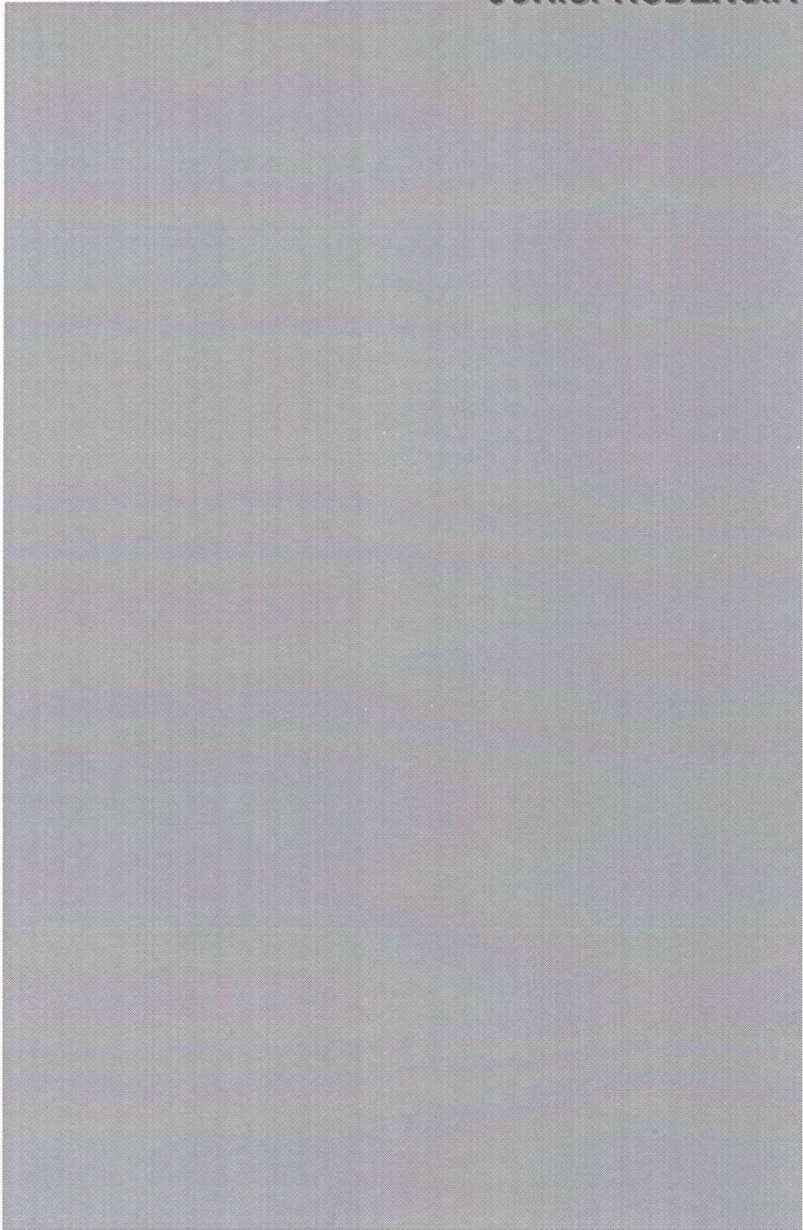


JURISPRUDÊNCIA



ACÓRDÃO - INTEIRO TEOR

ICMS. ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL. NÃO-INCIDÊNCIA. HIPÓTESE EM QUE O BEM NÃO É INCORPORADO DEFINITIVAMENTE AO ATIVO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7
SÃO PAULO
RELATOR: MIN. EROS GRAU
RECORRENTE(S): ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO(AS): PGE-SP - MANOEL FRANCISCO PINHO
RECORRENTE(S): TAM - LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO(AS): ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(AS): OS MESMOS

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II DA CB. 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 compõem 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 o 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso da Fazenda do Estado de São Paulo e julgar prejudicado recurso da TAM - Linhas Aéreas S.A., nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de maio de 2007.
EROS GRAU - RELATOR

06.2.2007

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7
SÃO PAULO
RELATOR: MIN. EROS GRAU
RECORRENTE(S): ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO(AS): PGE-SP - MANOEL FRANCISCO PINHO
RECORRENTE(S): TAM - LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO(AS): ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(AS): OS MESMOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: O debate que se trava nestes autos diz respeito à constitucionalidade da incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior mediante operação de arrendamento mercantil [*leasing*].

2. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que incide ICMS na hipótese.
3. A contribuinte interpôs recursos especial e extraordinário, ambos admitidos pelo Tribunal *a quo* (fls. 408/410).

4. O recurso especial foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO DE AVIÃO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. PRECEDENTES.

A jurisprudência desta eg. Corte é iterativa, no sentido de que a importação de mercadorias mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing) não caracteriza fato gerador do ICMS” (AGA n. 343.438/MG, Rei. Min. Peçanha Martins, DJ 30. 6.2003).

Na vigência do arrendamento, a titularidade do bem arrendado é do arrendante, admitida a sua transferência futura ao arrendatário. Não há, até o término do contrato, transmissão de domínio, razão pela qual se entende que não existiu circulação do bem para fins de cobrança do ICMS. Nesse diapasão, estabelece o artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar n. 87/96 que o imposto não incide sobre operação de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário.

Recurso especial provido” (fls. 413/421).

5. O Estado de São Paulo opôs embargos de declaração contra esse acórdão, que resultaram rejeitados (fls. 427/434). Seguiu-se a interposição de recurso extraordinário (fls. 436/446) em que se alegou violação do disposto nos arts. 5º, XXXV, LIV e LV, 93, IX, 105, III, 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição do Brasil. Esse extraordinário foi inadmitido (fls. 468/469), ensejando-se o seu exame mercê de provimento do agravo de instrumento n. 528.977, apensado a estes autos.

6. Em virtude dos recursos extraordinários da contribuinte e do Estado de São Paulo debaterem matéria idêntica - constitucionalidade da incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior mediante operação de arrendamento mercantil [leasing] -, passo a apreciá-los conjuntamente.

É o relatório.

06.2.2007

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7
SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): Devo sublinhar inicialmente determinada circunstância, atinente ao fato de a indústria aeronáutica de grande porte valer-se de modalidade peculiar de arrendamento mercantil para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas.

2. Por mais estranho que possa parecer, aqui é a normalidade que aparenta ser peculiar. Pois de arrendamento mesmo se trata nesses casos. Vale dizer: 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. Esse é um fato notório. Quando aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as companhias são importadas em regime de *leasing* não se prevê a sua posterior transferência ao domínio do arrendatário.

3. Ora, essa circunstância importa em que não se verifique, no caso, circulação de mercadoria, pressuposto da incidência do tributo de que se cuida. 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. A circulação de que aqui se trata é circulação econômica, envolvendo transferência de domínio. Veja-se, por todos, GERALDO ATALIBA:

“Circular significa, para o direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercado-

ria muda de titular, ocorre circulação para efeitos jurídicos. [...] Vê-se, portanto, que 'circulação', tal como constitucionalmente estabelecido (art. 155,1, 'b'), há de ser jurídica, vale dizer, aquela na qual ocorre a efetiva transmissão dos direitos de disposição sobre mercadoria, de forma tal que o transmitido passe a ter poderes de disposição sobre a coisa (mercadoria) (GERALDO ATALIBA, "ICMS - Incorporação ao ativo - Empresa que loca, oferece em 'leasing' seus produtos - Descabimento do ICMS", Revista de Direito Tributário, vol. 52, pág. 74)."

5. Isso me parece inquestionável. Em recente decisão, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao negar provimento ao AI n. 605.950, DJ de 9.10.06, reafirmou entendimento do Plenário desta Corte que, no julgamento do RE n. 158.834, DJ de 23.10.02, Relator o Ministro Marco Aurélio, considerou indevida a exigência de pagamento de ICMS em operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Relembre-se ter naquela ocasião sustentado, o Ministro Marco Aurélio, que "[a] saída apenas física de um certo bem não é de molde a motivar a cobrança do imposto de circulação de mercadorias. Requer-se, como consta do próprio texto constitucional, a existência de uma operação que faça circular algo passível de ser definido como mercadoria, pressupondo, portanto, como aliás ressaltado por Aliomar Baleeiro em 'Direito Tributário Brasileiro', a transferência de domínio".

6. Daí devermos dizer, de pronto, que na hipótese de que ora cogitamos — arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas — não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS.

7. Essa verificação informará a correta compreensão do preceito veiculado pelo inciso IX, alínea a, do § 2º do artigo 155 da Constituição do Brasil.

8. No mínimo duas leituras poderiam ser feitas desse texto, a primeira delas

conduzindo à equivocada suposição de que:

qualquer entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade sofrerá a incidência do ICMS.

9. Da segunda leitura, adequada à compreensão do todo normativo que o artigo 155 e seus parágrafos integram — vale dizer, mais do que mera leitura, interpretação do seu texto — extrair-se-á a seguinte norma:

qualquer entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior — desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria — por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade sofrerá a incidência do ICMS

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

11. 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.

12. 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.

13. 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.

14. E nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE n. 206.069, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado

ao ativo fixo de empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora.

15. Tanto o precedente supõe essa compra que a eminente relatora a certo ponto do seu voto afirma: “[e]is por que, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do bem que seja contribuinte do ICMS”. Daí também porque não se o pode aplicar às prestadoras de serviços de transporte aéreo, em relação às quais não incide o ICMS, como foi decidido por esta Corte na ADI 1.600.

16. Observo, por fim, que as importações de que se trata nos autos são anteriores às alterações introduzidas no inciso IX, alínea a, do § 2º do artigo 155 da Constituição do Brasil pela Emenda Constitucional n. 33/2001, não se destinando, os equipamentos importados, ao consumo ou ao ativo fixo da recorrente TAM - Linhas Aéreas S.A.

Nego provimento ao recurso extraordinário do Estado de São Paulo, para julgar indevida a incidência do ICMS sobre a importação de equipamentos em virtude de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea nacionais, de aeronaves por ela construídas e julgo prejudicado o recurso extraordinário da TAM - Linhas Aéreas S.A.

06.2.2007

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7
SÃO PAULO

RELATOR: MIN. EROS GRAU

RECORRENTE(S): ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO(AS): PGE-SP - MANOEL FRANCISCO PINHO

RECORRENTE(S): TAM - LINHAS AÉREAS S/A

ADVOGADO(AS): ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)

RECORRIDO(AS) : OS MESMOS

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

0 SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, pergunto ao Ministro Eros Grau se aceita uma ponderação? É uma matéria de tal relevo e tem tal alcance que, talvez, devêssemos discuti-la em Plenário.

06.2.2007

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7
SÃO PAULO

DEBATE

0 SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, eu complementar a ponderação de Sua Excelência porque estou com o voto da Ministra Ellen Gracie, que, em um dos trechos, examina exatamente o disposto no artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 87/96 para concluir que tal dispositivo não excluiria a incidência do imposto.

Em outras palavras, foi o próprio Plenário que já versou este tema e, no caso deste Recurso Extraordinário nº 206.069, de maneira contrária à pretensão, aliás, brilhantemente sustentada agora; penso que não deveríamos subtrair ao Plenário essa oportunidade.

0 SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Gostaria de fazer alusão ao fato de que ponderei bem a hipótese do RE nº 206.069, no qual, inclusive, acompanhei a Relatora. Mas não vou antecipar o meu voto.

0 SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A ponderação é exatamente por conta da singularidade do caso.

0 SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - A situação aqui é singular. Aquela outra situação tratava de um forno, alguma coisa assim, que se incorporava ao patrimônio da empresa. No caso dos arrendamentos de avião isso não é possível — até porque estaria além da capacidade econômica, como foi dito da tribuna.

Não tenho nada a opor que se vá ao Pleno.

0 SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Presidente): Havendo remessa ao Ple-

no, dispensa-se, regimentalmente, nova publicação de pauta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como já está em condições de ser julgado.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Presidente): O processo poderá ser imediatamente chamado a julgamento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - O voto vencido foi do Ministro Marco Aurélio, mas nem na intervenção do Ministro Eros Grau, nem na do Ministro Nelson Jobim, há qualquer restrição à conclusão da Relatora, a qual dizia que esse dispositivo não se aplica aos casos de operações externas. É textual:

“Ora, esse dispositivo aplica-se, tão-somente, a operações internas de arrendamento mercantil.”

Em outras palavras, estamos suscitando a possibilidade de tomar uma decisão em sentido contrário do que já foi afirmado pelo Plenário.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Perdoe-me, vou insistir: há mais de uma hipótese de “leasing”. Há o arrendamento que termina como venda e há o que não termina em venda.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Presidente): É conveniente, por isso mesmo, que o Plenário se pronuncie sobre o tema.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Não tenho nada a opor.

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7
SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EROS GRAU

RECORRENTE(S): ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO(AS): PGE-SP - MANOEL FRANCISCO PINHO

RECORRENTE(S): TAM - LINHAS AÉREAS S/A

ADVOGADO(AS): ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)

RECORRIDO(AS) : OS MESMOS

Decisão: A Turma, por votação unânime, deliberou submeter ao Plenário o julgamento do presente recurso extraordinário. 2ª Turma, 06. 2.2007.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede

Coordenador

30/05/2007

TRIBUNAL PLENO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7
SÃO PAULO

VOTO

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, também acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

Fiquei convencido de que a natureza jurídica da operação de *leasing* não se confunde com uma compra e venda mercantil em que há, como foi demonstrado e consta, inclusive, do parecer da Procuradoria, uma efetiva circulação de mercadorias. Na verdade, trata-se de um arrendamento em que não há transferência da titularidade do bem, mas uma mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário.

30.5.2007

TRIBUNAL PLENO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7
SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, também entendo que a matriz constitucional do ICMS tem como pressuposto a transferência da propriedade, pois essa é a única maneira de se poder interpretar a expressão “circulação de mercadorias”. Acompanho o eminente Relator.

30.5.2007

TRIBUNAL PLENO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7
SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, também penso que o Relator distinguiu bem as coisas, o que se trata aqui é de *leasing* ou de um contrato de arrendamento mercantil. O arrendatário não comprou o equipamento, a peça importada. Não adquiriu, portanto, a propriedade do bem.

O conceito jurídico de circulação foi bem exposto pelo Advogado que ocupou a tribuna, e muito bem retratado no voto do eminente Relator. É um conceito, hoje, clássico, pacífico na doutrina dos melhores tributaristas. Eu lembraria o Professor Roque Antônio Carrazza, que também perfilha idêntico entendimento.

Concordo com o Relator, conheço do recurso e do desprovejo.

30.5.2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7
SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, não se assuste o ilustre Advogado que assomou à tribuna, no que registrarei, em primeiro lugar, um elogio a Sua Excelência. Geralmente, quando o juiz começa por elogiar o causídico, vota contra a tese por ele defendida. Não será o meu caso. Precisa foi a sustentação. O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços pressupõe sempre uma operação de circulação de mercadorias, vale dizer, uma compra e venda. Não podemos elastecer conceitos constitucionais a ponto de albergar, sob o ângulo do tributo, negócio jurídico estranho ao versado na Constituição. Não há a menor dúvida, tem-se, no inciso IX do artigo 155 da Carta, a regra de incidência do ICMS sobre mercadoria importada do exterior, mas mercadoria que adentre o território nacional sob o ângulo da operação, a que me referi, de circulação, considerada a compra e venda.

No caso, correto é o Convênio men-

cionado no memorial, no que simplesmente explícita o que já está contido na Constituição Federal: a impossibilidade de incidir esse tributo em se tratando do arrendamento mercantil que é o *leasing*. A extensão da impossibilidade mostra-se maior, alcançando também - diria eu - até mesmo peças a serem inseridas no objeto do *leasing*, já que essas peças só podem ser enquadradas, juridicamente, como acessórios, e o acessório segue a sorte do principal. Quando devolvida a aeronave, não se retira mesmo a peça adquirida para substituição da gasta. Devolve-se a aeronave arrendada como um grande todo.

Não cabe - isso está inclusive proclamado no Código Tributário Nacional - modificar, no afã arrecadador de tributo, conceitos tradicionais no direito posto, tomando-se como sinonímia "compra e venda" e "*leasing*". Acertada, mais do que acertada, mercedora de encômios, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto a relação jurídica revele simplesmente o *leasing*, não chegando, portanto, aquele que arrenda à aquisição do bem, não há campo para cogitar-se da incidência do tributo.

Tinhamos jurisprudência pacificada que, depois, veio a ser alterada no precedente tão empolgado pela Fazenda, porque favorável à tese que sustenta sobre a incidência do tributo. Em boa hora voltamos a proclamar que o ICMS pressupõe operação de circulação de mercadoria e, mais do que isso, estando ínsita a compra e venda.

Acompanho o relator no voto proferido, para conhecer o recurso interposto e desprovê-lo, reafirmando, portanto, o que sempre sustentei no Plenário.

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7
SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EROS GRAU

RECORRENTE(S): ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO(AS): PGE-SP - MANOEL FRANCISCO PINHO

RECORRENTE(S): TAM - LINHAS AÉREAS S/A

ADVOGADO(AS): ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(AS): OS MESMOS

Decisão: A Turma, por votação unânime, deliberou submeter ao Plenário o julgamento do presente recurso extraordinário. 2ª Turma, 06. 2.2007.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso da Fazenda do Estado de São Paulo e julgou prejudicado o recurso da TAM - Linhas Aéreas S/A, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Falaram, pelos recorrentes, Estado de São Paulo, o Dr. Marcos Ribeiro de Barros, Procurador do Estado, e TAM - Linhas Aéreas S/A, o Dr. Roberto de Siqueira Campos. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 30.05.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.

Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu

Secretário

(Ementa publicada no *DJU* 24.08.2007, p. 56).

LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005.
ART. 4º, SEGUNDA PARTE. MUDANÇA DO PRAZO PRESCRICIONAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

EMBARGANTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: IANA NARA SÁ MACIEL CAVALCANTE E OUTRO(S)

EMBARGADO: CAXANGÁ VEÍCULOS LTDA

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

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpreta-

das um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher a arguição de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Castro Filho, Laurita Vaz e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Luiz Fux e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Gilson Dipp.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi foi substituída pelo Sr. Ministro Castro Filho.

Sustentou oralmente, pela Fazenda Nacional, o Dr. Cláudio Xavier Seefelder Filho.

Brasília, 06 de junho de 2007.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
Relator

MINISTRO RAPHAEL DE BARROS
MONTEIRO
Presidente

AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

EMBARGANTE: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: IANA NARA SÁ MACIEL CAVALCANTE E OUTRO(S)
EMBARGADO: CAXANGÁ VEÍCULOS LTDA

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

RELATÓRIO

EXM0. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI(Relator):

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/05, suscitado em decorrência de decisão do STF, em circunstâncias a seguir explicitadas.

Apreciando recurso especial em ação de repetição de indébito, a 2ª Turma, seguindo orientação pacificada na 1ª Seção, decidiu que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo prescricional, para efeito do art. 168,1 do CTN, deve observar “a sistemática dos cinco mais cinco”, ou seja: o termo *a quo* desse prazo não é a data do recolhimento do tributo indevido, nem do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, mas sim a data da homologação expressa ou tácita do lançamento, pois somente então é que ocorre a extinção do crédito tributário (fls. 592/605).

A Fazenda interpôs embargos de divergência, sustentando, quanto ao ponto, o seguinte:

“[...] Ocorre que, em 09.02.2005, foi publicada, no Diário Oficial da União, a Lei Complementar nº 118, que promove alterações no Código Tributário Nacional e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 do mesmo diploma legal. Assim reza o art. 3º da citada lei:

“Art. 3º. Para efeito de interpretação do

inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, *a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 10 do art. 150 da referida Lei.*”

Para melhor compreensão da questão, convém transcrever os artigos 150, § 1º e 168, I, *verbis*:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.”

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário.”

Vê-se, portanto, que, com o advento do art. 3º da Lei Complementar nº 118, cujo caráter é de lei interpretativa, findou-se a controvérsia jurisprudencial e doutrinária que girava em torno da questão do termo inicial a partir do qual deve ser contado o prazo prescricional de cinco anos para pleitear a repetição do indébito, porquanto o artigo em questão dispõe expressamente que, para efeito de interpretação do inciso I do artigo 168 do Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida lei e, portanto, é a partir daí que começa a fluir o prazo quinquenal para que o contribuinte pleiteie a repetição do indébito. Logo, não há qualquer razão para que subsista a tese dos “cinco mais cinco”. O legislador, através de interpretação autêntica, tra-

tou de dissipar as dúvidas e apaziguar a questão.

Cabe, desde logo, uma breve digressão para que se reafirme que o art. 3º da LC n. 118 é um dispositivo interpretativo e, nesta qualidade, deve se aplicar não apenas imediatamente, mas também retroativamente. Senão, vejamos o que dispõe o art. 106, I do CTN acerca das chamadas leis interpretativas.

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;”

Lei interpretativa, como é de todos sabido, é aquela que não inova, que se limita a esclarecer dúvida surgida com o dispositivo anterior. Excepcionalmente o ordenamento jurídico permite sua aplicação a fatos pretéritos, porquanto a lei primitiva trazia em seu seio dúvida e insegurança; A lei nova visa a espantar a dúvida e restabelecer a segurança na aplicação da lei.

A Fazenda Nacional, reiteradamente, tem defendido a tese da prescrição quinquenal contada a partir do pagamento indevido. Isto porque esta é a tese que melhor se coaduna com a correta exegese dos artigos 150, § 1º e 168, I do CTN, este agora devidamente aclarado pelo dispositivo da LC n. 118, que dado seu caráter interpretativo deve ter seus efeitos projetados inclusive sobre fatos ocorridos antes de sua vigência. Tal entendimento é reforçado pelo disposto no art. 4º da LC n. 118, *verbis*:

“Art. 4º - Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional” (fls.616/618).

A 1ª Seção negou provimento aos embargos em acórdão por mim relatado e assim ementado:

“TRIBUNÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO DO STJ NA APRECIÇÃO DO ERESP 435.835/SC. LC 118/2005: NATUREZA MODIFI-

CATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO CONSIGNADO NO VOTO DO ERESP 327.043/DF.

1. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, Rei. para o acórdão Min. José Delgado, sessão de 24.03.2004, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador, sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo *a quo* do prazo ao universal princípio da *actio nata* (voto-vista proferido nos autos do ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003).

2. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar os arts. 150, § 1º, 160, I, do CTN, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Portanto, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

3. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Ressalva, no particular, do ponto de vista pessoal do relator, no

sentido de que cumpre ao órgão fracionário do STJ suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial, nos termos do art. 97 da CF.

4. Embargos de divergência a que se nega provimento. (fl.667)

Houve embargos de declaração, visando a obter a manifestação sobre a indispensabilidade da instauração do incidente previsto no art. 97 da CF, ao fundamento de que a Seção não poderia deixar de aplicar o art. 4º, segunda parte, da LC 118/05 sem que a sua inconstitucionalidade tivesse sido previamente declarada pela Corte Especial (fls. 683/689). Os embargos foram rejeitados, à consideração de que não havia omissão a ser sanada (fls. 691/695).

A Fazenda Nacional interpôs recurso extraordinário, alegando ofensa ao princípio da reserva de plenário, previsto no art. 97 da Constituição (fls 702/708). O STF deu provimento ao recurso, nos seguintes termos:

“Este Tribunal reputa declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicar - afasta a incidência de norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sobre critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição (v.g. RE 240.096, Pertence, RTJ 169/756), sendo esta a hipótese dos autos.

Portanto, está caracterizada a violação do princípio constitucional de reserva de plenário, haja vista que o acórdão recorrido que declarou a inconstitucionalidade da lei, resultou de julgamento de órgão fracionário, e não consta nos autos notícia de declaração de inconstitucionalidade proferida por órgão especial ou plenário.

Procede o presente RE, a* baseado no permissivo constitucional da alínea a, por violação ao art. 97 da Constituição (v.g. RE 273.672 - AgR, 03.09.2002, 1ª T, Ellen).

Dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, C. Pr. Civil) para reformar o acórdão recorrido e determinar a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja realizado novo julgamento nos termos do artigo 97 da Constituição Federal” (fl. 419).

Assim, cumprindo a decisão do STF, a 1ª Seção determinou o processamento de incidente de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei Complementar n. 118/05, na parte que determina a aplicação retroativa do disposto no art. 3º da mesma Lei.

Em atendimento ao disposto no § 1º do art. 200 do RISTJ, o Ministério Público Federal emitiu parecer de fls. 741/750 pela declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/2005, e do não acolhimento dos embargos.

É o relatório.

AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

EMBARGANTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: IANA NARA SÁ MACIEL CAVALCANTE E OUTRO(S)

EMBARGADO: CAXANGÁ VEÍCULOS LTDA

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

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal,

para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juizes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

VOTO

EXM0. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI(Relator):

I - Objeto do incidente de inconstitucionalidade

1. Para adequada compreensão do tema, importa ter presente o teor dos seguintes dispositivos:

LC 118/2005:

“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

“Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”.

CTN:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados”

O que aqui se questiona é, fundamentalmente:

(a) a natureza - se interpretativa ou não - do art. 3º da LC 118/05, e, conseqüentemente,

(b) a legitimidade constitucional do art. 4º, segunda parte, da mesma Lei, que determina a aplicação retroativa do artigo 3º, tal como prevê o art. 106, I, do CTN.

Em voto proferido perante a 1ª Seção, no julgamento dos ERESP 327.043/DF, sustentei que o citado art. 3º tem natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) e, conseqüentemente, não pode ter aplicação retroativa, sendo inconstitucional, portanto, a parte final do art. 4º. As razões de tal entendimento são as que seguem.

II - Lei interpretativa no sistema constitucional brasileiro

2. Em nosso sistema constitucional, as funções legislativa e jurisdicional estão atribuídas a Poderes distintos, autônomos e independentes entre si (CF, art. 2º). Legislar, função essencialmente conferida ao Parlamento, é criar os preceitos normativos, é impor modificação no plano do direito positivo. Já a função jurisdicional - de assegurar o cumprimento da norma, que pressupõe também a de interpretá-la previamente -, é atribuída ao Poder Judiciário. A atividade legislativa está submetida à cláusula constitucional do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI), razão pela qual as modificações do ordenamento jurídico, impostas pelo Legislativo, têm, em princípio, apenas eficácia prospectiva, não podendo ser aplicadas retroativamente. A função jurisdicional, ao contrário, atua, em regra, sobre fatos já ocorridos ou em via de ocorrer. Só excepcionalmente pode o Legislativo atuar sobre o passado, assim como só excepcionalmente pode Judiciário produzir sentenças com efeitos normativos futuros.

Todos sabemos que essa bipartição não tem caráter absoluto, comportando algumas exceções. Mas a regra geral é essa: o Legislativo produz o enunciado normativo, que vai ter aplicação para o futuro; produzido o enunciado, ele assume vida própria, cabendo ao Judiciário, daí em diante, zelar pelo cumprimento da norma que dele decorre, o que comporta a função de, mediante interpretação, descobri-la e aplicá-la aos casos concretos. São atividades complementares. Como dizia Calamandrei, “O Estado defende com a jurisdição sua autoridade de legislador” (CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, vol. I, p. 175).

3. Interpretar um enunciado normativo é buscar o seu sentido, o seu alcance, o seu significado. “A interpretação”,

escreveu Eros Grau, “é um processo intelectual através do qual, partindo de *fórmulas lingüísticas* contidas nos *textos, enunciados, preceitos, disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. [...] Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de *interpretar*, portanto, é o *significado* atribuído ao *enunciado* ou *texto (preceito, disposição)*” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2ª ed., SP, Malheiros, 2003, p. 78). E observa, mais adiante: “As *disposições* são dotadas de um significado, a elas atribuído pelos que operaram no interior do procedimento normativo, significado que a elas desejaram *imprimir*. Sucede que as *disposições* devem *expressar* um significado para aqueles aos quais são endereçadas. Daí a necessidade de bem distinguirmos os significados *imprimidos* às *disposições (enunciados, textos)*, por quem as elabora e os significados *expressados* pelas *normas* (significados que apenas são revelados através e mediante a interpretação, na medida em que as *disposições* são transformadas em *normas*)” (*op. cit.*, p.79). Prossegue o autor: “A interpretação, destarte, é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das *disposições*, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser - a *interpretação* - uma atividade que se presta a *transformar disposições (textos, enunciados) em normas*. Observa Celso Antônio Bandeira de Mello [...] que “[...] é a *interpretação* que especifica o conteúdo da norma. Já houve quem dissesse, em frase admirável, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é *pura e simplesmente o que resulta da interpretação*. De resto, Kelsen já ensinara que a norma é uma moldura. Deveras, quem outorga, afinal, o conteúdo específico é o intérprete, [...]”. As *normas*, portanto, resultam da interpretação. E o ordena-

mento, no seu valor histórico-concreto, é um *conjunto de interpretações*, isto é, *conjunto de normas*. O conjunto das *disposições (textos, enunciados)* é apenas *ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais*. O *significado* (isto é, a *norma*) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: *o significado da norma é produzido pelo intérprete*. [...] As *disposições*, os *enunciados*, os *textos*, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em *normas* (isto é, quando - através e mediante a *interpretação* - são transformados em *normas*). Por isso *as normas resultam da interpretação*, e podemos dizer que elas, *enquanto disposições*, nada dizem - elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem [...]” (*op. cit.*, p. 80).

4. Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.

5. Nesse contexto, a edição, pelo legislador, de lei interpretativa, com efeitos retroativos, somente é concebível em caráter de absoluta excepcionalidade, sob pena de atentar contra os dois postulados constitucionais já referidos: o da autonomia e independência dos Poderes (art. 2º, da CF) e o do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Lei interpretativa retroativa só

pode ser considerada legítima quando se limite a simplesmente reproduzir (= produzir de novo), ainda que com outro enunciado, o conteúdo normativo interpretado, sem modificar ou limitar o seu sentido ou o seu alcance. Isso, bem se percebe, é hipótese de difícil concreção, quase inconcebível, a não ser no plano teórico, ainda mais quando se considera que o conteúdo de um enunciado normativo reclama, em geral, interpretação sistemática, não podendo ser definido isoladamente. “Interpretar uma norma”, escreveu Juarez Freitas, “é interpretar um sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito” (FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, SP, Malheiros, 1995, p. 47). Ora, lei que simplesmente reproduz a já existente, ainda que com outras palavras, seria supérflua; e lei que não é assim, é lei que inova e, portanto, não pode ser considerada interpretativa e nem, conseqüentemente, ser aplicada com efeitos retroativos.

III - Natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do art. 3º da LC 118/05

6. Ainda que se admita a possibilidade de edição de lei interpretativa, como prevê o art. 106, I, do CTN, mas considerando o que antes se disse sobre o processo interpretativo e seus agentes oficiais (= a norma é aquilo que o Judiciário diz que é), evidencia-se como hipótese paradigmática de lei inovadora (e não simplesmente interpretativa) aquela que, a pretexto de interpretar, confere à norma interpretada um conteúdo ou um sentido diferente daquele que lhe foi atribuído pelo Judiciário ou que limita o seu alcance ou lhe retira um dos seus sentidos possíveis.

É o que ocorre no caso em exame. Com efeito, sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco

anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

Essa jurisprudência certamente não tem a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes. Em muitos casos, eu mesmo já manifestei minha discordância pessoal em relação a ela, como, v.g., no voto vista proferido no ERESP 423.994, 1ª Seção, rei. Min. Peçanha Martins, onde apontei sua fragilidade por desconsiderar inteiramente “um princípio universal em matéria de prescrição: o princípio da *actio nata*, segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou da ação (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Bookseller Editora, 2.000, p. 332)”. “Realmente”, sustentei, “ocorrendo o pagamento indevido, nasce desde logo o direito a haver a repetição do respectivo valor, e, se for o caso, a pretensão e a correspondente ação para a sua tutela jurisdicional. Direito, pretensão e ação são incondicionados, não estando subordinados a qualquer ato do Fisco ou a decurso de tempo. Mesmo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o direito, a pretensão e a ação nascem tão pronto ocorra o fato objetivo do pagamento indevido. Sob este aspecto, pareceria mais adequado ao princípio da *actio nata* aplicar, inclusive em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o disposto art. 168, I, combinado com o art. 156, I, do CTN, ou seja: o prazo prescricional (ou decadencial) para a repetição do indébito conta-se da extinção do crédito (art. 168, I), que, por sua vez, ocorre com o pagamento (art. 156, I). Observe-

se que, mesmo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o pagamento antecipado também extingue o crédito, ainda que sob condição resolutória (CTN, 150, § 1º).”

Todavia, inobstante as reservas e críticas que possa merecer, o certo é que a jurisprudência do STJ, em inúmeros precedentes, definiu o conteúdo dos enunciados normativos em determinado sentido, e, bem ou mal, a interpretação que lhes conferiu o STJ é a interpretação legítima, porque emanada do órgão constitucionalmente competente para fazê-lo. Ora, o art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele atribuído pelo Judiciário. Ainda que defensável a ‘interpretação’ dada, não há como negar que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições normativas interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Se, como se disse, a norma é aquilo que o Judiciário, como seu intérprete, diz que é, não pode ser considerada simplesmente interpretativa a lei que atribui a ela outro significado. Em outras palavras: não pode ser considerada interpretativa a lei que tem o evidente objetivo de modificar a jurisprudência dos Tribunais. Somente a jurisprudência é que pode, legitimamente, alterar a jurisprudência.

IV - Inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05

7. Não se nega ao Legislativo o poder de alterar a norma (e, portanto, se for o caso, também a interpretação formada em relação a ela). Pode, sim, fazê-lo, mas não com efeitos retroativos. Admitir a aplicação do art. 3º da LC 118/2005, sobre os fatos passados, nomeadamente os que são objeto de demandas em juízo, seria consagrar verdadeira invasão, pelo Legislativo, da função jurisdicional, comprometendo a autonomia e a independência do Poder Judiciário.

Significaria, ademais, consagrar ofensa à cláusula constitucional que assegura, em face da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Portanto, o referido dispositivo, por ser inovador no plano das normas, somente pode ser aplicado legitimamente a situações que venham a ocorrer a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005, que ocorreu 120 dias após a sua publicação (art. 4º), ou seja, no dia 09 de junho de 2005.

Tratando-se de norma que reduz prazo de prescrição, cumpre observar, na sua aplicação, a regra clássica de direito intertemporal, afirmada na doutrina e na jurisprudência em situações dessa natureza: o termo inicial do novo prazo será o da data da vigência da lei que o estabelece, salvo se a prescrição (ou, se for o caso, a decadência), iniciada na vigência da lei antiga, vier a se completar, segundo a lei antiga, em menos tempo. São precedentes do STF nesse sentido: “Prescrição Extintiva. Lei nova que lhe reduz prazo. Aplica-se à prescrição em curso, mas contando-se o novo prazo a partir da nova lei. Só se aplicará a lei antiga, se o seu prazo se consumir antes que se complete o prazo maior da lei nova, contado da vigência desta, pois seria absurdo que, visando a lei nova reduzir o prazo, chegasse a resultado oposto, de ampliá-lo” (RE 37.223, Min. Luiz Gallotti, julgado em 10.07.58).

“Ação Rescisória. Decadência. Direito Intertemporal. Se o restante do prazo de decadência fixado na lei anterior for superior ao novo prazo estabelecido pela lei nova, despreza-se o período já transcorrido, para levar-se em conta, exclusivamente, o prazo da lei nova, a partir do início da sua vigência” (AR 905/DF, Min. Moreira Alves, DJ de 28.04.78). No mesmo sentido: RE 93.110/RJ, Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 05.11.80; AR 1.025-6/PR, Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 13.03.81.

É o que se colhe, também, de abalizada doutrina, como, v.g., a de Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1998, Tomo VI, p. 359), Barbosa Moreira (Comentários ao

Código de Processo Civil, Forense, 1976, volume V, p. 205-207) e Galeno Lacerda, este com a seguinte e didática lição sobre situação análoga (redução do prazo da ação rescisória, operada pelo CPC de 1973):

“A mais notável redução de prazo operada pelo Código vigente incidirá sobre o de propositura da ação rescisória. O velho e mal situado prazo de cinco anos prescrito pelo Código Civil (art. 178, § 10, VIII) foi diminuído drasticamente para dois anos (art. 495). Surge, aqui, interessante problema de direito transitório, quanto à situação dos prazos em curso pelo direito anterior. A regra para os prazos diminuídos é inversa da vigente para os dilatados. Nestes, como vimos, soma-se o período da lei antiga ao saldo, ampliado, pela lei nova. Quando se trata de redução, porém, não se podem misturar períodos regidos por leis diferentes: ou se conta o prazo, todo ele pela lei antiga, ou todo, pela regra nova, a partir, porém, da vigência desta. Qual o critério para identificar, no caso concreto, a orientação a seguir? A resposta é simples. Basta que se verifique qual o saldo a fluir pela lei antiga. Se for inferior à totalidade do prazo da nova lei, continua-se a contar dito saldo pela regra antiga. Se superior, despreza-se o período já decorrido, para computar-se, exclusivamente, o prazo da lei nova, na sua totalidade, a partir da entrada em vigor desta. Assim, por exemplo, no que concerne à ação rescisória, se já decorreram quatro anos pela lei antiga, só ela é que há de vigorar: o saldo de um ano, porque menor ao prazo do novo preceito construa a fluir, mesmo sob a vigência deste. Se, porém, passou-se, apenas, um ano sob o direito revogado, o saldo de quatro, quando da entrada em vigor da regra nova, é superior ao prazo por esta determinado. Por este motivo, a norma de aplicação imediata exige que o cômputo se proceda, exclusivamente, pela lei nova, a partir, evidentemente, de sua entrada em vigor, isto é, os dois anos deverão contar-se a partir de 1º de janeiro de 1974. O termo inicial não poderia ser, nesta hipótese, o do trânsito

em julgado da sentença, operado sob lei antiga, porque haveria, então, condenável retroatividade” (0 Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes, Forense, 1974, pp. 100-101).

Câmara Leal tem pensamento semelhante:

“Estabelecendo a nova lei um prazo mais curto de prescrição, esse começará a correr da data da nova lei, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo, segundo essa lei, que, nesse caso, continuaria a regê-la, relativamente ao prazo” (Da Prescrição e da Decadência, Forense, 1978, p.90).

Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

8. Ocorre que o art. 4º da Lei Complementar 118/2005, em sua segunda parte, determina, de modo expresso, que, relativamente ao seu art. 3º, seja observado “o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”, vale dizer, que seja aplicada inclusive aos atos ou fatos pretéritos. Ora, conforme antes demonstrado, a aplicação retroativa do dispositivo importa, nesse caso, ofensa à Constituição, nomeadamente ao seu art. 2º (que consagra a autonomia e independência do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo) e ao inciso XXXVI do art. 5º, que resguarda, da aplicação da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

9. Ante o exposto, acolho o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Có-

digo Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005. É o voto.

AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1)

VOTO

0 EXM0. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, conheço do incidente, porque eventual declaração de inconstitucionalidade não irá prejudicar o recorrido. É por tal circunstância, somente por ela, que estou acolhendo a arguição de inconstitucionalidade. Indo para frente, o meu voto acompanha o do Relator.

Foi-me muito feliz a lembrança de S. Exa. no sentido de que as leis são o que aqui falamos que são, somos nós que lhes damos espírito. Aliás, isso é muito antigo: a letra mata, o espírito é que a vivifica. De fato, das três interpretações, a interpretação que chama a atenção é a judicial, obviamente.

Estou, pois, acolhendo a arguição.

AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1)

VOTO

0 EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PECANHA MARTINS:

Foi referido pelo E. Relator voto que proferi na Eg. 1ª Seção, defendendo a tese de que o dies a quo do prazo para a propositura da ação redibitória do contribuinte de crédito tributário seria a data do lançamento ou a da sua homologação.

Recordo-me que foi o Ministro Pádua Ribeiro quem primeiro defendeu tal tese, em caso concreto.

A leitura e interpretação sistemática do CTN convenceu-me do acerto da proposição.

É que somente o Estado pode instituir tributo mediante lei e cobrar a prestação

pecuniária compulsória em moeda “mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 1º, XV, da CF; arts. 8º, 9º e 97 da Lei nº 5.172/25.10.1956)”. Surgindo a obrigação principal com a ocorrência de fato gerador (art. 113, § 1º, do CTN), que é “a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência” (art. 114 do CTN) temos que o crédito tributário decorre da obrigação principal (art. 139, CTN) e é da competência exclusiva da autoridade administrativa constituí-lo pelo lançamento, ou seja, pelo “procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível”(art. 142, CTN).

O lançamento, porém, comporta modalidades, como se observa no art. 147 e seguintes do CTN.

Importa-nos, no caso, o tipo de lançamento definido na lei reguladora do ICMS, qual seja, o procedimento administrativo complexo do tipo por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo (contribuinte) o dever de antecipar o pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, e que se opera “pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa” (art. 150), ou a faz pela inércia (art. 150, § 4º, do CTN).

Dúvidas não restam quanto à complexidade do ato administrativo do lançamento, cujo prazo para concretizar-se, na hipótese, não sendo expresse, presume-se expirado em cinco (5) anos (art. 150, § 4º, CTN).

Ocorre, porém, que, no art. 150, § 1º, o legislador estabeleceu que “o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória de ulterior homologação do lançamento”.

Indaga-se: será possível extinguir-se o crédito tributário ainda não constituído? De notar-se que, no art. 151, disci-

plina o CTN as hipóteses de suspensão do crédito tributário, e no art. 156 elenca as hipóteses de extinção, declarando expressamente no inciso VII: “o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º”.

Entendemos, então, que, na dicção do art. 156, VII, impunha-se a conjugação das duas circunstâncias - pagamento antecipado e lançamento por homologação - para concluir que só começaria a contar o prazo prescricional para haver o contribuinte a restituição do tributo indevidamente recolhido por antecipação a partir do lançamento, ato administrativo imprescindível à constituição do crédito tributário, e que pode ser tido por concretizado decorrido o lapso temporal de cinco (5) anos, contado a partir do pagamento antecipado, (art. 150, § 4º, CTN).

O Estado terá cinco (5) anos para constituir o crédito e mais cinco (5) anos para cobrá-lo. E o direito à restituição do indébito pelo contribuinte poderá extinguir-se antes da constituição do crédito tributário, ato administrativo vinculado? Extinguir-se-á, pela prescrição, o direito à restituição enquanto não promovido o lançamento, pendente sobre a sua cabeça a espada de “Dâmocles” ou seja, a possível instauração do procedimento executório fiscal com as drásticas conseqüências que acarreta? Enfim, prescreverá o direito de ação para haver a restituição do pagamento antecipado antes da constituição do crédito tributário pelo lançamento tácito? Creio que não, pois não há confundir pagamento antecipado com crédito tributário, somente constituível mediante atividade administrativa plenamente vinculada, ou seja, pelo lançamento. Penso que a regra do art. 150, § 1º, há de ser interpretada na consonância com as normas dos arts. 156, VII, 165 e 166 do mesmo CTN, até porque só nascerá o crédito com o ato administrativo ou após decurso, *in albis*, do prazo deferido ao Estado para homologar o lançamento. A Lei Complementar nº 118, 09/02/05, no seu art. 3º, dispõe, “para efeito de

interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172”, que “a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida lei e, no art. 4º, estabelecendo a data da entrada em vigor (120 dias da publicação), enfatizando: “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”.

A meu ver, a Lei Complementar, dita interpretativa, não deu a melhor interpretação à matéria. Reflete comando autoritário do Executivo sem resolver as dúvidas preexistentes com relação as regras contidas no CTN. A final, a Constituição do crédito tributário continua competindo à autoridade administrativa pelo lançamento, atividade administrativa vinculada e obrigatória, nos termos do art. 142 e parágrafo único do CTN, e só se constitui pelo lançamento expresso ou tácito, ou seja, é dependente de ato ou omissão da autoridade administrativa.

Por tais razões, entendi que nada de novo foi incorporado ao CTN que pudesse modificar a interpretação sistemática consagrada pela 1ª e 2ª Turmas e Eg. 1ª Seção em torno da contagem do prazo prescricional para o contribuinte haver a restituição do indébito tributário, mas fui vencido na 1ª Seção, como consta do voto referido pelo E. Relator.

Mas a Lei Complementar diz da interpretação conveniente ao Executivo e a impõe, aplicando-a retroativamente.

Explicada a interpretação que fazia sobre a matéria até a uniformização da jurisprudência pela Eg. 1ª Seção, com ressalva da minha opinião, acompanho o voto do E. Relator.

AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1)

VOTO

EXM0. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, o belíssimo voto do Ministro Relator

relembrou-nos verdades que estão começando a esmaecer-se dentro do nosso Estado de Direito, como a de que a lei é aquilo que o Judiciário diz. A eficácia de lei é retirada da interpretação. Não tenho dúvida em subscrever integralmente o voto do eminente Relator. Dou-lhe parabéns por isso.

Acolho o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão "observado quanto ao Art. 3º o disposto no Art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, do Código Tributário Nacional, constante do Art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118".

AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1)

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

Acolho o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão "observado quanto ao art. 3º o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, do Código Tributário Nacional, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118".

AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1)

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, a tese defendida aqui pelo Sr. Ministro Teori Albino Zavascki foi seguida na Seção, à unanimidade, a qual aderi com o meu voto. A única diferença é que, na Seção, não apreciamos a arguição de inconstitucionalidade. Essa tese agora se reforça com a declaração de arguição de inconstitucionalidade.

Conheço da arguição, tendo em vista que está seguindo a jurisprudência da Corte Especial, em que a arguição só é cabível em recurso especial se favorecer a parte recorrida e, quanto ao mérito, estou de

acordo com o Sr. Ministro Relator pelos seus bem lançados fundamentos, com os quais concordo plenamente.

AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1)

VOTO

O EXM0. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, eu também gostaria de fazer um registro especial pelo admirável voto que foi produzido pelo eminente Professor e nosso Colega, Ministro Teori Albino Zavascki.

A meu sentir, como Sua Excelência dispôs com tanto brilho, o cerne da questão é deslindar se o art. 3º configura ou não uma regra de interpretação. E, todos sabemos, é comum que as leis interpretativas tenham sempre um caráter de excepcionalidade no próprio direito brasileiro, para não falar no direito estrangeiro. E no caso do Direito Tributário, essa lei dita interpretativa abriria uma exceção na disciplina constitucional sobre a retroatividade, isso sem avançar no precioso voto proferido pelo Senhor Ministro Moreira Alves, quando cuidou das várias intensidades da retroatividade.

No caso concreto, a leitura do art. 3º não deixa a menor dúvida de que de lei interpretativa não se trata, porque, independente da confusão posta no que concerne à invasão do poder de interpretação do Judiciário, o que existe, de fato, é uma alteração no sistema de cômputo do prazo de prescrição, ou seja, objetivamente o art. 3º não configura uma interpretação diversa, e sim determina uma modalidade nova de contagem do prazo de prescrição. Se não é lei interpretativa, é claro que não se pode aplicar o art. 106, I, do Código Tributário Nacional, e daí se impõe o acolhimento da arguição de inconstitucionalidade.

Por outro lado, no tocante à contagem do prazo prescricional, diante da observação feita pelo Senhor Ministro Ari

Pargendler, tenho a sensação de que deveremos, no futuro, considerar também o que dispõe o art. 2.028 do Código Civil, que traz uma regra expressa sobre o cálculo dos prazos prescricionais; e essa interpretação já está sendo dada pelas Turmas de Direito Privado e, em algum momento, será indispensável que a Corte Especial uniformize essa jurisprudência, mesmo porque a disciplina do art. 2.028 do Código Civil enseja uma interpretação que pode alcançar resultado diverso daquela interpretação clássica que foi dada pelo Supremo Tribunal Federal, agora repetida pelo Senhor Ministro Teori Albino Zavascki.

Portanto, faço apenas a ressalva quanto ao exame futuro da aplicação do prazo de prescrição, considerando a interpretação que venha a ser dada ao art. 2.028.

Com essas observações, louvando mais uma vez o excelente voto do Senhor Ministro Teori Albino Zavascki, que a mim, particularmente, envaidece por ser seu Colega, também acompanho Sua Excelência, recebendo a argüição e declarando a inconstitucionalidade da expressão indicada no voto de Sua Excelência.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Al nos

Número Registro: 2005/0055112-1
EREsp 644736/PE

Números Origem: 200083000111030
200400270793 78420

Pauta: 06/06/2007
Julgado: 06/06/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BARROS MONTEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA MARIA ETELVINA N. LUSTOSA PIERRE

Secretária

Bela. Vânia Maria Soares Rocha

ASSUNTO: Tributário - Contribuição - Social - PIS

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

EMBARGANTE: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: IANA NARA SÁ MACIEL CAVALCANTE E OUTRO(S)
EMBARGADO: CAXANGÁ VEÍCULOS LTDA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente, pela Fazenda Nacional, o Dr. Cláudio Xavier Seefeldter Filho.

CERTIDÃO

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

A Corte Especial, por unanimidade, acolheu a argüição de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Castro Filho, Laurita Vaz e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Luiz Fux e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Gilson Dipp.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi foi substituída pelo Sr. Ministro Castro Filho.
Brasília, 06 de junho de 2007

Vânia Maria Soares Rocha
Secretária
(Ementa publicada no DJU de
27.08.2007, p. 170).

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DA
BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA CO-
FINS DO VALOR RELATIVO AOS CRÉ-
DITOS DO ICMS TRANSFERIDOS A
TERCEIROS.

APELAÇÃO CÍVEL N°
2006.71.08.009917-3/RS
RELATORA: Juíza Federal Cláudia Cris-
tina Cristofani
APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZEN-
DA NACIONAL)
ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes
APELADO: DOUX FRANGOSUL S/A -
AGRO AVÍCOLA INDL/
ADVOGADO: João Joaquim Martinelli
REMETENTE: JUÍZO SUBSTITUTO DA
01A VF DE N0VO HAMBURGO

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DA
BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA CO-
FINS DO VALOR RELATIVO AOS CRÉ-
DITOS DO ICMS TRANSFERIDOS A
TERCEIROS.

1. O crédito de ICMS em decorrência de produtos exportados não é considerado para o efeito de base de cálculo do PIS e da COFINS.
2. O desdobramento ou destino econômico do crédito de ICMS decorrente da exportação, seja com a finalidade de pagar fornecedores, seja para compensação de tributos não revela alteração patrimonial da empresa exportadora, não devendo ser considerado para a incidência das contribuições ao PIS e COFINS.
3. A incorporação do crédito de ICMS recolhido em operações anteriores à base de cálculo dos tributos federais acarreta um desfalque em seu valor numérico, na medida em que uma parcela das importâncias ressarcidas será ameaçada aos cofres da União Federal
4. Apelação e remessa oficial improvi-
das.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 12 de setembro de 2007.
Juíza Federal Cláudia Cristina Cristofani
Relatora

APELAÇÃO CÍVEL N°
2006.71.08.009917-3/RS
RELATORA: Juíza Federal Cláudia Cris-
tina Cristofani
APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZEN-
DA NACIONAL)
ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes
APELADO: DOUX FRANGOSUL S/A -
AGRO AVÍCOLA INDL/
ADVOGADO: João Joaquim Martinelli
REMETENTE: JUÍZO SUBSTITUTO DA
01A VF DE N0VO HAMBURGO

RELATÓRIO

DOUX FRANGOSUL SA AGRO AVÍCOLA INDUSTRIAL ajuizou ação ordinária objetivando declaração de nulidade parcial dos despachos decisórios proferidos em pedidos de ressarcimento de PIS e COFINS, diante da ilegalidade da incidência do PIS/COFINS sobre a transferência de ICMS a fornecedores/terceiros, e, ato contínuo, determinar o ressarcimento das quantias glosadas. Regularmente processado o feito, sobreveio sentença que julgou procedente a ação, para declarar a inexigibilidade das contribuições ao PIS e à COFINS incidentes sobre as transferências de ICMS a terceiros.

A União sustenta que o crédito de ICMS originalmente adquirido na operação de compra e venda é vendido de forma conjunta com a mercadoria que lhe deu origem, compondo a receita obtida, sendo portanto base de cálculo para a

incidência das contribuições sociais. Aduziu que as contribuições são federais, e portanto não são abrangidas pela regra de imunidade do art. 155, §2º X, 'a' da Constituição.

É o relatório.

Peço inclusão em pauta.

Juíza Federal Cláudia Cristina Cristofani
Relatora

APELAÇÃO CÍVEL Nº
2006.71.08.009917-3/RS
RELATORA: Juíza Federal Cláudia Cristina Cristofani
APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes
APELADO: D0UX FRANGOSUL S/A - AGRO AVÍCOLA INDL/
ADVOGADO: João Joaquim Martinelli
REMETENTE: JUÍZO SUBSTITUTO DA
01A VF DE NOVO HAMBURGO

VOTO

A demandante faz jus a crédito de ICMS recolhido em operações anteriores, realizada com outros contribuintes do mesmo Estado, nos termos da legislação e transferiu tais créditos, segundo a permissão legal prevista no art. 25, § 2º, inc. II, da LC n. 87/96, que assim dispõe:

"Art. 25. Para efeito de aplicação do art. 24, os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento do sujeito passivo. Para este mesmo efeito, a lei estadual poderá determinar que se leve em conta o conjunto dos débitos e créditos de todos os estabelecimentos do sujeito passivo no Estado.

(...)

§2º Lei estadual poderá, nos demais casos de saldos credores acumulados a partir da vigência desta Lei Complementar, permitir que:

II - sejam transferidos, nas condições que definir, a outros contribuintes do mesmo Estado".

Outrossim, a recorrente submete-se à tributação do PIS e da COFINS nos moldes da sistemática da não-cumulatividade estipulada pelas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, que institui, como base de cálculo das contribuições, a totalidade das receitas auferidas pelo contribuinte, independentemente da sua denominação contábil.

À questão cinge-se a definir se é legítima a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores provenientes do creditamento do ICMS, recolhidos nas operações anteriores, que tenham sido transferidos a outros contribuintes do mesmo Estado, segundo a permissão legal do art. 25, §2º, inc. II, da LC n. 87/96.

Consigno, desde logo, a inaplicabilidade da Súmula 68 do STJ ("A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS") ao caso em exame, que não refere à parcela relativa ao ICMS, mas ao crédito de ICMS, os quais, obviamente, são conceitos e entidades distintos.

A legislação complementar que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias regulamentou a eficácia material da imunidade contida no art. 155, § 2º, X, da Constituição Federal, que previu a não-incidência do ICMS sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, assegurando a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações anteriores.

O benefício previsto tanto na Constituição Federal de 1988, quanto em legislação complementar tem por objetivo desonerar o setor exportador a fim de permitir maior competitividade internacional, trazendo importante reflexo no âmbito da balança comercial.

O artigo 6º da Lei 10.833/03 e o artigo 5º da Lei 10.637/02 não restringiram a não incidência do PIS e da COFINS ao resultado dos produtos exportados, ao con-

trário, indicaram que a não-incidência das aludidas contribuições decorre das receitas decorrentes das operações de exportações. Por operação deve-se entender não simplesmente o produto da venda ao exterior, mas todo conjunto e resultado proveniente do complexo mecanismo de exportação, inclusive os eventuais créditos de ICMS incidentes nas operações anteriores.

Consequentemente, tanto a legislação concernente à COFINS quanto à do PIS preconizam a não-incidência dessas contribuições sobre as receitas decorrentes das operações de exportações de mercadorias para o exterior.

A receita proveniente do crédito de ICMS decorrente da operação de exportação deve ser considerado receita proveniente de operação de exportações de mercadorias para o exterior e, em razão disso, imune ao campo de incidência do PIS e da COFINS, seja por determinação constitucional, seja por previsão legal.

Reforçando esse entendimento, o art. 155, inciso II e § 2º, inciso X, alínea "a" da CF/88, refere:

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

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

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

X - não-incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores; (grifei)".

Da mesma forma, o resultado proveniente da transferência do crédito de ICMS provenientes de produtos expor-

tados também pode ser enquadrado como receita decorrente de operações de exportações de mercadorias para o exterior, razão pela qual estaria excluído, igualmente, da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Como o crédito de ICMS decorrente da exportação não é considerado para o efeito de base de cálculo do PIS e da COFINS, também não pode servir de base de cálculo o desdobramento ou destino econômico desse crédito, seja sua finalidade o pagamento de fornecedores ou a compensação de tributos. Verifica-se em qualquer caso, que não há alteração patrimonial da empresa exportadora, pelo que não deve ser englobado na base de cálculo à incidência tributária dessas contribuições.

Além disso, a incorporação do crédito de ICMS à base de cálculo dos tributos federais acarreta um desfalque em seu valor numérico, na medida em que uma parcela das importâncias ressarcidas será amealhada aos cofres da União Federal.

Este Tribunal já se pronunciou sobre situações análogas, nos termos do aresto abaixo transcrito:

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E COFINS - BASE DE CÁLCULO - CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS DECORRENTE DAS AQUISIÇÕES DE AÇO. 1 - Os valores relativos aos créditos presumidos do ICMS decorrentes das aquisições de aço em outros Estados da Federação representam o ressarcimento dos custos que a empresa tem para obter a matéria-prima necessária à consecução de sua produção. Daí porque esses custos não são repassados aos preços dos produtos e, por decorrência, ao consumidor. A empresa é favorecida pelo benefício fiscal concedido pelo Estado Federado, não não auferir receita. 2 - Não se tratando de uma receita auferida pela pessoa jurídica, sobre ela não pode haver incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. 3 - Agravo de instrumento a que se dá provimento

para conceder a medida liminar. (D.J.U. 26/10/2005, AG n° 2005.04.01.028441 -0/RS, Rei. Des. Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira)

TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. INDUSTRIAL-EXPORTADOR. RESSARCIMENTO DE PIS E COFINS EMBUTIDOS NO PREÇO DOS INSUMOS. INCLUSÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO NA BASE DE CÁLCULO DE PIS E COFINS. IMPOSSIBILIDADE. LEIS N° 9.363/96 E 9.718/98.

1. O incentivo às exportações criado pela Lei n° 9.363/96 visa ressarcir as contribuições de PIS e COFINS embutidas no preço das matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem adquiridos pelo fabricante para a industrialização de produtos exportados, mediante um benefício fiscal consubstanciado no crédito presumido de IPI, para ser lançado na escrita fiscal contra o próprio IPI.

2. A perspectiva adotada pelo criador da norma não pode ser distorcida de modo a colocar na base de cálculo do PIS e da COFINS importâncias que derivam, em última análise, da dispensa do pagamento dessas contribuições. Isso implicaria dinfnuir o benefício fiscal, fazendo com que a desoneração pretendida ocorra de forma parcial.

3. O crédito presumido instituído pela Lei n° 9.363/96 não constitui receita nova, mas um valor retificador de custo, porquanto a causa de existência do crédito são os insumos empregados no processo produtivo, em cujo preço foram adicionados os valores do PIS e COFINS, de forma cumulativa, os quais devem ser ressarcidos ao industrial-exportador.

4. Ainda que se entenda que o crédito presumido é receita, mostra-se um despropósito cobrar PIS e COFINS sobre valores que originam grandezas econômicas a salvo dessas contribuições - as receitas de exportação são isentas de PIS e COFINS.

(D.J.U. 5/10/2005, REMESSA "EX OFFICIO" EM MS N° 2003.72.01.002996-1/SC, Rei. Des. Federal WELLINGTON M DE ALMEIDA)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS. COFINS. LEI N° 10.833/2003. LEI N° 10.637/02. EXPORTAÇÃO. NÃO-INCI-DÊNCIA.

1. O PIS e a COFINS não incidem sobre as receitas decorrentes das operações de exportações de mercadorias para o exterior, como preconiza a legislação concernente a esses impostos. 2. Por "operação" deve-se entender não simplesmente o produto de venda ao exterior, mas todo conjunto e resultado proveniente do complexo mecanismo de exportação, inclusive os eventuais créditos de ICMS incidentes nas operações anteriores. 3. Agravo de instrumento provido. Agravo regimental prejudicado.

(DJU 08.3.2006, AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 2005.04.01.050865-8/RS, Des. Federal ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. CRÉDITO DE ICMS. IMUNIDADE. BIS IN IDEM.

1. O posicionamento adotado pelo Fisco ofende a regra constitucional de imunidade, uma vez que o próprio benefício fiscal estaria compoado a base de cálculo das contribuições sob enfoque, o que retiraria da imunidade seu pleno alcance. 2. O ICMS de que trata a Fazenda já serviu de base de cálculo para apuração do PIS e COFINS a ser recolhido pelo fornecedor de insumos; portanto, pretender considerá-lo novamente é medida repudiada pelo sistema tributário. 3. In casu, a impetrante já se encontra sob procedimento fiscalizatório da Receita Federal, o que revela a iminência da lavratura de auto de infração, cominação de multa e outros consectários legais, e até possível inscrição no CADIN. 4. Pressupostos para concessão de medida liminar presentes. (DJU 06.7.2005, AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 2005.04.01.008371-4/RS, RELATOR Des. Federal DIRCEU DE ALMEIDA SOARES)

Do exposto voto no sentido de negar provimento à apelação e à remessa oficial.

Juíza Federal Cláudia Cristina Cristofani
Relatora
(Ementa publicada no DE de 26.9.2007).

DESPACHOS

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
PRAZO DECADENCIAL. ART. 45, I, LEI
N. 8.212/91. INCONSTITUCIONALIDADE
RECONHECIDA.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO
504.250-2

PROCED.: CEARÁ

RELATOR :MIN. CARLOS BRITTO

RECTE.(S): INSTITUTO NACIONAL DO
SEGURO SOCIAL - INSS

ADV.(AS): PROCURADORIA-GERAL FE-
DERAL

RECDO.(AS) : BANFORT - BANCO FOR-
TAL F7A Ç/A

ADV. (AS): JOSÉ PERDIZ DE JESUS

DECISÃO: Vistos, etc.

Trata-se de recurso extraordinário, com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão de cujo voto condutor extraio a seguinte passagem (fls. 78):

"(...)

O Art. 45, I da Lei nº 8.212/91 afirma que o crédito da Seguridade Social será extinto após 10 (dez) anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, caso não seja apurado e constituído pelo fisco, todavia, a matéria decadencial aí tratada não poderia ser discorrida por tal lei, sob pena de inconstitucionalidade, em virtude da disposição constitucional do art. 146, III, b, acima analisado.

[...]" (sem destaques no original).

2. Pois bem, a parte recorrente sustenta, em síntese, que as contribuições para custeio da seguridade social têm fundamento no art. 195 da Constituição Federal e que os prazos de decadência e

prescrição não são disciplinados por lei complementar. Pelo que não há falar em afronta à letra "b" do inciso III do art. 146 da Constituição Federal.

3. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Francisco Adalberto Nóbrega, opinou pelo não conhecimento do apelo extremo.

4. Tenho que o recurso não merece acolhida. É que o aresto impugnado afina com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Colho, a propósito, o seguinte trecho do voto do Ministro Carlos Velloso no RE 138.284 (recurso decidido à unanimidade pelo Plenário desta colenda Corte):

"[...]

Todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao C.T.N. (art. 146, III, ex vi do disposto no art. 149). Isto não quer dizer que a instituição dessas contribuições exige lei complementar: porque não são impostos, não há a exigência, no sentido de que os seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes estejam definidos na lei complementar (art. 146, III, a). A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios da lei complementar de normas gerais (art. 146, III, "b"). Quer dizer, os prazos de decadência e prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (C.F., art. 146, III, b; art. 149) [...]".

5. Outros precedentes no mesmo sentido: REs 396.266, Relator o Ministro Carlos Velloso; 537.657, Relator o Ministro Marco Aurélio; 456.750, 534.856 e 544.361, Relator o Ministro Eros Grau. Isso posto, e tendo em conta as disposições do *caput* do art. 557 do CPC e do § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Brasília, 29 de agosto de 2007.

Ministro CARLOS AYRES BRITTO
Relator

(Despacho publicado no DJU de 14.9.2007, p. 155/156).

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO.

PROC.: 2007.03.00.081175-4 AG 305611

ORIG.: 200761000041990 24 Vr SAO PAULO/SP

AGRTE: IND/ E COM/ DE ESPUMAS E COLCHOES CUIABA LTDA e outros

ADV: LUIS CARLOS SZYMONOWICZ

AGRDO: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: VALDIR SERAFIM E JULIO CÉSAR CASARI

ORIGEM: JUIZO FEDERAL DA 24 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

RELATOR: DES.FED. CECÍLIA MARCONDES / TERCEIRA TURMA

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em mandado de segurança impetrado com o fim de excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição da COFINS, indeferiu o pedido liminar.

A agravante alega, em síntese, que o ICMS destacado nas notas fiscais não é receita do contribuinte, mas mera entrada em seu caixa, a que logo corresponderá uma saída para pagamento do respectivo tributo. Aduz, portanto, que tal valor não pode compor a base de cálculo da contribuição à COFINS. Requer a antecipação da tutela recursal para obstar a exigência do recolhimento da COFINS com o ICMS incluso em sua base de cálculo.

É o necessário.

Decido.

Conquanto a matéria de fundo do pedido encontre-se pacificada pelas Súmulas n. 94 e n. 68 do E. STJ, quanto à legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, existe entendimento em formação no E. STF, no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário n. 240.785/MG, no sen-

tido da inexigibilidade da COFINS sobre a parcela correspondente ao ICMS.

Verifico, portanto, que há possibilidade de renovação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da questão, que poderá passar a adotar entendimento favorável ao contribuinte, razão pela qual DEFIRO a antecipação da tutela recursal para obstar a exigência da inclusão do valor referente ao ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Oficie-se ao MM. Juízo a quo.

Cumpra-se o disposto no artigo 527, V, do Código de Processo Civil.

Abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Após, retornem conclusos os autos para inclusão em pauta.

Intimem-se.

São Paulo, 04 de setembro de 2007.

CECÍLIA MARCONDES

DESEMBARGADORA FEDERAL RELATORA

(Despacho publicado no DJU II de 14.09.2007, p. 451).

SOCIEDADES UNIPROFISSIONAIS. ISENÇÃO DE COFINS. REVOGAÇÃO DO ART. 6º, II, DA LC 70/91 PELO ART. 56 DA LEI N. 9.430/96. POSSIBILIDADE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 640.868-1

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S): BASTOS E MONTEIRO ADVO-CACIA

ADV.(AS): LUCIANA MONTEIRO PORTUGAL GOMES E OUTRO(A/S)

AGDO.(AS) : UNIÃO

ADV.(AS): PFN - EMILIE MARGRET H. NETTO E OUTRO(A/S)

DECISÃO: Trata-se de agravo contra decisão que negou processamento a recurso extraordinário fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão que considerou constitucional a revogação, pelo art. 56 da Lei n° 9.430, de 1996, da isenção tributária concedida pelo art. 6o, II, da Lei Complementar no 70, de 1991.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 377.457 e do RE 381.964, ambos por mim relatados, sessão de 14.3.2007, decidiu pela inexistência de hierarquia constitucional entre lei complementar e lei ordinária, espécies normativas materialmente distintas. Na oportunidade, o tribunal asse-ntou que a Lei Complementar no 70, de 1991, por ser materialmente ordinária, não precisaria ser alterada por lei complementar.

Ressalte-se que o pedido de vista formulado por Marco Aurélio refere-se tão somente à questão de ordem processual.

Assim, nego seguimento ao agravo (art. 557, *caput*, do CPC).

Publique-se.

Brasília, 2 de agosto de 2007.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

(Decisão publicada no DJE de 18.

9.2007, p. 85).

CONCESSÃO DE ISENÇÃO DE TRIBUTO ESTADUAL POR TRATADO INTERNACIONAL. CONSTITUCIONALIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO
290.373-6

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA

RECTE.: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.: PGE-RJ - ALDE DA COSTA SANTOS JÚNIOR

RECDA.: PAULO DOS SANTOS Et CIA LTDA

ADVD0S.: JOSÉ OSWALDO CORRÊA E OUTRO

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão, prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, que considerou serem extensíveis ao produto similar importado de país signatário do *General Agreement on Trade and Tariffs* - Gatt aos benefícios concedidos ao produto nacional (Súmula 71/STJ).

Sustenta-se violação dos arts. 151, III, 150, § 6º e 155, § 2º, XII, g, da Constituição.

Por ocasião do julgamento do RE 229.096 (rei. orig. min. limar Galvão, rei. p/ acórdão min. Cármen Lúcia, Pleno, j. 16.08.2007), a Corte deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que entendera não-recepcionada pela Constituição federal de 1988 a isenção de ICMS relativa à mercadoria importada de país signatário do Gatt, quando isento o similar nacional. Entendeu a Corte que a limitação prevista no art. 151, III, da Constituição (isenção heterônoma) não se aplica às hipóteses em que a União atua como sujeito de direito na ordem internacional (cf. Informativo STF 476/2007).

Registro, ainda, o teor da Súmula 575 deste Tribunal:

"À MERCADORIA IMPORTADA DE PAÍS SIGNATÁRIO DO GATT, OU MEMBRO DA ALALC, ESTENDE-SE A ISENÇÃO DO IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS CONCEDIDA A SIMILAR NACIONAL."

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

Do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

Publique-se.

Brasília, 30 de agosto de 2007.

Ministro JOAQUIM BARBOSA

Relator

(Decisão publicada no DJe de 18.9.2007, p. 128).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. ARTS. 45 E 46 DA LEI 8212/91. INCONSTITUCIONALIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO
549.597-3

PROCED.: PARANÁ

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

RECTE.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - CINTIA TOCCHETTO KASPARY

RECD0.(A/S): CONFECÇÕES ALINE LTDA

DECISÃO: A controvérsia constitucional suscitada na presente causa consiste em saber se os prazos de decadência e de prescrição concernentes às contribui-

ções previdenciárias devem, ou não, ser veiculados em sede de lei complementar, ou, então, se é possível defini-los mediante simples lei ordinária.

O Tribunal ora recorrido, por entender que as contribuições previdenciárias qualificam-se como espécies tributárias, proclamou a inconstitucionalidade dos arts. 45 (decadência) e 46 (prescrição), ambos da Lei nº 8.212/91, que estabeleceram o prazo comum de 10 (dez) anos tanto para a constituição quanto para a cobrança do crédito pertinente à seguridade social.

As normas legais em questão possuem o seguinte conteúdo normativo:

“Art. 45. O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados (...)

.....
Art. 46. O direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos.” (grifei)

Sendo esse o contexto, passo a apreciar a postulação recursal ora deduzida nesta causa. É, ao fazê-lo, tenho para mim que se revela incensurável o acórdão ora recorrido, eis que a natureza eminentemente tributária das contribuições de seguridade social - tal como esta Suprema Corte tem reconhecido (RTJ 143/313-314, Rei. Min. CARLOS VELLOSO - RTJ 156/666-667, Rei. Min. MARCO AURÉLIO - RTJ 181/73-79, Rei. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - impõe que as normas referentes à decadência e à prescrição submetam-se ao domínio normativo da lei complementar, considerado o que dispõe, a esse respeito, o art. 146, III, “b”, da Constituição da República.

Essa orientação jurisprudencial, que confere qualificação tributária a essa modalidade de contribuição social, tem suporte em autorizado magistério doutrinário (ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “Curso de Direito Constitucional Tributário”, p. 360, 11ª ed., 1998, Malheiros; HUGO DE BRITO MACHADO, “Curso de Direito Tributário”, p. 315, 14ª ed., 1998, Malheiros; SACHA CALMON NAVARRO

COELHO, “Curso de Direito Tributário Brasileiro”, p. 404/405, item n. 3.5, 1999, Forense; LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, “Curso de Direito Constitucional”, p. 314, item n. 5, 1998, Saraiva; RICARDO LOBO TORRES, “Curso de Direito Financeiro e Tributário”, p. 338, 1995, Renovar, v.g.).

Impõe-se reconhecer, desse modo, que se registra, na matéria ora em exame, uma clara hipótese de *reserva constitucional de lei complementar*, a impedir, portanto, que o Estado utilize diploma legislativo de caráter meramente ordinário como instrumento de veiculação formal das normas definidoras dos prazos decadencial e prescricional referentes aos créditos da Seguridade Social.

Cabe rememorar, neste ponto, por oportuno, considerada a natureza do presente litígio, que a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, ao versar o tema pertinente à tipicidade das leis, tem sempre acentuado, a esse propósito, que não se presume a necessidade de lei complementar, cuja edição - destinada a disciplinar determinadas matérias - somente se justifica naquelas hipóteses, estritas e excepcionais, previstas no texto da própria Constituição da República.

Vê-se, portanto, que a necessidade de lei complementar, para a válida disciplinação normativa de certas matérias (como a de que ora se cuida), deriva de previsão constitucional expressa, como sucede no caso (CF, art. 146, III, “b”), de tal maneira que se configurará situação de inconstitucionalidade formal, se - inobservada a cláusula de reserva de lei complementar - o tema a ela sujeito vier a ser tratado em sede de legislação simplesmente ordinária.

Daí a advertência, que cumpre sempre ter presente, formulada por GERALDO ATALIBA (“Interpretação no Direito Tributário”, p. 131, 1975, EDUC/Saraiva): “[...] só cabe lei complementar, quando expressamente requerida por texto constitucional explícito. O Congresso Nacional não faz lei complementar à sua vontade, ao seu talento. No sistema

brasileiro, só há lei complementar exigida expressamente pelo texto constitucional." (grifei)

Esse entendimento, por sua vez, inteiramente aplicável ao caso, é corroborado pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal:

"Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada, a sua edição, por norma constitucional explícita."

(RTJ 176/540, Rei. Min. CELSO DE MELLO)

"Não se presume a necessidade de edição de lei complementar, pois esta é somente exigível nos casos expressamente previstos na Constituição.

Doutrina. Precedentes."

(RTJ 181/73-79, Rei. Min. CELSO DE MELLO)

"É doutrina pacífica, em face do direito constitucional federal, que só se exige lei complementar para aquelas matérias para as quais a Carta Magna Federal, expressamente, exige essa espécie de lei [...]"

(RTJ 113/392-401, Rei. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

Cumprido ressaltar, por relevante, que a orientação que venho de expor a propósito do reconhecimento da inconstitucionalidade formal dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, por desrespeito à reserva constitucional de lei complementar (CF, art. 146, III, "b"), tem sido observada, por Juízes desta Suprema Corte, em sucessivas decisões proferidas na resolução de controvérsia idêntica à suscitada nesta sede recursal (RE 456.750/SC, Rei. Min. EROS GRAU - RE 534.856/PR, Rei. Min. EROS GRAU - RE 540.704/RS, Rei. Min. MARCO AURÉLIO - RE 548.785/RS, Rei. Min. EROS GRAU - RE 552.710/SC, Rei. Min. MARCO AURÉLIO - RE 552.757/RS, Rei. Min. CARLOS BRITTO - RE 552.824/PR, Rei. Min. EROS GRAU - RE 559.991/SC, Rei. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

O exame dos presentes autos evidencia que o acórdão ora recorrido ajusta-se ao entendimento prevalecente nesta Suprema Corte, o que torna inacolhível a pretensão recursal ora manifestada.

Sendo assim, e em face das razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para negar-lhe provimento.

Publique-se.

Brasília, 31 de agosto de 2007.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

(Decisão publicada no *DJE* de 18.09.2007, p. 183/184).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DE PRESCRIÇÃO. ART. 46 DA LEI 8212/91. INCONSTITUCIONALIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 502.648-5

PROCED.: SANTA CATARINA

RELATOR:MIN. JOAQUIM BARBOSA

RECTE.(S): UNIÃO

ADV. (AS): PFN - CÍNTIA LACROIX FARINA

RECDO.(AS): SULCA S.A. - INDÚSTRIA SULBRASILEIRA DE CALÇADOS

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, b, da Constituição) interposto de acórdão com o qual o Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou inconstitucional o art. 46 da Lei 8.212/1991. A norma incidentalmente declarada inconstitucional prescreve que o prazo para cobrança de créditos tributários relativos às contribuições destinadas ao custeio da seguridade social é de dez anos.

Sustenta-se que a ampliação do prazo prescricional por lei ordinária não viola a reserva de lei complementar de normas gerais em matéria tributária (art. 146, III, b, da Constituição).

Por ocasião do julgamento do RE 138.284 (rei. min. Carlos Velloso, Pleno, *DJ* de 28.08.1992), assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

"[...] A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios da lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b'). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais

(CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (C.F., art. 146, III, b; art. 149).”

Em sentido semelhante, registro o seguinte trecho do voto do Ministro Iomar Galvão, por ocasião do julgamento da ADI 2.405-MC (rei. min. Iomar Galvão, DJ de 17.02.2006):

“Com efeito, a Constituição de 67 não reservou à lei complementar a enumeração dos meios de extinção e de suspensão dos créditos tributários. Por igual, a de 88, salvo no que concerne à prescrição e a decadência tributários.” (Grifei)

Confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes, v.g.: RE 534.856 (rei. min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ de 22.03.2007), RE 556.577 (rei. min. Carlos Britto, decisão monocrática, DJ de 30.08.2007); RE 537.657 (rei. min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ de 01.08.2007).

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

Do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil).

Publique-se.

Brasília, 03 de setembro de 2007.

Ministro JOAQUIM BARBOSA

Relator

(Decisão publicada no DJU de 10.10.2007, p. 74).

CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. MANUTENÇÃO APÓS 5 DE OUTUBRO DE 1990. RECONHECIMENTO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO
565.249-1

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL
RELATORA: MIN. CÂRMEN LÚCIA
RECTE(S): CROWN CORK TAMPAS PLÁSTICAS S/A

ADV. (AS): VALÉRIA GUTJAHR E OUTRO(A/S)

RECD. (AS): UNIÃO

ADV. (AS): PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

TRIBUTÁRIO. INCENTIVOS FISCAIS À EXPORTAÇÃO. DIREITO AO CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Relatório

1. Crown Cork Tampas Plásticas S/A interpõe recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa é a seguinte:

“TRIBUTÁRIO. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. DECRETO-LEI 491/69. EXTINÇÃO EM 1990. INOCORRÊNCIA DE RESTA-BELECIMENTO PELA LEI Nº 8.402/92.

1. O Decreto-Lei nº 1.894/81 restaurou, sem prazo definido, o benefício do Decreto-Lei nº 491/69. Ainda que o Decreto-Lei 1.658/79 tenha determinado (inclusive com a alteração promovida pelo DL 1.722/79) a extinção do benefício em 30 de junho de 1983, não se pode perder de vista que antes do encerramento do prazo foi editado o Decreto-Lei 1.894/81, que disciplinou novamente a matéria.

A nova disciplina, por incompatível com o prazo fatal previsto na legislação anterior, implicou restabelecimento da benesse sem prazo definido. A propósito, tendo a lei nova disciplinado por completo a questão ligada à extinção do benefício, e tendo sido ela reputada inconstitucional pelo STF (RE 186623. Relator: Min. CARLOS VELLOSO), o Decreto-Lei 1.894/81, expungido dos dispositivos considerados afrontosos à Constituição, teve somente o efeito de manter o incentivo.

2. O artigo 41 do ADCT determinou a reavaliação de todos os incentivos fiscais de natureza setorial então em vigor, estabelecendo que considerar-se-iam revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não fossem confirmados por lei. Como não foi reavaliado dentro do prazo fixado pelo art. 41 do ADCT, da CF de 1988, o crédito-prêmio previsto no artigo 1º do Decreto-Lei 491/69 restou extinto no mês de outubro de 1990, já que se tratava de benefício se-

torial, pois dirigido ao setor secundário (exportação de produtos industrializados).

3 A Lei n° 8.402 de 08.01.92, não teve o efeito de revigorar o benefício. Referido diploma apenas assegurou a continuidade do incentivo fiscal previsto no artigo 5° do Decreto-Lei n° 491/69 (Art. 5°. É assegurada a manutenção e utilização do crédito do IPI relativo às matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem efetivamente utilizados na industrialização dos produtos exportados). Não pode o judiciário restabelecer um incentivo fiscal que o legislador objetivamente não revigorou (art. 1° do DL 491/69), mediante interpretação extensiva do referido diploma legal.

4. Apelação e remessa oficial providas" (fl. 184).

2. A Recorrente alega que o acórdão recorrido teria contrariado o art. 41, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Assevera que o tribunal *a quo* "deixou de considerar... que não se pode pretender qualificar o crédito-prêmio como um *benefício fiscal de natureza setorial*, já que neste conceito somente se enquadram aqueles incentivos 'destinados a provocar a expansão econômica de determinada região ou setores de atividade', nas exatas palavras do Ministro Maurício Corrêa que ao relatar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 223.427-4, assim afirmou." (fl. 270, grifos no original).

Argumenta, ainda, que "diante do não enquadramento do crédito-prêmio do IPI na hipótese constitucional estatuída no art. 41 do ADCT, não há como se pretender a sua aplicação, o que leva à conclusão de que tendo sido este restaurado, no dizer de uns, ou mantido, no dizer de outros, pelo Decreto-Lei n° 1.894/81, o qual não definiu prazo para a sua extinção, mantém-se o mesmo intacto até o presente momento." (fl. 276).

Requer o reconhecimento do direito à utilização do crédito-prêmio de IPI, cor-

rigido monetariamente, para compensação com outros tributos.

Analizados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

3. Razão jurídica assiste, em parte, à Recorrente.

4. O entendimento quanto ao crédito-prêmio de IPI na exportação, julgado válido pelo Tribunal *a quo*, divergiu da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Confira-se, a propósito, o julgamento do Recurso Extraordinário 187.791, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 18.6.2002:

"De fato, o Plenário desta Corte teve oportunidade de apreciar a questão, oriunda de idênticos decisórios formalizados, em cisão funcional, pelo Tribunal de origem, a partir da declaração de inconstitucionalidade expressa na AC n.º 90.04.11176-0, negando provimento aos apelos interpostos pela União, e, por sua vez, 'declarando, no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 1.724, de 07 de dezembro de 1979, a inconstitucionalidade da expressão "ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir"; e, no inciso I do art. 3.º do Decreto-Lei de 1.894, de 16 de dezembro de 1981, a inconstitucionalidade das expressões 'reduzi-los' e 'suspendê-los ou extingui-los'.

Confirmam-se, a propósito, os REs 180.828, 186.359 e 186.623, este último da relatoria do Ministro Carlos Velloso, assim ementado:

'CONSTITUCIONAL. [...] TRIBUTÁRIO. INCENTIVOS FISCAIS: CRÉDITO-PRÊMIO: SUSPENSÃO MEDIANTE PORTARIA. DELEGAÇÃO INCONSTITUCIONAL. D.L. 491, de 1969, arts 1.º e 5.º; D.L. 1.724, de 1979, art. 1.º; D.L. 1.894, de 1981, art. 3.º, inc. I, C.F./1967.

I - É inconstitucional o artigo 1.º do DL 1.724, de 07.12.79, bem assim o inc. 1 do art. 3.º do D.L. 1.894, de 16.12.81, que autorizaram o Ministro de Estado da Fazenda a aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou restringir os estímulos fiscais concedidos pelos artigos 1.º e 5.º do D.L. n.º 491, de 05.03.69. Caso em que tem-se delegação proibida: CF/67, art. 6.º. Ademais, matérias reservadas à lei não podem ser revogadas por ato normativo secundário.

II - R.E. conhecido, porém não provido (letra b)."

5. Os pedidos de correção monetária e do aproveitamento dos créditos para compensação têm solução pela legislação infraconstitucional e, portanto, não são passíveis de exame em recurso extraordinário.

Haverá de ser liquidado o crédito que se venha a comprovar na oportunidade processual própria e pelos meios adequados, em execução de sentença.

6. No que concerne à natureza infraconstitucional da correção monetária, vejam-se os seguintes julgados: RE 351.754-AgR, Rei. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5.8.2005; e AI 245.987-AgR, Rei. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ 7.2.2003.

7. Relativamente à disciplina do aproveitamento dos créditos, que também tem natureza infraconstitucional, confirmam-se os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 478.978, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ 24.11.2006; e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 327.677, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 26.5.2006, esse último com o seguinte teor:

"EMENTA: Embargos de declaração. Agravo regimental. 2) COFINS. Lei nº 9.718/98. Declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º. Compensação tributária. 3) Independentemente de constar no pedido inicial da ação, não cabe ao STF apreciar matéria sem natureza constitucional e ausente do recurso extraordinário. 4) A declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal que implicou na instituição ou na majoração de tributo importa em direito creditório frente à respectiva Fazenda Pública, desde que seja ele demonstrável mediante a respectiva documentação fiscal e sob ampla possibilidade de fiscalização pelas autoridades fazendárias competentes. 5) Compensação tributária. Inexistência de controvérsia jurídica a priori. A restituição do indébito tributário, independentemente da opção da parte quanto à forma de restituição dos valores (pagamento em pe-

cúnia ou compensação), tem disciplina legal própria e estrita, inclusive no que diz com os encargos aplicáveis e com o prazo que pode abranger anteriormente ao ajuizamento da ação. Eventual controvérsia surgida no cumprimento da decisão deverá ser dirimida pelo juízo da execução ou pelos mecanismos próprios da administração tributária. Precedentes. Embargos de declaração que se conhece como agravo regimental, para negar-lhe provimento."

9. Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para reformar o acórdão recorrido na parte que negou ao Recorrente o crédito-prêmio de IPI (art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Considerando-se a Súmula 512 deste Supremo Tribunal Federal, deixo de condenar ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência. Publique-se.

Brasília, 9 de outubro de 2007.

Ministra CÂRMEN LÚCIA

(Decisão publicada no DJU de 30.10.2007, p. 123/124).

PIS E COFINS. VALORES FATURADOS E NÃO-RECEBIDOS. INADIMPLÊNCIA. NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DAS REFERIDAS CONTRIBUIÇÕES. AGRAVO DE INSTRUMENTO N.

2007.01.00.044956-5/DF

RELATOR(A): DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO AGRAVANTE: AMERICEL S/A ADVOGADO: JOAO AGRIPINO MAIA E OUTROS(AS)

AGRAVADO: FAZENDA NACIONAL PROCURADOR: JOSE LUIZ GOMES ROLO

DECISÃO

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de antecipação da tutela recursal, pretende a AMERICEL S/A, ver reformada a decisão proferida pelo Juízo da 15ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos do Mandado de Segurança

2007.34.00.029469-6, indeferiu o pedido de liminar, que objetivava ver excluído da base de cálculo do mês subsequente o valor das contribuições que tiver sido recolhido e que, posteriormente, se verificar a inadimplência.

Inconformada, sustenta a agravante que nos termos das Leis 9.718/98, 10.637/02 e 10.8333/03 o fato gerador do PIS e da COFINS é auferir receitas, portanto, as receitas que não forem efetivamente recebidas, não configuram hipótese de incidência das referidas contribuições.

Alega que nas situações em que não se verifica a receita auferida, pela inexistência de efetivos ingressos no patrimônio da pessoa jurídica, fica patente que falta ao contribuinte a capacidade contributiva de que trata o art. 145 da Constituição Federal.

Ante o exposto, requer o deferimento da antecipação da tutela para, reformando a decisão agravada, determinar a autoridade coatora se abstenha de autuar a agravante em decorrência do não recolhimento do PIS e da COFINS sobre as receitas que não sejam efetivamente auferidas, tão logo se confirme a situação de inadimplência.

Este agravo de instrumento, protocolizado em 02/10/2007, veio-me concluso em 03/10/2007.

À fl. 140, foi determinada a intimação da agravada para apresentação de contraminuta, que foi juntada às fls. 143/150.

Decido.

Diante da existência do *periculum in mora*, recebo o agravo como de instrumento.

Especificamente sobre a controvérsia exposta no presente recurso, manifestei entendimento no âmbito da 8ª Turma, em julgado da minha relatoria, cuja ementa passo a colacionar, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. PIS - COFINS. LEI 10.637/02. LEI 10.833/03. APURAÇÃO. REGIME CONTÁBIL DE COMPETÊNCIA. VENDA DE SERVIÇOS. PRESUNÇÃO DE RECEITA INADIMPLÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. RECEITA AUFERIDA. CONCEITO. NÃO INCLUSÃO DE VALORES NÃO RECEBIDOS.

1. Na interpretação de qualquer norma, deve-se atentar que os preceitos legais estão integrados em sistema de regras e princípios que não podem ser desprezados. Isso porque, a presunção de legalidade, que legitima a atividade administrativa, deve ser considerada à luz das normas positivas, dos princípios gerais do Direito, dos bens e valores juridicamente tutelados e das garantias fundamentais.

2. Os valores escriturados das vendas de serviços conforme regime contábil de competência apurados com base em presunção de receita, nos termos disciplinados na legislação que regulamenta o PIS e COFINS e que não ingressaram nos cofres do contribuinte por inadimplência, não configuram a hipótese legal, uma vez que não há receita auferida.

3. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(AG 2006.01.00.034241 -9/AM, DJ de 13/04/07).

In casu, vislumbro plausibilidade jurídica na tese expendida pela agravante, bem como a presença do perigo da demora, pois entendendo não ser razoável computar-se para fins de incidência da COFINS ou do PIS receitas que efetivamente não ingressaram como faturamento ou receita bruta da empresa, uma vez que não foram adimplidas, não ingressaram nos cofres da empresa, nada acrescentando ao seu patrimônio.

Não se pode conceber que as perdas decorrentes das inadimplências relativas aos serviços prestados pela agravante não sejam causas que justifiquem a não-incidência das contribuições em comento, enquanto não recebidas.

É certo que a Constituição Federal autoriza, no art. 150, § 7º, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 3, de 17/03/1993, o chamado fato gerador presumido. Contudo, o mesmo dispositivo constitucional assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Nos termos do art. 113, § 1º, a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento

de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Defendi, naquela oportunidade, que caso a agravante não saísse vencedora no final da lide, a responsabilidade por quitar as diferenças será efetivamente cobrada pela autoridade fiscal; de outro aspecto, caso vencedora na lide, se permanecer pagando tais contribuições, terá de se submeter às vias tortuosas do *solve et repete*.

Pelo exposto, defiro a antecipação da tutela recursal, determinando que a autoridade impetrada se abstenha de compelir a agravante ao recolhimento das contribuições ao PIS e a COFINS sobre os valores mensalmente e doravante apurados, correspondentes às perdas decorrentes da inadimplência relativa aos serviços prestados pela empresa e, conseqüentemente, permitindo à agravante que recolha as aludidas contribuições sobre as receitas que efetivamente forem auferidas.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo* para que dê cumprimento imediato a esta decisão.

Cumpra-se o disposto no art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

Brasília/DF, 29 de outubro de 2007.

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Relatora

(DJU II de 06.11.2007, p. 156/157).

EMENTAS

EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO MEDIANTE DAÇÃO EM PAGAMENTO. PREVISÃO EM LEI DISTRITAL. INCONSTITUCIONALIDADE.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.917-5

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR :MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.: GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

ADVDOS.: MARCELLO ALENCAR DE

ARAÚJO E OUTROS
REQDA.: CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 26.04.2007.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI).

I - Lei ordinária distrital - pagamento de débitos tributários por meio de dação em pagamento.

II - Hipótese de criação de nova causa de extinção do crédito tributário.

III - Ofensa ao princípio da licitação na aquisição de materiais pela administração pública.

IV - Confirmação do julgamento cautelar em que se declarou a inconstitucionalidade da lei ordinária distrital 1.624/1997.

(Ementa publicada no DJU de 24.08.2007, p. 22).

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. EMPRESA SEM EMPREGADOS. EXIGIBILIDADE. PRECEDENTES.

[AG.REG.NO](#) RECURSO EXTRAORDINÁRIO 317.103-8

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATORA:MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): ABS - EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S/A

ADV.(A/S): LÉO KRAKOWIAK E

OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): ELIANA RACHED TAIAR E OUTROS

AGDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - MÔNICA ROCHA VICTOR DE OLIVEIRA

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Marco Aurélio. 1ª. Turma, 19.06.2007.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. EMPRESA SEM EMPREGADOS. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(Ementa publicada no *DJU* de 24.08.2007, p. 66).

DEPÓSITO JUDICIAL. DECADÊNCIA POR FALTA DE LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 898.992 - PR (2007/0122647-6)

RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA
EMBARGANTE: ASSOCIAÇÃO FRANCISCANA DE ENSINO SENHOR BOM JESUS

ADVOGADO: FLÁVIO ZANETTI DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMBARGADO: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: MARCELO COLETTI
POHLMANN E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL. ART. 151, II, DO CTN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONVERSÃO EM RENDA. DECADÊNCIA.

1. Com o depósito do montante integral tem-se verdadeiro lançamento por homologação. O contribuinte calcula o valor do tributo e substitui o pagamento antecipado pelo depósito, por entender indevida a cobrança. Se a Fazenda aceita como integral o depósito, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito, ajuíscou expressa ou tacitamente com o valor indicado pelo contribuinte, o que equivale à homologação fiscal prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

2. Uma vez ocorrido o lançamento tácito, encontra-se constituído o crédito tributário, razão pela qual não há mais falar no transcurso do prazo decadencial nem na necessidade de lançamento de ofício das importâncias depositadas.

3. "No lançamento por homologação, o contribuinte, ocorrido o fato gerador,

deve calcular e recolher o montante devido, independente de provocação. Se, em vez de efetuar o recolhimento simplesmente, resolve questionar judicialmente a obrigação tributária, efetuando o depósito, este faz as vezes do recolhimento, sujeito, porém, à decisão final transitada em julgado. Não há que se dizer que o decurso do prazo decadencial, durante a demanda, extinga o crédito tributário, implicando a perda superveniente do objeto da demanda e o direito ao levantamento do depósito. Tal conclusão seria equivocada, pois o depósito, que é predestinado legalmente à conversão em caso de improcedência da demanda, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, equipara-se ao pagamento no que diz respeito ao cumprimento das obrigações do contribuinte, sendo que o decurso do tempo sem lançamento de ofício pela autoridade implica lançamento tácito no montante exato do depósito" (Leandro Paulsen, "Direito Tributário", Livraria do Advogado, 7ª ed, p. 1227).

4. 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 Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, José Delgado, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 08 de agosto de 2007(data do julgamento).

(Ementa publicada no *DJU* de 27.8.2007, p. 186/187).

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL E EXECUÇÃO FISCAL. CONEXÃO. NECESSIDADE DE REUNIÃO DOS FEITOS.

RECURSO ESPECIAL Nº 772.291 - RS
(2005/O130698-7)

RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA
RECORRENTE: FERNANDO SIGNORINI
ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO: ÉDISON FREITAS DE SI-
QUEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: CÍNTIA TOCCHETTO
KASPARY E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL.
EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO DESCON-
STITUTIVA DO TÍTULO. CONEXÃO.

1. É firme o entendimento deste Tri-
bunal de reconhecer a conexão entre a
ação desconstitutiva de título e a exe-
cução fiscal, existam ou não embargos
do devedor, o que torna obrigatória a
reunião dos processos para julgamento
simultâneo.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos
em que são partes as acima indicadas,
acordam os Ministros da Segunda Tur-
ma do Superior Tribunal de Justiça, por
unanimidade, dar provimento ao recu-
so nos termos do voto do Sr. Ministro
Relator. Os Srs. Ministros Humberto
Martins, Herman Benjamin, Eliana Cal-
mon e João Otávio de Noronha votaram
com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de agosto de 2007 (data do
julgamento).

(Ementa publicada no DJU de 27.

8.2007, p. 209).

IPI. FABRICANTE DE CIGARROS. SU-
JEIÇÃO A REGIME ESPECIAL QUE EXI-
GE REGULARIDADE FISCAL. RECURSO
EXTRAORDINÁRIO QUE ALEGA A IN-
CONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO
REGIME. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI
IURIS. CONCORRÊNCIA DESLEAL.

MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR
1.657-6

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR ORIGINÁRIO: MIN. JOAQUIM
BARBOSA

RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. CE-
ZAR PELUSO

REQTE.(S) : AMERICAN VIRGÍNIA IN-
DÚSTRIA E COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E
EXPORTAÇÃO DE TABACOS LTDA

ADV. (A/S): ANTONIO NABOR AREIAS
BULHÕES E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S) : UNIÃO

ADV. (A/S) : PFN - RONALDO CAMPOS
E SILVA

Decisão: Após o voto do Senhor Minis-
tro Joaquim Barbosa (Relator), conce-
dendo a cautelar, pediu vista dos autos
o Senhor Ministro Cezar Peluso. Ausen-
tes, justificadamente, a Senhora Minis-
tra Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor
Ministro Eros Grau. Presidência do
Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-
Presidente). Plenário, 16.5.2007.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor
Ministro Cezar Peluso, indeferindo a
cautelar, no que foi acompanhado pela
Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos
Senhores Ministros Ricardo Lewando-
wski, Eros Grau e Carlos Britto, pediu
vista dos autos o Senhor Ministro Gil-
mar Mendes. Ausentes, justificadamen-
te, os Senhores Ministros Sepúlveda
Pertence e Celso de Mello. Presidência
da Senhora Ministra Ellen Gracie. Ple-
nário, 24.05.2007.

Decisão: O Tribunal, por maioria, ven-
cidos os Senhores Ministros Joaquim
Barbosa (Relator), Marco Aurélio, Celso
de Mello e Sepúlveda Pertence, indefe-
riu a cautelar. Votou a Presidente, Mi-
nistra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o
Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário,
27.6.2007.

EMENTA: RECURSO. Extraordinário.
Efeito suspensivo. Inadmissibilidade.
Estabelecimento industrial. Interdição
pela Secretaria da Receita Federal. Fa-
bricação de cigarros. Cancelamento do
registro especial para produção. Lega-
lidade aparente. Inadimplemento siste-
mático e isolado da obrigação de pagar
Imposto sobre Produtos Industrializados
- IPI. Comportamento ofensivo à livre
concorrência. Singularidade do mer-

cado e do caso. Liminar indeferida em ação cautelar. Inexistência de razoabilidade jurídica da pretensão. Votos vencidos. Carece de razoabilidade jurídica, para efeito de emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário, a pretensão de indústria de cigarros que, deixando sistemática e isoladamente de recolher o Imposto sobre Produtos Industrializados, com conseqüente redução do preço de venda da mercadoria e ofensa à livre concorrência, viu cancelado o registro especial e interditados os estabelecimentos.

(Ementa publicada no *DJU* de 31.8.2007, p. 28).

EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE BENS DA EMPRESA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE.

III - AGRAVO 2004.02.01.009917-8
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ANTÔNIO SOARES
AGRAVANTE : MARCELO BAPTISTA DE OLIVEIRA
ADVOGADO: LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA E OUTROS
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: ELIANE DOS SANTOS LOPES
ORIGEM: QUARTA VARA FEDERAL DE EXECUÇÃO FISCAL - RJ (9900668561)

EMENTA
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA O SÓCIO-GERENTE. IMPOSSIBILIDADE. É possível o redirecionamento da execução para pessoa que não conste na certidão de dívida ativa, por força do art. 568, inciso V, do Código de Processo Civil, sendo necessário, porém, que a causa para tal redirecionamento esteja prevista nas hipóteses de responsabilização previstas no direito material. Precedentes do STJ.

Entende-se configurada a responsabilidade dos administradores da sociedade nas hipóteses em que esta é dissolvida de forma irregular ou quando a obrigação tributária for resultante de algum ato por eles praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Agravo de instrumento provido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide a Egrégia Quarta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.
Rio de Janeiro,
GUILHERME DIEFENTHAELER
JUIZ FEDERAL CONVOCADO
(Ementa publicada no *DJU* II de 11.10.2007, p. 437).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO PRESCRICIONAL E DECADENCIAL PREVISTOS NA LEI N. 8212/91. INCONSTITUCIONALIDADE. DECLARAÇÃO INCIDENTAL.

AI no RECURSO ESPECIAL N° 616.348 - MG (2003/0229004-0)
R E L A T O R : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : COMPANHIA MATERIAIS SULFUROSOS - MATSULFUR
ADVOGADO : CLÁUDIA HORTA DE QUEIROZ E OUTRO(S)
RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : ANDRÉ GUSTAVO B. MOTA E OUTRO(S)

EMENTA
CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DO ARTIGO 45 DA

LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

2. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, conhecer, por maioria, da arguição de inconstitucionalidade, vencido o Sr. Ministro José Delgado, e, no mérito, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado e os votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Na preliminar os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

No mérito os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passari-

nho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Barros Monteiro, Hamilton Carvalhido, João Otávio de Noronha e Arnaldo Esteves Lima. Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 15 de agosto de 2007. (Ementa publicada na *DJU* de 15.10.2007, p. 210).

CSLL. RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO. ABRANGÊNCIA. DECISÃO EM CARÁTER LIMINAR DO STF.

MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 1.738-6

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

REQTE.(S): EMBRAER - EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S/A

ADV. (AS): ILÍDIO BENITES DE OLIVEIRA ALVES E OUTRO(A/S)

REQDO.(AS): UNIÃO

ADV. (AS): PFN - TELMA BERTÃO CORREIA LEAL

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu a medida cautelar, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Eros Grau e Menezes Direito. Plenário, 17.09.2007.

EMENTA: TRIBUTO. Contribuição Social sobre Lucro Líquido - CSLL. Incidência sobre as receitas e o lucro decorrentes de exportação. Inadmissibilidade. Ofensa aparente ao disposto no art. 149, § 2º, inc. I, da CF, incluído pela Emenda Constitucional nº 33/2001. Pretensão de inexigibilidade. Razoabilidade jurídica, acrescida de perigo de dano de reparação dificultosa. Efeito suspensivo ao recurso extraordinário admitido na origem. Liminar cautelar concedida para esse fim.

Aparenta ofender o disposto no art. 149, § 2º, inc. I, da Constituição da República, incluído pela Emenda nº 33/2001, a exigência da Contribuição Social sobre Lucro Líquido - CSSL calculada sobre as grandezas específicas que decorram de receitas de exportação.

(Ementa publicada no *DJU* de 19.10.2007, p. 27).

CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO STJ. IMPOSSIBILIDADE.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 771.184 - PR (2006/ 0111473-8)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

EMBARGANTE: MARION E MARION LTDA

ADVOGADO: ADIRSON DE OLIVEIRA JUNIOR E OUTRO

EMBARGADO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: MARINÓ VALENTIM E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. "MODULAÇÃO TEMPORAL" DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658/79, modificado pelo Decreto-lei 1.722/79), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT).

2. Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a "modulação temporal" da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos

reconhecidamente revogados.

3. Embargos de divergência improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer dos embargos, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Votaram vencidos os Srs. Ministros Relator, Castro Meira, Humberto Martins e José Delgado, que davam provimento aos embargos. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Também por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Herman Benjamin, decide rejeitar a proposta de modulação dos efeitos da decisão.

Brasília, 27 de junho de 2007.

(Ementa publicada no *DJU* de 22.10.2007, p. 188).

PAPEL PLASTIFICADO PARA CONFECÇÃO DE LIVROS. IMUNIDADE. RECONHECIMENTO.

PROC.: 2001.61.04.004361-1 AMS
234970

ORIG.: 1 Vr SANTOS/SP

APTE: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: ELYADIR F BORGES e MÍRIAM APARECIDA P DA SILVA

APDO: QUEBECOR WORLD SAO PAULO S/A

ADV: GUILHERME CEZAROTI

REMTE: JUÍZO FEDERAL DA 1 VARA DE SANTOS Séc. Jud. SP

R E L ATOR: DES.FED. SALETTE NASCIMENTO / QUARTA TURMA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ART. 150, VI, "d" DA CF/88. IMPORTAÇÃO DE PAPEL PLASTIFICADO PARA ENCADERNAÇÃO DE LIVROS. IMUNIDADE QUE SE RECONHECE.

I - A Constituição Federal prevê, em seu art. 150, VI, "d", a imunidade tributária relativa a livros, periódicos, jornais e o papel destinado à sua impressão.

II - Importação de folhas de papel plastificado destinado à encadernação de livros se enquadra na previsão constitucional.

III - Precedente do STF: RE-178863/SP, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, DJ DE 30/05/97, P. 23210, EMENT VOL. 01871-04, P. 00690. No mesmo sentido, precedentes das Cortes Regionais (TRF - 3ª Região, AMS nº 97.03.020949-1, Rei. Des. Fed. Mairan Maia, j. 16/08/06, p. DJU 02/0/06, TRF - 4ª Região, AMS nº 1998.04.01.030804-3; Rei. Des. Fed. Vladimir Passos de Freitas, j 01/12/98, p. DJ 27/01/99)

IV - Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima especificadas.

Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas precedentes, que integram o presente julgado.

São Paulo, 08 de agosto de 2007 (data do julgamento).

(Ementa publicada no *DJU* II de 31.10.2007, p. 440).

TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA.

Agravo Inominado/Apelação Cível nº 2007.001.23386

Agravante: Estado do Rio de Janeiro
Proc. Est.: Dra. Maria Luíza C. Garcia de Souza

Agravado: TVA Sistema de Televisão Ltda

Advogados: Dr. Luiz Gustavo Antonio Silva Bichara e Guilherme Cezaroti
Relator: Jds. Des. Elton M. C. Leme

AGRAVO INOMINADO. TRIBUTÁRIO. EXECUTIVO FISCAL. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA LOCALIZADOS EM ESTADOS DISTINTOS. AUSÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO COM FINALIDADE MERCANTIL SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS. MATÉRIA SUMULADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, POR MEIO DO ENUNCIADO Nº 166. DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO CONSOANTE ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. RECURSO DESPROVIDO.

1. Conforme entendimento sumulado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, por meio do enunciado nº 166, não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

2. A lógica da não configuração do fato gerador do tributo em situações tais é que a transferência, sem finalidade econômica, no âmbito da mesma empresa, além de não alterar a titularidade do bem, está absolutamente despida de qualquer conteúdo negociai mercantil, o que afasta a incidência do ICMS, não caracterizado a circulação da mercadoria na sua conceituação técnica, em sentido estrito.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 2007.001.23386, julgada na sessão de 24/10/2007, em que é agravante Estado do Rio de Janeiro, sendo agravado TVA Sistema de Televisão Ltda.

ACORDAM os Desembargadores da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Ementa publicada no DO parte III - Judiciário - Seção I de 08.11.2007, p. 37).