

INTEIRO TEOR

CRÉDITO DE ICMS NÃO-APROVEITADO. RECONHECIMENTO DO DIREITO À INCLUSÃO EM CUSTOS. POSSIBILIDADE.

RECURSO ESPECIAL N. 1.011.531-SC (2007X1285835-3)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: TERESINHA BORGES GONZAGA E OUTRO(S)

RECORRIDO: INDÚSTRIA DE MADEIRAS GUILHERME BUTZKE

LTDA

ADVOGADO: D ANTE AGUIAR AREN D E OUTRO(S)

EMENTA:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CRÉDITO DE ICMS NÃO-APROVEITADO. RECONHECIMENTO DO DIREITO À INCLUSÃO EM CUSTOS. SITUAÇÃO PARTICULAR DA EMPRESA EXPORTADORA RECORRIDA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO DIVORCIADA DOS ELEMENTOS CONSTANTES NOS DISPOSITIVOS APONTADOS VIOLADOS.

1. Trata-se de recurso especial fundado na alínea *a*. do permissivo constitucional, interposto pela Fazenda Nacional em autos de mandado de segurança preventivo impetrado contra o Delegado da Receita Federal em Blumenau, contra acórdão que, reformando a sentença, reconheceu à empresa contribuinte o direito de considerar como custo o saldo credor do ICMS ainda não aproveitado no ano, excluindo os valores afetos a essa receita do conceito de lucro, a não ensejar a incidência de IRPJ e CSLL. O principal argumento apresentado pela Fazenda, em recurso especial, refere-se à apontada infração do artigo 535 do CPC, porquanto o acórdão teria deixado de examinar teor inscrito nos artigos 187, § 1º da Lei 6.404/76, 248, 289, § 3º e 299, §§ 1º e 2º do Decreto

3.00099, os quais, segundo se afirma, vedam o procedimento fiscal autorizado pelo julgado atacado.

2. No entanto, não se constata a apontada violação do artigo 535 do CPC, uma vez que, embora não tenha realmente examinado a matéria de direito regulada nos dispositivos elencados pela recorrente, a Corte Julgadora *a quo* solucionou a lide de maneira absolutamente adequada, invocando fundamento legal que possui via própria, e de nenhum modo dependeria da consideração da tese abraçada pela União.

3. Com efeito, o núcleo da fundamentação do acórdão explicita que a denegação do pedido formulado em recurso de apelação pela empresa contribuinte, no caso concreto, resultaria em tributação indevida, como se demonstra:

A impossibilidade da consideração como custo do ICMS suportado na aquisição de mercadorias, para fins de apuração do lucro, pode não afrontar a capacidade contributiva quando haja, efetivamente, a utilização de tais créditos no pagamento de ICMS e funcione adequadamente a sistemática de ressarcimentos. Porém, em se tratando de empresa exportadora imune ao pagamento de ICMS, que se vê acumulando créditos mês a mês sem que consiga transferir a terceiros tampouco obter junto ao Estado o ressarcimento de tal custo tributário, a norma do regulamento que proíbe que se considere o ICMS suportado como custo (art. 289, § 3º, do Dec. 3.00099) acaba por implicar a tributação de lucro inexistente, tanto a título de IRPJ como de CSLL.

Esse argumento não mereceu impugnação específica.

4. Recurso especial não-conhecido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de maio de 2008 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

RECURSO ESPECIAL N. 1.011.531 - SC (2007/0285835-3)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR TERESINHA BORGES GONZAGA E OUTRO(S)

RECORRIDO: INDÚSTRIA DE MADEIRAS GUILHERME BUTZKE

LTDA

ADVOGADO: D ANTE AGUIAR AREND E OUTRO(S)

RELATÓRIO:

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Trata-se de recurso especial fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, interposto pela Fazenda Nacional em autos de mandado de segurança preventivo impetrado contra o Delegado da Receita Federal em Blumenau, contra acórdão assim ementado (fl. 103):

TRIBUTÁRIO. BASES ECONÔMICAS. PRATICABILIDADE DA TRIBUTAÇÃO. IRPJ. CSLL. LUCRO. CUSTO DAS MERCADORIAS. ICMS. CRÉDITOS NÃO APROVEITADOS POR EMPRESA EXPORTADORA.

As bases econômicas tributadas tem de ser analisadas sob a perspectiva da capacidade contributiva que dá sustentação à tributação.

Quando da tributação da receita, da renda ou do lucro, impende interpretar e aplicar a legislação tendo em conta tal princípio constitucional tributário. Faz-se necessário atentar também para a questão da praticabilidade da tributação, para os aspectos operacionais, admitindo determinadas padronizações, antecipações de pagamento e outros mecanismos que facilitem a fiscalização e a exigência dos tributos. Mas de modo algum quando tal acabe por implicar tributação de riqueza inexistente.

A impossibilidade da consideração como custo do ICMS suportado na aquisição de mercadorias, para fins de apuração do lucro, pode não afrontar a capacidade contributiva quando haja, efetivamente, a utilização de tais créditos no pagamento de ICMS eóu funcione adequadamente a sistemática de ressarcimentos.

Porém, em se tratando de empresa exportadora imune ao pagamento de ICMS, que se vê acumulando créditos mês a mês sem que consiga transferir a terceiros tampouco obter junto ao Estado o ressarcimento de tal custo tributário, a norma do regulamento que proíbe que se considere o ICMS suportado como custo (art. 289, § 3º, do Dec. 3.00099) acaba por implicar a tributação de lucro inexistente, tanto a título de IRPJ como de CSLL.

Admitida a consideração dos créditos acumulados como custo quando não aproveitados no ano, devendo ser adicionada para fins de cálculo do lucro quando da efetiva transferência a terceiros ou ressarcimento pelo Estado.

Consoante informam os autos, buscou a empresa recorrida obter declaração judicial que lhe autorizasse a considerar como custo o saldo credor do ICMS ainda não aproveitado no ano, excluindo os valores afetos a essa receita do conceito de lucro, a não ensejar a incidência de IRPJ e CSLL. Registre-se, nessa ótica, que a impetrante, conforme o alegado, exporta parcela expressiva de sua produção, o que resulta em isenção do ICMS por força do contido no art. 155, § 2º, X, alínea *a*, da CRFB^{AS}.

A sentença julgou improcedente o pedido, havendo sido reformado pelo acórdão recorrido, que reconheceu o direito pretendido, na forma antes registrada.

Em recurso especial, em resumo, alega a Fazenda Nacional:

- violou-se o artigo 535 do CPC, porquanto embora apresentados embargos declaratórios não houve pronunciamento sobre os artigos 187, § 1º da Lei 6.404/76, 248, 289, § 3º e 299, §§ 1º e 2º do Decreto 3.00099;
- os dispositivos em referência obstam que sejam incluídos no custo os impostos recuperáveis por meio de créditos na escrita fiscal, o que se aplica à pretensão da impetrante, motivo pelo qual o acórdão deve ser reformado.

Contra-razões às fls. 226234.

Admitido o recurso especial às fls. 149449. v, subiram os autos.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL N. 1.011.531-SC (2007/0285835-3)

EMENTA:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CRÉDITO DE ICMS NÃO-APROVEITADO. RECONHECIMENTO DO DIREITO À INCLUSÃO EM CUSTOS. SITUAÇÃO PARTICULAR DA EMPRESA EXPORTADORA RECORRIDA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO DIVORCIADA DOS ELEMENTOS CONSTANTES NOS DISPOSITIVOS APONTADOS VIOLADOS.

1. Trata-se de recurso especial fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, interposto pela Fazenda Nacional em autos de mandado de segurança preventivo impetrado contra o Delegado da Receita Federal em Blumenau, contra acórdão que, reformando a sentença, reconheceu à empresa contribuinte o direito de considerar como custo o saldo credor do ICMS ainda não aproveitado no ano, excluindo os valores afetos a essa receita do conceito de lucro, a não ensejar a incidência de IRPJ e CSLL. O principal argumento apresentado pela Fazenda, em recurso especial, refere-se à apontada infração do artigo 535 do CPC, porquanto o acórdão teria deixado de examinar teor inscrito nos artigos 187, § 1º da Lei 6.404/76, 248, 289, § 3º e 299, §§ 1º e 2º do Decreto 3.000/99, os quais, segundo se afirma, vedam o procedimento fiscal autorizado pelo julgado atacado.

2. No entanto, não se constata a apontada violação do artigo 535 do CPC, uma vez que, embora não tenha realmente examinado a matéria de direito regulada nos dispositivos elencados pela recorrente, a Corte Julgadora *a quo* solucionou a lide de maneira absolutamente adequada, invocando fundamento legal que possui via própria, e de nenhum modo dependeria da consideração da tese abraçada pela União.

3. Com efeito, o núcleo da fundamentação do acórdão explicita que a denegação do pedido formulado em recurso de apelação pela empresa contribuinte, no caso concreto, resultaria em tributação indevida, como se demonstra:

A impossibilidade da consideração como custo do ICMS suportado na aquisição de mercadorias, para fins de apuração do lucro, pode não afrontar a capacidade contributiva quando haja, efetivamente, a utilização de tais créditos no pagamento de ICMS e bu funcione adequadamente a sistemática

de ressarcimentos. Porém, em se tratando de empresa exportadora imune ao pagamento de ICMS, que se vê acumulando créditos mês a mês sem que consiga transferir a terceiros tampouco obter junto ao Estado o ressarcimento de tal custo tributário, a norma do regulamento que proíbe que se considere o ICMS suportado como custo (art. 289, § 3º, do Dec. 3.00099) acaba por implicar a tributação de lucro inexistente, tanto a título de IRPJ como de CSLL.

Esse argumento não mereceu impugnação específica.

4. Recurso especial não-conhecido.

VOTO:

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Trata-se de recurso especial fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, interposto pela Fazenda Nacional em autos de mandado de segurança preventivo impetrado contra o Delegado da Receita Federal em Blumenau, contra acórdão que, reformando a sentença, reconheceu à empresa contribuinte o direito de considerar como custo o saldo credor do ICMS ainda não aproveitado no ano, excluindo os valores afetos a essa receita do conceito de lucro, a não ensejar a incidência de IRPJ e CSLL.

O principal argumento apresentado pela Fazenda, em recurso especial, refere-se à apontada infração do artigo 535 do CPC, porquanto o acórdão teria deixado de examinar teor inscrito nos artigos 187, § 1º da Lei 6.404/76, 248, 289, § 3º e 299, §§ 1º e 2º do Decreto 3.00099, os quais, segundo se afirma, vedam o procedimento fiscal autorizado pelo julgado atacado.

No entanto, não se constata a apontada violação do artigo 535 do CPC, uma vez que, embora não tenha realmente examinado a matéria de direito regulada nos dispositivos elencados pela recorrente, a Corte Julgadora *a quo* solucionou a lide de maneira absolutamente adequada, invocando fundamento legal que possui via própria, e de nenhum modo dependeria da consideração da tese abraçada pela União.

Com efeito, o núcleo da fundamentação do acórdão explicita que a denegação do pedido formulado em recurso de apelação pela empresa contribuinte, no caso concreto, resultaria em tributação indevida, como se demonstra:

Em matéria tributária, cuidando-se de impostos e de contribuições, temos a tributação de riqueza do contribuinte, reveladora de capacidade contributiva.

As bases econômicas tributadas tem de ser analisadas, pois, sob a perspectiva da capacidade contributiva que dá sustentação à tributação. Seja quando da tributação da receita, como quando da tributação da renda ou do lucro, como no caso dos autos, impende interpretar e aplicar a legislação tendo em conta tal princípio constitucional tributário.

Nesse sentido é que, nem tudo o que contabilmente é considerado receita ou lucro pode sê-lo para fins de tributação. Veja-se a lição de JOSÉ ANTÔNIO MINATEL:

- há. equívoco nessa tentativa generalizada de tomar o registro contábil como o elemento definidor da natureza dos eventos registrados. O conteúdo dos fatos revela a natureza pela qual espera-se sejam retratados, não o contrário. [...] Equivoca-se a administração pública na tentativa de tributar a receita segundo os mesmos critérios que determinam o seu registro contábil para a tributação do lucro. Em respeito à praticabilidade e facilitação da administração tributária, é possível tolerar procedimentos uniformes partindo da escrituração contábil (receita realizada) para apuração da base de incidência das contribuições, se admitido que essa técnica leva à tributação antecipada de 'receita' ainda não auferida, uma contradição, pois crédito não recebido não é receita. Operando-se, portanto, com tributação antecipada, não pode ela ser definitiva, tolerância que exige como condição mecanismos de ajustes nos períodos subseqüentes, mediante exclusão ou compensação que permitam neutralizar o impacto da tributação sobre parcelas não recebidas e já tributadas, evitando ao tributo incidir em realidade desprovida de capacidade de solver a obrigação tributária." (MINATEL, José Antônio. Conteúdo do Conceito de Receita e Regime Jurídico para sua Tributação. MP, 2005, p. 244 e 258)

Por certo que se faz necessário atentar também para a questão da praticabilidade da tributação, para os aspectos operacionais, admitindo determinadas padronizações, antecipações de pagamento e outros mecanismos que facilitem a fiscalização e a exigência dos tributos. Mas de modo algum quando tal acabe por implicar tributação de riqueza inexistente.

Já nos pronunciamos acerca da matéria quando dissemos da possibilidade do estabelecimento legal do regime de competência para a tributação da receita:

"... PIS. LEI 10.63702. RECEITA. REGIMES DE COMPETÊNCIA E DE CAIXA. [...] A faculdade legal de opção pelo regime de competência ou pelo regime de caixa e mesmo a imposição do regime de competência não implicam, em tese, violação à noção de receita. Poderia a empresa se insurgir relativamente a determinadas receitas específicas contabilizadas pelo regime de competência e que não tivessem se confirmado quando da efetiva liquidação ou recebimento dos valores, implicando, assim, pagamento sobre receita incoorrida. Não é o caso, porém, desta ação. E não há suporte para a insurgência genérica contra o regime de competência, até porque não há demonstração contábil no sentido de que o regime de competência implique, sistematicamente, o recolhimento de tributo a maior, sobre receitas superiores às efetivamente ocorridas e mesmo que não haja mecanismos contábeis para compensar o recolhimento antecipado a maior, quando a receita efetiva se verifique inferior à esperada. Não há impedimento a que o legislador determine o pagamento de tributo antes da ocorrência de fato gerador que, se ainda não ocorrido, é iminente." (TRF4, 2ª T, AMS 2003.71.00.077956-2RS, rei. Juiz Fed. Leandro Paulsen, maK)6)

Note-se, contudo, que foi feita a ressalva da discussão de tal regime em casos específicos, quando tal sistemática de tributação acabasse por tributar sem que se revelasse, efetivamente, a capacidade contributiva pressuposta.

O mesmo cabe dizer nestes autos. A impossibilidade de dedução do ICMS suportado pode não afrontar a capacidade contributiva quando haja, efetivamente, a utilização de tais créditos no pagamento de ICMS e mesmo quando funcione adequadamente a sistemática de ressarcimentos.

Contudo, em outras situações, como a destes autos, em que se trata de empresa exportadora imune ao pagamento de ICMS, que se vê acumulando créditos mês a mês sem que consiga obter junto ao Estado o ressarcimento de tal custo tributário, a norma do regulamento que proíbe que se considere o ICMS suportado como custo (art. 289, § 3º, do Dec. 3.00099) acaba por implicar a tributação de lucro inexistente, tanto a título de IRPJ como de CSLL.

Nestes casos, impende que se tome o princípio da capacidade contributiva como referência maior para a interpretação e aplicação da legislação tributária e que se invoque a razoabilidade (postulado constitucional para a aplicação do direito que exige adequação e congruência das normas), para afastar a aplicação de limitação posta no regulamento ao caso concreto, sob pena de ilegalidade (não consta de lei tal restrição, de modo que afrontaria a própria lei se em desconformidade com o fato gerador e base de cálculo estabelecida) e, indiretamente, de inconstitucionalidade (por violação à base econômica passível de ser tributada e ao princípio da capacidade contributiva).

É importante destacar que a própria Impetrante busca solução que não chega a desconsiderar a sistemática de tributação estabelecida. Efetivamente, requer que se reconheça como custo o saldo credor de ICMS não aproveitado no ano, excluindo-se o do lucro enquanto não for aproveitado. Não se trata, pois, de lançar de pronto como despesa, mas de fazê-lo apenas no que diz respeito aos créditos não aproveitados ao final do ano, além do que, relativamente a tais créditos, assegurar a sua tributação pela adição ao lucro por ocasião da sua efetiva transferência a terceiros ou ressarcimento pelo Estado (negrito não constante do original).

Nesse passo, cumpre assentar que os argumentos postos em recurso especial, além de referenciados em normas legais não-apreciadas, deixa de impugnar com precisão o argumento esposado no acórdão, qual seja, a possibilidade concreta de ser imposta à empresa recorrida a tributação de lucros que não existiram.

Isso posto, não conheço do presente recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO:

PRIMEIRA TURMA

REsp 1011531/SC-JULGADO: 20052008

NÚMERO REGISTRO: 2007/0285835-3

NÚMERO ORIGEM:200572050000188

PAUTA: 20052008

RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO

PRESIDENTE DA SESSÃO: EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA

SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: EXMO. SR. Dr.
JOSÉ EDUARDO DE SANTANA
SECRETÁRIA: BELA. MARIA DO SOCORRO MELO

AUTUAÇÃO:

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO
RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: TERESINHA BORGES GONZAGA E OUTRO(S)
RECORRIDO: INDÚSTRIA DE MADEIRAS GUILHERME BUTZKE
LTDA.

ADVOGADO: DANTE AGUIAR AREND E OUTRO(S)
ASSUNTO: TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. CREDITAMENTO.

CERTIDÃO:

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

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de maio de 2008

MARIA DO SOCORRO MELO

Secretária

(Acórdão publicado no DJe de 23.06.2008)

PIS E COFINS NÃO-CUMULATIVOS. CREDITAMENTO REFERENTE À DEPRECIÇÃO DE BENS INCORPORADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. ART. 31, CAPUT, DA LEI 10.865/2004. LIMITAÇÃO TEMPORAL. INCONSTITUCIONALIDADE.

INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS N. 2005.70.00.000594-0/PR

RELATOR: DES. FED. OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA

APELANTE: ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA INTERMODAL S/A

ADVOGADO: HENRIQUE GAEDE E OUTROS

APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: SIMONE ANACLETO LOPES

APELADO: OS MESMOS

REMETENTE: JUÍZO SUBSTITUTO DA 8ª VF DE CURITIBA

EMENTA:

TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMÁTICA NÃO CUMULATIVA DO PIS E DA COFINS. CREDITAMENTO REFERENTE À DEPRECIÇÃO DE BENS INCORPORADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. ART. 31, *CAPUT*, DA LEI 10.865/2004. LIMITAÇÃO TEMPORAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E À IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. INCONSTITUCIONALIDADE.

1 - A não-cumulatividade do PIS/COFINS depende, para sua efetivação, de um conjunto de deduções, previstas em lei, que digam respeito a determinadas operações realizadas pela empresa, que possam representar a incidência de contribuições em etapas anteriores da cadeia produtiva.

2-As deduções elencadas no art. 3º das Leis 10.637/2002e 10.833/2003 não figuram na ordem tributária como benesse fiscal, mas como pressupostos da não-cumulatividade, uma contrapartida ao aumento das alíquotas de PIS e COFINS. Outra não pode ser a interpretação, pois, pretendendo a lei criar um sistema não-cumulativo, deve estabelecer as hipóteses em que o contribuinte terá direito a créditos compensáveis, como uma decorrência da regra da não-cumulatividade.

3 - A ocorrência de qualquer das hipóteses mencionadas na *caput* do art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 é por si suficiente para fazer surgir o direito de crédito em favor do contribuinte, que se incorpora ao patrimônio da empresa.

4-0 art. 31, *caput* da Lei 10.865/2004 limitou temporalmente o aproveitamento dos créditos decorrentes das aquisições de bens para o ativo imobilizado realizadas até 30 de abril de 2004.

5 - No entanto, os créditos decorrentes da aquisição de bens para o ativo imobilizado se tornaram parte do patrimônio da empresa antes da edição da Lei 10.865/2004. Assim, as disposições do art. 31, *caput*, da referida lei, acabaram por atingir fatos pretéritos, ofendendo o direito adquirido e a regra da irretroatividade da lei tributária.

6 - A vedação do aproveitamento de créditos, instituída por lei no curso da sistemática da não-cumulatividade, quando inúmeros contribuintes já haviam realizado investimentos em maquinário, equipamentos, entre outros, ofende o Princípio da Segurança Jurídica e a regra da não-surpresa, implícitos na Carta de 1988.

7 - Declarada a inconstitucionalidade do art. 31, *caput*, da Lei 10.865/2004.

ACÓRDÃO:

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria de votos, declarar a inconstitucionalidade do artigo 31, *caput*, da Lei n. 10.865, de 2004, vencido em parte o Des. Federal Néfi Cordeiro, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 26 de junho de 2008.

DESEMBARGADOR FEDERAL OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA
Relator

INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS N. 2005.70.00.000594-0/PR

RELATOR: DES. FED. OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA

APELANTE: ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA INTERMODALS/A

ADVOGADO: HENRIQUE GAEDE E OUTROS

APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: SIMONE ANACLETO LOPES

APELADO: OS MESMOS

REMETENTE: JUÍZO SUBSTITUTO DA 8ª VF DE CURITIBA

RELATÓRIO:

ALL - AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA INTERMODAL S/A pretende, pela via mandamental, o reconhecimento do direito ao aproveitamento dos créditos de PIS/COFINS referentes à depreciação do valor de bens incorporados a seu ativo imobilizado, nos termos dos arts. 3º, VI e § Iº, III, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, sem a limitação temporal imposta pelo art. 31 da Lei 10.865/2004. Sustenta que o referido dispositivo padece de vício de inconstitucionalidade, por infringir a regra da não-cumulatividade, do direito adquirido, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Prestadas as informações, sobreveio sentença que concedeu em parte a segurança, reconhecendo apenas a ilegalidade da vedação imposta pelo art. 1º, § 3º, da IN n. 457/03, permitindo o aproveitamento de créditos de PIS/COFINS, a partir de maio de 2004, referentes à depreciação de bens usados, não pertencentes ao ativo imobilizado de outra empresa.

Houve apelo de ambas as partes.

A impetrante repisou os argumentos da inicial, quanto à inconstitucionalidade do art. 31 da Lei n. 10.865/04, acrescentando haver ofensa ao princípio da irretroatividade. A União sustentou a legalidade da IN n. 457/03.

A Segunda Turma, em dezembro de 2006, suscitou a inconstitucionalidade do *caput* do art. 31 da Lei n. 10.865/04, por afronta ao direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI), à garantia da irretroatividade (CF, art. 150, III, “a”) e ao princípio da segurança jurídica.

O Ministério Público Federal opinou pela declaração de inconstitucionalidade.

Os autos foram distribuídos ao Desembargador Antônio Albino Ramos de Oliveira e, em decorrência de sua aposentadoria, foram a mim redistribuídos.

É o relatório.

VOTO:

A Constituição de 1988, em seu texto original, prestigiou a regra da não-cumulatividade apenas em relação ao ICMS e ao IPI, que têm incidência sobre

produtos em circulação no território nacional. Nessa sistemática, o montante do tributo devido em operação anterior torna-se crédito fiscal a ser utilizado na transação seguinte, evitando-se, assim, o chamado “efeito cascata”.

O regramento legal da não-cumulatividade do ICMS e do IPI diz respeito a fatos relacionados com a formação de determinado produto ao longo da cadeia produtiva, tendo como pressuposto de fato um ato específico do contribuinte, que realiza operação de compra e venda, por meio da qual tem-se a circulação da mercadoria ou do produto industrializado. Trata-se de uma sistemática de compensação de “imposto sobre imposto”, na qual o exato valor devido na etapa anterior e destacado em nota fiscal se torna crédito compensável para a próxima operação.

O ônus tributário, que vem embutido no valor final da operação, circula pela cadeia produtiva até alcançar o consumidor final, que arcará com valor total do tributo como contribuinte de fato. Portanto, a não-cumulatividade aplicada ao IPI e ao ICMS visa desonerar o setor produtivo, evitando a incidência sobreposta de tributos no curso da produção.

Por sua vez, as contribuições destinadas ao PIS/COFINS foram concebidas tendo por base o faturamento das empresas e, posteriormente à EC n. 20/1998, o faturamento ou a receita. Sendo assim, não guardam relação específica com determinado produto, atividade ou ato do contribuinte, mas dizem respeito ao conjunto de elementos da vida da empresa em determinado período, que, juntos, formam uma unidade contábil chamada faturamento ou receita. Sua exigência sempre ocorreu de forma cumulativa, incidindo sobre o faturamento/receita de todas as empresas, independentemente do fato de, para a realização de suas atividades, terem elas adquirido bens ou serviços de outras empresas tributadas pelo PIS/COFINS.

Contudo, a cumulatividade produzia uma distribuição desigual dos encargos tributários entre os ramos da atividade econômica. Empresas que dependiam, para a realização de seu objeto social, da aquisição de um grande volume de bens e serviços de outros contribuintes do PIS/COFINS, viam-se obrigadas a arcar de forma indireta, como contribuintes de fato, com o ônus tributário das antecessoras, além de recolherem contribuições sobre seu próprio faturamento. De outro lado, empresas que prescindiam de um elevado número de aquisições, principalmente as prestadoras de serviços, tinham reduzida ou nenhuma carga tributária indireta.

Nesse contexto, foi instituída a não-cumulatividade do PIS/COFINS, visando justamente beneficiar aquelas empresas, tendo como base legal as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. No entanto, tratando-se de contribuições incidentes sobre a receita, a sistemática da não-cumulatividade não se aproxima da mesma aplicada ao ICMS e ao IPI, tendo traços próprios. Enquanto a regra na não-cumulatividade, no caso do IPI e do ICMS, visa transferir o ônus tributário para o contribuinte final, desonerando o produtor, no caso do PIS/COFINS, busca neutralizar, pelo menos de forma parcial, a tributação indireta sobre as empresas que adquirem bens e serviços de outros contribuintes.

Portanto, para os impostos não cumulativos, como a incidência tributária recai sobre o valor do produto objeto da operação de venda, a compensação entre o tributo destacado na nota fiscal e o devido na próxima transação é uma decorrência lógica da vedação constitucional da cumulatividade. Tem-se dois fatos divididos no tempo: uma operação anterior tributada que produz créditos fiscais e uma operação posterior, também tributada, na qual se fará o aproveitamento dos mesmos.

No caso do PIS/COFINS, como a receita é uma unidade contábil construída por um conjunto de fatos apurados em série temporal, não há correlação direta entre o valor recolhido por determinada empresa a título de contribuição para o PIS/COFINS e o valor da operação de venda de seus produtos e serviços, como ocorre nas transações tributadas pelo IPI e o ICMS. Assim, não é possível determinar de forma direta o *quantum* de créditos fiscais que foram “transferidos” de uma empresa a outra, nos moldes do que ocorre com os impostos não cumulativos destacados em nota fiscal.

Por isso, a não-cumulatividade do PIS/COFINS depende, para sua efetivação, de um conjunto de deduções, previstas em lei, que digam respeito a determinadas operações realizadas pela empresa, que possam representar a incidência de contribuições em etapas anteriores da cadeia produtiva. Coube, portanto, ao legislador estabelecer esse rol, que vem definido pelo art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

Esse dispositivo, de redação quase idêntica em ambos os diplomas legais, traz uma série de despesas, normalmente realizadas pelas empresas no exercício de suas atividades, que dão origem a créditos fiscais de PIS/COFINS. Atualmente, o rol estabelecido pelo art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, tem a seguinte redação:

Lei 10.637/2002

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

I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos:

a) nos incisos III e IV do § 3º do art. 1º desta Lei; e

b) no § 1º do art. 2º desta Lei;

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;

III- (VETADO)

IV- aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;

V — valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte -SIMPLES;

VI — máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços.

VII — edificações e benfeitorias em imóveis de terceiros, quando o custo, inclusive de mão-de-obra, tenha sido suportado pela locatária;

VIII - bens recebidos em devolução, cuja receita de venda tenha integrado faturamento do mês ou de mês anterior, e tributada conforme o disposto nesta Lei.

IX — energia elétrica e energia térmica, inclusive sob a forma de vapor, consumidas nos estabelecimentos da pessoa jurídica.

Lei 10.833/2003

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

I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos:

nos incisos III e IV do § 3º do art. 1º desta Lei; e

b) no § 1º do art. 2º desta Lei;

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;

III - energia elétrica e energia térmica, inclusive sob a forma de vapor, consumidas nos estabelecimentos da pessoa jurídica;

IV- aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;

V - valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte -SIMPLES;

VI — máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros, ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços;

VII — edificações e benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, utilizados nas atividades da empresa;

VIII — bens recebidos em devolução cuja receita de venda tenha integrado faturamento do mês ou de mês anterior, e tributada conforme o disposto nesta Lei;

LX — armazenagem de mercadoria e frete na operação de venda, nos casos dos incisos I e II, quando o ônus for suportado pelo vendedor.

Note-se que o legislador buscou relacionar aquelas operações que são indispensáveis ao funcionamento da grande maioria das empresas e, portanto, concorrem para a formação de suas receitas. Ou seja, para citar exemplos, a compra de insumos, a aquisição de máquinas, a locação de estabelecimentos, o pagamento de juros do passivo, entre outras, são despesas necessárias à consecução dos objetivos sociais e, por conseqüência, condição *sine qua non* para a existência de renda tributável, sendo, por isso, eleitas pelo legislador como pressupostos fáticos ao surgimento de créditos fiscais na sistemática da não-cumulatividade aplicada ao PIS/COFINS.

Após definir os casos em relação aos quais o contribuinte terá direito a crédito, o legislador estabeleceu a forma de apurar o montante do crédito e

o momento de seu aproveitamento. Dependendo do papel desempenhado, na atividade produtiva, pelos diversos tipos de despesas, seja para utilização imediata, como os gastos com insumos consumidos na produção, seja para uso diferido no tempo, como o valor despendido na compra de maquinário, o legislador estabeleceu formas diferentes de apuração e aproveitamento dos créditos, nos termos do § 1º do mesmo art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, *in verbis*'.

§ 1º Observado o disposto no § 15 deste artigo e no § 1º do art. 52 desta Lei, o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no caput do art. 2º desta Lei sobre o valor:

I- dos itens mencionados nos incisos I e II do caput, adquiridos no mês;

II — dos itens mencionados nos incisos III a V e IX do caput, incorridos no mês;

III — dos encargos de depreciação e amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do caput, incorridos no mês;

IV- dos bens mencionados no inciso VIII do caput, devolvidos no mês.

Na verdade, como bem apontou Marco Aurélio Greco (GRECO, Marco Aurélio. *Não-cumulatividade no PIS e na COFINS*. in: Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, Belo Horizonte, ano 2, n. 12, p. 29-52, nov./dez. 2004) a lei distinguiu três “subconjuntos de regras”: (1) quanto à geração do crédito, (2) quanto à apuração do montante e (3) quanto ao momento de seu aproveitamento. Cada qual figura no sistema da não-cumulatividade de forma autônoma, com um regime jurídico próprio.

Como exemplo, tomemos uma determinada empresa que tenha adquirido insumos para a produção de outra pessoa jurídica tributada pelo PIS/COFINS. Nos termos do art. 3º, *caput* e inciso II, tem-se a aquisição do crédito relacionado a esta operação, incorporando-se ao patrimônio da empresa. Após, por meio do inciso I do § 1º do mesmo art. 3º, o crédito será quantificado pela aplicação da regra ali descrita, qual seja, “*o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota [...] sobre o valor dos itens mencionados nos incisos I e II do caput*”. Ao final, o mesmo dispositivo define em que momento o crédito será aproveitado, qual seja, no mês de aquisição.

Portanto, a ocorrência de qualquer das hipóteses mencionadas no *caput* do art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 é por si suficiente para fazer

surgir o direito de crédito em favor do contribuinte, que se incorpora ao patrimônio da empresa. Esse independe da quantificação do crédito ou do seu efetivo aproveitamento, pois são etapas posteriores regidas por “subconjuntos” diferentes, aplicáveis quando já há direito em favor da empresa.

Note-se que as deduções elencadas no referido art. 3º não figuram na ordem tributária como benesse fiscal, como quer fazer pensar a Fazenda Nacional, mas como pressupostos da não-cumulatividade, uma contrapartida ao aumento das alíquotas de PIS e COFINS, de 0,65% para 1,65% e de 3% para 7,6%, respectivamente. Outra não pode ser a interpretação, pois, pretendendo a lei criar um sistema não-cumulativo, deve ela estabelecer as hipóteses em que o contribuinte terá direito a créditos compensáveis, como uma decorrência da regra da não-cumulatividade, que veio a ser constitucionalizada para o PIS/COFINS com o § 12 do art. 195 da CF/88, acrescentado pela EC n. 42/2003, *in verbis*.*

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[J

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas.

Mais esclarecedoras as palavras de Marco Aurélio Greco (GRECO, Marco Aurélio. *Não-cumulatividade no PIS e na COFINS*. in: Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, Belo Horizonte, ano 2, n. 12, p. 40, nov./dez. 2004), ao discorrer sobre o tema:

A principal consequência desta análise consiste em concluir que, desde a ocorrência do evento previsto nas regras de geração, o direito ao crédito passa a integrar o patrimônio jurídico do contribuinte e, portanto, não pode ser afetado por alteração legislativa superveniente. A circunstância de a regra de aproveitamento só vira incidir na vigência de lei que preveja outro critério de geração do direito ao crédito não elimina o direito ao crédito gerado segundo a lei anterior.

Feitas estas considerações, cabe analisar as peculiaridades do caso concreto.

A parte impetrante atua no ramo de transporte e logística, sendo indispensável para o exercício de suas atividades a aquisição de veículos de grande porte. Como são equipamentos destinados a prestação do serviço de transporte e incorporam-se ao ativo permanente da empresa, a sua aquisição dá origem a créditos de PIS/COFINS, nos termos do art. 3º, inciso VI, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003:

Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento).

[...]

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

[...]

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado adquiridos para utilização na produção de bens destinados à venda, ou na prestação de serviços;

A sua quantificação e seu aproveitamento dependem dos custos de depreciação e amortização de tais bens, sendo regulados pelo § 1º, inciso III, do mesmo artigo:

[...]

§ 1º O crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no art. 2º sobre o valor:

[-]

III- dos encargos de depreciação e amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do caput, incorridos no mês;

[-]

No entanto, com a edição da Lei 10.865/2004, passou a vigorar o seguinte dispositivo, *in verbis*!:

Art. 31. É vedado, a partir do último dia do terceiro mês subsequente ao da publicação desta Lei, o desconto de créditos apurados na forma do inciso

III do § 1º do art. 3º das Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativos à depreciação ou amortização de bens e direitos de ativos imobilizados adquiridos até 30 de abril de 2004.

§ 1º Poderão ser aproveitados os créditos referidos no inciso III do § 1º do art. 3º das Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, apurados sobre a depreciação ou amortização de bens e direitos de ativo imobilizado adquiridos a partir de 1º de maio.

O referido artigo limitou temporalmente o aproveitamento dos créditos decorrentes da aquisição de bens para o ativo imobilizado, tomando como referência a data de aquisição dos mesmos. Assim, mesmo que a impetrante tenha adquirido bens na forma do art. 3º, *caput* e inciso VI, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, não seria possível o creditamento de PIS/COFINS.

Contudo, como antes destacado, os bens de ativo imobilizado adquiridos pela impetrante na vigência da não-cumulatividade deram origem a créditos, que, apesar de ainda não quantificados e passíveis de aproveitamento, se incorporaram ao patrimônio jurídico da empresa. Mesmo que ainda não tenha ocorrido a depreciação, o direito ao crédito já existe, pois os bens foram adquiridos de outra empresa, contribuinte de PIS/COFINS, sendo “transferido” à impetrante o ônus tributário indireto, que será futuramente compensado nos termos do § 1º do art. 3º das referidas leis.

Transcrevo, por oportuno, trecho do voto proferido pelo Des. Federal Dirceu de Almeida Soares, ao qual acompanhei na 2ª Turma, quando, por unanimidade, foi suscitada a presente arguição, *verbis*-.

A sistemática, no ponto, é de simples execução. A repercussão econômica é que pode variar significativamente, em face da definição dos bens passíveis de gerarem créditos pela depreciação, a saber:

- a) todo o ativo imobilizado, sem a limitação temporal do caput do art. 31 acima citado; a. 1) todo o ativo imobilizado, com a limitação temporal do caput do art. 31 (dedução dos créditos até a noventa da Lei n. 10.865/04);*
- b) apenas as aquisições realizadas na vigência da não-cumulatividade, sem a limitação temporal do caput do art. 31; b. 1) apenas as aquisições desde a não-cumulatividade, com a limitação temporal imposta pelo caput do art. 31.*

Note-se que, para as aquisições a partir de 01/05/2004, nos termos do § 1º do art. 31, não há disputa quanto à possibilidade de aproveitamento.

A título de exemplo, demonstra-se o efeito, mensalmente, da repercussão média (hipótese “b”), ou seja, cômputo do ativo imobilizado representando aquisições na vigência da não cumulatividade.

Determinada empresa, sujeita ao sistema da não-cumulatividade, estimulada pela nova sistemática e confiante na manutenção dos critérios postos, cujo faturamento mensal seja, por exemplo, de R\$ 1.000.000,00, deveria recolher mensalmente aos cofres públicos, a título de PIS, o montante de R\$ 16.500,00 (faturamento x alíquota de 1,65%) e R\$ 76.000,00, a título de COFINS (faturamento x alíquota de 7,6%), o que totalizaria R\$ 92.500,00.

Todavia, em virtude da não-cumulatividade, computando-se apenas a redução contemplada pela depreciação e amortização, se esta empresa possui bens adquiridos e incorporados no ativo imobilizado na vigência da não-cumulatividade, com vida útil, por hipótese, de 10 anos, no montante, suponha-se, de R\$ 3.000.000,00, deverá aplicar sobre esse valor o fator de depreciação (10% ao ano), dividir o resultado por 12 (creditamento mensal) e aplicar o percentual de 9,25% (1,65% de PIS + 7,6% de COFINS), alcançando o direito a um crédito de R\$ 2.312,50. Ressalte-se que a taxa efetiva de depreciação a ser considerada é fixada pela Secretaria da Receita Federal (SRF) em função do prazo de vida útil do bem, nos termos das IN/SRF 162/98 e 130/99, conforme estipula a já referida IN/SRF 457/04; para caminhões, a vida útil estipulada pela Fazenda é de 4 anos, com depreciação anual de 25%.

Veja-se, para que se tenha noção do impacto financeiro, que a empresa mencionada no exemplo supra, após a implementação da sistemática da não-cumulatividade, não fosse o creditamento, passaria a recolher aos cofres públicos R\$ 92.500,00 a título de PIS e COFINS (faturamento de R\$ 1.000.000,00), enquanto recolhia, na sistemática anterior (Lei 9.718/98), apenas R\$ 36500,00 (0,65% + 3,0%). Significativa, pois, a elevação da carga tributária; eis o motivo das medidas compensatórias previstas nas Leis 10.637/02 e 10.833/03 — que, também por isso, devem ser admitidas na integralidade.

Confirma-se, com o demonstração prática acima, a assertiva de que o aproveitamento dos créditos — especialmente aqueles relativos à depreciação dos

bens adquiridos na vigência da sistemática da não-cumulatividade - não representa mero benefício fiscal, mas direito adquirido.

Com a aquisição dos bens e a inserção deles no ativo imobilizado, incorpora-se ao patrimônio jurídico do contribuinte o direito de aproveitar — integralmente — os créditos relativos à depreciação. O que se protraí no tempo é a fruição desse direito. O contribuinte, ao adquirir bens e computá-los no ativo imobilizado, preencheu o suporte fático da norma, adquirindo o direito subjetivo de aproveitar — integralmente, repita-se - os efeitos da depreciação, devendo o Estado suportar -e resguardar-a eficácia desse direito, ainda que a fruição se prolongue no tempo. A depreciação não é marco do surgimento do crédito, mas momento de exigibilidade de direito já nascido sob a lei anterior, porém exercitável, segundo essa mesma lei, em etapas sucessivas.

Ainda que se considerasse o creditamento como benefício fiscal e se aplicasse, por analogia, o art. 178 do CTN (“A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso II do art. 104”), não poderia ter sido revogada, por condicional e a prazo certo: a condição era adquirir bens para o ativo imobilizado; o prazo certo era o da depreciação integral.

Todavia, uma questão deve ser esclarecida: a caracterização do ativo permanente anterior à vigência da não-cumulatividade do PIS e da COFINS.

Como as Leis 10.637/02 e 10.833/03 não impuseram uma limitação expressa aos bens cuja depreciação poderia ser aproveitada, duas interpretações são possíveis: 1) todo o ativo imobilizado; 2) apenas aquele adquirido na vigência da não-cumulatividade. Do que precede, resta demonstrado que o creditamento da depreciação dos bens adquiridos desde a mudança da sistemática compõe a estrutura da não-cumulatividade estabelecida pelo legislador, devendo ser respeitado o creditamento integral. Já o creditamento da depreciação dos bens adquiridos anteriormente à nova sistemática poderia, numa interpretação muito favorável ao contribuinte, ser tida por benefício fiscal incondicionado, revogável a qualquer tempo; ou, noutro entendimento que se fundasse na mudança da sistemática, seria de se afastar tal creditamento, porque os benefícios, como as isenções, devem ser interpretados restritivamente.

Do que precede, entendo, primeiro, que apenas o creditamento relativo às aquisições na vigência da não-cumulatividade representam direito a ser assegurado; segundo, o ativo imobilizado existente anteriormente à mudança

de sistemática não pode ser considerado para fins de creditamento pela depreciação.

Portanto, o caput do art. 31 da Lei n. 10.865/04: (1) arrostou direito adquirido do contribuinte - representado na garantia de aproveitar INTEGRALMENTE os créditos decorrentes da depreciação das aquisições, na vigência da não-cumulatividade, de bens incorporados ao ativo imobilizado; (2) incidiu sobre fato pretérito: a anterior aquisição de bens e a incorporação ao ativo imobilizado; e, (3) frustrou a esperada segurança jurídica, especialmente necessária nas relações entre o Fisco e o contribuinte.

A Lei n. 10.865/04 contrapõe-se diretamente ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição, pois desrespeita a regra segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Da mesma forma, afrontou a irretroatividade da norma tributária, prevista no art. 150, III, “a” da Constituição. O caput do art. 31 incidiu sobre fatos anteriores à própria Lei n. 10.865/04 - aquisições de bens utilizados para a produção ou prestação de serviços incorporados ao ativo imobilizado — tolhendo os efeitos previstos pelas leis anteriores, segundo as quais tais aquisições davam direito ao creditamento e redução do valor devido a título de PIS e COFINS.

Leandro Paulsen assegura:

A irretroatividade tributária, tal como posta no art. 150, III, a, da Constituição, implica a impossibilidade de que lei tributária impositiva mais onerosa seja aplicada relativamente a situações pretéritas, independentemente de qualquer outro condicionamento.

Ao prescrever que os entes políticos não podem instituir tributos “em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”, o art. 150, III, a, da CRFB visa a garantir o contribuinte contra exigências tributárias sobre atos, fatos ou situações passados relativamente aos quais já suportou ou suportará os ônus tributários estabelecidos ou que não ensejaram imposições tributárias pelas leis vigentes à época, que eram do seu conhecimento.

Deflui, claramente, pois, que a irretroatividade da lei tributária vem preservar o passado da atribuição de novos efeitos tributários, reforçando a própria garantia da legalidade, porquanto resulta na exigência de lei prévia. (Segurança Jurídica, Certeza do Direito e Tributação, Livraria do Advogado, 2006, p. 120-21)

Se a lógica da não-cumulatividade é desonerar a parcela sobre a qual já incidiu o tributo, como a aquisição de bens representa faturamento para o vendedor, o adquirente já suportou o ônus tributário (e sob alíquota majorada), ostentando, assim, o direito de se creditar, integralmente, da depreciação do bem adquirido como forma de evitar a cumulatividade, ainda que o creditamento se prolongue no tempo. Tal aproveitamento, por certo, não pode sofrer a incidência de norma posterior à aquisição, sob pena de retroação onerosa constitucionalmente proibida; corolário da irretroatividade como vedação de se onerar situações pretéritas é a proibição de se atingir fatos anteriores que desoneram o contribuinte, pois o afastamento desses últimos também implica majoração de tributo.

Embora, em matéria tributária, a própria Constituição preveja exceções à legalidade e à anterioridade, não o faz em relação à anterioridade (sic - leia-se irretroatividade). Mesmo que, a despeito da inexistência de exceções, se admitisse a possibilidade de retroação, haveria ela de ser excepcionalíssima e justificada cabalmente em princípios maiores que a garantia de irretroatividade. Não é esse, no entanto, o caso dos autos. Bem ao contrário, pois a vedação sequer conta com razoabilidade.

Com efeito, ao mesmo tempo em que, o caput do art. 31 da Lei n. 10.865/04, vedou o aproveitamento das aquisições anteriores a 30 de abril de 2004, o parágrafo primeiro, instituiu, com a aplicação das mesmas regras anteriores, o creditamento da depreciação daqueles bens adquiridos a partir do dia seguinte ao da vedação — 1º de maio de 2004. Sintomático dessa irrazoabilidade é o trecho seguinte das informações da autoridade impetrada:

45. Epor que o legislador, quanto a isso, não criou alguma espécie de “regra de transição”, permitindo em situações que tais o creditamento pelas alíquotas anteriores? Ou por que não autorizou, pela própria Lei n. 10.865, o creditamento em relação às despesas de depreciação/amortização de bens do ativo permanente imobilizado adquiridos a partir da publicação da Lei n. 10.833/2003, evidenciando assim a correção que se estaria ora operando?

*46. A isso tampouco podemos responder, fL 11)
Inapelavelmente, a limitação é arbitrária e irrazoável.*

A restrição imposta pela mencionada lei também frustra a segurança jurídica, reputada por Leandro Paulsen como sendo princípio constitucional implícito; invocando ensinamento de Humberto Bergmann Ávila, transcreve:

O princípio da segurança jurídica é constituído de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º). Em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, nomeadamente as de proteção ao direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º XXXVI) e das regras da legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, a) e da anterioridade (art. 150, III, b).

Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal. (Idem, p. 32) Paulo de Barros Carvalho, citado por Leandro Paulsen, enfatizando a importância da segurança jurídica na dinâmica das relações sociais, refere-a como cânone:

[...] dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas [...]. (Idem, p. 27)

Especialmente em matéria tributária, a previsibilidade do tributo e a confiança no respeito à norma e à situação posta são essenciais para se planejar e investir, condições do desenvolvimento tão intensamente perseguido.

A solução da lide passa então, por três questões principais: validade da restrição imposta na IN/SRF 457/04, determinação dos bens cuja depreciação/amortização é passível de aproveitamento em função do período de aquisição, e afastamento da regra restritiva da Lei n. 10.865/04. Esta última questão é, formalmente, prejudicial às demais, pois a desconsideração de norma legal, materialmente afrontosa à Constituição, requer o pronunciamento do órgão especial dos Colegiados Judiciais.

Logo, tenho como inegável que os créditos decorrentes da aquisição de bens para o ativo imobilizado se tornaram parte do patrimônio da empresa

antes da edição da Lei 10.865/2004. Assim, as disposições do art. 31, *caput*, da referida lei acabaram por atingir fatos pretéritos, ofendendo o direito adquirido e a regra da irretroatividade tributária.

Ademais, a vedação do aproveitamento de créditos, instituída por lei no curso da sistemática da não-cumulatividade, quando inúmeros contribuintes já haviam realizado investimentos em maquinário, equipamentos, entre outros, ofende o Princípio da Segurança Jurídica e a regra da não-surpresa, implícitos na Carta de 1988.

Portanto, tenho que o art. 31 da Lei 10.865/2004 padece de vício de inconstitucionalidade por afronta ao direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI), à garantia da irretroatividade (CF, art. 150, III, *a*) e ao princípio da segurança jurídica.

Em face do exposto, voto no sentido de declarar a inconstitucionalidade do artigo 31, *caput*, da Lei 10.865, de 2004, nos termos da fundamentação.

DESEMBARGADOR FEDERAL OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA

Relator

INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS N. 2005.70.00.000594-0/PR

RELATOR: DES. FED. OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA

APELANTE: ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA INTERMODAL S/A

ADVOGADO: HENRIQUE GAEDE E OUTROS

APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: SIMONE ANACLETO LOPES

APELADO: OS MESMOS

REMETENTE: JUÍZO SUBSTITUTO DA 8ª VF DE CURITIBA

VOTO-VISTA:

Pedi vista dos autos em razão de haver julgados da 1ª Turma, em agravos de instrumento, nos quais se aplicou o art. 31, *caput*, da Lei n. 10.865/2004, sem reconhecer a sua inconstitucionalidade.

Após examinar com percuciência a questão, passo a partilhar da mesma solução alvitrada no bem lançado voto do ilustre Relator.

Contudo, julgo ser importante destacar que a sistemática de não-cumulatividade do PIS e da COFINS, prevista nas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, não consiste em um benefício fiscal, mas um novo regime jurídico a dispor sobre todos os elementos da obrigação tributária. A ampliação ou restrição dos créditos dedutíveis do valor devido acarreta inequivocamente a redução ou aumento da base de cálculo; prova disso é que a própria Lei n. 10.865/2004 observa o princípio da anterioridade nonagesimal. Assim, esboroa-se a tese da Fazenda de que o benefício poderia ser revogado discricionariamente, sem respeitar o direito à dedução de crédito cuja gênese ocorreu sob a vigência da lei pretérita.

Outrossim, o fato de as mencionadas Leis serem anteriores à Emenda Constitucional n. 42/2003 não afasta a conclusão de que a não-cumulatividade do PIS e da COFINS passou a ter sede constitucional, cuja aplicação deve ocorrer nos termos da lei então vigente.

Quanto às demais questões aventadas no voto condutor, entendo não ser necessário expender maiores considerações, pois seria repisar os fundamentos já irretocavelmente apresentados.

Por fim, no que concerne ao alcance desse incidente, firmo opinião no sentido de que deve ser declarada a inconstitucionalidade do *caput* do art. 31 da Lei n. 10.865/2004, o que não impede, todavia, que a Turma, ao julgar o caso concreto, delimite o direito ao crédito proveniente da depreciação e amortização de bens imobilizados. Aliás, tal solução, ao que penso, decorre da interpretação das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, uma vez que a possibilidade de deduzir tais créditos surgiu somente após a edição dessas Leis. Logo, aplica-se somente aos bens adquiridos e incorporados ao ativo imobilizado durante a sua vigência.

Ante o exposto, voto no sentido de declarar a inconstitucionalidade do *caput* do artigo 31 da Lei n. 10865/2004.

DES. FEDERAL JOELILLAN PACIORNIK

(Acórdão publicado no DE de 14.07.2008).

PROTESTO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 1º DA LEI N. 9.492/97.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 936.606 - PR
(2007/0187456-3)

RELATOR: MIN. JOSÉ DELGADO

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE LONDRINA

PROCURADOR: PAULO NOBUO TSUCHIYA E OUTRO(S)

AGRAVADO: CLINILAB CENTRO DE PATOLOGIA E ANÁLISES CLÍNICAS DE LONDRINA S/C LTDA.

ADVOGADO: FREDERICO DE MOURA THEOPHILO E OUTRO(S)

EMENTA:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ.

1. Agravo regimental interposto em face de decisão que negou provimento a agravo de instrumento. Nas razões do agravo, sustenta-se, em síntese, que embora a certidão de dívida ativa seja reconhecida como um título executivo extrajudicial, a cobrança da dívida tributária tem natureza diferente dos outros títulos de caráter civil, não tendo a Lei 9.492/97 a abrangência pretendida pelo agravado.

2. Não há necessidade de protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública. Se a CDA tem presunção relativa de certeza e liquidez, servindo inclusive como prova pré-constituída, o inadimplemento é caracterizado como elemento probante. Logo, falta interesse ao Ente Público que justifique o protesto prévio da CDA para satisfação do crédito tributário que este título representa.

3. Agravo regimental não-provido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos

do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de maio de 2008 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 936.606 - PR
(2007/0187456-3)

RELATOR: MIN. JOSÉ DELGADO

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE LONDRINA

PROCURADOR: PAULO NOBUO TSUCHIYA E OUTRO(S)

AGRAVADO: CLINILAB CENTRO DE PATOLOGIA E ANÁLISES CLÍNICAS DE LONDRINA S/C LTDA.

ADVOGADO: FREDERICO DE MOURA THEOPHILO E OUTRO(S)

RELATÓRIO:

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Município de Londrina (fls. 344359) contra decisão assim ementada (fl. 340):

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ.

1. Não há necessidade de protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública. Se a CDA tem presunção relativa de certeza e liquidez, servindo inclusive como prova pré-constituída, o inadimplemento é caracterizado como elemento probante. Logo, falta interesse ao Ente Público que justifique o protesto prévio da CDA para satisfação do crédito tributário que este título representa. Nesse sentido: REsp 287.824MG, Rei. Min. Francisco Falcão, DJ 20.02.2006.

2. Agravo de instrumento não-provido.

Sustenta o agravante, em síntese, violação do artigo 1º da Lei 9.492/97.

É o relatório.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 936.606-PR
(2007X1187456-3)

EMENTA:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ.

1. Agravo regimental interposto em face de decisão que negou provimento a agravo de instrumento. Nas razões do agravo, sustenta-se, em síntese, que embora a certidão de dívida ativa seja reconhecida como um título executivo extrajudicial, a cobrança da dívida tributária tem natureza diferente dos outros títulos de caráter civil, não tendo a Lei 9.492/97 a abrangência pretendida pelo agravado.

2. Não há necessidade de protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública. Se a CDA tem presunção relativa de certeza e liquidez, servindo inclusive como prova pré-constituída, o inadimplemento é caracterizado como elemento probante. Logo, falta interesse ao Ente Público que justifique o protesto prévio da CDA para satisfação do crédito tributário que este título representa.

3. Agravo regimental não-provido.

VOTO:

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): A decisão agravada não merece reforma. Mantenho-a pelos seus próprios fundamentos. Para tanto, transcrevo-a, *litteratim*:

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Londrina em face de decisão que inadmitiu recurso especial por entender que incide, no caso, a Súmula 836/TJ.

O acórdão recorrido ficou assim ementado (fl. 221):

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. SENTENÇA PROCEDENTE PARA DETERMINAR O CANCELAMENTO DOS PROTESTOS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO APLICAÇÃO DA LEI N. 949297. NATUREZA DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DIFERE DA OBRIGAÇÃO ENTRE PARTICULARES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Nas razões do agravo, além de repisar os fundamentos do especial, afirma que não existe impedimento legal para que a Fazenda Pública encaminhe a protesto seus títulos de qualquer natureza, não havendo nada a ser corrigido no procedimento extrajudicial tomado.

Por seu turno, na via especial, o recorrente alega divergência jurisprudencial, bem como violação do artigo 1º da Lei 9.492/97, que dispõe:

Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Em suas razões, sustenta que, em razão da ampliação do universo de obrigações passíveis de serem protestadas, a Administração Pública está autorizada a requerer o registro do protesto de seus créditos - sejam os de natureza civil, tributária, sejam decorrentes de aplicação de multas em razão da prática de ato contrário à sua legislação - desde que materializados em títulos ou qualquer outro documento de dívida.

Contra-razões às fls. 253265.

Juízo negativo de admissibilidade às fl. 281/282.

Contraminuta às fls. 308322.

É o relatório, decidido.

O agravo de instrumento não merece ser provido.

A parte recorrente sustenta que o ente público possui o exercício legítimo do direito ao protesto, baseando-se na Lei 9.492/97, pois não existe qualquer empecilho legal que vede o protesto de certidão de dívida ativa.

Contudo, verifica-se que o Tribunal *a quo*, ao proferir seu voto, negou provimento à apelação. Vejamos a parte que interessa:

A questão principal a ser analisada é sobre a possibilidade de certidões de dívida ativa, que são títulos executivos de natureza tributária, serem levadas a protesto pelo ente público.

Embora a certidão de dívida ativa seja reconhecidamente um título executivo extrajudicial, a cobrança da dívida tributária tem natureza diferente dos outros títulos de caráter civil (direito privado), não tendo a Lei n. 9.492/67 a abrangência que pretende o Apelante.

Isto porque, a cobrança da dívida tributária deverá seguir estritamente o princípio de legalidade administrativa, consagrado no art. 37 de nossa Constituição Federal, não se admitindo a cobrança por outras vias destinadas aos títulos formados entre particulares.

[...]

Tampouco merece prosperar o argumento do Apelante de que a cobrança extrajudicial é menos onerosa ao devedor, uma vez que não fica descartada a hipótese do devedor recorrer ao Poder Judiciário caso não concorde com tal cobrança.

Com efeito, a orientação adotada nesta Corte é no mesmo sentido do voto supracitado, qual seja, a desnecessidade de protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública.

Sobre o tema, destaque:

TRIBUTÁRIO E COMERCIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ART. 204 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A FALÊNCIA DO COMERCIANTE CONTRIBUINTE. MEIO PRÓPRIO PARA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO REGIME DE CONCURSO UNIVERSAL PRÓPRIO DA FALÊNCIA. ARTS. 186 E 187 DO CTN.

I - A Certidão de Dívida Ativa, a teor do que dispõe o art. 204 do CTN, goza de presunção de certeza e liquidez que somente pode ser afastada mediante apresentação de prova em contrário.

II - A presunção legal que reveste o título emitido unilateralmente pela Administração Tributária serve tão somente para aparelhar o processo executivo fiscal, consoante estatui o art. 38 da Lei 6.830/80. (Lei de Execuções Fiscais)

III - Dentro desse contexto, revela-se desnecessário o protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública.

IV - Afigura-se impróprio o requerimento de falência do contribuinte comerciante pela Fazenda Pública, na medida em que esta dispõe de instrumento específico para cobrança do crédito tributário.

V - Ademais, revela-se ilógico o pedido de quebra, seguido de sua decretação, para logo após informar-se ao Juízo que o crédito tributário não se submete ao concurso falimentar, consoante dicção do art. 187 do CTN.

VI - O pedido de falência não pode servir de instrumento de coação moral para satisfação de crédito tributário. A referida coação resta configurada na medida em que o art. 11, § 2º, do Decreto-Lei 7.661/45 permite o depósito elisivo da falência. VII - Recurso especial improvido. (REsp 287.824MG, Rei. Min. Francisco Falcão, DJ 20.02.2006).

Conclui-se, portanto, que o não-recolhimento da exação tributária aos cofres públicos dentro do prazo previsto tem o condão de constituir o contribuinte em mora, o que demonstra a desnecessidade de protesto para este fim específico. No mesmo sentido, se a CDA tem presunção relativa de certeza e liquidez, servindo inclusive como prova pré-constituída, o inadimplemento é caracterizado como elemento probante. Logo, falta interesse ao Ente Público que justifique o protesto prévio da CDA para satisfação do crédito tributário que este título representa.

Isso posto, NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

A Certidão de Dívida Ativa, consoante dicção do Código Tributário Nacional, goza da presunção de liquidez e certeza, servindo como prova pré-constituída (art. 204, *caput*, do CTN).

A disposição do CTN é repetida na legislação especial que disciplina a cobrança do crédito tributário, a demonstrar o efeito imediato da referida Certidão de Dívida Ativa, uma vez que esta aparelha o processo de execução fiscal cuja consequência principal é a satisfação da dívida mesmo que eventualmente venha a invadir, mediante determinação judicial, a esfera patrimonial do devedor.

Não se pode olvidar que a Fazenda Pública não cobra título emitido e não honrado pelo devedor: cheque, nota promissória, letra de câmbio e outros. Ao contrário, cobra título por ela própria produzido, unilateralmente, sem qualquer manifestação de vontade do devedor, dentro da potestade que reveste a gênese da tributação.

Por outro lado, a função do protesto é caracterizar a impontualidade e o inadimplemento do devedor, constituindo-o em mora.

Logo, falta interesse ao Ente Público que justifique o protesto prévio da Certidão de Dívida Ativa para satisfação do crédito tributário que este título representa.

Isso posto, NEGOU provimento ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO:

PRIMEIRA TURMA

Ag 936606/PR - JULGADO: 060^2008

AgRg no

NÚMERO REGISTRO: 2007X1187456-3

NÚMEROS ORIGEM: 0289604202 2006136600 289604201

EM MESA

RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO

PRESIDENTA DA SESSÃO: EXMA. SRA. MINISTRA DENISE

ARRUDA

SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: EXMO. SR. DR. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

SECRETÁRIA: BELA. MARIA DO SOCORRO MELO

AUTUAÇÃO:

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE LONDRINA

PROCURADOR: PAULO NOBUO TSUCHIYA E OUTRO(S)

AGRAVADO: CLINILAB CENTRO DE PATOLOGIA E ANÁLISES CLÍNICAS DE LONDRINA S/C LTDA.

ADVOGADO: FREDERICO DE MOURATHEOPHILO E OUTRO(S)

ASSUNTO: EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA ATIVA. INSCRIÇÃO

AGRAVO REGIMENTAL:

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE LONDRINA
PROCURADOR: PAULO NOBUO TSUCHIYA E OUTRO(S)
AGRAVADO: CLINILAB CENTRO DE PATOLOGIA E ANÁLISES CLÍNICAS DE LONDRINA S/C LTDA.
ADVOGADO: FREDERICO DE MOURA THEOPHILO E OUTRO(S)

CERTIDÃO:

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de maio de 2008

MARIA DO SOCORRO MELO

Secretária

(Acórdão publicado no DJe de 04.06.2008, p. 1).

ICMS. ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL MOMENTO DA EXIGÊNCIA EXERCÍCIO DA OPÇÃO DE COMPRA

[AG.REG.NO](#) RECURSO EXTRAORDINÁRIO 194.255-0 (403)

PROCED: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. EROS GRAU

AGTE.(S): ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): PGE-SP - TELMA BERARDO

AGDO.(A/S): TAM TAXI AÉREO MARÍLIA S/A

ADV.(A/S): ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS

ADV.(A/S): MARCOS JORGE CALDAS PEREIRA E OUTROS

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 24.06.2008.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ARTIGO 155, II, DA CB. LEASING DE AERONAVES E/OU PEÇAS OU EQUIPAMENTOS DE AERONAVES. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. AUSÊNCIA DE OPÇÃO DE COMPRA.

1. Importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as compõem em regime de *leasing* sem a posterior transferência ao domínio do arrendatário.

2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto - diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil - é 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”.

Agravo regimental a que se nega provimento.

24/06/2008

SEGUNDA TURMA

AG. REG. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 194.255-0 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. EROS GRAU

AGRAVANTE (S): ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVADO (A/S): PGE-SP TELMA BERARDO

AGRAVADO (A/S): TAM TAXI AÉREO MARÍLIA S/A

ADVOGADO (A/S): ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS

ADVOGADO (A/S): MARCOS JORGE CALDAS PEREIRA E OUTROS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: A decisão agravada tem o seguinte teor:

“DECISÃO: Trata-se de agravo regimental contra decisão que deu provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo e negou seguimento ao recurso interposto pela empresa - TAM Linhas Aéreas S/A.

2. A controvérsia em torno da qual se debate nestes autos foi recentemente apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Esta Corte, no julgamento do RE n. 461.968, de que fui Relator, Sessão do dia 30 de maio de 2007, por unanimidade de votos, fixou o seguinte entendimento:

‘EMENDA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155 II DA DB. LEASING DE AERONAVES E/OU PEÇAS OU EQUIPAMENTOS DE AERONAVES. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL.

1. A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário.

2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto - diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil - é 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.

3. Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar ou uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas.

4. Recurso Extraordinário do Estado de São Paulo a que se nega provimento e Recurso Extraordinário de TAM - Linhas Aéreas S/A que se julga prejudicado’.

1. Torno sem efeito a decisão agravada para negar provimento ao recurso interposto pelo Estado de São Paulo [CPC, artigo 557, § 1º-A] e julgar prejudicado o recurso extraordinário interposto por TAM - Linhas Aéreas S/A [RISTF, artigo 21, IX]”.

2. O Estado de São Paulo sustenta que, “na hipótese dos autos, o contrato de leasing prevê expressamente a opção de compra do bem pelo arrendatário (fls. 41 - documento 7 que acompanha a inicial, em sua cláusula 6),

circunstância que torna aplicável à espécie o entendimento firmado no RE 206.069”. [fls. 766].

2. Requer o provimento do agravo regimental.

É o relatório.

24/06/2008 SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 194.255-0 SÃO PAULO

VOTO:

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): As razões do agravante não infirmam a decisão agravada.

2 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 461.968, de minha relatoria, DJ de 24.8.07, fixou o entendimento de que, se não se verifica circulação de mercadoria, pressuposto da incidência de tributo de que se cuida, não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS.

3 O imposto - diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil - é 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”.

4. No caso do arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, o imposto só se tornará exigível se houver efetivamente a opção de compra. Como consignado em meu voto proferido por ocasião daquele julgamento, é fato notório que, ainda que se fale em leasing, as arrendadoras [= indústria aeronáutica direta ou indiretamente] permanecem, ao final do termo do contrato, proprietárias dos bens transferidos temporariamente ao uso das companhias de navegação aérea.

5. O imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadorias importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias.

6. Digo-o em outros termos: o inciso IX, alínea a, do § 2º do artigo 155 da Constituição do Brasil não instituiu um imposto sobre a entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica.

7. O que faz é simplesmente estabelecer que, desde que atinente a operação relativa a sua circulação, a entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica sofrerá a incidência do ICMS.

8. Assim, não basta que, no contrato de leasing, haja a opção de compra do bem pelo arrendatário, mas que essa condição seja efetivamente implementada.

9. Daí porque o tributo não incide sobre a importação de aeronaves, equipamentos e peças mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing) a que respeita o recurso extraordinário.

10. Nesse sentido o RE n. 553.663-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 29.2.08, assim ementado:

“EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Contrato de arrendamento mercantil. Leasing. Inexistência de opção de compra. Importação de aeronaves. Não incidência do ICMS. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Não incide ICMS sobre as importações, do exterior, de aeronaves, equipamentos e peças realizadas por meio de contrato de arrendamento mercantil quando não haja circulação do bem, caracterizada pela transferência de domínio, ainda que sob a égide de EC n.n. 33/2001.”

Nego provimento ao agravo regimental.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINARIO 194.255-0

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. EROS GRAU

AGTE. (S): ESTADO DE SÃO PAULO

ADV. (A/S): PGE-SP - TELMA BERARDO

AGDO. (A/S): TAM TAXI AÉREO MARÍLIA S/A

ADV. (A/S): ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS

ADV. (A/S): MARCOS JORGE CALDAS PEREIRA E OUTROS

Decisão: A Turma, a unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 24.06.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador- Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

(Acórdão publicado no DJe n. 162/2008, divulgado em 14.08.2008, circulação em 15.08.2008, p. 51).

PRECATÓRIO. COMPENSAÇÃO COM DÉBITO VENCIDO DE ICMS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE.

INTEIRO TEOR. EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. PRECATÓRIO. ADCT, ART. 78. CESSÃO E COMPENSAÇÃO DO CRÉDITO COM DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NÃO INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA. VIABILIDADE. RELEVÂNCIA DO DIREITO. RISCO DE DEMORA. DEFERIMENTO DO PEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

AgRg na MEDIDA CAUTELAR N. 13.915 - GO (2008/0048805-0)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

AGRAVANTE: ESTADO DE GOIÁS

PROCURADOR: LUIZ HENRIQUE SOUSA DE CARVALHO

AGRAVADO: FABIANTEX COMÉRCIO DE ROUPAS E AVIAMENTOS LTDA

ADVOGADO: FREDERICO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA VALTUILLE E OUTRO(S)

INTERES: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE GOIÁS

ACÓRDÃO:

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de agosto de 2008.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

Relator

AgRg na MEDIDA CAUTELARN. 13.915-GO (2008/0048805-0)

AGRAVANTE: ESTADO DE GOIÁS

PROCURADOR: LUIZ HENRIQUE SOUSA DE CARVALHO

AGRAVADO: FABIANTEX COMÉRCIO DE ROUPAS E AVIAMENTOS LTDA

ADVOGADO: FREDERICO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA VALTUILLE E OUTRO(S)

INTERES.: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE GOIÁS

RELATÓRIO:

EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

Trata-se de agravo regimental (fls. 615-621) contra decisão que deferiu pedido concessão de efeito suspensivo a recurso ordinário em mandado de segurança no qual se pretendeu garantir a compensação de créditos de precatório judicial, decorrentes de cessão de crédito com terceiro, com débitos oriundos do D ARE ICMS.

O agravante alega, essencialmente, que (a) não foram demonstrados os requisitos indispensáveis para a concessão do provimento cautelar; (b) “os efeitos antecipáveis não podem ser mais amplos ou diferentes dos que decorrem do futuro provimento do próprio recurso” (fl. 617); (c) ainda que seja possível a compensação de crédito de precatório judicial, “a escritura pública de cessão parcial do crédito acostada pela agravada traz apenas o valor de

0,4097316% do valor total do precatório em questão” (fl. 618), sendo inviável, em sede de mandado de segurança, proceder ao encontro de contas entre os débitos e os supostos créditos que a agravada alega possuir, ante a necessidade de dilação probatória; (d) nos termos do § 5º, artigo 1º, da Lei 8.437/92, é incabível medida liminar para o fim de autorizar a compensação de créditos tributários; (e) consoante orientação firmada neste STJ, é incabível a suspensão da exigibilidade de crédito tributário em razão de uma possibilidade futura de compensação de um crédito oriundo de precatório; (f) há perigo de demora inverso, pois, “permanecendo o efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto, a Administração Pública se verá tolhida na sua obrigação legal de praticar medidas administrativas tendentes a apurar o crédito tributário” (fl. 619).

Requer a reconsideração da decisão agravada, ou seja o presente agravo submetido à apreciação da Turma. Alternativamente, postula seja determinada a prestação de caução idônea, nos termos do art. 811 do CPC, ou, ainda, que seja efetuado o depósito judicial dos valores discutidos em juízo.

Por petição de fls. 624-525, o Estado de Goiás relata a ocorrência de erro material existente nas razões do agravo regimental, aduzindo que o art. 78, do ADCT, da Constituição Federal autoriza apenas a cessão de crédito de precatório judicial e não a sua compensação.

É o relatório.

AgRg na MEDIDA CAUTELAR N. 13.915 - GO (2008/0048805-0)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

AGRAVANTE: ESTADO DE GOIÁS

PROCURADOR: LUIZ HENRIQUE SOUSA DE CARVALHO

AGRAVADO: FABIANTEX COMÉRCIO DE ROUPAS E AVIAMENTOS LTDA

ADVOGADO: FREDERICO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA VALTUILLE E OUTRO(S)

INTERES.: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGI-

BILIDADE DO CRÉDITO. PRECATÓRIO. ADCT, ART. 78. CESSÃO E COMPENSAÇÃO DO CRÉDITO COM DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NÃO INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA. VIABILIDADE. RELEVÂNCIA DO DIREITO. RISCO DE DEMORA. DEFERIMENTO DO PEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

VOTO:

EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Não assiste razão ao agravante. A decisão concessiva do provimento cautelar postulado na presente medida cautelar limitou-se a determinar a imediata suspensão da exigibilidade dos créditos tributários da ora agravada relativos ao ICMS. Assim, ao contrário do alegado pelo agravante, não foi autorizada a compensação de créditos em sede de liminar, o que iria de encontro ao óbice previsto no art. 1º, § 5º, da Lei 8.437/92 e na jurisprudência pacificada no STJ. Tampouco prosperam as alegações atinentes à impossibilidade de suspensão da exigibilidade de crédito tributário fundada na futura compensação tributária, pois, consoante já decidiu a 1ª Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 774179/SC (Min. Eliana Calmon, DJ em 10/12/2007), o pedido administrativo de compensação tem o condão de suspender a exigibilidade do tributo, por se enquadrar na hipótese do art. 151, III, do CTN. Na hipótese, além do débito do ICMS ser objeto de compensação no Processo Administrativo n. 2007.00004006526, está sendo discutido no recurso ordinário em mandado de segurança no qual se postula o reconhecimento do direito do impetrante, ora agravado, de utilizar seu crédito correspondente ao precatório n. 27511, pendente de pagamento na data de promulgação da EC n.n. 30/00 e que se enquadra entre os referidos no art. 78 do ADCT, viabilizando o “poder liberatório de pagamento de tributos da entidade devedora” (§ 2º). Também no que pertine à presença dos requisitos autorizativos da tutela antecipatória, conclui-se que o agravo regimental não trouxe elementos aptos a modificar a decisão agravada, devendo ser mantido incólume o entendimento nela esposado e abaixo transcrito:

“2. Estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar aqui requerida. Conforme relatado, buscou-se na impetração garantir direito líquido e certo à compensação prevista no § 2º, do art. 78, do ADCT, no que pertine aos precatórios e outros créditos tributários lançados a título

de ICMS. A ordem foi denegada sob o fundamento de que os fatos não estavam devidamente comprovados. Todavia, aparentemente, o recorrente tem razão quando sustenta o [contrário.Com](#) efeito, a impetrante é cessionária de crédito no valor certo de R\$ 100.000,00, oriundo de parcelas já vencidas de precatório judicial sujeito à sistemática prevista no art. 78 do ADCT. A cessão foi homologada pelo juízo da execução. Tais fatos estão devidamente comprovados nos autos. Sendo assim, há relevância das razões do recurso ordinário, ao sustentar o direito de utilizar tal crédito para pagar, mediante a devida compensação, seus débitos tributários perante o Estado de Goiás (entidade devedora do precatório), tal como previsto no § 2º do referido art.78 do ADCT. Portanto, há probabilidade de êxito do recurso ordinário. Quanto ao risco de dano irreparável, esse resulta das inevitáveis conseqüências prejudiciais ao crédito e ao patrimônio do impetrante decorrentes do inadimplemento da dívida perante o Fisco.

3. Assim, defiro a liminar para, em antecipação de tutela recursal, deferir o pedido de fls. 16. “ (fl. 604-605)

2. Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo regimental. É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO:

PRIMEIRA TURMA

MC 13915/GO - JULGADO: 120&2008

AgRg na

Número Registro: 20080048805-0

Números Origem: 155362 200701967867 888109895

EM MESA:

Relator

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra DENISE ARRUDA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ EDUARDO DE SANTANA

Secretária

Bela. MARIA DO SOCORRO MELO

AUTUAÇÃO:

REQUERENTE: FABIANTEX COMÉRCIO DE ROUPAS E AVIA-
MENTOS LTDA

ADVOGADOS:LUIZ ROBERTO DE OLIVEIRA E OUTRO®

ANDREYA NARAH RODRIGUES DOS SANTOS E OUTRO®

REQUERIDO: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE
GOIÁS

ASSUNTO: Tributário - Crédito - Compensação

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE:ESTADO DE GOIÁS

PROCURADOR:LUIZ HENRIQUE SOUSA DE CARVALHO

AGRAVADO: FABIANTEX COMÉRCIO DE ROUPAS E AVIA-
MENTOS LTDA

ADVOGADO:FREDERICO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA
VALTUILLE E OUTRO(S)

INTERES:SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE GOIÁS

CERTIDÃO:

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Denise Arruda, Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de agosto de 2008

MARIA DO SOCORRO MELO

Secretária

(Acórdão publicado no DJe de 28.08.2008).

DESPACHOS

IPTU. ÁREAS DE ESTADOS CEDIDAS A CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 586.614-9 (452)

PROCED.: RONDÔNIA

RELATOR: MIN. EROS GRAU

RECTE.(S): COMPANHIA DE ÁGUAS E ESGOTOS DE RONDÔNIA-CAERD

ADV.(A/S): BRENO DIAS DE PAULA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): MUNICÍPIO DE ESPIGÃO DO OESTE

ADV.(A/S): KELLY CRISTINA AMORIM CAZULA

DECISÃO: Discute-se nestes autos a constitucionalidade da exigência do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, pelo recorrido, em relação aos imóveis utilizados pela Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia - CAERD, de propriedade do Estado-membro e cedidos à concessionária para viabilizar a prestação de serviços públicos essenciais.

2. O Tribunal *a quo* decidiu que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição do Brasil, refere-se apenas à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, não abrangendo a ora recorrente, sociedade de economia mista, que se sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

3. A recorrente alega violação do disposto nos artigos 150, VI, *a*, e 156, I, da Constituição do Brasil.

4. Este Tribunal, ao analisar caso análogo ao presente, fixou o seguinte entendimento:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS. IMUNIDADE RECÍPROCA. TAXAS.

1. Imóveis situados no porto, área de domínio público da União, e que se encontram sob custódia da companhia em razão de delegação prevista na Lei de Concessões Portuárias. Não-incidência do IPTU, por tratar-se

de bem e serviço de competência atribuída ao poder público (artigos 21, XII, T e 150, VI, da Constituição Federal).

2. Taxas. Imunidade. Inexistência, uma vez que o preceito constitucional só faz alusão expressa a imposto, não comportando a vedação a cobrança de taxas.

Recurso Extraordinário parcialmente provido”.

[RE n. 265.749, Relator o Ministro Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ de 12.9.03).

5. No mesmo sentido, o RE n. 253.394, Relator o Ministro limar Galvão, 1ª Turma, DJ de 11.4.03; o RE n. 357.447-AgR e o RE n. 389.668-AgR, ambos em que foi Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 26.3.04 e de 25.6.04, respectivamente; o RE n. 318.185-AgR, Relator o Ministro Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ de 7.5.04, e o AI n. 458.856-AgR, de que fui Relator, 1ª Turma, DJ de 20.4.07, entre outros.

Dou provimento ao recurso, com esteio no art. 557, § Iº-A, do CPC, para julgar procedentes os embargos à execução. Ficando totalmente vencido o Município, condeno-o ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado.

Publique-se.

Brasília, 5 de agosto de 2008.

Ministro Eros Grau

Relator

(Decisão publicada no DJe do STF n. 166/2008, divulgação 19/08/2008, veiculação 20/08/2008, p. 108).

EMENTAS

CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS DA ELETROBRÁS. PRAZO PRESCRICIONAL.

RECURSO ESPECIAL N. 714.211 - SC (20040181870-2)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON

R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: RICARDO PY GOMES DA SILVEIRA E OUTRO(S)

RECORRENTE: CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRÁS

ADVOGADO: MANOEL NAHUN DE BRITO NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: SADIA S/A

ADVOGADO: ANDRÉ DA COSTA RIBEIRO E OUTRO(S)

INTERES: CENTRAIS ELÉTRICAS DE SANTA CATARINA - CELESC

ADVOGADO: LYCURSO LEITE NETO E OUTRO(S)

EMENTA:

PROCESSUAL CML. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL: DATA DO NASCIMENTO DA PRETENSÃO, QUE SE DÁ COM A OCORRÊNCIA DA LESÃO. PRINCÍPIO *VKACTIO NATA*. ACOLHIMENTO DA ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO.

1. Os elementos integrantes, ou condições elementares, da prescrição são:

“ 1º- existência de uma ação exercitável (actio nata); 2º-inércia do titular da ação pelo seu não-exercício; 3º — continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; 4º - ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do cursoprescricional” (Antônio Luiz da Câmara Leal *in* “Da Prescrição e da Decadência”, 3ª ed. RJ, Forense, 1978, p. 11)

2. Tratando-se de prestações periódicas, “ao crédito correspondem tantas pretensões quantas as prestações, que de ordinário (porém não necessariamente) são exigíveis ao exsurgimento respectivo. Uma das aplicações do *princípio do debulhamento das pretensões* periódicas ou sucessivas é a do art. 178, § 10, I-IV; porém o direito possui outras espécies, algumas das quais não têm prazo certo de prescrição, por se não poderem incluir no art. 178, § 10, I-IV.” (Pontes de Miranda, *in* “Tratado de Direito Privado”, Tomo 6, Bookseller, 2000, pág 152)

3. A jurisprudência da Corte quanto a essa parcela do *th emajudieandum* assenta que:

“PROCESSUAL CIVIL - FGTS - JUROS PROGRESSIVOS - PRESCRIÇÃO - OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO - PARCELAS ANTERIORES AOS TRINTA ANOS DA PROPOSITURA DA AÇÃO —EXIGIBILIDADE DAS PARCELAS POSTERIORES.

1. *Prescrição das parcelas anteriores a trinta anos do ajuizamento da ação.*
2. *Nas obrigações de trato sucessivo, que se renovam mês a mês, o termo inicial da prescrição segue a mesma sistemática.*
3. *Ação para cobrança de juros progressivos, cuja prescrição, pela regra, tem início a cada mês, no dia em que era obrigação da CEE creditar em conta.*
4. *Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. ”*

(REsp 806.137PE, Rei. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 02.03.2007)

“FGTS. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. SÚMULA 154STJ. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 210STJ.

l-J

—Tratando-se a condenação de incidência sucessiva (de renovação mensal), a prescrição atinge apenas as parcelas ou créditos constituídos antes dos trinta anos que antecederam a propositura da ação.

—Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp 739.174PE, Rei. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ 27.06.2005)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FGTS. JUROS PROGRESSIVOS. OPÇÃO FEITA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 5.705/71. PRESCRIÇÃO. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PARCELAS ANTERIORES AOS TRINTA ANOS DA PROPOSITURA DA AÇÃO. EXIGIBILIDADE DAS PARCELAS POSTERIORES.

[..]

4. *Nas obrigações de trato sucessivo, a violação do direito dá-se, também, de forma contínua, renovando-se o prazo prescricional em cada prestação periódica não-cumprida, de modo que cada uma pode ser fulminada isoladamente pelo decurso do tempo, sem, no entanto, prejudicar as posteriores. Aplicando-se esse raciocínio à hipótese em exame, conclui-se que a prescrição atingiu tão-somente o direito de exigir o pagamento das parcelas anteriores aos trinta anos que antecederam o ajuizamento da demanda.*

[...]

(REsp 793.925TE, Rei. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 06.02.2006)

PROCESSUAL CIVIL. TESE RECURSAL FALTA. PREQUESTIONAMENTO. FGTS. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 210STJ.

1. Os temas insertos nos artigos 295, IV, 301, X, 333, II e 358 do Código de Processo Civil não foram objeto de debate pela Corte a quo. Incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Os depósitos para o Fundo de Garantia possuem natureza de contribuição social é de trinta anos o prazo prescricional das ações, conforme entendimento consubstanciado na Súmula 210 desta Corte.

3. Não há prescrição do fundo de direito de pleitear a aplicação dos juros progressivos nos saldos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, porquanto o prejuízo do empregado renova-se mês a mês, ante a não-incidência da taxa de forma escalonada, mas tão só das parcelas vencidas antes dos trinta anos que antecederam à propositura da ação. Precedente: REsp 739.174PE, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, publicado no DJU de 27.06.05.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido.”

(REsp 795.392PE, Rei. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.02.2006)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. FGTS. JUROS PROGRESSIVOS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. HONORÁRIOS. ART. 29-C DA LEI 8.03690, COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.164-4001. AÇÕES AJUIZADAS ANTES DE 27.07.2001. INAPLICABILIDADE.

[-]

2. Na ação para cobrança de juros progressivos sobre depósitos do FGTS, por se referir a relação jurídica de trato sucessivo, a prescrição é contada a partir de cada parcela, aplicando o entendimento das súmulas 85STJ e 443STF.

i-r

(REsp 805.860CE, Rei. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 02.05.2006)

4. *In casu*, o pedido é claríssimo tanto que a correção é pedida em confronto com cada período em que houve o recolhimento e o creditamento dito a menor. A autora esclarece que pretende as diferenças entre os recolhimentos efetivados entre 01.12.1977 a 31.12.1984; 01.01.1985 a 31.12.1986 e 01.01.1987 a 31.12.1993 - créditos convertidos em ações nas assembléias mencionadas no minucioso voto da ministra Eliana Calmon.

5. Sob essa ótica forçoso convir que *“o que a parte elegeu como fundamento da sua pretensão foi a correção incorreta do seu crédito que restou por contaminar os juros, e a própria conversão em numero de ações insuficientes”*.

6. Consectariamente, a lesão noticiada era de forma continuada e a prescrição, *a fortiori*, sucessiva e autônoma; é dizer: a cada creditamento a menor ocorria uma lesão e por conseguinte, exsurgia uma pretensão que ensejava ação exercitável sujeita a um prazo prescricional.

7. É cediço na ideologia das obrigações que as mesmas nasceram para serem extintas, diferentemente dos direitos reais que se propõem à perpetuidade.

8. Decorrência lógica é a exegese que se empresta às regras prescricionais, porquanto, consoante a mais abalizada doutrina do tema *verbis*: *“Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrendo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.”* (Pontes de Miranda, *Tratado*, t. VI, p. 101 rf/WJosé Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual*, Nona Série, Editora Saraiva, 2007, pág. 9, *sem grifo no original*).

9. Recurso Especial da Eletrobrás provido, para acolher a prescrição. Prejudicado o exame dos demais recursos.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista da Sra. Ministra Denise Arruda, por maioria, vencidos a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Humberto Martins, dar provimento ao recurso especial das Centrais Elétricas Brasileiras SA - Eletrobrás e julgar prejudicado o recurso da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Herman Benjamin.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF Iª Região).

Afirmou suspeição o Exmo. Sr. Ministro Castro Meira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 26 de março de 2008(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator p⁷Acórdão

(Ementa publicada no DJe de 16.06.2008).

IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR HORAS TRABALHADAS. INCIDÊNCIA.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP N. 670.514 - RN
(2007X1305676-7)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

EMBARGANTE: EDSON MORAIS DE SOUZA

ADVOGADO: SÉRGIO CAPISTRANO DE MIRANTE MONTE

EMBARGADO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: THALLES FIGUEIREDO SOARES DA SILVA E
OUTRO(S)

EMENTA:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR HORAS EXTRAS. TRABALHADAS. PETROBRÁS IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. EMBARGOS NÃO-PROVIDOS

1. Em exame embargos de divergência opostos contra acórdão da Segunda Turma desta Corte de Justiça para discutir questão acerca da incidência do imposto de renda sobre os valores recebidos a título de verba indenizatória sobre horas extras trabalhadas — IHT paga a funcionário da Petrobrás Brasileiro S.A.- Petrobrás. Afirma-se que o pagamento recebido possui

natureza de indenização compensatória de caráter civil para ressarcir folgas não-gozadas, em razão da não-implantação de novo turno de trabalho pela referida sociedade, de forma que o julgado embargado, ao não reconhecer a não-incidência do imposto de renda sobre tais verbas, mostrou-se contrário a outros julgados da Primeira Turma e da própria Segunda Turma, merecendo, pois, o acolhimento e provimento dos presentes embargos de divergência a fim de que seja uniformizado o entendimento acerca da matéria controversa nos autos. Impugnação ofertada pela embargada.

2. Apesar da denominação “Indenização por Horas Trabalhadas - IHT”, é a natureza jurídica da verba que definirá a incidência tributária ou não. O fato gerador de incidência tributária, conforme dispõe o art. 43 do CTN, sobre renda e proventos, é tudo que tipificar acréscimo ao patrimônio material do contribuinte, e aí estão inseridos os pagamentos efetuados por horas-extras trabalhadas, porquanto sua natureza é remuneratória, e não indenizatória.

3. O caso em questão não se amolda às possíveis isenções de imposto de renda previstas no art. 6º, V, da Lei 7.713/38, bem como no art. 14 da Lei 9.468/97.

4. A Primeira Seção deste Tribunal, no julgamento dos EREsp 695.499KJ, Rei. Min. Herman Benjamin, em 090 52007, pacificou a tese de que as verbas pagas a título de indenização por horas trabalhadas possuem caráter remuneratório e configuram acréscimo patrimonial, e ensejam, nos termos do art. 43 do CTN, a incidência de imposto de renda.

5. Precedentes desta Corte Superior: REsp 939.9744LN, Rei. Min. Castro Meira, DJ 28.08.2007; AgRgREsp 666.288RN, Rei. Min. João Otávio de Noronha, DJ 23.10.2007; AgRgREsp 978.1784<N, Rei. Min. Humberto Martins, DJ 31.10.2007; EREsp 695.499RJ, Rei. Min. Herman Benjamin,

6. Embargos de divergência não-providos.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Hum-

berto Martins, Herman Benjamin e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF Iª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 28 de maio de 2008 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

(Ementa publicada no DJe de 16.06.2008).

CRÉDITO-PRÊMIO DE IPL RECONHECIMENTO POR DECISÃO JUDICIAL. CESSÃO DE CRÉDITOS PARA TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

RECURSO ESPECIAL N. 870.482 - RS (20060159590-6)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

RECORRENTE: H. KUNTZLER E COMPANHIA LTDA E OUTRO

ADVOGADO: MARCELO PINTO RIBEIRO E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR DOLIZETE FÁTIMA MICHELIN E OUTRO(S)

EMENTA:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 567, II, DO CPC. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPL FASE EXECUÇÃO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. CESSÃO DE CRÉDITOS. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO.

1. Cuida-se de recurso especial interposto por H Kuntzler e Companhia Ltda. e outro contra acórdão emanado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região alegando violação do artigo 567, II, do Código de Processo Civil, além de dissídio pretoriano. As recorrentes defendem que a melhor interpretação que se pode fazer do art. 567, II, do CPC é no sentido de que, em se tratando de processo de execução, a aplicação das regras do processo de conhecimento só tem lugar na hipótese de não conflitar com o rito procedimental daquele; e a norma subsidiária constante no art. 42, § 1º, do CPC, não se aplica ao processo de execução pelo simples fato de já se encontrar

definida no processo de cognição a obrigação patrimonial da parte vencida. Contra-razões ofertadas. Recurso admitido.

2. Como bem salientado no acórdão recorrido: “A formação de litisconsórcio posterior excepciona o princípio da *perpetuatio legitimationis*, sendo admissível somente quando se tratar de litisconsórcio necessário. Esse existe quando, por disposição legal ou pela natureza da relação jurídica de direito material, o juiz tiver que decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, nos termos do art. 47, *caput*, Iª parte, do CPC.”

3. O crédito-prêmio de IPI possui natureza escriturai e legislação específica que disciplina a sua constituição, reconhecimento e eventual utilização de forma muito mais restrita que os demais créditos obrigacionais o que resulta na impossibilidade de se constituírem objeto de cessão de crédito.

4. A compensação de créditos tributários só poder ser realizada pela empresa que obteve a certificação judicial do crédito-prêmio, não por aquele que os adquiriu de terceiros, sendo necessária a concordância da Fazenda Nacional para que as cessionárias integrem o pólo ativo da execução. Precedentes: REsp 331.3696P, Primeira Turma, DJ 05.11.2001, p. 95; REsp 962.096 - RS, desta relatoria, julgado em 04402007.

5. Recurso especial não-provido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, por maioria, vencido o Sr. Ministro Luiz Fux, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 06 de março de 2008 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

(Ementa publicada no DJE de 30.06.2008).

TRIBUTAÇÃO DE LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO NO MOMENTO EM QUE O VALOR É EMPREGADO EM FAVOR DA EMPRESA BRASILEIRA.

PROCESSO N.: 16327.001116/2006-17

RECURSO N.: 158959

MATÉRIA: IRPJ E OUTRO - EX(S): 2002 E 2003

RECORRENTE: BANCO SAFRA S.A.

RECORRIDA: 4ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE

SESSÃO DE: 16 DE ABRIL DE 2008

ACÓRDÃO N.: 101-96.652

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA
-IRPJ

ANOS-CALENDÁRIOS: 2001 E 2002

DECADÊNCIA A fixação do termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese de lançamento sobre lucros disponibilizados por empresa controlada sediada no exterior, deve levar em consideração a data em que se considera ocorrida a disponibilização, e não na data do auferimento dos lucros pela empresa controlada.

LUCROS NO EXTERIOR. EMPREGO DO VALOR. DISPONIBILIZAÇÃO

- Os lucros auferidos no exterior por intermédio de coligadas e controladas devem ser adicionados ao lucro líquido para determinação do lucro real da empresa nacional. O momento é diferido até a data em que forem disponibilizados tais lucros. O emprego do respectivo valor em favor da investidora brasileira caracteriza disponibilização, para fins de tributação.

LUCRO NO EXTERIOR - DISPONIBILIZAÇÃO-EMPREGO - A expressão “o emprego do valor, em favor da beneficiária.” contida no artigo 1º, § 2º, “b”, item 4, da Lei 9.532/97 abrange os casos em que o emprego do valor foi feito pela própria beneficiária.

VARIAÇÃO CAMBIAL — De acordo com as normas especiais que regem matéria, os lucros da controlada no exterior são computados, para fins de tributação da controladora no Brasil, no lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem

sido disponibilizados, convertidos pela taxa de câmbio das datas de encerramento dos balanços da controlada em que foram apurados.

CSSL - Aplica-se à CSLL o que foi decidido quanto ao IRPJ, uma vez que as razões discutidas são as mesmas para ambos os lançamentos.

JUROS DE MORA. SELIC. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º C.C. n. 4).

Recurso parcialmente provido.

Por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de decadência dos lucros disponibilizados até 31 de dezembro de 2000. No mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir as exigências a título de ausência de adição ao lucro líquido de lucros auferidos no exterior (infrações 1 e 2), o Conselheiro Aloysio Percinio da Silva acompanha a relatora pelas suas conclusões.

Antonio José Praga de Souza - Presidente

Sandra Maria Faroni - Relatora

(1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes).

(Ementa publicada no DOU de 08.08.2008, p. 30).

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. APURAÇÃO DE PREÇO MÉDIO. AJUSTE COM BASE EM OPERAÇÕES COM PESSOAS VINCULADAS. IMPOSSIBILIDADE.

PROCESSO N.: 16327.001319/2001-07

RECURSO N.: 155121

MATÉRIA: IRPJ E OUTRO - EX(S): 1998

RECORRENTE: SCHERING DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA.

RECORRIDA: 7ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

SESSÃO DE: 17 DE ABRIL DE 2008

ACÓRDÃO N.: 101-96.665

PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. Na determinação do preço de transferência mediante o método PRL, devem ser observados os procedimentos previstos na legislação pertinente ao tema.

ACORDO INTERNACIONAL E LEGISLAÇÃO INTERNA. Ainda que a opção da lei brasileira por métodos específicos fechados possibilite, em alguns casos, não alcançar, rigorosamente, o “preço de concorrência”, não há conflito entre o artigo 9º do acordo para evitar dupla tributação celebrado com a Alemanha e a legislação interna.

PRL. APURAÇÃO DO PREÇO MÉDIO. A lei é peremptória ao estabelecer que, para fins de apuração do preço de referência com base no PRL, só podem ser consideradas as operações com pessoas não vinculadas. O ajuste apurado com base em operações com pessoas vinculadas está em desacordo com a lei, não podendo prosperar.

MULTA-RELEVAÇÃO. Não havendo lei específica dispensando a multa, conforme exige o § 6º do art. 150 da Constituição, não há como relevá-la.

Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir o ajuste referente aos produtos Clarograf e Magnograf.

ANTONIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA

Presidente

SANDRA MARIA FARONI

Relatora (1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes).

(Ementa publicada no DOU de 08.08.2008, p. 31).

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. RECURSO CONTRA DECISÃO DESFAVORÁVEL. EFEITO SUSPENSIVO PREVISTO NO ART. 151, III, DO CTN.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP N. 850.332 - SP
(20080045787-0)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON

EMBARGANTE: MUNICÍPIO DE PORTO FELIZ

ADVOGADO: WAGNER RENATO RAMOS E OUTRO(S)

EMBARGADO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: AKIRA UEMATSU E OUTRO(S)

EMENTA:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. COMPENSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO INDEFERIDA PELA ADMINISTRAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. FORNECIMENTO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA.

1. As impugnações, na esfera administrativa, a teor do CTN, podem ocorrer na forma de reclamações (defesa em primeiro grau) e de recursos (reapreciação em segundo grau) e, uma vez apresentadas pelo contribuinte, têm o condão de impedir o pagamento do valor até que se resolva a questão em torno da extinção do crédito tributário em razão da compensação.

2. Interpretação do art. 151, III, do CTN, que sugere a suspensão da exigibilidade da exação quando existente uma impugnação do contribuinte à cobrança do tributo, qualquer que seja esta.

3. Nesses casos, em que suspensa a exigibilidade do tributo, o fisco não pode negar a certidão positiva de débitos, com efeito de negativa, de que trata o art. 206 do CTN.

4. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça ‘A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e deu-lhes provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.’ Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) e José Delgado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 28 de maio de 2008 (Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON

Relatora

(Ementa publicada no DJe de 12.08.2008).

**EMPRESA SEM EMPREGADOS. EXIGIBILIDADE DA CSL.
ART. 195, INCISO I, DACF/88, COM A REDAÇÃO ORIGINAL.**

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 535.650-7 (472)

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. EROS GRAU

AGTE.(S): ASSEJUR GIACOMINI, QUEIROZ E SILVA - ADVO-
GADOS ASSOCIADOS

ADV.(A/S): CLÁUDIO NUNES DA SILVA E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - MARIA DA GRAÇA HAHN

DECISÃO: A Turma, a unanimidade, negou provimento ao agravo re-
gimental, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste
julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, a
Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 24.06.2008.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRA-
ORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. LEI
N. 7.689/98. ARTIGO 195, I, DA CB/88. REDAÇÃO ANTERIOR À
VIGÊNCIA DA EC n.20/98. REFERÊNCIA A EMPREGADOR. PES-
SOA JURÍDICA SEM EMPREGADOS. EXIGIBILIDADE DA CON-
TRIBUIÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que
o vocábulo “empregador”, inserido na redação original do artigo 195, I, da
Constituição do Brasil, compreende a pessoa jurídica empregadora em po-
tencial. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(Ementa publicada no DJe STF n. 162/2008, divulgado em 14/08/2008,
circulação em 15.08.2008, p. 63).

**RESERVA CONSTITUÍDA EM VIRTUDE DE REAVALIAÇÃO
DE BENS DO ATIVO DE COLIGADA OU CONTROLADA. DETER-
MINAÇÃO DO LUCRO REAL. INCLUSÃO NO PERÍODO-BASE EM
QUE O CONTRIBUINTE ALIENAR OU LIQUIDAR O INVESTI-**

MENTO OU UTILIZAR A RESERVA PARA AUMENTO DO CAPITAL SOCIAL. TRIBUTAÇÃO.

RECURSO ESPECIAL N. 1.027.799 - CE (200S0023760-9)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: MARCOS ALEXANDRE TAVARES MARQUES MENDES E OUTRO(S)

RECORRIDO: J MACEDO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES

ADVOGADO: ANDRÉA CHIEREGATTO E OUTRO(S)

EMENTA:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA.

1. Há incidência tributária sobre o negócio jurídico que resulta na incorporação de bens de sócios para aumentar o capital da pessoa jurídica.

2. Aplicação do princípio da legalidade. Aumento de renda.

3. Precedentes: REsp 41.314RS; REsp 260.499RS; REsp 142.853SC.

4. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de junho de 2008 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

(Ementa publicada no DJe de 19.08.2008, p. 1).

PROCESSO ADMINISTRATIVO. PESSOA FÍSICA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL.

APELAÇÃO EM MANDADO DESEGUANÇAN. 2005.51.01.018512-0

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO PIZZOLANTE

APELANTE: EDITH CUNHA MAGALHÃES E OUTROS

ADVOGADO: SANDRO MACHADO DOS REIS E OUTROS

APELADO: UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL

ORIGEM: VIGÉSIMA OITAVA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (200551010185120)

EMENTA:

CONSTITUCIONAL, PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA VIA POSTAL. RECEBIMENTO POR TERCEIROS. PESSOA FÍSICA. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE. ALEGAÇÃO DE EXTRAVIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DE QUE A PARTE FOI CIENTIFICADA DOS ATOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Mandado de segurança impetrado para que a autoridade coatora conheça da impugnação administrativa que pretende interpor contra o auto de infração lavrado pela Secretaria da Receita Federal, nos autos do processo administrativo de n. 15374.002785/2004-16, onde lhe é exigido o recolhimento de valores do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física, sob a alegação de nulidade das intimações.

2. O objetivo mediato da impetrante é o reconhecimento da nulidade das intimações que lhe foram endereçadas durante a tramitação do processo administrativo n. 15374.002785/2004-16, para fins de conhecimento e posterior análise da impugnação ao auto de infração que teria sido indevidamente lavrado, a ser apresentada na instância administrativa, ao argumento de que as mesmas (intimações) teriam sido extraviadas e, por conseqüência, violados os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

3. A sentença proferida, adotando como razões de decidir a fundamentação da decisão que indeferiu o pedido de liminar, concluiu que seria incabível uma interpretação restritiva da noção de domicílio, uma vez que as

correspondências endereçadas à apelante foram recebidas pelos porteiros do prédio onde a mesma residia, que seria ônus da representante da impetrante o recolhimento periódico das missivas enviadas à representada, em razão do estado de saúde desta, e, por fim, que os Tribunais reconheceriam a validade da intimação feita pelos correios com aviso de recebimento e recebida pelo porteiro do prédio ou empregado no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, nos termos do Decreto 70.235/72.

4. Não se pode olvidar a existência da denominada teoria da aparência, criação jurisprudencial endossada pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é válida a citação realizada na pessoa que se identifica como representante legal da empresa, sem ressalvas (AgRg no Ag 909.383/RJ, Rei. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 19.02.2008, DJ 03.03.2008 p. 1), sendo forçoso reconhecer, de plano, sua inaplicabilidade ao caso concreto, tendo em vista que se trata de pessoa física, em relação à qual o ato de notificação (esfera administrativa) ou de citação (órbita jurisdicional) se submete a regramento próprio (artigo 23, do Decreto n. 70.235/72 e artigo 223, parágrafo único, primeira parte, do Código de Processo Civil, respectivamente), e não de pessoa jurídica.

5. A questão da prova do recebimento da intimação no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo (artigo 23, II, do Decreto n. 70.235/72) é regra que se coaduna e se completa com a prevista no artigo 223, parágrafo único, primeira parte, do Código de Processo Civil, segundo a qual “A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.”, quanto mais não seja porque a Constituição Federal assegura, expressamente e de forma igualitária, em processo judicial e administrativo (artigo 5º, LV), o exercício do contraditório e da ampla defesa, o que somente será possível com a ciência inequívoca da instauração do processo ou de qualquer ato nele praticado.

6. Se a Constituição Federal não distingue as garantias a serem observadas durante o trâmite dos processos judiciais ou administrativos, e se a legislação específica de um e de outro tratam de tema similar (ciência de sua existência ou de atos a serem praticados) de forma diversa, não há dúvidas de que o mandamento constitucional, que, aliás, prevalece sobre qualquer uma das referidas legislações, restaria melhor observado com o reconhecimento de que a notificação deveria ter sido entregue diretamente ao destinatário, ou seu representante legal, e não deixada aos cuidados de terceiros, como no

caso concreto, em atenção ao princípio *ubi eadem ratio ibi idem ius* (Onde há a mesma razão, deve-se empregar o mesmo direito).

7. Não se trata, diversamente do afirmado na sentença, de restringir o conceito de domicílio, mas, sim, de interpretação sistemática e conciliatória das normas em questão, de modo a conferir-lhes maior eficácia e aplicabilidade prática, em consonância com o texto constitucional vigente, na medida em que a conclusão do processo administrativo, sem que à parte tenha sido, indubitavelmente, facultada a oportunidade de exercer seu direito de defesa, mostra-se viciada por flagrante violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

8. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência no sentido de que a observância dos referidos postulados constitucionais tem que ser cabalmente demonstrada, o que não ocorreu na hipótese dos autos, e o Superior Tribunal de Justiça, em julgado mais recente que aqueles colacionados pela recorrida em suas contra-razões, entendeu que, notadamente em se tratando de pessoa física, não deve restar dúvidas de que o objetivo buscado com a notificação judicial ou administrativa foi alcançado, em razão das graves conseqüências daí advindas.

9. É de se ressaltar que a entrega das correspondências em mãos de terceiros e seu aparente extravio, tendo em vista o conteúdo específico nelas contido e a possibilidade de acesso ao mesmo (conteúdo) por aqueles (terceiros), qual seja, informações acerca da existência de eventuais débitos tributários, além da possibilidade de configurar violação à garantia constitucional do sigilo de dados (CRFB/88, artigo 5º, XII), poderia acarretar, ao menos em tese, violação à intimidade da impetrante (CRFB/88, artigo 5º, X), e o dano moral daí decorrente, cuja “concretização se dá quando alguém tem ofendido, por ato de terceiro, o seu decoro ou a sua auto-estima, a causar desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando, em princípio, a envergadura desses dissabores.” (STF - RE 364631 - RS - 2ª T. - Rei. Min. Carlos Velloso — J. 28.06.2005).

10. Apelo conhecido e provido.

ACÓRDÃO:

Vistos e relatados os presentes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal

da 2ª. Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do Relatório e do Voto, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Rio de Janeiro, 19 de agosto de 2008 (data do julgamento).

FRANCISCO PIZZOLANTE

Desembargador Federal

Relator

(Ementa publicada no DJU de 27.08.2008, p. 66).