

JURISPRUDÊNCIA

INTEIRO TEOR

IMPORTAÇÃO DE BEM DO EXTERIOR POR SOCIEDADE CIVIL PRESTADORA DE SERVIÇOS. IPI NA IMPORTAÇÃO. INEXIGIBILIDADE.

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 643.525 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) :UNIÃO

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

AGDO.(A/S) :CLÍNICA RADIOLÓGICA DA CIDADE DE PASSO FUNDO LTDA

ADV.(A/S) :ULISSES ANDRÉ JUNG

EMENTA

Agravo regimental no recurso extraordinário. Incidência do IPI na importação de produtos por sociedade civil prestadora de serviços. Impossibilidade. Operação dissociada da base econômica constitucionalmente definida.

1. A jurisprudência vem evoluindo para entender que o critério material de incidência na importação não pode decorrer da mera entrada

JURISPRUDÊNCIA

de um produto no país, na medida em que o IPI não é um imposto próprio do comércio exterior.

2. A base econômica do IPI é única, devendo ser analisada à luz do art. 153, inciso IV e § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

3. Não há previsão constitucional expressa que ampare a incidência do IPI na importação, diferentemente do que ocorre com o ICMS, a que se refere o art. 155, § 2º, inciso IX, alínea a, da Constituição Federal, com a redação da EC nº 33/01.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, 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, 26 de fevereiro de 2013.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

26/02/2013

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 643.525 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) :UNIÃO

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

AGDO.(A/S) :CLÍNICA RADIOLÓGICA DA CIDADE DE PASSO FUNDO LTDA

ADV.(A/S) :ULISSES ANDRÉ JUNG

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

A União interpõe tempestivo agravo regimental contra a decisão pela qual dei provimento ao recurso extraordinário, com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, assim ementado:

‘TRIBUTÁRIO. IPI SOBRE IMPORTAÇÃO POR SOCIEDADE CIVIL PRESTADORA DE SERVIÇOS. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO-CUMULATIVIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO OU COMPENSAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO.

Não há violação ao princípio constitucional da isonomia em relação à importação de veículos por pessoas físicas, porquanto inexistente a equivalência de situações.

O que se pretende evitar com o princípio da não-cumulatividade é a sobreposição do tributo sobre ele próprio, impedindo incidências sucessivas nas diversas operações da cadeia econômica, o que implicaria um ônus tributário elevado. O autor é consumidor final (contribuinte de fato), importou para uso próprio o produto industrializado, logo não há falar em violação ao princípio da não-cumulatividade diante da impossibilidade de repassar ou abater o tributo na próxima operação, porquanto nenhum consumidor final pode fazê-lo.

Desprovido o recurso no que tange ao primeiro pedido, resta prejudicado o segundo, relativo à repetição do indébito tributário ou compensação.' (fl. 224)

Alega a recorrente que o acórdão recorrido, ao deixar de reconhecer a inconstitucionalidade da incidência do IPI na importação de equipamentos médicos, por pessoa jurídica prestadora de serviço que não industrializa produtos, violou as normas constitucionais contidas no art. 153, inciso IV, § 3º, inc. II, Constituição Federal.

Decido.

A hipótese dos autos cuida da incidência do IPI nos casos de importação de equipamentos médicos por pessoa jurídica prestadora de serviço, para uso próprio, questão essa que vem, de há muito, sendo decidida uniformemente por ambas as Turmas no sentido de sua inconstitucionalidade.

Com efeito, a jurisprudência da Corte é firme ao assentar que o contribuinte do IPI, na operação de importação, é aquele que tem um estabelecimento comercial ou industrial destinado à exploração econômica de produtos industrializados. Segundo essa jurisprudência, o que viabiliza a cobrança desse imposto, na importação, não é a mera entrada do produto no país, mas seu ingresso como produto industrial destinado ao comércio.

Nos autos do RE nº 255.682/RS-Agr, o Ministro Carlos Velloso, citando precedente consubstanciado no RE nº 203.075/DF, Relator Ministro Maurício Corrêa, é categórico ao afirmar o seguinte:

‘Para viabilizar a cobrança do ICMS, em caso tal, foi promulgada a EC 33, de 12.12.2001, que alterou a redação da alínea a do inc. IX do art. 155 da C.F. Com relação ao IPI, entretanto, não há disposição igual. O que há, simplesmente, é o dispositivo constitucional que estabelece o princípio da não-cumulatividade, de obediência obrigatória, evidentemente e, pelo legislador ordinário (C.F., art. 153, IV, § 3º, II).’

No mesmo sentido:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA FÍSICA. USO PRÓPRIO.

1. Não incide o IPI em importação de veículo automotor, para uso próprio, por pessoa física. Aplicabilidade do princípio da não cumulatividade. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento.’ (RE

JURISPRUDÊNCIA

nº 501.773/SP-AgR, Relator o Ministro Eros Grau , Segunda Turma, Dje 15/8/08)

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO POR PESSOA FÍSICA PARA USO PRÓPRIO. NÃO-INCIDÊNCIA. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA NÃOCUMULATIVIDADE.

1. Não incide o IPI sobre a importação, por pessoa física, de veículo automotor destinado ao uso próprio. Precedentes: REs 255.682-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; 412.045, da minha relatoria; e 501.773-AgR, da relaria do ministro Eros Grau.

2. Agravo regimental desprovido.’ (RE 255.090/RSAgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto , 24/8/10)

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ACÓRDÃO QUE ENTENDEU DEVIDOS O IPI E O ICMS, NA IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR PARA USO PRÓPRIO, POR PESSOA FÍSICA QUE NÃO É

COMERCIANTE NEM EMPRESÁRIO. APELO EXTREMO PROVIDO, PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DO IPI. ALEGADA OMISSÃO QUANTO AO ICMS.

A simples leitura das razões do recurso extraordinário revela que a parte agravante submeteu a esta excelsa Corte unicamente a questão relativa ao IPI. Ao fazê-lo, ressaltou a possibilidade de discussão acerca do ICMS em outra lide.

Presente esta moldura, não há falar em omissão. Agravo regimental desprovido.

Condenação da parte agravante a pagar à parte agravada multa de 10 (dez por cento) do valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. Isto com lastro no § 2º do art. 557 do Código de Processo Civil. (RE 412.045/PE-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJ 17/11/06)

Citem-se, ainda, as seguintes decisões monocráticas: AI 610.461/SP, Ministro Cezar Peluso, DJ de 24/10/06; RE nº 255.090, Relator o Ministro Ayres Britto, DJ de 8/10/10; RE nº 272.230, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 10/1/06.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para julgar procedente o pedido inicial.

Condeno a recorrida no pagamento das custas e em honorários de advogado, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, em R\$ 3.000,00

Publique-se.”

Alega a agravante que a decisão atacada incorreu em erro material quanto ao verdadeiro objeto dos autos. Defende que o processo não versa sobre a importação de veículos por pessoa física, mas, sim, sobre a importação de equipamentos médico-hospitalares por pessoa jurídica prestadora de serviços.

JURISPRUDÊNCIA

Afirma, in verbis, que

“[o] que deve ser decidido no presente processo é se incide ou não IPI sobre operações de importações de equipamentos por pessoas jurídicas prestadoras de serviços, debate jurídico com autonomia suficiente a merecer uma análise colegiada.”

É relatório.

26/02/2013

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 643.525 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme consignado em relatório, pretende a agravante demonstrar um suposto erro material quanto ao objeto da controvérsia, aduzindo que um precedente que trata da importação de um veículo por pessoa física para uso próprio não poderia amoldar-se ao feito em comento, em que a importação foi realizada por pessoa jurídica prestadora de serviços.

Contudo, a irresignação não merece prosperar. A jurisprudência vem evoluindo para entender que o critério material de incidência do IPI não pode decorrer da mera entrada de um produto no país, na medida em que o tributo não é um imposto próprio do comércio exterior. Conforme assevera a doutrina, de forma uníssona, o IPI é um imposto sobre a produção.

Conforme assentado pela decisão monocrática, ambas as Turmas deste Supremo Tribunal Federal sustentam o entendimento de que não deve incidir o IPI nas operações de importação por pessoa física não contribuinte habitual do imposto, o que ocorreu com o ICMS até o advento da EC nº 33/01.

Nos autos do RE nº 255.682/RS-AgR, o Ministro Carlos Velloso, citando precedente consubstanciado no RE nº 203.075/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, foi categórico ao afirmar o seguinte:

“Para viabilizar a cobrança do ICMS, em caso tal, foi promulgada a EC 33, de 12.12.2001, que alterou a redação da alínea “a” do inciso IX, do art. 155 da CF. Com relação ao IPI, entretanto, não há disposição igual. O que há, simplesmente, é o dispositivo constitucional que estabelece o princípio da não-cumulatividade, de obediência obrigatória, evidentemente, pelo legislador ordinário (CF., art. 153, IV, §3º, II)” (RE 255.682/RSAgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 10/2/06).

Para a legitimidade da cobrança, é imprescindível que a tributação se encontre adequada com a base econômica definida constitucionalmente. Conforme ressalta o excerto do voto acima, quanto ao caráter

aduaneiro, existe disposição constitucional específica para o ICMS; contudo, com relação ao IPI, não há disposição semelhante. A doutrina especializada aborda de forma precisa a questão:

“(...) reputamos inconstitucional a incidência do IPI na importação de produto estrangeiro. O momento da entrada do produto estrangeiro industrializado no país somente deverá incidir o Imposto de Importação, pois este fato concretiza apenas a hipótese normativa do Imposto Alfandegário. O simples argumento de que a importação tanto pode ser de produto de produto não industrializado, em razão do silêncio do legislador constituinte, não legitima a cobrança do IPI na importação. O cerne do problema é se a importação de produto industrializado também realiza a hipótese fática do IPI. E quanto a isso há duas linhas de pensamento totalmente opostas: 1ª que entende incidir o IPI tão só sobre o produto, e aí, ao ingressar o produto no território nacional, sendo industrializado, certamente o importador deverá pagar tanto o Imposto de Importação como o IPI; e 2ª) que considera também importante para a incidência do IPI a fase de produção, a qual somente terá relevância jurídica para a cobrança do imposto quando ocorrida no país. (...) IPI sobre a importação de produto estrangeiro industrializado ultrapassa seus limites constitucionais.” (grifei) (LIMA, Rogério. A inconstitucionalidade do IPI na importação. RDDT, nº 77, p.128 e 132).

Pouco importa se o importador é pessoa física ou pessoa jurídica prestadora de serviços, o que importa é que ambos não sejam contribuintes habituais do imposto. A base econômica do IPI é única, devendo ser analisada à luz do art. 153, inciso IV e § 3º, inciso II, da Constituição Federal. A incidência do tributo ocorre sobre operações

com produtos industrializados, ou seja, sobre negócios jurídicos que tenham por objeto bem submetido a processo de industrialização por um dos contratantes.

Pelas razões expostas, os precedentes que denotam a não incidência do imposto nas importações de veículos por pessoa física guardam estrita pertinência com o feito em comento. Em ambos os casos, o imposto estaria incidindo sem uma correlação imediata com sua base econômica constitucionalmente definida, de modo que seu critério material estaria associado tão somente ao ingresso do produto no país.

Firme nas razões delineadas e certo de que o agravante não deduziu fundamentos suficientes para afastá-las, deve ser mantida a decisão atacada.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do agravo regimental

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 643.525

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

JURISPRUDÊNCIA

AGTE.(S) : UNIÃO

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

AGDO.(A/S) : CLÍNICA RADIOLÓGICA DA CIDADE DE PASSO FUNDO LTDA

ADV.(A/S) : ULISSES ANDRÉ JUNG

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 26.2.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

(Ementa disponibilizada no DJe-STF 78/2013, divulg 25.04.2013 public 26.04.2013, p. 23).

PIS E COFINS NÃO-CUMULATIVOS. APROVEITAMENTO DE DESPESAS DE PROPAGANDA E MARKETING POR SUPERMERCADO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DE BENEFÍCIO FISCAL.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.020.991 - RS (2008/0000796-8)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
RECORRENTE : MASTER ATS SUPERMERCADOS LTDA
ADVOGADO : MARCIANO BUFFON E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : RODRIGO PEREIRA DA SILVA FRANK
E OUTRO(S)
CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CREDITAMENTO. LEIS Nº 10.637/2002 E 10.833/2003. NÃO-CUMULATIVIDADE. ART. 195, § 12, DA CF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. INSTRUÇÕES NORMATIVAS SRF 247/02 e SRF 404/04. EXPLICITAÇÃO DO CONCEITO DE INSUMO. BENS E SERVIÇOS EMPREGADOS OU UTILIZADOS DIRETAMENTE NO PROCESSO PRODUTIVO. BENEFÍCIO FISCAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 111 CTN.

JURISPRUDÊNCIA

1. A análise do alcance do conceito de não-cumulatividade, previsto no art. 195, § 12, da CF, é vedada neste Tribunal Superior, por se tratar de matéria eminentemente constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. As Instruções Normativas SRF 247/02 e SRF 404/04 não restringem, mas apenas explicitam o conceito de insumo previsto nas Leis 10.637/02 e 10.833/03.

3. Possibilidade de creditamento de PIS e COFINS apenas em relação aos bens e serviços empregados ou utilizados diretamente sobre o produto em fabricação.

4. Interpretação extensiva que não se admite nos casos de concessão de benefício fiscal (art. 111 do CTN). Precedentes: AgRg no REsp 1.335.014/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8/2/13, e REsp 1.140.723/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/9/10.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido parcialmente o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de abril de 2013(data do julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.020.991 - RS (2008/0000796-8)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
RECORRENTE : MASTER ATS SUPERMERCADOS LTDA
ADVOGADO : MARCIANO BUFFON E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : RODRIGO PEREIRA DA SILVA FRANK
E OUTRO(S)
CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de recurso especial manejado por contribuinte, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 124):

PIS. COFINS. NÃO -CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO DE INSUMO. LEIS Nº 10.637/2002 E 10.833/2003.

A nova sistemática de tributação não-cumulativa do PIS e da COFINS, prevista nas Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, confere ao sujeito passivo do tributo o aproveitamento de determinados créditos previstos na

legislação, excluídos os contribuintes sujeitos à tributação pelo lucro presumido.

Insumo é tudo aquilo que é utilizado no processo de produção e, ao final, integra-se ao produto, seja bem ou serviço. Desse modo, a vigilância e a limpeza, a publicidade, o aluguel e a energia elétrica não são insumos dos prestadores de serviços. Se o legislador quisesse alargar o conceito de insumo para abranger todas as despesas do prestador de serviço, o artigo 3º das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003 não traria um rol detalhado de despesas que podem gerar créditos ao contribuinte.

Os benefícios da não-cumulatividade foram conferidos aos optantes pela tributação pelo lucro real, acompanhados de uma alíquota superior (7,6%), enquanto que a alíquota menor (3%, prevista no artigo 8º da Lei nº 9.718/98) aplica-se às empresas optantes pelo sistema do lucro presumido inexistindo, nesse caso, vantagens fiscais semelhantes. Assim, o próprio sujeito passivo escolhe a modalidade de apuração da COFINS e do PIS mais vantajosa.

O artigo 195, §12. da carta magna confere à lei a competência para definir os setores de atividade econômica para os quais o PIS e a COFINS passam a ser não-cumulativos. O parágrafo 9º do mesmo artigo, com a redação conferida pela EC nº 20/98, já permitia a diferenciação tanto da alíquota quanto da base de cálculo com base na atividade econômica do contribuinte.

Se a carga tributária das contribuições não-cumulativas é excessiva para a impetrante, essa desigualdade se deve não à natureza da empresa, mas sim a sua escolha do regime de tributação.

Não foram opostos embargos de declaração.

No recurso especial, a parte recorrente afirma que “*é empresa optante pela tributação do imposto de renda com base no lucro real, razão pela qual submete-se à tributação da contribuição do PIS e a COFINS pela sistemática não-cumulativa*” (fl. 129). Alega a existência de ofensa aos arts. 3º da Lei nº 10.637/02 e 3º da Lei 10.833/03. Sustenta, em síntese, a possibilidade de creditamento de PIS e COFINS relativamente a todas as despesas necessárias para a consecução do objeto social da empresa e que a descrição legal das atividades que geram direito a crédito deve ser considerada exemplificativa. Aduz que o princípio da não-cumulatividade foi estendido ao PIS e à COFINS por força da EC 42/03, que incluiu o §12 no art. 195 da CF. Afirma que devem ser enquadrados no conceito de “insumo” as matérias primas, material de embalagem e produtos intermediários empregados diretamente no processo produtivo, além de todos os serviços intrinsecamente necessários à consecução do objeto da empresa, a exemplo dos valores pagos à empresas pela representação comercial (comissões), das despesas de marketing para divulgação do produto, dos serviços de consultoria prestados por pessoas jurídicas (aqui incluídos assessoria na área industrial, jurídica, contábil, comércio exterior, etc.), dos serviços de limpeza, dos serviços de vigilância, etc. Sustenta que o conceito de insumos inserido pela Instrução Normativa SRF 247/02 foi indevidamente restringido. Por fim, requer a aplicação da Taxa SELIC no aproveitamento de seus créditos, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.020.991 - RS (2008/0000796-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): Verifica-se dos autos que a recorrente pretende, com fundamento no princípio da não-cumulatividade, a inclusão, no conceito de insumo, previsto no art. 3º, II, das Leis 10.637/02 e 10.833/03, de todos os custos necessários à atividade da empresa em relação aos quais tenha havido a incidência da contribuição destinada ao PIS e à COFINS.

Inicialmente, a análise do alcance do conceito de não-cumulatividade, à luz do art. 195, § 12, da CF, é vedada neste Tribunal Superior, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Esse tem sido o entendimento adotado por esta Corte Superior quando instada a se manifestar sobre a aplicação de referido princípio, conforme os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE BENS ESTRANGEIROS PARA USO PRÓPRIO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO - IPI. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. TEMA CONSTITUCIONAL.

1. O recurso especial não é a via adequada para dirimir questão acerca da incidência ou não do IPI na importação de bens estrangeiros para uso próprio, a qual assume nítidos contornos constitucionais quando posta à luz do art. 153, §3º, II, da Constituição Federal de 1988 (princípio da não-cumulatividade).

2. *A causa foi decidida ao argumento de que: “o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão, mesmo após a edição da EC n. 33/2001, firmou orientação no sentido de que, em respeito ao princípio da não cumulatividade, expresso no artigo 153, § 3º, inciso II, da Constituição Federal, não incide IPI nesta hipótese, pois, em se tratando de pessoa física, não empresária, é inviável a compensação do valor do tributo devido com créditos de uma operação anterior”.*

3. *Agravo regimental não provido.*(AgRg no AREsp 224.760/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6/11/12)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO DE QUE A MATÉRIA SUSCITADA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REPRESENTA INOVAÇÃO RECURSAL. PROCEDÊNCIA. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 110 DO CTN.

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. *A Fazenda Pública afirma que não deveria ter sido reconhecida a violação do art. 535 do CPC, pois a agravada, quando se opuseram Embargos de Declaração nas instâncias de origem, apresentou questões não suscitadas em momento anterior.*

2. *Efetivamente, na Apelação interposta pela empresa não se propôs discussão a respeito do art. 110 do CTN, razão pela qual sua inserção tardia nos aclaratórios representou inovação recursal, o que desqualifica a tese de omissão no acórdão do Tribunal de origem.*

3. *A Corte local compôs a lide mediante enfoque constitucional (compatibilidade da Lei 10.833/2003 com o princípio da não cumulatividade, art. 195, § 12, da CF/1988).*

4. *É inadmissível Recurso Especial quanto à questão (art. 110 do CTN e art. 299 do Regulamento do Imposto de Renda), que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ.*

5. *Agravo Regimental provido para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, negar-lhe provimento. (AgRg no AgRg no REsp 1.316.707/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 3/9/12)*

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPI. CREDITAMENTO. MATÉRIA DECIDIDA PELO ÂNGULO CONSTITUCIONAL. REEXAME EM RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *“O princípio constitucional da não-cumulatividade do IPI, aplicado ao presente caso pelo aresto recorrido, impede a apreciação do recurso especial uma vez que escapa à competência desta Corte o exame de questão constitucional, sob pena de usurpar competência destinada pela própria Carta Maior ao Colendo Supremo Tribunal Federal” (AgRg no REsp 1.008.357/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 19/8/09).*

2. *Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1.154.142/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 27/1/11)*

No mais, não houve a alegada restrição do conceito de insumo com a edição das Instruções Normativas SRF 247/02 e SRF 404/04, mas apenas a explicitação da definição deste termo, que já se encontrava previsto nas Leis 10.637/02 e 10.833/03.

Nesses instrumentos normativos, o critério para a obtenção do creditamento é que os bens e serviços empregados sejam utilizados diretamente sobre o produto em fabricação. Logo, não se relacionam a insumo as despesas decorrentes de mera administração interna da empresa.

Assim, a parte recorrente não faz jus à obtenção de créditos de PIS e COFINS sobre todos os serviços mencionados como necessários à consecução do objeto da empresa, como pretende relativamente aos valores pagos à empresas pela representação comercial (comissões), pelas despesas de marketing para divulgação do produto, pelos serviços de consultoria prestados por pessoas jurídicas (aqui incluídos assessoria na área industrial, jurídica, contábil, comércio exterior, etc.), pelos serviços de limpeza, pelos serviços de vigilância, etc., porque tais serviços não se encontram abarcados pelo conceito de insumo previsto na legislação, visto não incidirem diretamente sobre o produto em fabricação.

Quando a lei entendeu pela incidência de crédito nesses serviços secundários, expressamente os mencionou, a exemplo do creditamento de combustíveis e lubrificantes previsto nos dispositivos legais questionados:

Art. 3º, II, da Lei 10.637/02 (PIS/PASEP)

Art. 3º-Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive

combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

Art. 3º, II, da Lei 10.833/03 (COFINS):

Art. 3ª-Do valor apurado na forma do art. 2ª- a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

Ademais, o art. 111 do CTN, de modo expresse, prevê regra que impõe a interpretação literal nos casos de benefício fiscal, não se admitindo o uso da exegese extensiva. (*Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.*).

A expressão “interpretação literal”, de acordo com José Eduardo Soares de Melo, revela que “o sentido da lei deve ser aplicado com a

maior exatidão a fim de não criar isenção nele não prevista, nem eliminar isenção que nele se inclua.” (MELO, José Eduardo Soares. *Interpretação e Integração da Legislação Tributária*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *Curso de Direito Tributário*. 13ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011.p. 186).

Já Tárek Moysés Moussallem possui a seguinte compreensão sobre as regras de interpretação da norma tributária:

Por óbvio, o uso da expressão “interpreta-se literalmente” é dotado de sem-sentido deôntico por conta de buscar regular uma conduta do aplicador impossível por si só e ao mesmo tempo necessária.

Explica-se.

Impossível porque aplicador algum pode ficar adstrito ao plano sintático da linguagem para construir sentidos. Necessária, pois se trata de etapa irrefutável do processo de interpretação-aplicação uma vez que ninguém constrói sentidos sem passar pelo plano da literalidade.

Daí é que a expressão “interpreta-se literalmente” deve ser compreendida por “interpreta-se restritivamente”. Tem-se em verdade, ordem do legislador para que o aplicador interprete restritivamente os casos de isenção, suspensão, exclusão (!) do crédito tributário bem como a dispensa do cumprimento de deveres instrumentais. (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Interpretação restritiva no direito tributário*. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 7., 2010, São Paulo. *Anais do VII Congresso Nacional de Estudos Tributários. Direito Tributário e os Conceitos de Direito Privado*. 2010. p.1.217)

Finalmente, Leandro Paulsen se manifesta sobre o tema aduzindo que:

O art. 111 do CTN determina que se interprete literalmente a legislação tributária que disponha sobre a suspensão ou exclusão do crédito tributário, a outorga de isenção e a dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. Tal dispositivo tem sido severamente criticado por ser, ele próprio, interpretado literalmente. O que se extrai como norma do art. 111 não é a vedação à utilização dos diversos instrumentos que nos levam à compreensão e à aplicação adequada de qualquer dispositivo legal, quais sejam, as interpretações histórica, teleológica, sistemática, a consideração dos princípios etc. Traz, isto sim, uma advertência no sentido de que as regras atinentes às matérias arroladas devem ser consideradas como regras de exceção, aplicáveis nos limites daquilo que foi pretendido pelo legislador, considerando-se as omissões como “silêncio eloqüente”, não se devendo integrá-las pelo recurso à analogia.” Há de se considerar, por certo, as circunstâncias do caso concreto, pois há princípios constitucionais inafastáveis na aplicação do direito, como a razoabilidade e a proporcionalidade.

Há, ainda, outro âmbito possível para a invocação do art. 111 do CTN. Refiro-me à exigência, pela autoridade fiscal, como condição para o reconhecimento de isenção, suspensão ou exclusão do crédito tributário ou para dispensa do cumprimento de obrigações acessórias, de requisitos não previstos em lei. Ao referir-se à literalidade da legislação que disponha sobre tais matérias, resta claro que os requisitos também deverão constar expressamente da lei, não tendo o Executivo espaço para qualquer regulamentação inovadora. (PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário - completo. 5.ed. rev., atual., ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p.126)

No mesmo sentido, confira-se a jurisprudência desta Corte:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS E COFINS. LEIS 10.637/2002 E 10.833/2003. REGIME DA NÃO CUMULATIVIDADE. DESPESAS DE FRETE. TRANSFERÊNCIA INTERNA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO LITERAL.

1. Consoante decidiu esta Turma, “as despesas de frete somente geram crédito quando relacionadas à operação de venda e, ainda assim, desde que sejam suportadas pelo contribuinte vendedor”. Precedente.

2. O frete devido em razão das operações de transportes de produtos acabados entre estabelecimento da mesma empresa, por não caracterizar uma operação de venda, não gera direito ao creditamento.

3. A norma que concede benefício fiscal somente pode ser prevista em lei específica, devendo ser interpretada literalmente, nos termos do art. 111 do CTN, não se admitindo sua concessão por interpretação extensiva, tampouco analógica. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.335.014/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8/2/13)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - PIS - COFINS - INCIDÊNCIA MONOFÁSICA - CREDITAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - LEGALIDADE - INTERPRETAÇÃO LITERAL - ISONOMIA - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL SUFICIENTE - NULIDADE-INEXISTÊNCIA.

JURISPRUDÊNCIA

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. A Constituição Federal remeteu à lei a disciplina da não-cumulatividade das contribuições do PIS e da COFINS, nos termos do art. 195, § 12 da CF/88.

3. A incidência monofásica, em princípio, é incompatível com a técnica do creditamento, cuja razão é evitar a incidência em cascata do tributo ou a cumulatividade tributária.

4. Para a criação e extensão de benefício fiscal o sistema normativo exige lei específica (cf. art. 150, § 6º da CF/88) e veda interpretação extensiva (cf. art. 111 do CTN), de modo que benefício concedido aos contribuintes integrantes de regime especial de tributação (REPORTO) não se estende aos demais contribuintes do PIS e da COFINS sem lei que autorize.

5. A concessão de benefício fiscal por interpretação normativa, além de ofender a Súmula 339/STF, implica em violação ao princípio da isonomia, posto que os contribuintes sujeitos ao regime monofásico não se submetem à mesma carga tributária que os contribuintes sujeitos ao regime de incidência plurifásica.

6. Recurso especial não provido. (REsp 1.140.723/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/9/10)

Finalmente, tendo em vista a manutenção da improcedência do pedido inicial, fica prejudicado o pedido de aplicação da Taxa Selic.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA TURMA

Número Registro: PROCESSO ELE- REsp 1.020.991/RS
20080000796-8 TRÔNICO

Números Origem: 200571040043632 200604000366100
200700266189

PAUTA: 09/04/2013 JULGADO: 09/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULLIO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

RECORRENTE : MASTER ATS SUPERMERCADOS
LTDA
ADVOGADO : MARCIANO BUFFON E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : RODRIGO PEREIRA DA SILVA FRANK
E OUTRO(S)
CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. VITOR SOARES DE LIMA, 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, vencido parcialmente o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.020.991 - RS (2008/0000796-8)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
RECORRENTE : MASTER ATS SUPERMERCADOS
LTDA
ADVOGADO : MARCIANO BUFFON E
OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : RODRIGO PEREIRA DA SILVA
FRANK E OUTRO(S)
CLAUDIO XAVIER SEEFELDER
FILHO

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1.Senhor Presidente, muito bem observado pelo douto Ministro ARI PARGENDLER que essa matéria está estreando aqui na nossa Turma.

2.O voto do eminente Ministro SÉRGIO KUKINA, todos nós percebemos ainda há pouco, foi absolutamente bem lançado e muito

bem estruturado. Mas essa questão, Senhor Presidente, que o Senhor Ministro ARI PARGENDLER assinalou, envolve uma complexidade, ao meu sentir, muito profunda. Trabalhamos com dois conceitos rebeldes. A conceituação, primeiro da não cumulatividade, que é um conceito puramente jurídico. O outro é o conceito de insumo, que é um conceito econômico.

3.A expressão insumo vem de uma expressão inglesa *in put*, que quer dizer tudo que ingressa na elaboração de um produto. O exemplo que os autores econômicos trazem como, por exemplo, Nilson Holanda e outros, é o de um bolo; esse bolo de cozinha, comum - que as nossas mães faziam e que deles, infelizmente, hoje só resta a saudade - que é a massa de trigo, a manteiga, a perícia da pessoa que faz bolo, as proporções da mistura, do fermento, da água, da farinha de trigo etc. E, finalmente, a própria fôrma, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, na própria fôrma onde aquele material é lançado e até mesmo a energia elétrica ou energia radiante, qualquer que seja, do forno que assa aquela massa. Tudo isso é insumo.

4.A separação entre insumos diretos e insumos indiretos é absolutamente conceitual; rigorosamente conceitual. Eu sei que o intuito da legislação é só contemplar com o rótulo de insumos aqueles que são diretamente empregados na produção do bem e nesse sentido faz o conceito de insumo coincidir com o de matéria prima. Penso que nesse terreno dos insumos se pode dizer que, para fins da tributação, insumo direto é matéria prima, por exemplo, o calor do forno não seria insumo do bolo; nem também a perícia da pessoa que faz o bolo não seria insumo, porque é indireto. Mas, é claro que sem o calor do forno e ou sem a perícia, não se faz o bolo. Então, no sentido realístico, tudo é insumo, tudo que entra na composição de um produto é insumo. Esse é um

ponto. Concordo com o Relator com relação a que apenas os insumos diretos sejam considerados nessa operação.

5. Agora, quanto a não cumulatividade, Senhor Ministro ARI PAR-GENDLER, penso que ser coisa mais complicada, porque na aquisição de insumos indiretos há incidência desse tributo. Muitos insumos indiretos, e uso aqui a palavra abusivamente, porque, para mim, insumo é tudo que entra na composição. Não interessa se foi direta ou indiretamente, participou é insumo. A não cumulatividade, Ministro Presidente, contempla, a meu ver - aqui ousou discordar brandamente do Relator - aqueles insumos sobre os quais na sua aquisição incidiu essa exação. Senão, o produtor vai pagar duas vezes essa exação. Paga quando adquire o insumo chamado indireto e paga quando vende seu produto, porque está dentro do seu faturamento.

6. Penso que, pelo princípio da não cumulatividade, se deveria excluir da base de cálculo aqueles insumos diretos ou indiretos em cuja aquisição incidiu o tributo. O critério jurídico, penso eu, Senhor Presidente, com todo respeito, deve ser este: indagar-se se na aquisição o adquirente pagou este tributo. Se pagou, deve-se creditar; se não pagou, evidentemente não se vai creditar. Se pagou e não se creditou, houve uma superoneração e uma ofensa à não cumulatividade. A não cumulatividade é exatamente isto: retirar-se da operação seguinte o que se pagou na operação anterior.

7. Então, se restou provado, como percebi, que na operação de certos insumos o produtor pagou este tributo, esta exação, como exigir que ele continue pagando-a na sequência da produção? Com relação a esse ponto, faço essa ressalva.

8.E, finalmente, também, com relação ao entendimento de que a não cumulatividade seria um incentivo, nutro uma breve divergência com relação ao Senhor Ministro Relator sobre essa conceituação, realmente interpreta-se literalmente, e aí há uma contradição em termos: ou não se interpreta e apenas se lê, ou se lê e se extrai da leitura uma conclusão diferente do que o som das suas palavras. Pois bem, mas aceitando, para não discutir, a expressão do art. 111, do CTN.

9.Então, tenho para mim que os incentivos são imunidades, isenções ou não incidências, quando vinculadas a um projeto, geralmente projeto de desenvolvimento social como, por exemplo, os projetos que favoreciam a Amazônia, o Nordeste, o Centro-Oeste etc. Este é um conceito de incentivo. A não cumulatividade, penso eu, não é um incentivo, é uma metodologia de cálculo da base do tributo.

10.Acompanho o voto do Senhor Ministro Relator, Senhor Presidente, fazendo essas observações, e votando - aí em divergência com o eminente Senhor Ministro SÉRGIO KUKINA - de que aqueles insumos, em cuja aquisição incidiu este tributo aqui cogitado, não outros tributos, mas este, deve haver o crédito.

11.Dou parcial provimento para contemplar na pretensão de crédito não de todos os insumos, mas somente aqueles sobre nos quais houve uma incidência anterior, em respeito à não cumulatividade, pois, então, teremos de admitir, pelo menos nesses casos, que haverá, mais de uma vez, a exigência da mesma exação, e aí estaria ofendida a não cumulatividade, a meu ver.

12.É assim que voto.

(Ementa disponibilizada no DJe de 14.05.2013).

**ICMS SOBRE FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA POR
CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. NÃO-INCI-
DÊNCIA.**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) :ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

RECDO.(A/S) :CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PAULA

ADV.(A/S) :LÍGIA COSTA TAVARES

INTDO.(A/S) :ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE SANEA-
MENTO BÁSICO ESTADUAIS - AESBE

ADV.(A/S) :ELIZABETH COSTA DE OLIVEIRA GÓES

EMENTA

Tributário. ICMS. Fornecimento de água tratada por concessioná-
rias de serviço público. Não incidência. Ausência de fato gerador.

JURISPRUDÊNCIA

1. O fornecimento de água potável por empresas concessionárias desse serviço público não é tributável por meio do ICMS.
2. As águas em estado natural são bens públicos e só podem ser exploradas por particulares mediante concessão, permissão ou autorização.
3. O fornecimento de água tratada à população por empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas não caracteriza uma operação de circulação de mercadoria.
4. Precedentes da Corte. Tema já analisado na liminar concedida na ADI nº 567, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, e na ADI nº 2.224-5- DF, Relator o Ministro Néri da Silveira.
5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de abril de 2013.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

01/09/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) :ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

RECDO.(A/S) :CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PAULA

ADV.(A/S) :LÍGIA COSTA TAVARES

INTDO.(A/S) :ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO ESTADUAIS - AESBE

ADV.(A/S) :ELIZABETH COSTA DE OLIVEIRA GÓES

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado:

“Tributário. ICMS incidente sobre água canalizada. Ação de rito ordinário objetivando a exoneração da cobrança e a restituição dos valores pagos a título de ICMS indevidamente incluídos pela CEDAE nas faturas referentes ao fornecimento de água encanada. Sentença que jul-

gou improcedente o pedido inicial. Apelação do Autor. Água que não constitui mercadoria, mas sim serviço público essencial e específico. Inexistência da relação jurídico-tributária impugnada. Entendimento predominante neste Tribunal de Justiça. Incidente de Uniformização de Jurisprudência 2006.018.00005. Precedentes do STJ. Contribuinte que faz jus à restituição dos valores pagos indevidamente, corrigidos desde o desembolso e acrescido de juros de mora a contar do trânsito em julgado da decisão, observada a prescrição quinquenal. Súmula 188 do STJ. Reforma do julgado que enseja a imposição ao Réu dos ônus sucumbenciais. Provimento parcial da apelação” (fl. 152).

No extraordinário, interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, o Estado do Rio de Janeiro sustenta que o acórdão recorrido - motivado, basicamente, no enunciado da Súmula nº 130 do próprio TJRJ, o qual dispõe que o fornecimento de água limpa e potável é serviço essencial, sendo ilegal a cobrança do ICMS por parte das empresas concessionárias - violaria o art. 155, II, da Constituição Federal, já que toda a discussão travada no julgado giraria em torno de saber se a água encanada constitui mercadoria, justificando-se, assim, a incidência do ICMS, à luz do citado dispositivo constitucional.

Aduz, ainda, que,

“[p]or detrás dessa questão, jazem outras. Se, como reiteradamente orienta o STF, o fornecimento de água canalizada é remunerável somente por tarifas, em tudo por tudo idênticas às tarifas cobradas pelas concessionárias dos serviços de comunicação, de energia elétrica, de gás canalizado, etc., por que esses outros serviços sofrem a incidência do ICMS e o fornecimento de água não pode sofrê-la? Onde ficam os

princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária nisto tudo?” (fl. 162).

A matéria teve sua repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual, em 21/10/2010.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (fls. 254/256).

É o relatório.

01/09/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

As discussões relacionadas à inconstitucionalidade da incidência do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) sobre a operação de fornecimento de água encanada não são novas. O tema já foi objeto de análise, com decisão unânime desta Suprema Corte, nos autos da ADI nº 567, na qual o Ministro Relator, Ilmar Galvão, votou pela suspensão liminar do ICMS sobre o fornecimento de água no Estado de Minas Gerais, conforme a ementa a seguir:

JURISPRUDÊNCIA

“Cautelar. Ação Direta de inconstitucionalidade. Artigos 546, 547 e 548 do Decreto nº 32.535, de 18 de fevereiro de 1991, do Estado de Minas Gerais. Alegada Infringência aos arts. 150, I e VI e § 2º, e 155, 1, b, da Constituição Federal.

Relevância do direito, caracterizada pela circunstância de haver-se definido por decreto, fato gerador e base cálculo de tributo; e, ainda, por ter-se pretendido modificar, pela mesma via, a natureza jurídica do fornecimento de água potável, encanada, às populações urbanas, transmutando-a de serviço público essencial em circulação de mercadoria.

Periculum in mora, igualmente configurado, em face da extrema dificuldade de recuperação dos valores correspondentes ao tributo que vier a ser pago.

Cautelar deferida.”

Na ADI nº 2.224-5-DF, o Ministro Néri da Silveira, no voto proferido, considerou relevante, para votar pela concessão da liminar, o mesmo fundamento invocado pelo Ministro Ilmar Galvão na ADI nº 567.

Embora não se tenha conhecido dessa ação direta de inconstitucionalidade por questões processuais, na discussão do mérito, contudo, acenou-se com a tese da não tributação, via ICMS, da água fornecida como serviço público.

O objeto da referida ADI nº 2.224-5/DF consistia em declarar a inconstitucionalidade do Convênio nº 77/95 - que autorizava os Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul a revogar a isenção do ICMS para a água canalizada - e da Resolução nº 2.679/96 da Secretaria do

Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro - “que leva à efeito o mencionado convênio dispondo sobre as operações internas com água natural”.

Na ocasião, não se conheceu da ação, sob o fundamento de que o afastamento do mundo jurídico das normas impugnadas importaria em deixar remanescer a regra geral que “isenta um absurdo”, no dizer do Ministro Maurício Corrêa. Sem que se tenha atacado a norma que criou a isenção, o Tribunal entendeu que não seria o caso de se conhecer de ação que “visa cancelar a isenção setorizada no Estado do Rio Grande do Sul”.

No caso sob exame, são impugnados tanto o Convênio nº 98/89, que concedeu a isenção, como o Convênio CONFAZ nº 77/95, ratificado pelo Governador do Estado por meio do Decreto nº 21.845/95, além das Resoluções nº 2.679/96 e nº 3.525/99 da Secretaria Estadual de Fazenda, que determinavam a incidência do ICMS sobre os serviços de fornecimento de água canalizada no Estado do Rio de Janeiro.

Na esteira dos precedentes da Corte, entendo que a incidência do ICMS sobre água potável para o consumo da população - prevista na legislação do Rio de Janeiro - gera uma situação eivada de inconstitucionalidade, destoando da materialidade desse tributo, inserta no art. 155, inciso II da Constituição Federal.

Com efeito, a Constituição Federal define o âmbito do ICMS no referido art. 155, inciso II, o qual estabelece a sua incidência sobre

“operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

Observe-se que, embora o fato gerador do ICMS seja descrito na lei que o institui, como ocorre com todos os demais tributos, sujeita-se o legislador infraconstitucional aos limites da hipótese de incidência estabelecida na Carta Magna. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias ou à prestação dos serviços taxativamente previstos no dispositivo constitucional.

Assim, analisar a extensão da hipótese de incidência prevista no art. 155, inciso II, da Constituição Federal é indispensável para a identificação do que constitui ou não fato gerador do ICMS.

Geraldo Ataliba define ‘operações’ como “atos jurídicos; atos regulados pelo Direito como produtores de determinada eficácia jurídica; são atos juridicamente relevantes; circulação e mercadorias são, nesse sentido adjetivos que restringem o conceito substantivo de operações” .

‘Circular’, no dizer de Ataliba e Cleber Giardino, citados por José Eduardo Soares de Melo (ICMS: Teoria e Prática. 10. Ed. Dialética. p. 14),

“significa, para o Direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria mudam de titular, circula para efeitos jurídicos. Convencionou-se designar por titularidade de uma mercadoria à circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica)”.

No que se refere à noção de mercadoria, para fins de tributação do ICMS, consolidou-se, ao longo do tempo, o entendimento de que consiste em bem móvel sujeito à mercancia ou, se preferirmos, no objeto da atividade mercantil.

Dessa forma, não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tão somente aquele que se submete à mercancia, ou seja, que é passível de apropriação pelo promotor da operação que o destina ao processo econômico circulatório. O bem móvel é o gênero, do qual mercadoria é a espécie.

A fundamentação que vem ensejando a classificação da distribuição de água potável como atividade mercantil - para fins de imposição tributária pelos estados-membros e pelo Distrito Federal - é construída a partir de uma concepção segundo a qual a água canalizada é um bem dotado de valor econômico, diferente daquela encontrada em seu estado natural (água bruta), já que sofre tratamento químico necessário para o consumo. Em resumo, o fornecimento de água potável caracterizaria uma operação de circulação de mercadoria.

Todavia, as águas públicas derivadas de rios ou mananciais são qualificadas juridicamente como bem de uso comum do povo, conforme os arts. 20, III, e 26, I, da Constituição Federal, não podendo ser equiparadas a uma espécie de mercadoria, sobre a qual incidiria o ICMS.

O tratamento químico necessário ao consumo não tem o condão de descaracterizar a água como um bem público de uso comum de todos.

De longa data, Geraldo Ataliba questiona a incidência do imposto estadual sobre bens que não tenham a natureza jurídica de “mercadorias”, argumentando que:

“não é qualquer bem que pode ser juridicamente qualificado como mercadoria. Essa qualificação depende de dois fatores, a saber (1) a natureza do promotor da operação que a tem por objeto e (2) a destinação comercial que a ela dá o seu titular”.

Evidencia-se, assim, que os conceitos de “operação”, “circulação” e “mercadoria” permanecem umbilicalmente ligados, devendo o intérprete das leis e os aplicadores do ICMS tomá-los em suas concepções jurídicas para efeito da caracterização de sua incidência. No caso, estão ausentes os elementos que adjetivam o aspecto material da hipótese de incidência do ICMS, quais sejam: “circulação” e “mercadoria”, na medida em que as concessionárias - promotoras da operação de fornecimento de água – não detêm poderes jurídicos de disposição sobre ela, tampouco podem dar destinação comercial à água, dada a sua natureza de bem público.

Esse entendimento é corroborado pelo art. 18 da Lei nº 9.433/97, que “institui a Política Nacional de Recursos Hídricos”, ao deixar claro que a concessão do serviço público de distribuição de água canalizada constitui mera outorga dos direitos de uso, não implicando a alienação das águas, uma vez que se trata de bem de uso comum do povo, inalienável.

“Art. 18. A outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso.”

No mesmo sentido, o Código de Águas (Decreto n.º 24.643/34):

“Art. 46. concessão não importa, nunca, a alienação parcial das águas públicas, que são inalienáveis, mas no simples direito ao uso destas águas.”

Observa-se, assim, que, ao se tributar o fornecimento de água potável, está-se conferindo interpretação inadequada ao conceito de mercadoria, o que conduz, erroneamente, à classificação de água canalizada como bem passível de comercialização. E mais. Está-se pretendendo tributar, via ICMS, serviço de saneamento básico não taxativamente previsto no art. 155, II, da Magna Carta. A água natural canalizada, ao contrário do que acontece com a água envasada, não é objeto de comercialização, e sim de prestação de serviço público. Inexiste, portanto, uma operação relativa à circulação de água, como se essa fosse mercadoria.

Em verdade, os concessionários que detêm o direito ao uso dessas águas prestam serviços públicos essenciais de competência do Estado, mediante a captação, o tratamento e o abastecimento de água de forma adequada ao consumidor final – os quais compreendem um conjunto de serviços que visam assegurar a universalidade e a qualidade do consumo de água pela população, promovendo, desse modo, a saúde pública.

A doutrina abalizada não destoa desse entendimento, a exemplo do magistério do Professor Roque Antonio Carrazza (ICMS. 10. Ed. Malheiros. p. 131):

“na medida em que as águas são incontendivelmente bens públicos, segue-se que não são mercadorias, não podendo, só por isso, ensejar tributação por meio de ICMS.

Ademais, neste estado natural, a água é insusceptível de avaliação econômica, circunstância que, de per si, afasta a incidência do ICMS.

Por outro lado, o serviço domiciliar de água (água encanada e tratada), porque serviço público específico e divisível, possibilita apenas um tipo de tributação: a tributação por meio de taxa de serviço (art.145, II, segunda parte da CF). Não de imposto; muito menos de ICMS, cujas regras matrizes estão perfeitamente delineadas no Texto Magno e não podem ter seu traçado alterado pelo legislador ou pelo agente fiscal.”

Complementa o Professor José Eduardo Soares de Melo (ICMS - teoria e prática. 10. ed. Dialética, 2008. p. 20):

“(…) [N]ão se tributa (ICMS) a água em estado bruto (bem público não destinado a comércio); a água utilizada no preparo de alimentos, higiene, etc., e a água encanada e tratada (sujeita a taxa); embora o Convênio ICMS nº 98, de 24.10.89, tenha disposto sobre a isenção no fornecimento de água natural canalizada, evidenciando que poderia (à falta de convênio) ser objeto de tributação”.

Por fim, registro a jurisprudência já há muito consolidada nesta Corte de que o serviço de fornecimento de água é submetido ao regime de preço público, e não ao de taxa, como manifesto nos embargos no RE nº 54.491/PE e nos RE 85.268/PR e 77/162/SP.

Registro, ademais, que essa discussão – sobre a remuneração do serviço público –, ao contrário do que faz parecer o recorrente, não tem qualquer relevância para o deslinde do caso concreto, pois incontroverso que se trata de um serviço público essencial posto à disposição da população, o qual, independentemente do regime jurídico de sua remuneração, não está sujeito à tributação pela via do imposto em questão.

Não bastassem todos os fundamentos já delineados, considero que a incidência do ICMS sobre o serviço de água tratada não atende ao interesse público; ao contrário, a tributação pode, inclusive, prejudicar políticas públicas de universalização do acesso a esse serviço.

Diante do exposto, voto pelo não provimento do recurso extraordinário, ratificando a jurisprudência da Corte no sentido da não incidência do ICMS sobre o serviço de fornecimento de água tratada.

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) :ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

RECDO.(A/S) :CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PAULA

ADV.(A/S) :LÍGIA COSTA TAVARES

INTDO.(A/S) :ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO ESTADUAIS - AESBE

ADV.(A/S) :ELIZABETH COSTA DE OLIVEIRA GÓES

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, temos aqui algumas questões bastante complexas.

Em primeiro lugar, no meu modo de ver, o fato de ser serviço essencial não inibe a incidência de exação. Transporte coletivo é serviço essencial e há incidência de tributos; a água, no meu modo de ver, pode ser avaliável economicamente.

Por força de tantas outras questões que esta causa suscita, peço vênia ao Colegiado para pedir vista, para trazer um voto mais aprofundado.

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

RECDO.(A/S) : CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PAULA

ADV.(A/S) : LÍGIA COSTA TAVARES

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO ESTADUAIS - AESBE

ADV.(A/S) : ELIZABETH COSTA DE OLIVEIRA GÓES

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator), negando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, a Dra. Christina Aires Corrêa Lima, Procuradora do Estado e, pela interessada, a Dra. Elizabeth Costa de Oliveira Góes. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.09.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu

Secretário

10/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

VOTO - VISTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS (ICMS). FORNECIMENTO DE ÁGUA CANALIZADA. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. PRECEDENTES NO SENTIDO DE REJEITAR A TRIBUTAÇÃO (ADIN Nº 567/MG, REL. MIN. ILMAR GALVÃO, E ADIN Nº 2.224/DF, RED. P/ ACÓRDÃO MIN. NELSON JOBIM). ÁGUA, EM ESTADO BRUTO *IN NATURA*, QUE CONFIGURA BEM PÚBLICO ESTADUAL OU DA UNIÃO (CRFB/88, ART. 20, III E VI, E ART. 26, I). OUTORGA DO DIREITO DE USO DA ÁGUA QUE NÃO IMPLICA ALIENAÇÃO PARCIAL, NOS TERMOS DO ART. 18 DA LEI QUE DISCIPLINA A POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS (LEI Nº 9.433/97). INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL. MOMENTO DE CAPTAÇÃO DA ÁGUA, POSTERIORMENTE À OUTORGA. IMPOSSIBILIDADE DE APROPRIAÇÃO DA ÁGUA PELO AGENTE ECONÔMICO. A PRESENÇA DE FINALIDADE ECONÔMICA NA CAPTAÇÃO DA ÁGUA, REVELADA PELA META PÚBLICA DE “*RECONHECER A ÁGUA COMO BEM ECONÔMICO E DAR AO USUÁRIO UMA INDICAÇÃO DE SEU REAL VALOR*” (LEI Nº 9.433/97, ART. 19, I), BEM COMO PELA COBRANÇA DE VALORES PELO USO DE RECURSOS HÍDRICOS CONFORME O VOLUME DE ÁGUA CAPTADO PELO OUTORGADO (LEI Nº 9.433/97, ART. 21, I), NÃO JUSTIFICA A INCIDÊNCIA DA TRI-

BUTAÇÃO. AUSÊNCIA DE TÍPICA OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NO TEXTO CONSTITUCIONAL (CRFB/88, ART. 155, II E § 3º) NÃO SE AMOLDANDO AO FATO GERADOR PRINCIPAL DO ICMS (CRFB/88, ART. 155, II, *PRIMEIRA PARTE*).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

DESPROVIDO.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: A controvérsia dos autos gira em torno da possibilidade de tributação, por ICMS, da atividade de fornecimento de água canalizada, prestada pela CEDAE-RJ aos usuários através do pagamento de tarifa. Para equacioná-la, as duas teses principais, sustentadas pelo recorrente (Estado do Rio de Janeiro) e pelo recorrido (Condomínio do Edifício Paula), partem, respectivamente, das premissas de que o fornecimento de água canalizada configuraria (i) mercadoria ou (ii) serviço público essencial: na primeira hipótese, diversamente da segunda, haveria subsunção à matriz constitucional do ICMS, prevista no art. 155, II, da CRFB/88 (*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*), o que validaria sua incidência.

O acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, afastou a tributação sobre a água encanada, considerando se tratar de serviço público essencial, e não fornecimento de mercadoria, de modo que se admitiria a cobrança apenas de tarifa frente ao cidadão.

Fundou-se, para tanto, no art. 23, II e IX (*Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*), e no art. 175 da CRFB/88 (*Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado*), que disciplinam o regime constitucional do serviço público de fornecimento de água, sendo que o art. 10, I, da Lei de Greve confirmaria a classificação como serviço público essencial (*Lei nº 7.783/89, Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; (...)*).

O eminente Min. Relator Dias Toffoli, ao trazer o feito a julgamento na sessão plenária de 1º de setembro de 2011, proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário. Após aludir a precedentes deste Supremo Tribunal Federal sobre o tema, afirmou que a incidência do ICMS sobre o fornecimento de água canalizada encerraria “*uma situação eivada de inconstitucionalidade, destoando da materialidade desse tributo inserta no Art. 155, II, da Constituição Federal*”. Asseverou que somente os bens móveis submetidos à mercancia configurariam mercadoria para fins de tributação pelo ICMS, razão pela qual as águas públicas, “*qualificadas juridicamente como bem de uso comum do povo*”, não poderiam ser equiparadas à espécie daquelas, e isso ainda que após o tratamento químico necessário ao consumo.

Nessa linha, aludiu ao art. 18 da Lei nº 9.433/97 e ao art. 46 do Código de Águas (Decreto nº 24.643/34), que impediriam a alienação parcial das águas públicas por força de outorgas do direito de uso. Assim, ao contrário da água envasada, a água natural canalizada, insuscetível de avaliação econômica, não seria objeto de comercialização, e sim de “*prestação de serviço público*” de natureza essencial e de competência do Estado.

Deste modo, e com amparo na lição de Roque Antonio Carrazza, afirmou o Min. Rel. que o fornecimento de água ensejaria, em tese, “*apenas um tipo de tributação: a tributação por meio de taxa de serviço (CRFB/88, art.145, II)*”, muito embora logo a seguir tenha ressaltado que a jurisprudência desta Suprema Corte se firmou no sentido de que o fornecimento de água se submete ao regime de preço público, e não de taxa. E, por fim, asseverou que a tributação do fornecimento de água por ICMS não atenderia ao interesse público, já que “*poderia inclusive prejudicar políticas públicas de universalização do acesso a esse serviço*”.

Feito o relato do ocorrido até o momento, passo a votar.

Após refletir com a devida profundidade sobre todos os aspectos constitucionais que envolvem o tema, e levando em conta principalmente que o presente recurso extraordinário está submetido a julgamento segundo a sistemática da repercussão geral, de modo que assim se firmará um precedente a ser aplicado de maneira uniforme por todo o país (CPC, 543-B, §§ 3 e 4º), alinho-me à tese que rejeita a tributação do fornecimento de água canalizada pelo ICMS, e encampada pelo

i. Relator Min. Dias Toffoli. Trago apenas algumas breves reflexões acerca da temática.

De início, assento que, do ponto de vista conceitual, inexistente qualquer incompatibilidade lógica entre a classificação de determinada atividade como serviço público, no âmbito do direito administrativo, e a configuração, nesta mesma atividade, sob o ângulo material, de um fornecimento de mercadorias a ensejar a incidência do ICMS.

Com efeito, a função da classificação de atividades como serviços públicos, como se sabe, é conduzir à atração de um peculiar regime jurídico de direito público, diante do especial significado de determinadas utilidades econômicas para a interdependência social, de modo que *“o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 641).

E esse especial significado social pode se mostrar presente tanto na realização de um fazer quanto na de um dar, nesta última hipótese em típica operação de circulação econômica de mercadoria: há serviço público a revelar um fazer, por exemplo, nas atividades de telecomunicações e de limpeza urbana, e há também serviço público na atividade de distribuição de gás canalizado, que configura um dar a ensejar a tributação por ICMS. Em suma, serviço público, para o direito administrativo, é conceito absolutamente distinto de serviço público para o direito tributário, em cujo núcleo reside a configuração de um *facere*,

isto é, uma obrigação de fazer (TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, Vol. IV – Os tributos na Constituição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 368).

Nada obstante isso, a rejeição da tributação do fornecimento de água canalizada, por ICMS, se justifica por outros fundamentos.

O primeiro deles reside no caráter essencial subjacente ao fornecimento de água canalizada para a coletividade em geral que, por tal razão, afasta *in casu* a incidência tributária. As águas, em seu estado bruto *in natura*, foram ineludivelmente alçadas pelo constituinte à condição de bens públicos, insuscetíveis, portanto, de avaliação econômica. Podem ser estaduais, conforme disposto no art. 26, I, da CRFB/88 (CRFB/88, Art. 26. *Incluem-se entre os bens dos Estados: I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; (...)*), ou federais, nas hipóteses previstas no art. 20, III e VI, da Constituição (CRFB/88, Art. 20. *São bens da União: (...) III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; (...) e VI - o mar territorial*). Nota-se, portanto, que o Constituinte entendeu por excluir o Município da titularidade das águas, conforme assinala BARROSO, Luís Roberto. Água: a próxima crise, In: Temas de direito constitucional, Tomo II, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 310.

Tal circunstância permanece inalterada mesmo quando haja o fornecimento através da canalização ao consumidor final. É dizer, a condição jurídica da água não muda radicalmente de figura com a mera distribuição domiciliar de água potável por concessionárias ou permissionárias aos cidadãos, razão por que não se revela possível qualificá-las juridicamente como mercadorias para fins de incidência de tributação por ICMS.

De fato, como prega a Lei que disciplina a Política Nacional de Recursos Hídricos, está sujeita à outorga do Poder Público a “derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo” (Lei nº 9.433/97, art. 12, I). Nessa hipótese, portanto, há outorga do direito de uso dos recursos hídricos públicos, sendo que a própria Lei afirma que “a outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso” (art. 18). A leitura dessa última disposição tem de ser feita em seus devidos termos. Isso significa que, em uma primeira guinada de visão, que a só outorga do direito de uso acarrete a transferência da propriedade sobre a água encontrada no domínio dos Estados ou da União. Mais que isso, tampouco se pode cogitar, partindo da própria literalidade do preceito legal, de que, uma vez promovida a intervenção do agente econômico através da captação da água, a partir de tal momento a água captada passa a ser, naturalmente, da propriedade do agente econômico, para que assim seja possível o respectivo fornecimento aos usuários finais através da rede de distribuição. Em outras palavras, o art. 18 da Lei nº 9.433/97 (Lei de Recursos Hídricos) impede que seja adquirida a propriedade sobre a água no mero momento da outorga do direito de uso, outrossim obstaculiza que haja a apropriação sobre as águas já captadas através do exercício concreto de tal direito de uso.

Nesse diapasão, não consubstancia premissa inexorável da outorga do direito de uso sobre as águas públicas que o concessionário possa, após captá-las, apropriar-se da água para conduzir o fornecimento aos usuários. Demais, a natureza de bem público não se altera ante o reconhecimento da finalidade econômica dado pela mesma Lei nº 9.433/97, que disciplina a Política Nacional de Recursos Hídricos. A rigor, o referido diploma fixa apenas e tão somente parâmetros objetivos para a cobrança pelo uso da água, com vistas a racionalizar a sua utilização pelos usuários, em nada alterando o seu caráter de bem público. Isso pode ser corroborado pelos arts. 19 e 21, I, da Lei nº 9.433/97 (*Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva: I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; II - incentivar a racionalização do uso da água; III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos; Art. 21. Na fixação dos valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos devem ser observados, dentre outros: I - nas derivações, captações e extrações de água, o volume retirado e seu regime de variação*).

Assim, assiste razão ao acórdão recorrido quando afirma, para negar a tributabilidade da água canalizada, que “*a água, recurso natural e essencial à vida, ao desenvolvimento econômico e ao bem-estar social, constitui bem público inalienável, e o fornecimento de água potável, disponibilizada à população como serviço público, de obrigação do Estado, não enseja a perda de sua natureza, mesmo sendo delegado mediante concessão*”.

Neste cenário, o fornecimento de água canalizada, por não se tratar de operação de circulação de mercadorias, queda-se fora da incidência do ICMS de acordo com a primeira parte do art. 155, II, da CRFB/88

(Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior).

Outrossim, os serviços públicos de água canalizada não receberam previsão expressa na hipótese de incidência do ICMS, contidas na parte final do citado inc. II do art. 155 da CF e no corpo do § 3º do mesmo dispositivo (*CRFB/88, Art. 155. § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País*), razão por que não revela legítima a sua cobrança por Estados e pelo DF.

Por fim, a natureza jurídica de serviço também foi reconhecida pela Lei Complementar nº 116/03, que revogou o regramento do ISS à época vigente (Decreto-Lei nº 406/68). Esta norma geral do ISS, por disposição expressa do art. 156, III, da CF/88, veio a definir em seu texto os serviços

passíveis de tributação por este imposto, com exceção daqueles já tributados pelo ICMS, *verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

...

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Na lista anexa à aludida Lei Complementar, foram inseridas as atividades típicas das companhias de saneamento, notadamente, para o que interessa ao deslinde da questão, os itens 7.14 e 7.15, os quais foram objeto de veto presidencial, cujas razões ora transcrevemos por subsidiarem o *decisum, verbis*:

7.14 – Saneamento ambiental, inclusive purificação, tratamento, esgotamento sanitário e congêneres.

7.15 – Tratamento e purificação de água.

*A incidência do imposto sobre serviços de saneamento ambiental, inclusive purificação, tratamento, esgotamento sanitários e congêneres, bem como sobre serviços de tratamento e purificação da água, não atende ao interesse público. A tributação poderia comprometer o objetivo do Governo em universalizar o acesso a tais serviços básicos. O desincentivo que a tributação acarretaria ao setor teria como consequência de longo prazo aumento nas despesas no atendimento da população atingida pela falta de acesso a saneamento básico e água tratada. Ademais, o Projeto de Lei nº 161 – Complementar revogou expressamente o art. 11 do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com redação dada pela Lei Complementar nº 22, de 9 de dezembro de 1974. Dessa forma, as obras hidráulicas e de construção civil contratadas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias e concessionárias, antes isentas do tributo, passariam a ser taxadas, com reflexos nos gastos com investimentos do Poder Público. Dessa forma, a incidência do imposto sobre os referidos **serviços** não atende o interesse público, recomendando-se o veto aos itens 7.14 e 7.15, constantes da Lista de Serviços do presente Projeto de Lei Complementar. Em decorrência, por razões de técnica legislativa, também deverão ser vetados os incisos X e XI do art. 3º da Projeto de Lei.*

Adite-se a isso que, ontologicamente, não subsiste a distinção feita pelo Recorrente no sentido de que o fornecimento de água canalizada se apresentaria como serviços públicos *essenciais*, e não como serviços públicos *obrigatórios* (i.e., aqueles cuja prestação é de tal forma tocada pelo interesse público que cabe ao Estado exercê-la mesmo que o usuário, por ato voluntário, pretenda ilidi-la), razão por que atrairia a incidência da tributação por ICMS. Em essência, inexistente justificativa que dê suporte a tal distinção.

O fato de haver serviços em que mesmo diante do inadimplemento do usuário, por não ter recolhido a taxa pertinente, ocorrerá a prestação (e.g., esgoto sanitário e com a coleta de lixo) não retiram a sua pecha de essencial. Por outro lado, é inobjetoável que o fornecimento de água canalizada, bem considerado vital à vida humana, reveste-se de obrigatoriedade, não podendo a sua distribuição ficar ao alvedrio do Poder Público ou dos particulares prestadores deste serviço (concessionários ou permissionários).

Amparar tal distinção na circunstância de que é possível que o particular opte por poços artesianos ou carros-pipas, sem que tenha de pagar, assim, qualquer remuneração pelo serviço de fornecimento de água não utilizado, como pretende o Recorrente, seria irreal e pouco pragmático sob o ponto de vista da racionalidade. Na verdade, essa opção se revela fictícia e desconsidera as diferenças socioeconômicas existentes na sociedade brasileira.

Alguns dados ilustram bem o pano de fundo da discussão. De acordo com levantamento feito pelo IBGE, em 2011, o número de domicí-

lios atendidos por rede geral de abastecimento de água no Brasil era de 51,8 milhões, correspondendo a 84,6% do total de unidades. Nas regiões Norte e Nordeste, que possuem os piores índices, esse percentual é de 55,9% e 79,9%, respectivamente (Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. PNAD 2009/2011).

Ou seja, a tão almejada universalização do serviço público de abastecimento de água canalizada no Brasil ainda é um sonho distante de boa parte da população. Se isso é verdade, como os dados fazem crer que sejam, cai por terra essa pseudo-liberdade de escolha dos cidadãos entre, de um lado, o fornecimento de água canalizada e, de outro, a construção de poços artesianos ou a contratação de carros-pipa. A rigor, ao sugerir tais opções, o Recorrente, a um só tempo, desconsidera as condições materiais de cada cidadão brasileiro (no caso da contratação de carros-pipa), bem como promove o estabelecimento de cidadãos de primeira (para os quais se disponibilizaria água canalizada) e de segunda classe (para os quais restariam os poços artesianos).

Demarco, por fim, que a tese pela rejeição da tributação do fornecimento de água canalizada é tradicional neste Supremo Tribunal Federal, notadamente a partir dos precedentes firmados na ADIn nº 567/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, e na ADIn nº 2.224/DF, Red. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, nos quais se parte da premissa de que a água encanada não configura mercadoria a ensejar a incidência do ICMS. Eis a ementa destes e de outros julgados que a eles se seguiram, *verbis*:

CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 546, 547 E 548 DO DECRETO N. 32.535, DE

18 DE FEVEREIRO DE 1991, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ALEGADA INFRINGENCIA AOS ARTS. 150, I E VI, PAR.2., E 155, I, “b”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Relevância do direito, caracterizada pela circunstancia de haver-se definido, por decreto, fato gerador e base de calculo de tributo; e, ainda, por ter-se pretendido modificar, pela mesma via, a natureza jurídica do fornecimento de água potável, encanada, as populações urbanas, transmudando-a de serviço público essencial em circulação de mercadoria. “Periculum in mora” igualmente configurado, em face da extrema dificuldade de recuperação dos valores correspondentes ao tributo que vier a ser pago. Cautelar deferida. (ADI 567 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 12/09/1991, DJ 04-10-1991 PP-13779 EMENT VOL-01636-01 PP-00038 RTJ VOL-00138-01 PP-00060)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RESOLUÇÃO Nº 98/89 QUE APROVOU CONVÊNIO NA FORMA DA LC 24/75, EM QUE AUTORIZA ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL A CONCEDERAM ‘A ISENÇÃO DO ICMS EM OPERAÇÕES COM ÁGUA NATURAL CANALIZADA, NAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. EDIÇÃO DO CONVÊNIO 77/95, DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, QUE AUTORIZA RIO DE JANEIRO E RIO GRANDE DO SUL A REVOGAREM A ISENÇÃO DO ICMS PARA A ÁGUA CANALIZADA. RESOLUÇÃO Nº 2.679/96, QUE LEVA A EFEITO O CONVÊNIO 77/95. REQUERIDA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DOIS ÚLTIMOS ATOS NORMATIVOS, SOB A ALEGAÇÃO DE: 1) ERRÔNEA CLASSIFICAÇÃO DE ÁGUA CANALIZADA COMO MERCADORIA; 2) LEGITIMIDADE DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL PARA FIRMAR CONVÊNIOS QUE TRATEM DE ISENÇÃO DE ICMS, NA FALTA DE LEI COMPLEMENTAR. NECESSÁRIA A COMPREENSÃO

DA EXTENSÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS - ART. 155, II, CF, PARA IDENTIFICAR O QUE CONSTITUI OU NÃO FATO GERADOR DO ICMS. JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL QUE ENTENDE NÃO SER A ÁGUA CANALIZADA MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO PELO ICMS, POR TRATAR-SE DE SERVIÇO PÚBLICO. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, SE A SUSPENSÃO DA NORMA IMPUGNADA FIZER RESSURGIR NORMA ANTERIOR TAMBÉM INCONSTITUCIONAL, ESTAS DEVERÃO SER IMPUGNADAS NA INICIAL. O QUE NÃO SUCEDEU. SE DECIDIR ESTE TRIBUNAL PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO CONVÊNIO 77/95, HAVERÁ A REPRISTINAÇÃO DO CONVÊNIO ANTERIOR - Nº 98/89. AÇÃO NÃO CONHECIDA. (ADI 2224, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2001, DJ 13-06-2003 PP-00008 EMENT VOL-02114-02 PP-00252)

TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ÁGUA CANALIZADA. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A decisão agravada está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que possui entendimento no sentido de que não incide o ICMS sobre o fornecimento de água canalizada, uma vez que se trata de serviço público essencial e não de mercadoria. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (RE 552948 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-07 PP-01558)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. ICMS. FORNECIMENTO DE ÁGUA POR EMPRESA DE SANEAMENTO PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMO SERVIÇO OU ATIVIDADE COMERCIAL. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL DO ARGUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE A LEGISLAÇÃO INFRALEGAL ALTERAR O CONCEITO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA PARA ENCAIXÁ-LO NO FATO GERADOR DO TRIBUTO. 1. A discussão acerca da caracterização do fornecimento de água como serviço ou operação de circulação de mercadoria depende do exame da legislação infraconstitucional que define o regime de acesso e distribuição do mineral, de modo a não desafiar a interposição de recurso extraordinário. Precedente: RE 450.496-AgR, rel. min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 16.12.2005. 2. Esta Corte afastou, em cautelar de controle direto de constitucionalidade, legislação infralegal tendente à modificação dos conceitos legais dos serviços de fornecimento de água para encaixá-los na hipótese de incidência do ICMS (ADI 567-MC, rel. min. Ilmar Galvão, Pleno, DJ de 04.10.1991). Agravo regimental ao qual se nega provimento. (AI 297277 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-04 PP-00869)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE ICMS INCIDENTE SOBRE O FORNECIMENTO DE ÁGUA ENCANADA. IMPOSSIBILIDADE. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido da ilegitimidade da cobrança de ICMS sobre água encanada,

uma vez que se trata de serviço público essencial e não mercadoria. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 682565 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-17 PP-03640)

Mesmo enquanto atuava no Superior Tribunal de Justiça, ademais, já tive a oportunidade de perfilhar a orientação firmada por esta Suprema Corte, entendendo, à época, pela rejeição da incidência de ICMS sobre o fornecimento de água encanada, como exemplifica a ementa do seguinte acórdão por mim relatado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ÁGUA TRATADA. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. O fornecimento de água potável não constitui hipótese de tributação, visto que o serviço prestado se reveste de caráter público e essencial. Precedentes: AgRg no REsp 1080699/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 15/03/2010 AgRg no REsp 1056579/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 5.10.2009; AgRg no REsp 1014113/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 23.6.2008; AgRg no Ag 814.335/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ de 19.12.2007; AgRg no REsp 1081573/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 08/03/2010.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1034735/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 06/12/2010)

JURISPRUDÊNCIA

Ex positis, voto no sentido negar provimento ao recurso extraordinário, assentando a inconstitucionalidade da tributação, pelo ICMS, do fornecimento de água encanada.

É como voto.

10/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, há um sistema que vem funcionando em todo o território nacional, ligado ao fornecimento desse bem indispensável ao homem, que é a água.

Não me consta que até aqui tenha surgido conflito no âmbito da competência tributária ativa, considerados Estado e município: o município pretendendo a incidência do imposto sobre serviços, e o Estado a incidência do ICMS, tributo cuja própria sigla já revela a possibilidade de existir situação concreta em que envolvidos serviços, como está no inciso II do artigo 155 da Constituição Federal:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, (...);

Quando se tem, junto com o fornecimento da mercadoria – e, para mim, água é mercadoria –, a prestação de serviços, adota-se a teoria do preponderante. Reconheço que as empresas de água que se dedicam, em linhas gerais, ao saneamento – e a CEDAE, no caso, é uma empresa de água – prestam serviços. Recebo em minha residência um medidor, que vai conferir o hidrômetro, o relógio que marca a chegada dessa mercadoria canalizada – e o fato de a mercadoria ser canalizada não implica a sua descaracterização.

Indago: ainda que coloquemos a água como indispensável, como a englobar esse gênero – não espécie – serviço essencial, porque vejo nele também apanhadas certas mercadorias, esse fato descaracteriza o que fornecido como mercadoria? A meu ver, não, Presidente. Repito que, até aqui, pelo que me consta – teria que fazer pesquisa um pouco mais aprofundada –, o ICMS vem sendo cobrado em todas as contas apresentadas, não sendo, no caso do fornecimento de água, primazia do Estado do Rio de Janeiro.

A persistir o quadro decisório, teremos como assegurado a esse contribuinte, ao condomínio do Edifício Paula, a repetição do indébito, presente o período em que o tributo foi cobrado, com a incidência de juros e correção monetária, observado, claro, o quinquênio alusivo ao prazo prescricional.

JURISPRUDÊNCIA

Vejo que, nos precedentes levantados pelo Gabinete, existem vários formalizados em procedimentos de apreciação sumária. Refiro-me ao problema, muito embora às vezes não pareça, da cautelar no processo objetivo, ao do agravo regimental no agravo de instrumento para a subida do extraordinário e ao do regimental, também, no recurso extraordinário.

Peço vênia, Presidente, aos colegas para concluir que, no caso, tem-se a observância pelo Estado do Rio de Janeiro, como também por outros estados, do disposto na Constituição Federal.

Hugo de Brito Machado, em regime tributário da venda de água – mercadoria, repito, e não é um simples serviço –, entende ser legítima essa mesma incidência e sustenta que se tem realmente um serviço público em sentido estrito. No caso de fornecimento de água pelo Estado, diretamente ou por intermédio de concessionárias, a questão está em saber – diz ele – se tal atividade deve ser considerada serviço público, em sentido estrito – e aí, ter-se-ia a incidência apenas do imposto sobre serviço –, ou uma atividade propriamente estatal. Relevante observar que a água é bem comum. Tece considerações apontando que o Estado exerce atividade econômica de fornecimento de água, que bem poderia ser realizada por particulares, porque tal atividade é de relevante interesse coletivo. Conclui que é razoável entender-se que, no fornecimento de água, o que se dá é o transporte feito mediante a tubulação, mas de algo que ressoa como mercadoria, uma mercadoria peculiar.

Por isso, Presidente, assentando que não houve extravasamento dos limites constitucionais, do figurino constitucional referente ao tributo,

peço vênia ao relator e àqueles que o acompanharam, para prover o extraordinário.

10/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, eu ouvi atentamente a explicação e o voto do eminente Ministro Marco Aurélio. E essa questão é uma questão extremamente palpitante, e eu votei, confesso que votei, não só pelo brilho dos argumentos do eminente Relator, mas também por um precedente que eu subscrevi no mesmo sentido.

Mas agora, refletindo sobre as ponderações do Ministro Marco Aurélio, imaginando que não se trata de água *in natura*, e não se trata de um simples transporte de algo que vem de fontes naturais, mas é uma água tratada, a qual, não raro, é adicionado flúor, algicidas e outros produtos químicos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É um produto aperfeiçoado.

JURISPRUDÊNCIA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é, é algo que se adiciona à natureza. E tendo em conta, também, Senhor Presidente, que a água não só em nosso país, mas em escala mundial, vem se transformando num bem cada vez mais escasso, eu gostaria de exteriorizar um pensamento em voz alta, no sentido de que, talvez, a tributação sobre esse bem escasso seja uma forma de se, pedagogicamente, indicar um uso mais adequado desse importante bem...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Um doutrinador, Fábio Giusto Moroli, ressalta justamente esse aspecto apontado por Vossa Excelência, ou seja, que, no caso da água, há o acréscimo, inclusive de outros produtos, e a comercialização sob o ângulo econômico.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A premissa da nossa jurisprudência já leva isso em conta, tanto que nós nos referimos – ainda que sinteticamente, porque houve um pedido para que fôssemos concisos -, ela se refere exatamente ao pagamento desse preço público, mercê de um bem ser essencial à vida humana, exatamente para atingir esse escopo de racionalização. Ficaria completamente contraditória a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal se entendêssemos como mercadoria.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Eu entendo. Os argumentos de lado a lado são muito instigantes, mas, para que eu possa refletir mais uma vez - e até homenageando o brilho do voto do Ministro Marco Aurélio, a preocupação que Sua Excelência sempre traz em aprofundar o debate -, vou reformular o meu voto, Senhor Presidente, pedindo vênica ao eminente Ministro-Relator para acompanhar o voto do Ministro Marco Aurélio e dar provimento ao recurso.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.056

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

RECDO.(A/S) : CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PAULA

ADV.(A/S) : LÍGIA COSTA TAVARES

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO ESTADUAIS - AESBE

ADV.(A/S) : ELIZABETH COSTA DE OLIVEIRA GÓES

JURISPRUDÊNCIA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator), negando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, a Dra. Christina Aires Corrêa Lima, Procuradora do Estado e, pela interessada, a Dra. Elizabeth Costa de Oliveira Góes. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.09.2011.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 10.04.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu

Assessor-Chefe do Plenário

(Ementa disponibilizada no DJe-STF 91/2013, divulg 15.05.2013 public 16.05.2013, p. 19).

Decisões monocráticas

**DÉBITO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. PRESCRIÇÃO.
RETIFICAÇÃO DAS GFIP'S. REINÍCIO DA CONTAGEM DO
PRAZO PRESCRICIONAL.**

AGTR - 131963/RN - 0003928-26.2013.4.05.0000

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR
SOUZA CARVALHO

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

AGRTE : TRANSFLOR LTDA

ADV/PROC : TALITA MOTTA MEIRA PIRES

AGRDO : FAZENDA NACIONAL

(Decisão)

Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão do douto juízo da 6ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, f. 198-199, que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade ao argumento de que não ocorrera a prescrição quinzenal da dívida, na medida em que, embora o ajuizamento da ação só tenha ocorrido em 02 de abril de 2012, para cobrança de crédito referente à competência de 2004, não se consumara a prescrição, pois a contagem fora interrompida em razão da apresentação de sucessivas

declarações de GFIPs, pela parte excipiente para cada competência ora questionada.

Insiste a empresa, ora agravante, na tese de que os créditos em execução estariam fulminados pela prescrição, uma vez que a declarações enviadas por meio de GFIP's, no mais tardar até janeiro de 2005, referente às competências mensais de 2004, estariam prescritas porquanto ajuizada a execução fiscal somente em 2012, considerando não haver causa suspensiva ou interruptiva de prescrição.

Decido.

Nos termos da Súmula 436, do Superior Tribunal de Justiça, a entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

Conforme ressaltado no decisório recorrido, as declarações apresentadas, por meio de GFIP's, pela contribuinte, ora agravante, embora correspondentes às competências mensais de 01 a 12/2004, tiveram sucessivas reapresentações, circunstância que demonstra o reconhecimento da dívida pelo devedor, conforme se pode notar, como exemplo, o documento de f. 123-128, em que a declaração do débito relativo à competência de 01/2004, fora, sucessivamente, substituída durante os anos de 2006 a 2012.

Ou seja, cada declaração retificadora apresentada pelo contribuinte determina outra interrupção da prescrição, pois representa uma nova constituição do crédito tributário, e funciona também como novo termo inicial para a contagem do prazo prescricional quinquenal, nos termos do art. 174, caput, e inc. IV, do Código Tributário Nacional.

A agravante não se ocupou em rebater a existência dessa causa interruptiva de prescrição, limitando-se a repetir os fundamentos constantes da petição na defesa direta.

Assim, nego o pedido de efeito suspensivo ativo.

Intimar a parte agravada, na forma do inc. V, do art. 527, do Código de Processo Civil, para responder em dez dias.

P. I.

Recife (PE), 29 de abril de 2013.

Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho

Relator

(Decisão monocrática publicada no DJe TRF5 nº 91/2013, disponibilização 16.05.2013, p. 109).

EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECEBIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. EXECUÇÃO DE CARTA DE FIANÇA. ILEGALIDADE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0008803-93.2013.4.03.0000/
SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVANTE : CRBS S/A

JURISPRUDÊNCIA

ADVOGADO : MARCELO SALDANHA ROHENKOHL

AGRAVADO : União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI
OWADA

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE CAMPINAS Sec
Jud SP

No. ORIG. : 00146091120054036105 5 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por CRBS S/A em face de decisão que, em execução fiscal, determinou a intimação da instituição fiadora para honrar a carta de fiança apresentada para garantir o feito, tendo em vista a improcedência dos embargos à execução e o recebimento do apelo da embargante apenas no efeito devolutivo.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido por meio da decisão de fls. 444/445, sobrestando-se a execução da carta de fiança e respectivos aditamentos até o julgamento final do agravo de instrumento.

A União Federal apresentou contraminuta às fls. 448/449.

É o relatório.

Decido.

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

É o caso dos autos.

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

“Neste primeiro e provisório exame inerente ao momento processual, vislumbro a presença dos requisitos para a concessão do efeito postulado, previstos no art. 558 do CPC.

Com efeito, a possibilidade de execução da carta de fiança apresentada no feito executivo não se coaduna com a jurisprudência do STJ sobre o tema, que se posiciona no sentido de ser mister o aguardo trânsito em julgado da ação, equiparando-se, para tal fim, a fiança bancária ao depósito do valor discutido:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. LEI N.º 6.830/80. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPROCEDENTE. FIANÇA BANCÁRIA. LEVANTAMENTO. CONDICIONADA AO TRÂNSITO EM JULGADO. EQUIPARAÇÃO. DEPÓSITO BANCÁRIO. TRATAMENTO SEMELHANTE PELO LEGISLADOR E JURISPRUDÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O levantamento da fiança bancária oferecida como garantia da execução fiscal fica condicionado ao trânsito em julgado da respectiva ação.

2. A leitura sistemática da Lei n.º 6.830/80 aponta que o legislador equiparou a fiança bancária ao depósito judicial como forma de garantia da execução, conforme se depreende dos dispostos dos artigos 9º, § 3º e 15, da LEF, por isso que são institutos de liquidação célere e que trazem segurança para satisfação ao interesse do credor.

3. O levantamento de depósito judicial em dinheiro depende do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 32, § 2º, daquele dispositivo normativo. Precedentes: REsp 543442/PI, Rel. Ministra ELIANA CAL-

MON, DJ 21/06/2004; EREsp 479.725/BA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 26/09/2005.

4. À luz do princípio ‘ubi eadem ratio ibi eadem dispositio’, a equiparação dos institutos - depósito judicial e fiança bancária - pelo legislador e pela própria jurisprudência deste e. Superior Tribunal de Justiça impõe tratamento semelhante, o que vale dizer que a execução da fiança bancária oferecida como garantia da execução fiscal também fica condicionado ao trânsito em julgado da ação satisfativa.

5. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.

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

7. Recurso especial desprovido”.

(STJ, REsp n. 1033545/RJ, Primeira Turma, r. Ministro Luiz Fux, j. 28/4/2009, DJe 28/5/2009)

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSIVIDADE. ART. 739-A DO CPC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À LEI 6.830/80. FIANÇA BANCÁRIA. DEPÓSITO DO VALOR EM JUÍZO. LEVANTAMENTO DA QUANTIA DEPOSITADA CONDICIONADO AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA NO ACÓRDÃO ATACADO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 634 E 635 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

4. *Cumprе salientar que o voto condutor do acórdão recorrido, ao prover o agravo de instrumento do Município de Gravataí, determinou o prosseguimento da execução fiscal, do que resultou a intimação do prestador da fiança para que, em 48 horas, depositasse em juízo o valor atualizado da execução. No pertinente ao levantamento do depósito, restou consignado que a liquidação da fiança submete-se à regra do art. 32 da Lei de Execuções Fiscais, que dispõe em seu parágrafo 2º (“Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente”). Como visto, ao contrário do alegado pelo ora agravante, não houve infringência ao dispositivo legal em referência, porquanto o levantamento da quantia depositada pelo banco afiançante ficou condicionado ao trânsito em julgado da sentença.*

5. *Agravo regimental não-provido”.*

(STJ, RCDESP na MC 15208/RS, Segunda Turma, r. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 17/3/2009, DJe 16/4/2009).

Neste sentido também é o entendimento da E. Terceira Turma desta Corte, conforme se verifica dos seguintes precedentes: AI n. 0004017-06.2013.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Nery Júnior, decisão monocrática disponibilizada no DJF3 em 17/4/2013; Agravo legal no AG n. 0003111-50.2012.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, j. 6/9/2012, DJF3 14/9/2012.

*Ante o exposto, **defiro** o efeito suspensivo postulado, sobrestando-se a execução da carta de fiança e respectivos aditamentos apresentados nos autos até o julgamento final do presente recurso.”*

JURISPRUDÊNCIA

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

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, com fulcro no artigo 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, para determinar que a execução da carta de fiança apresentada nos autos originários aguarde o trânsito em julgado dos respectivos embargos à execução.

Publique-se. Intimem-se.

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

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se os autos.

São Paulo, 27 de maio de 2013.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

(Decisão monocrática publicada no DE da JF 3ª Região, divulgação 13.06.2013, pp. 174/176).

Ementas

DESPACHO ADUANEIRO. BAGAGEM DESACOMPANHADA. INTENÇÃO DE DESEMBARAÇAR OS BENS. INAPLICABILIDADE DA PENA DE PERDIMENTO.

Numeração Única: 0002809-21.2002.4.01.3300

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO N. 2002.33.00.002790-9/BA

RELATOR(A): JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS

APELANTE: FERNANDO CARLOS DE OLIVEIRA

ADVOGADO: PEDRO MOTTIN E OUTROS(AS)

APELANTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: CRISTINA LUISA HEDLER

APELADO: OS MESMOS

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 14A VARA – BA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MERCADORIA IMPORTADA. DESPACHO ADUANEIRO. BAGAGEM DESACOMPANHADA. PROPRIEDADE DAS MERCADORIAS COMPROVADA. ABANDONO DE BENS. NÃO COMPROVAÇÃO. INTENÇÃO DE DESEMBARÇAR AS MERCADORIAS COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE ABANDONO AFASTADA.

1. Está devidamente comprovada nos autos, através de robusta prova documental, a propriedade das mercadorias objetos do writ, falecendo razão à autoridade coatora ao afirmar que o impetrante não é o real consignatário dos bens em lide.

2. Nos termos do art. 23, II, a, do Decreto-Lei 1.455/76, considerar-se-á dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias importadas

JURISPRUDÊNCIA

e que forem consideradas abandonadas, por não ter sido iniciado seu despacho aduaneiro no prazo de 90 (noventa) dias.

3. O entendimento jurisprudencial firmado pelo STJ, contudo, é que para ser decretada “(...) a pena de perdimento de bens, prevista no art. 23 do Decreto-Lei n. 1.455/76, faz-se necessária a comprovação da intenção do agente de abandonar a mercadoria importada. Com efeito, o mero transcurso do prazo de 90 (noventa) dias sem que tenha havido o respectivo desembaraço da mercadoria não enseja, por si só, a aplicação da referida pena.” (RESP 200301005490, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:07/02/2007 PG:00278 ..DTPB:.)

4. O art. 3º da IN/SRF 117/1998, exclui do conceito de bagagem aqueles bens cuja natureza configure importação para fim comercial.

5. Afasta-se, portanto, a aplicação do disposto no art. 9º, II, c, da IN/SRF 117/1998, ante o

manifesto intuito de comercializar as mercadorias importadas.

6. Os bens importados devem retornar ao local onde se encontravam armazenados, de forma que sua liberação seja procedida tão somente depois de findado o regular processo administrativo de despacho aduaneiro, com o pagamento dos tributos devidos.

7. Apelação da Fazenda Nacional e do Impetrante a que se nega provimento.

8. Remessa oficial a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Decide a 7ª Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da Fazenda

Nacional e do Impetrante, e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do relator convocado.

Brasília, 2 de abril de 2013.

JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS

Relator

(Ementa publicada no e-DJF1 nº 84/2013, disponibilização 02.05.2013, publicação 03.05.2013, pp. 730).

IRPJ E CSLL. GLOSA DE DESPESAS NÃO COMPROVADAS. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. OMISSÃO DE RECEITA CARACTERIZADA.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.33.01.000592-9/BA

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL

APELANTE : VIANA BRAGA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES E OUTROS(AS)

APELADO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : LUIZ FERNANDO JUCA FILHO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AÇÃO ORDINÁRIA - IRPJ, CSLL E IRRF - SU- PERAVALIAÇÃO DOS CUSTOS DA EMPRESA - REDUÇÃO DO IMPOSTO A PAGAR - FRAUDE - INTRICADA OPERAÇÃO CONTÁBIL - NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS - GLOSA DOS VALORES TIDOS POR EXCESSIVOS - LISURA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DAS IRREGULARIDADES - PROVAS IRREFUTÁVEIS DA FRAUDE.

1. Autoriza-se a glosa de valores referentes a custo da empresa, para fins de recolhimento a menor de impostos na modalidade “Lucro Real”, entendidos pelo Fisco como irregulares ou resultantes de fraude, uma vez que o contribuinte não pode se beneficiar de sua própria torpeza.

2. Se as notas fiscais apresentadas pela autora (contribuinte) têm diversas irregularidades – tais como ausência de “visto” nos postos de fiscalização tributária estadual; ausência de dados do transportador; lapso temporal excessivamente prolongado entre a remessa das mercadorias e seu recebimento no estabelecimento comprador, tanto mais quando essas mercadorias são altamente perecíveis (hortifrutigranjeiro); preenchimento das notas fiscais pela mesma pessoa, ainda que de empresas diferentes; ausência de recibo de pagamento feito à vista e em espécie etc. -, a conclusão por sua inidoneidade é medida que se impõe.

3. Havendo provas nos autos de que a autora se beneficiou ao lançar, em suas escritas fiscais, custos superavaliados dos que realmente suportou, irregularidade apurada, inclusive, mediante depoimento em interrogatório policial, onde o interrogado afirmou nunca ter tido relação comercial com a empresa autora, mesmo tendo sido apresentadas diversas notas fiscais da empresa do interrogado como ocorrida a relação comercial, a glosa desses valores se mostra condizente com a situação fática apresentada nos autos.

4. Os lucros a que a empresa alega ter obtido no período em questão não foram confirmados pelo expert, restando, portanto, considerados os apurados na perícia como efetivamente obtido pela empresa, que não diferem dos apurados pela Receita Federal.

5. A correção monetária das demonstrações financeiras, do ano base 1990, referente à variação entre o IPC e o BTNF, só poderia ter sido usada a partir de 1993, nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.200/1991.

6. A construção a qual a empresa autora considerou a depreciação a partir de 1991 só obteve seu “HABITE-SE” em 1996, afastando a conclusão de que a obra teria sido finalizada em 1990.

7. Apelação não provida.

8. Peças liberadas pelo Relator, Brasília, 30 de abril de 2013., para publicação do acórdão.

ACORDÃO

Decide a 7ª Turma NEGAR PROVIMENTO à apelação por unanimidade.

7ª Turma do TRF-1ª Região, Brasília, 30 de abril de 2013.

DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO
AMARAL

RELATOR

(Ementa publicada no e-DJF1 nº 89/2013, disponibilização 09.05.2013, publicação 10.05.2013, pp. 834/835).

CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO COM REPERCUSSÃO GERAL.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.682

ORIGEM :AC - 200251010051795 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

PROCED. :RIO DE JANEIRO

RELATOR :MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) :TRELSA - TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE LIQUIDOS S/A

ADV.(A/S) :JOSÉ OSWALDO CORRÊA

RECDO.(A/S) :INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL - INSS

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

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Ausente o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), por participação no evento Time 100 Gala, organizado pela Time Magazine, e em seminário promovido pela Universidade de Princeton, ambos nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-presidente). Plenário, 25.04.2013.

Recurso extraordinário. 2. Tributário. 3. Contribuição para o SEBRAE. Desnecessidade de lei complementar. 4. Contribuição para o SEBRAE. Tributo destinado a viabilizar a promoção do desenvolvimento das micro e pequenas empresas. Natureza jurídica: contribuição de intervenção no domínio econômico. 5. Desnecessidade de instituição por lei complementar. Inexistência de vício formal na instituição da contribuição para o SEBRAE mediante lei ordinária. 6. Intervenção no domínio econômico. É válida a cobrança do tributo independentemente de contraprestação direta em favor do contribuinte. 7. Recurso extraordinário não provido. 8. Acórdão recorrido mantido quanto aos honorários fixados.

(Acórdão publicada no STF - DJe nº 98/2013, divulg 23.05.2013, public 24.05.2013, p. 26).

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL. RECEBIMENTO POR TERCEIRO. CONTRIBUINTE PRESO NO MESMO DIA EM FLAGRANTE DELITO. NULIDADE DO ATO. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO PELA CITAÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008966-77.2011.4.03.6100/SP

2011.61.00.008966-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRE NABARRETE

APELANTE : União Federal (FAZENDA NACIONAL)

JURISPRUDÊNCIA

ADVOGADO : RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF
VIANNA

APELADO : ROSENDO RODRIGUES BAPTISTA NETO

ADVOGADO : ALEXANDRE GOMES D' ABREU e outro

No. ORIG. : 00089667720114036100 11 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PROCES-
SUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO RETIDO. PRE-
JUDICADO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO
CÍVEL PARA CONHECER DE MATÉRIA RELATIVA À NU-
LIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NÃO
ACOLHIMENTO. INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL. DECRE-
TO Nº 70.235/72, ART. 23. RECEBIMENTO POR TERCEIRA
PESSOA. PRESUNÇÃO *IURIS TANTUM*. SITUAÇÃO FÁTICA
QUE A ELIDI. ENTREGA NO MESMO DIA EM QUE O CON-
TRIBUINTE FOI PRESO EM FLAGRANTE. PREJUÍZO PARA
A DEFESA CONFIGURADO. A NULIDADE DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO FISCAL NÃO É CONVALIDADA PELA CI-
TAÇÃO VÁLIDA NA EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA IN-
TIMAÇÃO POR VIA POSTAL QUE SE RECONHECE DIANTE
DA AUSÊNCIA DE CONSUMAÇÃO DO OBJETIVO DO ATO.

1. Impõe o reexame necessário da sentença, à luz do disposto no
inciso II do artigo 475 do Código de Processo Civil.

2. Agravo retido contra o deferimento da liminar conhecido, pois
requerida a sua apreciação nas razões de apelação (art. 523, *caput* e
§1º, do CPC) e prejudicado em razão do julgamento da apelação e da
remessa oficial nesta data.

3. O debate quanto à inexistência da obrigação é tipicamente realizado por meio dos embargos previstos no artigo 16 da LEF, mas o direito constitucional de ação permite ao devedor que ajuíze ação cognitiva com o mesmo propósito. Nada impede que o executado opte pela via da ação anulatória de débito no lugar dos embargos de devedor. Embora exista relação de prejudicialidade entre a ação anulatória e a respectiva execução, a modificação pela conexão apenas será possível nos casos em que a competência for relativa, nos termos do artigo 91 c/c o artigo 102, ambos do Código de Processo Civil. Competência das varas especializadas de execução fiscal absoluta e, portanto, improrrogável, de maneira que está impossibilitada a reunião dos feitos e as ações devem seguir seu curso separadamente. Preliminar rejeitada.

4. A intimação por via postal no processo administrativo fiscal está prevista no artigo 23 do Decreto nº 70.235/72.

5. Ato que, mesmo respeitada a forma legal não atingiu sua finalidade, pois a correspondência foi entregue a terceiro (porteiro) no mesmo dia em que o contribuinte a ser intimado foi preso em flagrante.

6. Presunção *iuris tantum* que admite prova em contrário. Comprovada nos autos situação fática apta a elidi-la.

7. Embora não haja previsão expressa que altere a regra no caso em que o notificado tenha sido preso em flagrante no mesmo dia, bem como não seja possível invocar o cárcere para se eximir de suas obrigações, a prisão representa extrema restrição da liberdade do indivíduo, pois o retira do convívio social e impede a realização das rotinas mais simples, dentre elas, a verificação de sua correspondência.

8. Não se pode presumir que terceiro não obrigado legalmente tenha entregue as cartas ao preso.

JURISPRUDÊNCIA

9. É obrigação do contribuinte informar a alteração de seu domicílio fiscal. *In casu*, a controvérsia limita-se àquele ato realizado em 2007, quando foi impossível ao autor informar a alteração de seu domicílio em tempo hábil. Afinal, a mudança ocorreu no mesmo dia da entrega da documentação e por ato alheio à sua vontade.

10. A efetiva citação no processo de execução não tem a força de regularizar a ausência de intimação do processo administrativo que o precedeu. Evidente o prejuízo sofrido pela parte, que não teve oportunidade de recorrer da decisão administrativa que culminou na inscrição da dívida ativa, contrariados, assim, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos nos incisos LIV e LV da Constituição da República. A possibilidade de defesa por meio de oposição de embargos não valida a nulidade do procedimento fiscal, nem retira da parte o direito de vê-la reconhecida em ação autônoma própria se assim lhe for conveniente.

11. Procedência que não se funda no pedido de aplicação subsidiária do CPP.

12. Nulidade da intimação reconhecida.

13. Anulação da certidão de dívida ativa de R\$ 40.702,66 e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.839,15, montante que se apresenta adequado aos parâmetros consolidados pela jurisprudência desta Quarta Turma.

14. Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, a que se nega provimento. Agravo retido que se julga prejudicado.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de maio de 2013.

André Nabarrete

Desembargador Federal

(Ementa publicada no DE da JF 3ª Região, divulgação 24.05.2013, p. 1062/1063).

JUROS SOBRE DEPÓSITOS JUDICIAIS. NATUREZA REMUNERATÓRIA. COBRANÇA DE IRPJ E CSLL. EXIGIBILIDADE.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.695 - SC (2009/0086194-3)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL
MARQUES
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : CIA. HERING

JURISPRUDÊNCIA

ADVOGADO : FLÁVIO AUGUSTO DUMONT PRADO
E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. DISCUSSÃO SOBRE A EXCLUSÃO DOS JUROS SELIC INCIDENTES QUANDO DA DEVOLUÇÃO DE VALORES EM DEPÓSITO JUDICIAL FEITO NA FORMA DA LEI N. 9.703/98 E QUANDO DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO NA FORMA DO ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN.

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

2. Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, na forma prevista no art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, e na forma do art. 8º, da Lei n. 8.541/92, como receitas financeiras por excelência. Precedentes da Primeira Turma: AgRg no Ag 1359761/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 6/9/2011; AgRg no REsp 346.703/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 02.12.02; REsp 194.989/PR, Primeira Turma, Rel. Min.

Humberto Gomes de Barros, DJ de 29.11.99. Precedentes da Segunda Turma: REsp. n. 1.086.875 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/acórdão Min. Castro Meira, julgado em 18.05.2012; REsp 464.570/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 29.06.2006; AgRg no REsp 769.483/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 02.06.2008; REsp 514.341/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 31.05.2007; REsp 142.031/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.11.01; REsp. n. 395.569/RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 29.03.06.

3. Quanto aos juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei nº 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais.

4. Por ocasião do julgamento do REsp. n. 1.089.720 - RS (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012) este Superior Tribunal de Justiça definiu, especificamente quanto aos juros de mora pagos em decorrência de sentenças judiciais, que, muito embora se tratem de verbas indenizatórias, possuem a natureza jurídica de lucros cessantes, consubstanciando-se em evidente acréscimo patrimonial previsto no art. 43, II, do CTN (acréscimo patrimonial a título de proventos de qualquer natureza), razão pela qual é legítima sua tributação pelo Imposto de Renda, salvo a existência de norma isentiva específica ou a constatação de que a verba principal a que se referem os juros é verba isenta ou fora do campo de incidência do IR (tese em que o acessório segue o principal). Precedente: EDcl no REsp. nº 1.089.720

- RS, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.02.2013.

5. Conhecida a lição doutrinária de que juros de mora são lucros cessantes: “Quando o pagamento consiste em dinheiro, a estimação do dano emergente da inexecução já se acha previamente estabelecida. Não há que fazer a substituição em dinheiro da prestação devida. Falta avaliar os lucros cessantes. O código os determina pelos juros de mora e pelas custas” (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, V. 4, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 221).

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

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

“A Seção, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvou-se o ponto de vista a Sra. Ministra Eliana Calmon.”

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 22 de maio de 2013.

(Ementa publicada no DJe de 31.05.2013, p. 840/841)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. NECESSIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO E APARÊNCIA DO BOM DIREITO. REQUISITOS CUMULATIVOS.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.272.827 - PE (2011/0196231-6)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO : DROPEL - DROGARIA PERNAMBUCANA LTDA

ADVOGADO : GLÁUCIO MANOEL DE LIMA BARBOSA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.

APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de 1994, que promoveu a reforma do Processo de Execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC/73), nele incluindo o §1º do art. 739, e o inciso I do art. 791.

2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, somente admitindo-os excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/94, conforme o evidência sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696.

3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa.

4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derivações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias.

5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni juris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do “Diálogo das Fontes”, ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido a alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008.

8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon,

Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 22 de maio de 2013.

(Ementa publicada no DJe de 31.05.2013, p. 843/845)

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS DAS CONTAS DAS FILIAIS PARA GARANTIA DE DÍVIDA DA MATRIZ. UNICIDADE DA PESSOA JURÍDICA.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.355.812 - RS (2012/0249096-3)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

JURISPRUDÊNCIA

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO : ERRETE COMÉRCIO DE PNEUS LTDA - MICROEMPRESA

ADVOGADOS : PAULA PEREIRA TAVARES E OUTRO(S)

DANIEL WEYMAR EYLER E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS DA MATRIZ. PENHORA, PELO SISTEMA BACEN-JUD, DE VALORES DEPOSITADOS EM NOME DAS FILIAIS. POSSIBILIDADE. ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL COMO OBJETO DE DIREITOS E NÃO COMO SUJEITO DE DIREITOS. CNPJ PRÓPRIO DAS FILIAIS. IRRELEVÂNCIA NO QUE DIZ RESPEITO À UNIDADE PATRIMONIAL DA DEVEDORA.

1. No âmbito do direito privado, cujos princípios gerais, à luz do art. 109 do CTN, são informadores para a definição dos institutos de direito tributário, a filial é uma espécie de estabelecimento empresarial, fazendo parte do acervo patrimonial de uma única pessoa jurídica, partilhando dos mesmos sócios, contrato social e firma ou denominação da matriz. Nessa condição, consiste, conforme doutrina majoritária, em uma universalidade de fato, não ostentando personalidade jurídica própria, não sendo sujeito de direitos, tampouco uma pessoa distinta da sociedade empresária. Cuida-se de um instrumento de que se utiliza o empresário ou sócio para exercer suas atividades.

2. A discriminação do patrimônio da empresa, mediante a criação de filiais, não afasta a unidade patrimonial da pessoa jurídica, que, na condição de devedora, deve responder com todo o ativo do patrimônio social por suas dívidas, à luz de regra de direito processual prevista no art. 591 do Código de Processo Civil, segundo a qual “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

3. O princípio tributário da autonomia dos estabelecimentos, cujo conteúdo normativo preceitua que estes devem ser considerados, na forma da legislação específica de cada tributo, unidades autônomas e independentes nas relações jurídico-tributárias travadas com a Administração Fiscal, é um instituto de direito material, ligado à questão do nascimento da obrigação tributária de cada imposto especificamente considerado e não tem relação com a responsabilidade patrimonial dos devedores prevista em um regramento de direito processual, ou com os limites da responsabilidade dos bens da empresa e dos sócios definidos no direito empresarial.

4. A obrigação de que cada estabelecimento se inscreva com número próprio no CNPJ tem especial relevância para a atividade fiscalizatória da administração tributária, não afastando a unidade patrimonial da empresa, cabendo ressaltar que a inscrição da filial no CNPJ é derivada do CNPJ da matriz.

5. Nessa toada, limitar a satisfação do crédito público, notadamente do crédito tributário, a somente o patrimônio do estabelecimento que participou da situação caracterizada como fato gerador é adotar interpretação absurda e odiosa. Absurda porque não se concilia, por exemplo, com a cobrança dos créditos em uma situação de falência, onde todos os bens da pessoa jurídica (todos os estabelecimentos) são arrecadados para pagamento de todos os credores, ou com a possibilidade de responsabilidade contratual subsidiária dos sócios pelas obriga-

JURISPRUDÊNCIA

ções da sociedade como um todo (v.g. arts. 1.023, 1.024, 1.039, 1.045, 1.052, 1.088 do CC/2002), ou com a administração de todos os estabelecimentos da sociedade pelos mesmos órgãos de deliberação, direção, gerência e fiscalização. Odiosa porque, por princípio, o credor privado não pode ter mais privilégios que o credor público, salvo exceções legalmente expressas e justificáveis.

6. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08.

ACÓRDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 22 de maio de 2013.

(Ementa publicada no DJe de 31.05.2013, p. 846/848)

PARCELAMENTO. LEI Nº 11.941/2009. APROVEITAMENTO DE DEPÓSITO JUDICIAL PARA QUITAÇÃO DO DÉBITO PARCELADO. IMPOSSIBILIDADE.

AGTR - 130965/PE - 0001702-48.2013.4.05.0000

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI

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

AGRTE : MAQUINAS PIRATININGA DO NORDESTE S/A

ADV/PROC : CELSO LUIZ DE OLIVEIRA e outros

AGRDO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONVERSÃO DO DEPÓSITO EM RENDA. LEI 11.941/2009. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO ESPECIFICAMENTE A ALGUNS DÉBITOS, EM DETRIMENTO DE OUTROS TAMBÉM ABRACADOS PELO PARCELAMENTO. ADOÇÃO DA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. PELO IMPROVIMENTO DO AGRAVO.

1. Consoante já decidiu o Pretório Excelso, “não configura negativa de presunção jurisdicional ou inexistência de motivação a decisão do Juízo ad quem pela qual se adotam, como razões de decidir, os próprios fundamentos constantes da decisão da instância recorrida (motivação *per relationem*), uma vez que atendida a exigência constitucional e legal

da motivação das decisões emanadas do Poder Judiciário”. (STF. ARE 657355 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, 1ª T., julgado em 06/12/2011)

2. Com base no entendimento jurisprudencial supra, adotam-se, como razões de decidir, os fundamentos exarados no decisum agravado que ora passam a incorporar o presente voto.

3. “Indefiro o pedido formulado pela executada no tocante à utilização dos valores depositados para adimplir a CDA apontada, uma vez que, com a adesão ao parcelamento, há consolidação de todas as dívidas em nome do devedor, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e para com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 1º, caput e § 6º da Lei nº 11.941/2009). Desse modo, assiste razão ao ente público exequente ao alegar que somente poderiam ser aproveitados os depósitos para abatimento de todo o valor parcelado.”

4. “Por outro lado, não merece respaldo o argumento da executada de que o art. 10 da Lei nº 11.941/09 permitiria a utilização das quantias depositadas para quitação, especificamente, da CDA apontada. De fato, o dispositivo estabelece que os depósitos existentes à época do parcelamento ou pagamento, serão automaticamente convertidos em renda da União, e seu parágrafo único acrescenta a possibilidade de levantamento de saldo remanescente, na hipótese de o valor depositado exceder o montante devido após a consolidação de que trata a lei. Nada leva a crer, portanto, que deva haver a imputação do pagamento especificamente a alguns débitos, em detrimento de outros, também abarcados pelo parcelamento.”

5. “Como consequência, não há razão no pedido de levantamento do valor remanescente e devolução das cartas de fiança bancária. Primeiramente porque o montante consolidado do débito supera a soma dos valores depositados (vide fls. 61, 64 e 87). Em segundo lugar, porque a prestação de tal garantia se deu anteriormente à formalização

do parcelamento, e logo, quando ainda não se encontrava suspensa a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, inc. VI, do CTN). Assim, não se há de cogitar de dispensa da garantia, mesmo porque a executada não demonstrou a presença de outros elementos que justificassem seu levantamento.”

6. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de maio de 2013

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Relator

(Ementa publicada no DJe TRF5 nº 101/2013, disponibilização 31.05.2013, p. 111/112).

SERVIÇO POSTAL. EXIGÊNCIA DE ISS. FRUIÇÃO DA IMUNIDADE RECÍPROCA. CABIMENTO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392

ORIGEM :AC - 199970000319063 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

JURISPRUDÊNCIA

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) :ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E
TELÉGRAFOS

ADV.(A/S) :GUSTAVO ESPERANÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) :MUNICÍPIO DE CURITIBA

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

INTDO.(A/S) :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIA-
RIAS DE FIANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF

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

INTDO.(A/S) :MUNICIPIO DE SAO PAULO

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO
DE SÃO PAULO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator), negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pela recorrente, a Dra. Misabel de Abreu Machado Derzi, pelos *amici curiae* Município de São Paulo e Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras, respectivamente, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho e o Dr. Ricardo Almeida Ribeiro da Silva. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 25.05.2011.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Cezar Peluso (Presidente), negando provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello, provendo-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 16.11.2011.

Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Reajustou o voto o Ministro Ricardo Lewandowski. Não votou o Ministro Teori Zavascki por suceder ao Ministro Cezar Peluso. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, com votos proferidos em assentada anterior. Plenário, 28.02.2013.

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(Acórdão publicada no STF - DJe nº 105/2013, divulg 04.06.2013, public 05.06.2013, p. 23/24).

