573 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

RECTE.(S) : AMERICAN VIRGINIA INDÚSTRIA COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO DE TABACOS LTDA

ADV.(A/S) : ANTONIO VITAL RAMOS DE VASCONCELOS E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : UNIAO

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

RECDO.(A/S) : INSTITUTO BRASILEIRO DE ETICA CONCORRENCIAL

ADV.(A/S) : ANA TEREZA PALHARES BASILIO

ADV.(A/S) : GABRIELA OLIVEIRA TELLES DE VASCONCELLOS

ADV.(A/S) : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

INTDO.(A/S) : SINDICATO DA INDÚSTRIA DO FUMO DO ESTADO DE SAO PAULO - SINDIFUMO

ADV.(A/S) : JAYME ARCOVERDE DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI

FILHO

Decisão: Apos o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (relator), que conhecia e negava provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram: pela recorrente, o Dr. Marcio Luiz Silva; pelo assistente, o Dr. Jayme Arcoverde de Albuquerque

que Cavalcanti Filho; pelo recorrido, Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga e, pela recorrida, União, o Dr. Claudio Xavier Seefelder Filho, Procurador da Fazenda Nacional. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 07.05.2008.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausente, neste julgamento, a Ministra Carmen Lucia. Plenário, 22.05.2013.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO-PAGAMENTO DE TRIBUTO. INDÚSTRIA DO CIGARRO. REGISTRO ESPECIAL DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO. DECRETO-LEI 1.593/1977, ART. 2o, II.

1. Recurso extraordinário interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2a Região, que reputou constitucional a exigência de rigorosa regularidade fiscal para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros (DL 1.593/1977, art. 2o, II).

2. Alegada contrariedade a proibição de sanções políticas em matéria tributaria, entendidas como qualquer restrição ao direito fundamental de exercício de atividade econômica ou profissional lícita. Violação do art. 170 da Constituição, bem como dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

3. A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicação de sanção política em matéria tributaria. Contudo, para se caracterizar como sanção política, a norma extraída da interpretação do art. 2o, II, do Decreto-lei 1.593/1977 deve atentar contra os seguintes parâmetros:

(1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; (2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não pagamento implica a cassação do registro especial.

4. Circunstancias que não foram demonstradas no caso em exame.

5. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.

(Ementa publicada no STF - DJe nº 66/2014, divulgação 02.04.2014, publicação 03.04.2014, p. 44/45).

EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. EMPRESAS COM MESMA ATIVIDADE. CO-RESPONSABILIDADE PELO DÉBITO.

AC - 569092/RN - 0001339-81.2013.4.05.8400

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI

ORIGEM : 6ª Vara Federal do Rio Grande do Norte (Competente p/ Execuções Fiscais)

APTE : FF DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA e outros

ADV/PROC : MARCELO ALFF VENEZIANI e outros

APDO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO FRAUDULENTO. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. REDIRECIONAMENTO.

1. É cediço que o parcelamento é causa de suspensão de exigibilidade do crédito tributário (art. 151, VI, CTN), e é precedido de confissão de dívida, que, por sua vez, é causa de interrupção da prescrição da ação de cobrança (art. 174, p.u., IV, CTN); sendo certo também que a data da exclusão do parcelamento é o marco do reinício da contagem da prescrição e retorno à exigibilidade plena dos débitos, e não a data da inadimplência da executada quanto às obrigações do parcelamento (PAES), como defendida pelos apelantes.

2. No caso concreto, o parcelamento foi rescindido em 30/10/2009 por meio do ADE/DRF/NAT/RN 04/2009. Portanto, não há se falar em prescrição intercorrente no período compreendido entre 29/08/2003 e 30/09/2009, porquanto o parcelamento encontrava-se ativo, com a interrupção do prazo prescricional.

3. Considerando que a compreensão desta Relatoria sobre a questão litigiosa em apreço guarda, em parte, perfeita sintonia com a apresentada pelo Juízo de Primeiro Grau que, por sua vez, encontra-se em consonância com o entendimento desta egrégia Turma, adotam-se, como razões de decidir (motivação per relationem - STF. ARE 657355 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., julgado em 06/12/2011), os fundamentos exarados na decisão proferida no feito executivo que ora adoto como razões de decidir, passando a incorporar o presente voto.

4. “Pela análise dos documentos constantes nos autos (fls. 48 e o dossiê fornecido pela JUCERN às fls. 198), notam-se consideráveis indícios de que a executada G.C. DA FONSECA e a empresa F.F. - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. ME exploram o mesmo ramo de atividade (comércio atacadista de hortifrutigranjeiros), composto pelo

mesmo grupo familiar (Gilvan Cavalcante da Fonseca e Maria Aparecida Fernandes da Fonseca são cônjuges e Leonides Fernandes da Fonseca, a filha do casal), com unidade de atuação empresarial e situadas no mesmo endereço.”

5. “Perceba-se que apesar de na administração da F.F. - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. ME constar, formalmente, apenas o nome da Senhora Leonides Fernandes da Fonseca (fls. 198), a situação que se apresenta de fato é que o Senhor Gilvan Fonseca é o verdadeiro dono da referida empresa (como constatou, in loco; a oficiala de justiça à fls. 230).”

6. “Os documentos de fls. 205/207 mostram que houve a transferência de um bem de suas propriedades para a filha no ano de 2000, quando já em curso a Execução Fiscal (ajuizada em 27/07/1999 e citação da empresa em 23/08/1999 - fl. 36). Além disso, o dossiê acostado à petição também mostra que a filha do casal adquiriu um imóvel no valor de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) no ano de 2006, apesar de apresentar declarações de isenção de imposto de renda até o ano de 2007 (fls. 220/221).”

7. Conclui-se, portanto, que a hipótese, mais do que sucessão tributária, é de propriedade pelo Senhor Gilvan Cavalcante da Fonseca da empresa F. F. - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. ME formalmente constituída que não só pertence ao mesmo grupo econômico, mas também que foi criada, única e exclusivamente, para dar continuidade as atividades desenvolvidas pela empresa anterior, sem que estivesse contaminada por seus débitos. Assim, constatada a existência de sucessão tributária, afigura-se legítimo o redirecionamento da execução fiscal.

8. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, DECIDE a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 03 de abril de 2014 (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FLÁVIO LIMA

Relator Convocado

(Ementa disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico TRF5, edição 69/2014, disponibilização 11.04.2014, p. 103).

ISS. SERVICOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA RESIDUAL EM RELAÇÃO A CONFECÇÃO DE FICHAS TELEFÔNICAS. NÃO INCIDÊNCIA.

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.752

ORIGEM :AMS - 200102010470372 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

PROCED. :RIO DE JANEIRO

RELATOR :MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S) :MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO

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

AGDO.(A/S) :CASA DA MOEDA DO BRASIL - CMB

ADV.(A/S) :DEBORAH BARRETO MENDES

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 18.3.2014.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, INC. VI, A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXTENSÃO EM FAVOR DA CASA DA MOEDA. RESTRIÇÃO AS ATIVIDADES NAS QUAIS A EMPRESA ATUA COMO DELEGATÁRIA DA UNIÃO. SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA RESIDUAL EM RELAÇÃO À CONFECÇÃO DE FICHAS TELEFÔNICAS. NÃO INCIDÊNCIA DO ISS.

1. Ao atuar em regime de concorrência com o particular, o ente integrante da administração indireta não pode gozar de benefícios inextensíveis aos demais agentes do setor privado. Por tal razão, a norma imunizante só alcança os serviços prestados em regime de exclusividade, com base em expressa delegação da União.

2. Os serviços de composição gráfica realizados em fichas telefônicas são prestados em caráter privado. Apesar da atividade não estar acobertada pela imunidade, não há como reconhecer a incidência do ISS na hipótese em virtude de os serviços serem meramente residuais em relação à operação de circulação de tais mercadorias. Aplicam-se ao caso as conclusões do Supremo Tribunal Federal sobre a composição de serviços gráficos em embalagens (ADI 4.389-MC).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Ementa publicada no STF - DJe nº 73/2014, divulgação 11.04.2014, publicação 14.04.2014, p. 50/51).

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO EM DCTF. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PREVISTAS NA IN SRF 201/2012. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. DEVER DO FISCO DE FISCALIZAR A COMPENSAÇÃO INFORMADA EM DCTF.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0010724-04.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.010724-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E
CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO(A) : MAN FERROSTAAL DO BRASIL COM/
E IND/ LTDA
ADVOGADO : SP161413A JOANA PAULA GONÇALVES
MENEZES BATISTA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 14 VARA SAO
PAULO Sec Jud SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO INFORMADA EM DECLARAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS. ART. 74 DA LEI Nº 9.430/96. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO PRÓPRIA. IRREGULARIDADE MERAMENTE FORMAL.

1. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o fato de a compensação ser informada em DCTF não legitima sua desconsideração pelo Fisco. No caso de rejeição de compensação informada em DCTF pelo contribuinte, é indispensável a instauração do

regular processo administrativo fiscal para que o suposto crédito tributário seja constituído, tornando-se então exigível.

2. Trata-se, no caso dos autos, de uma irregularidade meramente formal, não havendo qualquer prejuízo concreto à atuação do Fisco.

3. Portanto, em que pese não ter sido adotada pela parte autora a forma de compensação prevista na IN SRF 210/2002, que vigia ao tempo do procedimento por ela adotado, não há como a União Federal simplesmente desconsiderar o crédito do contribuinte.

4. A validação dos créditos tributários compensados dependeria de dilação probatória, não requerida pela parte autora, a quem caberia esse ônus (art. 333, I, do Código de Processo Civil), razão pela qual deve ser assegurado o poder-dever de o Fisco proceder ao indeferimento da compensação em caso de créditos não aproveitáveis segundo a legislação de regência

5. Em face da sucumbência recíproca, ficam mantidos os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, distribuídos entre as partes em iguais proporções.

6. Apelação, remessa oficial e recurso adesivo improvidos.

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 maioria, negar provimento aos recursos voluntários e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

CIRO BRANDANI

Juiz Federal Convocado

JURISPRUDÊNCIA

(Ementa de acórdão disponibilizada no DE da Justiça Federal da 3ª Região, divulgação 08.05.2014, p. 286/287).

COMPENSAÇÃO DECLARADA EM FORMULÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE USO DO PERDCOMP. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA CONSIDERAR A COMPENSAÇÃO COMO NÃO-DECLARADA. CRÉDITO DE TERCEIRO RECONHECIDO POR DECISÃO JUDICIAL. OBRIGATORIEDADE DO EXAME.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019516-68.2010.4.03.6100/SP

2010.61.00.019516-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN
APELANTE : BRAMPAC S/A e filial
: BRAMPAC S/A filial
ADVOGADO : SP216360 FABIANA BETTAMIO
: VIVONE TRAUZOLA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E
: CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 00195166820104036100 25 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE TIDA COMO NÃO DECLARADA. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NA LEI 9.430/96 E ALTERAÇÕES. SEGUIMENTO DOS RESPECTIVOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E DAS RESPECTIVAS INSCRIÇÕES EM DÍVIDA ATIVA.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado com vistas à obtenção de provimento que assegure o regular processamento dos recursos administrativos interpostos nos doze procedimentos administrativos que relaciona, na forma dos §§ 9º a 11, do art. 11, da Lei nº 9.430/96, ou seja, através do rito processual previsto no Decreto nº 70.235/72 e com suspensão da exigibilidade do crédito tributário, à luz do art. 151, III, do Código Tributário Nacional. E, ainda, o cancelamento das quatorze inscrições em Dívida Ativa da União que indica, ou a suspensão de sua exigibilidade, até decisão irrecorrível, posto que relativas aos débitos objetos das compensações tributárias, discutidos nos aludidos procedimentos.

2. Na hipótese dos autos, a autoridade fiscal considerou como não-declaradas todas as compensações, em razão de (1) tratar-se de crédito de terceiro; (2) a compensação de créditos reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado necessita prévia habilitação do crédito pela DRF de origem e apresentação pelo sujeito passivo à RFB da Declaração de Compensação gerada a partir do programa PER/DCOMP; (3) não se pode compensar o valor pedido em restituição indeferido por autoridade competente, mesmo pendente de decisão definitiva administrativa (inc. XIII, § 3º, art. 34, IN 900/2008).

3. A primeira vedação, compensação com crédito de terceiro, instituída pelas Leis 10.637/02 e 11.051/04, não se aplica à situação da impetrante, que exerceu direito reconhecido judicialmente. De fato, pelo MS nº

98.0016658-0, transitado em julgado em 18/04/2001, reconheceu-se o direito da Nitriflex ao creditamento do IPI em face das aquisições de matéria-prima e embalagens isentas ou tributadas a alíquota zero e com o MS nº 2001.51.10.001025-0, no exame da AMS 2001.02.01.035232-6, pelo TRF/2, com trânsito em julgado em 26/08/2003, foi reconhecido o direito de repassar aludido crédito a terceiros.

4. Imperioso anotar que, à época, era prevista a compensação com crédito de terceiro (IN SRF 21/1997: art. 15).

5. Induvidosa, portanto, a ilegalidade do argumento invocado pelo fisco no caso específico da impetrante, posto que prevalece a decisão judicial transitada em julgado que autoriza a utilização do crédito da Nitriflex por terceiros.

6. Não se desconhece que a Fazenda Nacional ajuizou ação rescisória perante o TRF/2 (2003.0201.005675-8), em 15/04/2003, quanto ao acórdão no MS 98.0016658-0, pleiteando a prolação de “*outra decisão, reconhecendo: (1) a inconstitucionalidade do elastério para dez anos da decadência do direito de repetição de indébitos para afastar o direito a créditos fictos com mais de cinco anos a partir da data do ajuizamento do mandamus original; e (2) a inconstitucionalidade e ilegalidade do aproveitamento de créditos virtuais de IPI, para tornar improcedentes os pedidos da mesma ação primitiva, restabelecendo-se para o tema quanto foi decidido na sentença de primeiro grau daquela lide*” (fls. 841/860).

7. E embora na ação rescisória 2003.0201.005675-8, o TRF/2 tenha julgado em parte procedente o pedido, apenas no tocante à redução do prazo prescricional, a NITRIFLEX ajuizou na Suprema Corte a RCL 9.790, em que deferida liminar, em 25/02/2010, pela Min. Carmen Lúcia, “*para determinar a suspensão da Ação Rescisória n. 2003.02.01.005675-8, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, até a decisão final desta Reclamação*” (fls. 861/874). Recentemente, a RCL 9.790 foi julgada procedente e transitada em julgado.

8. Não é demais ressaltar que ademais que o tão só ajuizamento de ação rescisória não impediria o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, nos termos do artigo 489 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 11.280/06, salvo se determinado em sede cautelar ou antecipatória da tutela.

9. Ademais, a ação rescisória ajuizada pela União não discute a possibilidade de repasse do crédito a terceiros e, como visto, também não modificou o entendimento acerca do direito ao mesmo. De reverso, transitado em julgado o Mandado de Segurança nº 2001.51.10.001025-0, no qual garantido este direito à Nitriflix, agiu abusivamente a autoridade fiscal.

10. O segundo fundamento adotado para enquadrar as compensações como não-declaradas imbrica-se à inexistência de prévia habilitação do crédito reconhecido em decisão judicial pela DRF de origem e Declaração de Compensação gerada a partir do programa PER/DCOMP (fls. 465/476).

11. Ora, nos termos da referida decisão, o contribuinte alegou não ter conseguido transmitir a PER/DCOMP eletrônica, porque seu CNPJ é distinto do CNPJ do processo de habilitação do crédito, pedido pela NITRIFLEX, PA nº 13746.000191/2005-51, que estaria em fase de recurso administrativo para ser apreciado na DRJ de Juiz de Fora/MG.

12. No caso, tal situação impediria, pelo menos em tese, a utilização do PER/DCOMP eletrônica, vez que as empresas possuem CNPJ's diversos.

13. Porém, o que realmente interessa é que esta hipótese não está prevista no rol taxativo do § 12 do artigo 74 da Lei 9.430/96, ou seja, o uso de formulário, por impedimento da PER/DCOMP, não constitui fundamento válido a que as compensações sejam dadas como não-declaradas, a desaguar na ilegalidade da decisão fiscal também quanto a este ponto.

14. O terceiro fundamento invocado pelo Fisco foi a impossibilidade de compensar o valor pedido em restituição indeferida por autoridade

competente, ainda que pendente de decisão definitiva administrativa, na forma do previsto no inciso XIII, § 3º, do artigo 34 da IN 900/2008, cujo fundamento de validade reside no inciso VI, § 3º, do artigo 74 da Lei 9.430/96.

15. Mais uma vez excedeu-se a autoridade coatora, na medida em que, também esta justificativa para considerar a compensação não declarada não encontra amparo no rol taxativo do § 12, do art. 74 da Lei nº 9.430/96. Não há previsão para a hipótese de *insuficiência de créditos e a impossibilidade jurídica da compensação*.

16. Ademais, a hipótese não se quadra no indicado inciso VI do § 3º, do mesmo artigo 74 (*VI - o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal - SRF, ainda que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa*). Não houve pedido de restituição ou de ressarcimento, mas sim de compensação com créditos de terceiro reconhecidos judicialmente e também administrativamente (PA 10735.000001/99-18 e PA 10735.000202/99-70).

17. Além disso, aqui os débitos diferem daqueles tratados no PA 10880.013824/98-86 (fls. 876/897), citado na decisão administrativa e, portanto, também não seria o caso do inciso V, do § 3º.

18. Como bem ressaltado na decisão da lavra do E. Des. Fed. Carlos Muta, no Agravo de Instrumento nº 0036838-68.2010.403.0000, que concedeu a liminar nestes autos, *A ampliação do rol das hipóteses de compensação não-declarada é manifestamente contrária ao § 14, que apenas prevê a competência da Receita Federal de atuar na disciplina infralegal, de adequação e não de inovação, “inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação”*. Note-se, como diretriz e princípio, que a regra geral da recorribilidade apenas pode ser excluída por norma legal expressa, e não por ato normativo infralegal, em consonância, de resto, com a própria jurisprudên-

cia consolidada no sentido de que o artigo 151, III, do CTN, antes mesmo da Lei nº 9.430/96 com suas alterações, tem aplicação, em seu efeito suspensivo da exigibilidade, nas hipóteses de manifestação, recurso ou impugnação administrativa de decisões proferidas em procedimentos de compensação fiscal.

19. Assim, padece de ilegalidade a decisão administrativa que considerou as compensações não declaradas, quando a hipótese, na verdade, é de não homologação, se o caso.

20. Cabe, ainda, tomar em conta, que a questão atinente ao quantum do crédito, ao contrário do afirmado pela autoridade fiscal, foi resolvida pela homologação no PA 10735.000001/99-18, desde 13/12/2000, no valor de R\$ 62.235.433,54. E, ainda, há outro crédito homologado no valor de R\$ 4.291.283,55, em 29/09/1999, no PA 10735.000202/99-70, diante do aditamento do pedido no PA 10735.000001/99-18, embora não reste claro se deve ser somado ou se já está incluso nos R\$ 62.235.433,54. E estes valores ainda pendem de atualização, tendo em vista a decisão judicial transitada em julgado no MS nº 99.00.60542-0, no qual foi concedida em parte a segurança, para assegurar a inclusão de *juros de mora de 1% ao mês, no período compreendido de 01.08.88 até 31.12.95, além dos expurgos inflacionários referentes aos meses de janeiro de 1989 (42,72%), março de 1990 (84,32%), abril de 1990 (44,80%), maio de 1990 (7,87%) e fevereiro de 1991 (21,87%)*.

21. Sabe-se que a NITRIFLEX procedeu a inúmeras compensações e cedeu parte dos créditos para terceiros, incluindo a impetrante, estando pendente de decisão administrativa definitiva o PA 10880.013824/98-86, relativo a algumas de tais compensações.

22. Porém, à vista da necessidade de recálculo de tais valores, somente administrativamente se poderá aferir a suficiência ou não das compensações, após a devida análise da autoridade fiscal, consideradas todas as decisões transitadas em julgado e não modificadas, inclusive a que reconheceu o crédito e prazo prescricional decenal (MS nº 98.16658-0), tendo

JURISPRUDÊNCIA

em vista que a RCL 9.790 foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal e derrubou a decisão da ação rescisória nº 2003.0201.005675-8.

23. O que importa para garantir o direito pleiteado é que nenhuma das justificativas apresentadas para considerar as compensações como não declaradas encontra amparo legal, donde que se trata, na verdade, de hipóteses de não homologação da compensação.

24. Apelo da impetrante a que se dá parcial provimento, para reformar a r. sentença e autorizar o seguimento dos recursos voluntários interpostos em face dos procedimentos administrativos indicados na inicial, com a respectiva remessa ao Conselho de Contribuintes e suspensão da exigibilidade do crédito tributário, na forma do § 11, do art. 74, da Lei nº 9.430/96, bem como das respectivas inscrições em Dívida Ativa da União, cessada, ainda, a condenação em litigância de má-fé.

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, dar parcial provimento ao apelo da impetrante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

ROBERTO JEUKEN

Juiz Federal Convocado

(Ementa de acórdão disponibilidade no DE da Justiça Federal da 3ª Região, divulgação 08.05.2014, pp. 338/340).

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ALTERAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO PELA PORTARIA 1.135/2001 DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE.

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 25.476

ORIGEM :MS - 7790 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) :CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE
- CNT

ADV.(A/S) :WILFRIDO AUGUSTO MARQUES E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) :UNIÃO

ADV.(A/S) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: A Turma, acolhendo proposta do Relator, afetou o julgamento da presente causa ao Plenário do Tribunal. 2ª. Turma, 13.06.2006.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), negando provimento ao recurso, e do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio manifestando pela divergência, no que foi acompanhado pela Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Perence, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Falou pela recorrida, União, o Ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-

JURISPRUDÊNCIA

-Geral da União. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 18.10.2006.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, que lavrará o acórdão, deu provimento ao recurso, vencidos os Ministros Eros Grau (Relator) e Gilmar Mendes. Impedidos os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux. Não participou da votação o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 22.05.2013.

TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. A fixação da base de incidência da contribuição social alusiva ao frete submete-se ao princípio da legalidade.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – FRETE – BASE DE INCIDÊNCIA – PORTARIA – MAJORAÇÃO. Surge conflitante com a Carta da República majorar mediante portaria a base de incidência da contribuição social relativa ao frete.

MANDADO DE SEGURANÇA – BALIZAS. No julgamento de processo subjetivo, deve-se observar o pedido formalizado.

(Ementa publicada no STF - DJe nº 99/2014, divulgação 23.05.2014, publicação 26.05.2014, p. 45/46).

