

## ACÓRDÃO - INTEIRO TEOR

APREENSÃO DE MERCADORIAS.  
NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO  
DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

ART. 163, PARÁGRAFO 7º, DA  
CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO  
PAULO. CONSTITUCIONALIDADE.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA  
REQUERENTE: CONSELHO FEDERAL  
DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO  
BRASIL

ADVOGADO: OPHIR FILGUEIRAS CAVALCANTE

ADVOGADOS: MARCELO MELLO MARTINS E OUTROS

REQUERIDO: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA

ADVOGADO: JULIANO HENRIQUE DA CRUZ CERREIJO

ADVOGADO: DIANA COELHO BARBOSA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 163, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DE SÃO PAULO: INOCORRÊNCIA DE SANÇÕES POLÍTICAS. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 5º, INC. XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. A retenção da mercadoria, até a comprovação da posse legítima daquele que a transporta, não constitui coação imposta em desrespeito ao princípio do devido processo legal tributário.

2. Ao garantir o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República não o faz de forma absoluta, pelo que

a observância dos recolhimentos tributários no desempenho dessas atividades impõe-se legal e legitimamente.

3. A hipótese de retenção temporária de mercadorias prevista no art. 163, § 7º, da Constituição de São Paulo, é providência para a fiscalização do cumprimento da legislação tributária nesse território e consubstancia exercício do poder de polícia da Administração Pública Fazendária, estabelecida legalmente para os casos de ilícito tributário. Inexiste, por isso mesmo, a alegada coação indireta do contribuinte para satisfazer débitos com a Fazenda Pública.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em julgar improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora. Brasília, 17 de maio de 2007.

CÁRMEN LÚCIA - Relatora

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA  
REQUERENTE: CONSELHO FEDERAL  
DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO  
BRASIL

ADVOGADO: OPHIR FILGUEIRAS CAVALCANTE

ADVOGADOS: MARCELO MELLO MARTINS E OUTROS

REQUERIDO: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA

ADVOGADO: JULIANO HENRIQUE DA CRUZ CERREJIDO

ADVOGADO: DIANA COELHO BARBOSA

## RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o § 7º, do art. 163, da Constituição do Estado de São Paulo, que dispõe:

“Art. 163 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Estado:

[...]

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributo, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público Estadual;

[...]

§ 7º - Para efeitos do inciso V, não se compreende como limitação ao tráfego de bens a apreensão de mercadorias, quando desacompanhadas de documentação fiscal idônea, hipótese em que ficarão retidas até a comprovação da legitimidade de sua posse pelo proprietário.”

1. Afirma a Autora, em brilhante petição elaborada a partir de Relatório do então Conselheiro Evandro Lins e Silva, que a norma questionada seria contrária ao art 5º, inc. XIII, da Constituição da República, pelo que o Supremo Tribunal Federal “vem considerando inadmissível qualquer meio coativo que possa atingir a atividade profissional lícita do contribuinte, com a apreensão de mercadorias para pagamento de tributos” e, ainda,

que “as chamadas ‘sanções administrativas’ [...] têm sido sistematicamente reprimidas pelo Supremo Tribunal Federal, como dão conta as Súmulas nº 70, 323, e 547” (fls. 2 e 3).

2. Solicitadas informações ao Presidente da Assembléia Legislativa paulista foram elas prestadas no sentido da constitucionalidade da norma impugnada (juntada por linha).

3. O Advogado-Geral da União defendeu a constitucionalidade da norma, sendo de se acentuar, entretanto, que, naquele momento, era entendimento prevalecente a sua obrigação de atuar nesse exclusivo sentido (1995). Na defesa da norma questionada, asseverou ele que “em nenhum momento visou utilizar-se da apreensão como forma de coação destinada ao pagamento de qualquer débito fiscal. Ao contrário, expressamente determina a retenção de mercadorias apenas, e tão-somente, como meio coercitivo para comprovação da legitimidade de sua posse pelo proprietário.” (fls. 34-35).

4. O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido, pois, ao permitir a apreensão de mercadorias, não se teria criado meio coercitivo para a cobrança de tributos, apenas se condicionando a providência administrativa às hipóteses de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, além de se limitar a retenção da mercadoria apreendida até a comprovação da legitimidade da posse das mercadorias pelo proprietário (fls. 42-44).

É o relatório, do qual deverão ser encaminhadas cópias aos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

17/05/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. O objeto da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade é o § 7º do art. 163 da Constituição de São Paulo.

O argumento central do Autor, em seu pedido de declaração de inconstitucionalidade do § 7º do art. 163 da Constituição paulista, é que por ele se estaria a constringer o contribuinte a desempenhar a sua atividade profissional, em afronta ao art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República.

2. Na esteira do que dispõe o art. 150, inc. V, da Constituição brasileira, a regra do art. 163 da Constituição paulista põe-se no sentido de proibir o Estado-membro de "... estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributo [...]".

Explicita-se, contudo, no § 7º, daquele mesmo dispositivo, que "... não se compreende como limitação ao tráfego de bens a apreensão de mercadorias quando desacompanhadas de documentação fiscal idônea [...]".

E essa situação - ausência de documento fiscal - tem como consequência a sua retenção "[...] até a comprovação da legitimidade de sua posse pelo proprietário [...]".

3. O que se põe em exame é, pois, se se estaria diante de situação de sanção política imposta em desrespeito ao princípio do devido processo legal tributário ou se se cuidaria de atribuição inerente ao poder de polícia tributária.

Segundo Hugo de Brito Machado, "prática antiga, que, no Brasil, remonta aos

tempos da ditadura de Vargas, é a das denominadas sanções políticas, que consistem nas mais diversas formas de restrições a direitos do contribuinte como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento de tributos. São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias em face de pequena irregularidade no documento fiscal que as acompanha, o denominado regime especial de fiscalização... As sanções políticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos...e b) configuram cobrança sem o devido processo legal..." (MACHADO, Hugo de Brito - *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 468).

Não se tem, no caso em pauta, hipótese normativa de coação para fins de pagamento de valores ao Fisco, porque a mercadoria fica retida até a comprovação da posse legítima por parte daquele que a transporta e que, então, a tem em sua posse lícita.

4. Também não procede o argumento de que o § 7º do art. 163 da Constituição de São Paulo afrontaria o art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República.

A garantia fundamental do livre "[...] exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão [...]" está subordinada ao atendimento das "[...] qualificações profissionais que a lei estabelecer [...]".

De se atentar que a legislação constitucionalmente mencionada estabelece os limites ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, que esta liberdade não é absoluta, como, de resto, nenhum o é. A observância dos recolhimentos tributários no desempenho

dessas atividades impõe-se legal e legitimamente.

A imposição de providência fiscal que garanta a fiscalização do cumprimento das leis não destoa dos princípios do direito vigente.

5. Por igual não se sustenta o argumento do Autor no sentido de que o § 7º do art. 163 da Constituição de São Paulo estaria a contrariar Súmulas deste Supremo Tribunal, conclusão a que se chega pela só leitura de cada qual das que são enunciadas nos verbetes seguintes: Súmula 70: *"É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo"*.

Súmula 323: *"É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos"*

Súmula 547: *"Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais"*.

Essas Súmulas proíbem a Administração Pública de interditar estabelecimentos, apreender mercadorias ou cercar o exercício de atividades profissionais daqueles que se encontram em débito com suas obrigações fiscais como meio de coagir o devedor tributário a honrar os débitos que tenha com o Fisco em desatenção aos processos próprios para o alcance deste objetivo. Dito de outra forma: o que se veda é a adoção de providências, não previstas no sistema jurídico, para conduzir o contribuinte ao pagamento do débito por ele havido com o Fisco por medida oblíqua, fugindo-se do cumprimento dos ditames legais relativos aos direitos dos contribuintes.

6. No caso presente, porém, o que se põe na norma apreciada é providência para a fiscalização do cumprimento da

legislação tributária. Desempenha-se a atribuição prevista na norma como exercício do poder de polícia da Administração Pública, estabelecida legalmente para os casos de ilícito tributário. Ao julgar o Recurso Especial n. 431.760, em que se questionou exatamente a apreensão de mercadoria pelo não-recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadoria, o Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, ressaltou o julgado proferido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso que bem explica a inaplicabilidade, ao caso, da Súmula 323 deste Supremo Tribunal Federal:

*"REEXAME NECESSÁRIO DE SENTENÇA - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - NÃO-RECOLHIMENTO - INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA - NATUREZA PERMANENTE - APREENSÃO DE MERCADORIAS - PODER DE POLÍCIA FAZENDÁRIA LEGAL - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 323 DO STF - SENTENÇA REEXAMINADA PROVIDA.*

*A Súmula nº 323 do STF só considera ilegal a apreensão de mercadorias como meio coercitivo do pagamento. Estando o contribuinte em infração de natureza permanente - não recolhimento do [Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços] devido quando da entrada da mercadoria em solo mato-grossense, portanto com ausência de documento fiscal que a acoberte - a apreensão está dentro do exercício legal do poder de polícia fazendária" (DJ 16.8.2002).*

Na lição de Hely Lopes Meirelles, *"Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração pública para condicionar*

e registrar o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio estado. Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração pública para conter os abusos de direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

1.J

O que todos os publicistas assinalam uniformemente é a faculdade que tem a Administração Pública de editar e executar medidas restritivas do direito individual em benefício do bem-estar da coletividade e da preservação do próprio Estado. Esse poder é inerente a toda Administração e se reparte entre todas as esferas administrativas da União, dos Estados e dos Municípios" (*Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 127-128).

7. Para que a Administração Pública paulista possa desenvolver seu trabalho de fiscalização é que a Constituição do Estado dispôs sobre a sanção aos que circulassem em seus limites territoriais portando mercadorias sem a necessária documentação fiscal que, obrigatoriamente, há de ser emitida e apresentada nos termos da legislação em vigor.

8. É no exercício do poder de polícia que o § 7º do art. 163 da Constituição de São Paulo estabelece o limite temporal em que a Administração Pública conservará a mercadoria em seu poder: "*[...] até a comprovação da legitimidade de sua posse pelo proprietário*"

Essa disposição da Constituição paulista harmoniza-se, aliás, com o que dispõe o Código Tributário Nacional:

"Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos."

"Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibilos" (grifos nosso).

Quando o dispositivo questionado prevê que "*[...] não se compreende como limitação ao tráfego de bens a apreensão de mercadorias, quando desacompanhadas de documentação fiscal idônea [...]*", essa hipótese define a atuação da Administração Pública no exercício de suas atividades de fiscalizar a circulação de mercadorias e adotar medidas quando se comprove estarem elas desacompanhadas dos documentos que as devam acompanhar, como é o caso de nota fiscal.

Segundo as normas tributárias vigentes, a documentação fiscal, acompanhando a respectiva mercadoria, é instrumento de que se vale a Administração Pública, no exercício do poder de polícia, para fiscalizar a correta execução das atividades desenvolvidas em seu território.

O § 7º do art. 163 da Constituição paulista reproduz, em resumo, o quadro

normativo havido no Código Tributário Nacional, sem que ali se contenha afronta ao art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República.

Não se está, portanto, diante de situação em que a norma teria estabelecido meios indiretos pelos quais a Administração tributária forçaria o contribuinte a satisfazer crédito com a Fazenda Pública. Daí a inaplicação, à espécie, das súmulas antes transcritas deste Supremo Tribunal, porque não se viola, aqui, o princípio segundo o qual a lei tributária não pode impor restrições operacionais ou estabelecer dificuldades ou entraves ao exercício profissional dos contribuintes como meio alternativo e ilegítimo para se forçar a execução fiscal como meio de cobrança de créditos tributários. O que não se compatibiliza com os princípios do sistema constitucional vigente são práticas arbitrárias contra contribuintes inadimplentes. Aí, sim, ter-se-ia afronta ao art. 5º, inc. XIII, da Constituição. Mas, reitero: não é o que se dá na espécie.

6. Por essas razões, voto pela improcedência da ação.

17/05/2007

TRIBUNAL PLENO  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, de fato, a eminente Relatora equaciona bem o caso.

Também entendo tratar-se de um legítimo exercício do poder de polícia e, portanto, bem situado no âmbito de possibilidades do Código Tributário Nacional.

Até lembraria à eminente Relatora - em nada isso robustece ou adensa o voto de Sua Excelência - que também o equacionamento aqui proposto homenageia o inciso XVIII do art. 37 da Constituição, que diz em alto e bom som:

"Art.37....."

XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;"

O que evidencia essa preocupação da Constituição em desembaraçar, ao menos no plano do poder de polícia, a atividade dos servidores fiscais e a atividade como um todo da administração fazendária.

Acompanho o voto de Sua Excelência.

17/05/2007

TRIBUNAL PLENO  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, essa é uma ação que considero surpreendente.

A norma não se destina a ser meio coercitivo para cobrança nem pagamento de tributo e, muito menos, constitui restrição a contribuinte em débito, até porque a nota fiscal pode ser simplesmente de documentação de operação isenta de tributo.

Acompanho inteiramente o voto da Relatora.

17/05/2007

TRIBUNAL PLENO  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0

0 SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

- Presidente, não há norma vinculando o trânsito de mercadorias ao pagamento do tributo. Constata-se que o § 7º do artigo 163 da Constituição do Estado de São Paulo encerra, em si, o poder de polícia numa situação concreta que exige providência imediata: o trânsito de mercadorias sem que se tenha essas mercadorias como legalizadas, sem que se tenha a licença respectiva. Cogita-se, portanto, da apreensão para se demonstrar até mesmo a titularidade da própria mercadoria.

Acompanho a relatora no voto proferido, julgando improcedente o pedido formulado na inicial.

17/05/2007

TRIBUNAL PLENO  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - A apreensão é a que ocorre quando se circula com determinadas mercadorias, por exemplo, para um caminho circular com certa mercadoria, é preciso que se tenha a correspondente nota fiscal. E, como bem observou o Ministro Cezar Peluso, há mercadorias que nem ao menos dependem de pagamento de tributos. Então, não adiantaria a medida.

0 SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO

- Isso é exigível do contribuinte que também está em dia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - De todo mundo. É

basicamente para haver um controle pela fiscalização. Então, a meu ver, não é o caso de sanção política, porque o texto do § 7º do art. 163 é muito taxativo no sentido de ser instrumento necessário de fiscalização da Administração Fazendária.

0 SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO

- Mas as preocupações do Ministro Celso de Mello são todas válidas e estão atendidas pelos fundamentos do voto de Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Acho que sim, no sentido de não pode ser considerado um meio oblíquo de forçar o pagamento.

17/05/2007

TRIBUNAL PLENO  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0

EXPLICAÇÃO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Senhor Presidente, queria fazer apenas uma referência nesses tempos difíceis do Brasil.

Esta foi uma ação proposta a partir de trabalho apresentado por um Ministro aposentado deste Tribunal. Só queria acentuar, como registro *a latere*, o compromisso que os Ministros que ocupam e que honram este Tribunal hoje e em todos os tempos têm com a Constituição. Porque, mesmo depois de deixar a toga sobre a cadeira, tendo saído daqui, voluntariamente ou não, eles continuam a lutar, nas condições que têm, para ver aperfeiçoado o questionamento de constitucionalidade das leis, quando isso se fizer necessário. E foi o que fez, neste

caso, o Ministro Evandro Lins e Silva, que honrou este Tribunal e continuou, mesmo depois de sair, comprometido com a Constituição e com o controle de constitucionalidade em trabalhos como este.

Independentemente do nosso resultado, queria deixar consignado que atuações como a do Ministro Evandro Lins e Silva são um exemplo de luta pela Constituição e pelo Brasil, que ele deixa registrado para ser seguido.

#### TRIBUNAL PLENO

#### EXTRATO DE ATA

#### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQUERENTE: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADVOGADO: OPHIR FILGUEIRAS CAVALCANTE

ADVOGADOS: MARCELO MELLO MARTINS E OUTROS

REQUERIDO: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA

ADVOGADO: JULIANO HENRIQUE DA CRUZ CEREJIDO

ADVOGADO: DIANA COELHO BARBOSA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto da Relatora. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 17.05.2007. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Presentes à

sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu

Secretário

(Ementa publicada no DJU de 17.08.2007, p. 22).

EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. APURAÇÃO DE IR E CSL PELO LUCRO REAL. OPÇÃO POR PIS E COFINS CUMULATIVOS. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA.

#### APELAÇÃO CÍVEL

Nº 2004.71.08.010633-8/RS

RELATOR: Juiz LEANDRO PAULSEN

APELANTE: TOP SERVICE SERVIÇOS E SISTEMAS LTDA.

ADVOGADO: Dílson Gerent e outros

APELADO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes

#### EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. REGIME NÃO-CUMULATIVO. PRESTADORA DE SERVIÇOS. DUPLICAÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DA ISONOMIA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

A questão não é de inconstitucionalidade em tese das leis que estabeleceram os regimes não-cumulativos do PIS e da COFINS, mas da sua aplicação a caso concreto quando os seus efeitos impli-

cam violação a princípios constitucionais. Pretendesse o legislador simplesmente aumentar as contribuições sobre o faturamento/receita, teria elevado as alíquotas anteriormente estabelecidas pelo art. 1º da MP 2.158-3/01 (0,65%) e pelo art. 8º da Lei 9.718/98 (3%). Não foi esta, contudo, a intenção. O estabelecimento dos regimes não-cumulativos visou, isto sim, a melhor distribuir a carga tributária ao longo da cadeia econômica de produção e comercialização de cada produto. Dai a elevação da alíquota associada à possibilidade de apuração de créditos compensáveis para a apuração do valor efetivamente devido.

No caso específico da Autora, que tem por objetivo social principal a prestação de serviços, a submissão ao novo regime não-cumulativo implicou um aumento de mais de 100% no ônus tributário decorrente da incidência do PIS e da COFINS. Isso porque, como empresa prestadora de serviços, os créditos que pode apurar não são significativos. O acréscimo do ônus tributário, não corresponde a aumento da capacidade contributiva da Autora, que não teve alteração.

Implica, ainda, tratamento relativamente aos demais contribuintes, sujeitos ou ao regime comum ou ao regime não-cumulativo em atividade econômica em que a apuração de créditos é significativa.

O critério de discriminação (regime de tributação pelo Imposto de Renda, se pelo lucro real ou não), no caso concreto, mostra-se falho e incapaz de levar ao resultado pretendido de distribuição do ônus tributário ao longo de uma cadeia de produção e circulação, comprometendo a própria função do regime

não-cumulativo, o que evidencia violação não apenas à isonomia como à razoabilidade.

Por fim, também cria obstáculos à livre concorrência, porquanto empresas dedicadas à mesma atividade que a Autora continuam submetidas ao regime comum, não tendo sido oneradas pelo advento do regime não-cumulativo.

Direito da autora de permanecer recolhendo as contribuições pelo regime comum (cumulativo) relativamente às suas receitas provindas da prestação de serviços e de compensar os valores pagos a maior.

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 20 de março de 2007.

Juiz Federal Leandro Paulsen

Relator

#### APELAÇÃO CÍVEL

Nº 2004.71.08.010633-8/RS

RELATOR: Juiz LEANDRO PAULSEN

APELANTE: TOP SERVICE SERVIÇOS E SISTEMAS LTDA.

ADVOGADO: Dilson Gerent e outros

APELADO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes

#### RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária proposta por Top Service Serviços e Sistemas Ltda. objetivando afastar a aplicação do con-

tido no art. 2º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, para o fim de seguir recolhendo as contribuições a título de PIS e COFINS pela modalidade cumulativa, previsto na Lei nº 9.718/98.

A sentença julgou improcedente o pedido.

A impetrante apelou deduzindo razões à reforma do julgado, forte no pedido de poder recolher o PIS e COFINS pelas alíquotas de 0,65% e 3% sobre a receita bruta, respectivamente.

Com contra-razões.

É o breve relatório. Passo a decidir.

#### VOTO

A sentença foi prolatada nos seguintes termos:

f.-J

*A autora insurge-se contra as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, frutos da conversão das Medidas Provisórias nºs 66/02 e 135/03, as quais alteraram as alíquotas e as formas de pagamento do PIS e da COFINS.*

*Não vislumbro qualquer ofensa ao princípio da isonomia, pois a legislação questionada estabelece tratamento igual entre contribuintes de igual categoria. Quanto a este princípio, estabelece a Carta Magna (art. 150, II) que é vedado instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.*

*Assim, o que é vedado pela Constituição é o tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente. Em última análise, igualdade não é tratar todos de modo igualitário, mas tratar os*

*desiguais de modo desigual, na mesma proporção de sua desigualdade. Em face disso, a norma tributária pode estabelecer situação mais ou menos favorável para determinados grupos, cujos integrantes estejam em situação equivalente entre si.*

*Com efeito, há inconstitucionalidade na outorga de benefício ou ônus legítimo a pessoas ou grupos, que não englobe todo o universo em igual situação.*

*[-] Sendo assim, parece-me que o fato de uma empresa ser optante pelo regime de tributação pelo lucro real e outra optante pelo regime de tributação pelo lucro presumido, faz com que surja a desigualdade entre ambas, constitui distinção suficiente a justificar o tratamento diferenciado, e por consequência, a aplicação das alíquotas em patamares diferentes.*

*Outra conclusão não se obtém no que se refere ao princípio da capacidade contributiva, expresso no art. 145, inciso I, da Constituição Federal. O princípio não restou violado no caso dos autos: a um, porque, conforme antes referido, a opção que ensejou o enquadramento nas disposições das indigitadas leis adveio do próprio regime de tributação; a dois, porque não restou provado nos autos que a estipulação de alíquota diferenciada acabe por onerar demasiadamente a autora, inviabilizando o exercício de sua atividade.*

*Note-se que na base de tributação impugnada está um fato signo presuntivo de riqueza, qual seja, o faturamento, sendo esta tributação incidente proporcionalmente em relação a este, na forma de alíquota percentual.*

*Gize-se ainda, que o § 9º do art. 195 da CF/88 estabelece que "as contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo*

poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra", possibilitando a alteração de alíquota ou base de cálculo, nos critérios diferenciadores do regime de tributação.

Tal disposição faculta ao legislador criar diferenciações na base de cálculo e nas alíquotas do PIS e da COFINS de acordo com a atividade econômica do contribuinte ou da intensidade da utilização de mão de obra, mas não o obriga a tanto.

Não se trata de um princípio constitucional a ser observado incondicionalmente ou de regra de observância obrigatória pelo legislador.

A norma jurídica - mesmo constitucional - pode proibir, permitir ou obrigar.

A primeira e última não podem ser desconsideradas pelo legislador ordinário, em se tratando de disposição constitucional, e a segunda, que estabelece uma faculdade como a que está em análise, pode ser seguida ou não pelo legislador ordinário, não incidindo em qualquer sanção (inconstitucionalidade) a lei que deixa de estabelecer, seguir ou desenvolver os seus enunciados.

Não se verifica, ainda, ofensa ao princípio da livre concorrência. Note-se que a própria parte autora identifica a causa do tratamento diferenciado, ao asseverar que houve um descompasso ao serem fixadas alíquotas em patamares diversos, beneficiando empresas que optaram pelo lucro presumido, e que em função disto, podem praticar menores preços. Ao assim argumentar, a impetrante está corroborando a existência de desigualdade entre ambas, fundada não na natureza e sim na escolha do regime de tributação.

O fato de a impetrante utilizar-se de mão-de-obra para obtenção de sua atividade-fim, e por isso ter um regime diferenciado de dedução de custos, não acarreta ofensa aos princípios constitucionais. É situação que decorre das diferentes formas de constituição da atividade econômica, sendo os diferentes aspectos cobertos pela tributação de contribuições previdenciárias, devido à multiplicidade de custeio da seguridade social. Assim, a contribuição incide de diversas formas - exemplificativamente, sobre a folha de salários, sobre o faturamento, sobre concursos de prognósticos. Por fim tenho que falta fundamento na argumentação de que as empresas que iniciam a cadeia produtiva ou fabricam seu produto sem precisar adquirir bens ou serviços de outras empresas, restariam prejudicadas, por não ter o que deduzir. Isso porque, em meu entender, se não houver operação envolvendo uma cadeia produtiva, não que se falar em dedução ou cumulatividade.

Embora tenha atentado para os diversos argumentos trazidos e esteja bem fundamentada, tenho que não aplicou os dispositivos constitucionais a contento. No caso, a questão não é de inconstitucionalidade em tese das leis que estabeleceram os regimes não-cumulativos do PIS e da COFINS, quais seja, as Leis 10.637/02 e 10.833/03.

Diz respeito, isso sim, aos efeitos perversos que a aplicação de tal regime assume em concreto, relativamente à Autora, desafiando a aplicação de princípios explícitos, como a isonomia e a livre concorrência, e implícitos, como a capacidade contributiva e a razoabilidade.

Pretendesse o legislador simplesmente aumentar as contribuições sobre o fa-

turamento/receita, teria elevado as alíquotas anteriormente estabelecidas pelo art. 1º da MP 2.158-3/01 (0,65%) e pelo art. 8º da Lei 9.718/98 (3%).

Não foi esta, contudo, a intenção. O estabelecimento dos regimes não-cumulativos visou, isto sim, a melhor distribuir a carga tributária ao longo da cadeia econômica de produção e comercialização de cada produto. Daí a elevação da alíquota associada à possibilidade de apuração de créditos compensáveis para a apuração do valor efetivamente devido.

No caso específico da Autora, porém, que tem por objetivo social a prestação de serviços de limpeza e conservação, recrutamento e treinamento de recursos humanos e administração de condomínios, a submissão ao novo regime não-cumulativo implicou um aumento de mais de 100% no ônus tributário decorrente da incidência do PIS e da COFINS.

Vê-se, da apelação, quadro inserido às fls. 142/143 demonstrando que, num mesmo mês, pelo regime não-cumulativo, aplicada a alíquota e deduzido o crédito apurado, o montante devido seria de R\$ 142.496,24 (R\$ 177.448,99 - R\$ 34.952,76), enquanto que, pelo regime comum, o montante devido seria de R\$ 70.045,66, a mesma discrepância se repetindo, com ainda maior intensidade, em outras competências.

Isso porque, como empresa prestadora de serviços, os créditos que pode apurar não são significativos. Efetivamente, não se trata de produto que se sujeite a uma cadeia econômica de diversas etapas, em que a alíquota elevada do regime não-cumulativo se dilua.

O acréscimo do ônus tributário, pois, não corresponde à capacidade contribu-

tiva da Autora, que não teve alteração.

Implica, ainda, tratamento desigual que não se justifica.

De fato, implica tratamento mais oneroso relativamente aos demais contribuintes, sujeitos ou ao regime comum ou ao regime não-cumulativo em atividade econômica em que a apuração de créditos é significativa.

O critério de discriminação (regime de tributação pelo Imposto de Renda, se pelo lucro real ou não), no caso concreto, mostra-se falho e incapaz de levar ao resultado pretendido de distribuição do ônus tributário ao longo de uma cadeia de produção e circulação.

Aliás, a própria função do regime não-cumulativo fica comprometida, evidenciando que a sua aplicação no caso não passa por um juízo de razoabilidade.

Por fim, também cria obstáculos à livre concorrência, porquanto empresas dedicadas à mesma atividade que a Autora continuam submetidas ao regime comum, não tendo sido oneradas pelo advento do regime não-cumulativo.

Tenho, pois, que sujeição obrigatória da Autora aos regimes não-cumulativos do PIS e da COFINS implica ofensa aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia, da razoabilidade e da livre concorrência.

Tem a Autora, assim, direito a permanecer vinculada ao regime comum (cumulativo) do PIS e da COFINS e, nos termos dos arts. 170 do CTN e 74 da Lei 9.430/96 com suas alterações posteriores, de compensar os valores pagos a maior com outros tributos administrados pela SRF, com atualização pela SELIC, nos termos do art. 39 da Lei 9.250/96.

Em face da sucumbência, condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o

valor da causa, com fundamento no art. 20 § 4º do CPC.

Isso posto, voto por dar provimento à apelação, assegurando à Autora o direito de prosseguir vinculada ao regime comum de apuração do PIS e da COFINS e de compensar os valores pagos indevidamente. Honorários advocatícios a cargo da União, nos termos da fundamentação.

Juiz Federal Leandro Paulsen

Relator

#### APELAÇÃO CÍVEL

Nº 2004.71.08.010633-8/RS

RELATOR: Juiz LEANDRO PAULSEN

APELANTE: TOP SERVICE SERVIÇOS E SISTEMAS LTDA.

ADVOGADO: Dílson Gerent e outros

APELADO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes

#### VOTO-VISTA

1 - A questão gira em torno das leis ns. 10.637/02 e 10.833/03, que criaram as hipóteses não-cumulativas do PIS e da COFINS. No regime cumulativo, as alíquotas dessas contribuições são de 0,65% e 3 o/o. No regime não-cumulativo, subiram para 1,65% e 7,6%, mas essa elevação seria compensada com a possibilidade de o contribuinte deduzir, do tributo devido, seus créditos de PIS e COFINS embutidos no valor de bens e serviços adquiridos em suas atividades empresariais. Desse modo, a elevação da alíquota se destinou a equalizar as cargas tributárias, quanto a essas contribuições, nos dois regimes.

2 - Submetidas, até então, todas as empresas ao regime cumulativo, confi-

gurava-se situação anti-isonômica. Empresas havia que, para atingir seu objeto social, adquiriam bens e serviços gravados por aquelas contribuições, cujo ônus suportavam na condição de contribuintes de fato. Estas empresas tinham sua carga tributária real agravada, porque arcavam com as contribuições ao PIS e à COFINS embutidas nos preços das mercadorias e serviços adquiridos, além da incidência que ocorreria sobre seu próprio faturamento. Outras, entre as quais as prestadoras de serviços, tinham pouca ou nenhuma carga tributária indireta, sendo, portanto, beneficiadas, comparativamente, pelo sistema cumulativo.

3-0 regime cumulativo, portanto, propiciava tratamento desigual entre as empresas contribuintes, mas é importante notar que essa desigualdade só ocorria entre empresas de segmentos econômicos diferentes. Por exemplo: todas as empresas prestadoras de serviços de limpeza teriam cargas tributárias reais assemelhadas, na medida em que todas trabalham quase só com insumos não tributados pelo PIS/COFINS. Para elas, a repercussão da cumulatividade é pouca ou nenhuma. Por outro lado, todas as empresas industriais do setor moveleiro, por exemplo, teriam carga tributária equivalente, porque obrigadas, todas, a adquirir um conjunto de insumos tributados por aquelas contribuições. As diferenças de carga tributária entre empresas do mesmo ramo negociai decorreria predominantemente do seu próprio faturamento, não da cumulatividade do tributo. O regime cumulativo, como adotado, em princípio não provocava desigualdades setoriais.

4 - A passagem de todas as empresas para o regime não-cumulativo seria a

solução ideal do ponto de vista da isonomia tributária, uma vez que, pelo mecanismo de compensação do valor das contribuições suportadas no curso da processo empresarial, com aquele incidente sobre o faturamento final, todas essas empresas acabariam por contribuir ao PIS/COFINS na mesma proporção - desde que, obviamente, houvesse uma alíquota única para todas.

No entanto, o legislador optou por manter dois regimes de tributação, o cumulativo e o não-cumulativo. Ao fazer tal opção, haveria de adotar um critério razoável de *discrimen* para determinar quais empresas passariam para o regime não-cumulativo, quais permaneceriam no cumulativo. A coerência lógica do sistema, aliada ao princípio da isonomia, mandava que, para o regime não-cumulativo, fossem encaminhadas aquelas empresas que acumulariam significativo volume de créditos em virtude das mercadorias e serviços adquiridos no processo produtivo, permanecendo no cumulativo as que, por sua natureza, não teriam como realizar tais créditos. Essa lógica, aliás, encontra-se implícita na diferença de alíquotas adotadas para os dois regimes. No cumulativo, as alíquotas são de 0,65% (PIS) e 3% (COFINS). No não-cumulativo, 1,65% e 7,6%. Essa diferença, como alardeado pelas autoridades fazendárias que gestaram o novo regime, tinha por objetivo, exatamente, igualar as cargas tributárias dos dois regimes.

Portanto, pode-se afirmar que pertencem, *ontologicamente*, ao regime não-cumulativo os contribuintes que arcam com o PIS/COFINS em diversas fases de seu processo empresarial; e pertencem *ontologicamente* ao regime cumulativo as que não sofrem tal tributação indire-

ta ao longo de seu processo empresarial, ou a sofrem de forma tão reduzida que a submissão ao regime não-cumulativo traria mais desvantagens que vantagens.

5 - Ora, se assim é, não homenageria o princípio da razoabilidade remeter para o regime não-cumulativo empresas que não acumulam créditos significativos daquelas contribuições, pois, passando ao novo regime, arcarão com um acréscimo despropositado de sua carga tributária. O parágrafo 12 do art. 195 da Constituição, acrescentado pela EC nº 42, de 19/12/2003, tenha estabelecido: “a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas”. Repare-se que o critério de *discrimen* preconizado pela norma constitucional é o caráter da *atividade econômica* e, de conformidade com a própria lógica do sistema os “setores de atividade econômica” que deveriam ficar no regime não-cumulativo seriam, necessariamente, aqueles que gerassem créditos compensáveis, porque disso é que se cuida quando se fala de cumulatividade ou não-cumulatividade.

6 - Examinemos, então, qual o tratamento dado a essa questão pelo legislador positivo. O tema foi disciplinado de forma casuística pelo art. 8º da Lei nº 10.637/02, quanto ao PIS, e 10 da Lei nº 10.833/03, quanto à COFINS, que excluíram do regime não-cumulativo, basicamente, um grande universo de *empresas prestadoras de serviços*, entre as quais destaque: bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imo-

biliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, empresas que tenham por objeto a securitização de créditos imobiliários e financeiros; operadoras de planos de assistência à saúde; as sociedades cooperativas, exceto as de produção agropecuária, e as de consumo; as receitas decorrentes de prestação de serviços de transporte coletivo rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros; as receitas decorrentes de serviços: a) prestados por hospital, pronto-socorro, clínica médica, odontológica, de fisioterapia e de fonoaudiologia, e laboratório de anatomia patológica, citológica ou de análises clínicas; e b) de diálise, raios X, radiodiagnóstico e radioterapia, quimioterapia e de banco de sangue; as receitas decorrentes de prestação de serviços de educação infantil, ensinos fundamental e médio e educação superior; as receitas decorrentes de prestação de serviço de transporte coletivo de passageiros, efetuado por empresas regulares de linhas aéreas domésticas, e as decorrentes da prestação de serviço de transporte de pessoas por empresas de táxi aéreo; as receitas decorrentes de prestação de serviços com aeronaves de uso agrícola inscritas no Registro Aeronáutico Brasileiro (RAB); as receitas decorrentes de prestação de serviços das empresas de call center, telemarketing, telecobrança e de teleatendimento em geral; as receitas decorrentes da execução por administração, empreitada ou subempreitada de obras de construção civil, até 31 de

dezembro de 2008; as receitas auferidas por parques temáticos, e as decorrentes de serviços de hotelaria e de organização de feiras e eventos, conforme definido em ato conjunto dos Ministérios da Fazenda e do Turismo; as receitas decorrentes da prestação de serviços postais e telegráficos prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; as receitas decorrentes de prestação de serviços públicos de concessionárias operadoras de rodovias; as receitas decorrentes da prestação de serviços das agências de viagem e de viagens e turismo; as receitas auferidas por empresas de serviços de informática, decorrentes das atividades de desenvolvimento de software e o seu licenciamento ou cessão de direito de uso, bem como de análise, programação, instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização de software, compreendidas ainda como softwares as páginas eletrônicas.

O rol, como visto, é imenso e fiz questão de transcrevê-lo para demonstrar o óbvio: *empresas de prestação de serviços, em regra, não podem ser incluídas no regime não-cumulativo*, pois não têm créditos representativos do PIS/COFINS para compensar. Não pertencem, ontologicamente, ao universo do regime não-cumulativo. No entanto, o legislador, equivocadamente, adotou um critério casuístico e empírico, cuja impropriedade é gritante e leva, necessariamente, a lacunas, tanto que o rol de empresas excluídas do regime não-cumulativo foi sendo acrescido pela legislação superveniente (Leis 10.865/04, 10.925/04, 11.051/04, 11.196/05 e 11.434/06), mas sempre pelo mesmo deficiente critério casuístico. Ou seja, o legislador, à medida em que ia se apercebendo das

insuficiências do sistema, acrescenta a ele novas exceções, sem, no entanto, esgotar as espécies que, ontologicamente, deveriam ficar fora do regime não-cumulativo.

7 - Esse foi não é exaustivo, nem pode sê-lo, porque o universo das empresas prestadoras de serviços é crescente e quase inesgotável (é, provavelmente, o setor da economia em maior crescimento) e o critério adotado pelo legislador leva, inevitavelmente, a lacunas de regulamentação. A hipótese é da chamada *lacuna oculta de regulamentação* que ocorre, no dizer de *Karl Larenz*, naqueles casos "em que se faz sentir a falta na lei duma 'ordenação de vigência negativa', portanto, duma regra restritiva. A lacuna não é aqui patente, mas está oculta, porque existe uma regra positiva dentro da qual cabe a situação de facto; falta todavia a esperada restrição da regra, que dela exceptua a situação" (em *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2ª ed., 1969, p. 434). Lacuna cujo suprimimento se faz por *redução teleológica*, "pelo aditamento da restrição postulada, de harmonia com o sentido da lei" (id., p. 451).

8-0 sentido da lei, já se viu, está em equalizar o tratamento tributário das empresas cujos produtos ou serviços são onerados pela incidência do PIS e/ou da COFINS, e daquelas que não sofrem tais ônus. O regime não-cumulativo é adequado para as primeiras, e deve o legislador editar a norma restritiva para que não se aplique às segundas. Se o fez de forma incompleta - por força do casuismo da regulamentação - surge a lacuna, que deve ser integrada pelo julgador, no caso concreto, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais

de direito (DL n° 4.657, de 04/09/42, "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", art. 4°). E a solução, aqui, é dar à empresa autora, enquanto empresa de prestação de serviços, o mesmo tratamento dado pela lei às outras prestadoras de serviços, excluindo-a do regime não-cumulativo do PIS e da COFINS. A exclusão diz respeito apenas às receitas da prestação de serviços, ressalva que faço porque a autora tem, em seu contrato social, também o comércio de produtos alimentícios não preparados, material de limpeza, de higiene, de escritório e de informática), sendo de aplicar, nessa hipótese os arts. 3°, § 7°, das leis ns. 10.637/2002 e 10.833/03.

Não se cuida, portanto, de negar aplicação à lei a pretexto de sua inconstitucionalidade, porque de inconstitucionalidade não se cogita, e sim de suprir a lacuna de regulamentação da lei. Mantida essa lacuna, dela resultaria, sem dúvida, tratamento anti-isonômico dessas empresas, que passariam a arcar, sem fundamento razoável, com desmedida carga tributária.

8 - Não encontro óbice a essa conclusão nas disposições das leis 10.637/02 e 10.833/03 que excluem do regime não-cumulativo as empresas que pagam o imposto de renda pelo lucro presumido ou arbitrado (art. 8°, II, Lei 10.637/02; art. 10, II, Lei 8.033/03). Como a autora está sujeita a regime do lucro real, pelo argumento a contrario ficaria sujeita ao sistema não-cumulativo do PIS e da COFINS. Trata-se, porém, de um falso argumento, em que o raciocínio a contrario não tem de cabível.

É necessário, primeiro, determinar o campo de aplicação dessas normas. Destinam-se elas a regular a situação de empresas que, por sua natureza, po-

*deriam estar no regime não cumulativo*, ou seja, as empresas cujo processo de produção de bens ou serviços gera créditos de PIS/COFINS, passíveis de compensação. Este é o universo de aplicação do regime não-cumulativo. Assim, se a empresa pertence naturalmente a esse universo, a norma legal pode excluí-la, desde que haja fundamento razoável. Mas se a ele não pertence, a norma legal excludente não lhe diz respeito. Ou seja, antes de se aplicar a norma excludente, deve-se indagar se a empresa estaria no âmbito da regra incluyente. Já se viu que a própria lei arrola uma série de empresas - quase todas prestadoras de serviços - que não se sujeitam ao regime não-cumulativo, *ainda que recolham o imposto de renda com base no lucro real*. Esse rol, também já acentuei, não é exaustivo, de modo que outras empresas, que não pertençam ontologicamente ao universo do regime não-cumulativo, nele não entrarão, ainda que recolham o imposto de renda pelo regime do lucro real.

Segundo, é necessário compreender a razão pela qual a lei exclui da tributação não-cumulativa as empresas que recolhem o imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado.

O regime do IR sobre o lucro presumido, aplicado, em regra, a empresas de modesto porte econômico, tem por fim simplificar a administração tributária, tanto para o sujeito passivo como para o Fisco. A mesma razão levou o legislador a excluí-las do regime não-cumulativo do PIS/COFINS, cuja complexidade traria inconvenientes para o próprio contribuinte. No entanto, o contribuinte não está obrigado a permanecer no regime do lucro presumido; poderá optar pelo regime do lucro real e, com isso,

também passar ao sistema do PIS/COFINS não-cumulativo, se lhe for mais conveniente.

O inverso não é verdadeiro: as empresas tributadas pelo Lucro Real *não podem* optar pelo regime do lucro presumido ou arbitrado. Se estivessem, automaticamente, vinculadas ao sistema não-cumulativo do PIS/COFINS, não teriam como dele sair, por mais que lhes fosse prejudicial.

Por outro lado, a adoção do raciocínio *a contrário* levará a situação de extrema quebra da isonomia. Empresas em tudo semelhantes estarão sujeitas ao regime cumulativo ou não cumulativo apenas em função de seu maior ou menor faturamento. Em se tratando de empresas prestadoras de serviços, com parcos créditos a compensar, evidente que essa diferença de tratamento será extremamente discriminatória. Isso, como bem afirmou a autora, leva a distorções da livre-concorrência: as empresas beneficiadas por uma menor carga tributária terão vantagens competitivas sobre suas concorrentes mais duramente tributadas.

Em síntese: a regra do inciso II do art. 8º da Lei 10.637/02, e do inciso II do art. 10 da Lei nº 10.833/03, é unidirecional: dela só se tira que as empresas, tributadas pelo imposto de renda pelo lucro presumido ou arbitrado, ficam no regime cumulativo; mas nada se tira quanto às tributadas pelo lucro real, cujo tratamento, quanto ao PIS/COFINS, dependerá de outras regras.

9 - A questão destes autos não é, portanto, de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das disposições legais questionadas, e sim de interpretação e integração do sistema normativo aplicável, que apresenta lacuna de

regulamentação, colmatável pela via da *redução teleológica*. E, por essa linha de argumentação concluo por dar parcial provimento à apelação para assegurar à autora o direito de prosseguir vinculada ao regime cumulativo de apuração do PIS e da COFINS, relativamente às suas receitas provindas da prestação de serviços, e de compensar os valores pagos indevidamente. Quanto à compensação, por brevidade, remeto ao voto do ilustre Relator, do qual nessa parte não divirjo.

Quanto aos honorários advocatícios, havendo no julgado preceito condenatório, na linha do entendimento desta Turma devem ser fixados em percentual sobre a condenação, e não sobre o valor da causa. Assim, atento aos parâmetros do art. 20, §4º, do CPC, tendo em conta o bem elabora trabalho desenvolvido pelos patronos da autora sobre questão jurídica nova e praticamente inédita, arbitro-os 10% (dez por cento) do valor da condenação, como se apurar em liquidação de sentença.

Voto, portanto, dando parcial provimento à apelação.

Des. Federal ANTÔNIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA

(Ementa publicada no DE de 26.04.2007).

CPMF. EC N. 42/2003. COBRANÇA NO PERÍODO DE JANEIRO A MARÇO DE 2004. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.70.00.010444-2/PR

RELATORA: Juíza Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH

APELANTE: SOC/RADIO EMISSORA PARANAENSE S/A e outros

ADVOGADO: Flavio Zanetti de Oliveira e outros

APELADO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes

#### RELATÓRIO

As autoras pretendem, em demanda pelo rito ordinário, seja reconhecida a ilegitimidade da incidência da CPMF sobre fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a março de 2004, bem como a condenação da União à devolução do que indevidamente cobrado, à alíquota de 0,38%, mediante compensação ou restituição por precatório. Subsidiariamente, caso subsistente a alíquota de 0,08% no período reclamado, pedem seja determinada a repetição, pelos mesmos modos antes requeridos, da diferença entre este percentual e a alíquota indevidamente exigida correspondente a 0,38%. Atribui-se à causa o valor de R\$ 447.257,01 (quatrocentos e quarenta e sete mil, duzentos e cinqüenta e sete reais e um centavo).

A sentença julgou improcedente o pedido e condenou cada um dos dez litisconsortes a suportarem honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), além de arcarem com as custas processuais.

Inconformada, apelou a autora. Sustentou que a incidência da CPMF, nos meses de janeiro a março de 2004, em face da edição da EC 42/03, desrespeitou a anterioridade nonagesimal prevista no § 6º do art. 195 da Constituição, nada sendo devido no período. Repetiu o pedido subsidiário. Mantida que seja a improcedência do pedido, requereu a

minoração dos honorários advocatícios fixados na sentença.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos. É o relatório.

#### VOTO

Da anterioridade nonagesimal

A EC 37/02, incluindo o art. 84 no ADCT, previu a cobrança da CPMF até 31 de dezembro de 2004, sendo que, no inciso II do § 3º desse dispositivo, fixou, para o exercício financeiro de 2004, a alíquota de 0,08% (oito centésimos por cento).

A controvérsia surgiu com a edição da EC 42, publicada em 31/12/2003, que, introduzindo o art. 90 no ADCT, estendeu a cobrança da CPMF até 31 de dezembro de 2007, fixando, no § 2º desse dispositivo, a alíquota de 0,38% (trinta e oito centésimos por cento).

Verifica-se que, para o ano de 2004, vigia norma (constitucional) prevendo a incidência da CPMF sob a alíquota de 0,08%, cuja eficácia estava subordinada ao transcurso do tempo. Portanto, a EC 42/03 modificou a situação legal dos contribuintes no ano de 2004, determinando a majoração da CPMF.

Em nada diversa seria a situação caso não houvesse tributo previsto para o ano de 2004, já que, havendo alíquota prevista (no caso, 0,08%), a lei que a majore deve respeitar a anterioridade, com mais razão se prorrogasse, pois, aí, a alíquota "prevista" seria de 0,0%. Se o contribuinte que estava ciente de que pagaria tributo a uma determinada alíquota está protegido pela anterioridade, tanto mais estaria aquele que estivesse ciente de que não pagaria o tributo no período seguinte. Assim, não identifico distinção entre a instituição ou majoração

e a prorrogação de um tributo. Todavia, mesmo admitida a prorrogação como distinta da instituição ou majoração, aquela inócua no caso, pois, como já referido, havia tributo previsto para o ano de 2004, tendo havido majoração pela EC 42/03.

Não havendo dispositivo na EC 42/03 que tenha determinado a exigência imediata da referida modificação tributária, a questão resume-se a determinar-lhe o termo inicial de eficácia. Incide, então, a restrição do § 6º do art. 195 da Constituição, à qual sujeita-se também a Emenda Constitucional que preveja incremento do ônus tributário. A uma, porquanto não foi afastada expressamente; a duas, porque tampouco seria viável que o fizesse, considerando-se que a anterioridade é limitação constitucional ao poder de tributar imposta pelo Poder Constituinte Originário e que não poderia, por isso, ser afastada pelo Poder Constituído quanto às hipóteses originariamente previstas.

Esta Turma já se posicionou nesse sentido, como se denota no seguinte precedente:

*CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO VIA PROCESSUAL ELEITA. CPMF. ALTERAÇÕES DA EC 42/2003. VIOLAÇÃO AOS ART. 150, III, b, E 195, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO.*

[...]

*A cobrança da CPMF pela alíquota majorada de 0,08% (estabelecida para o exercício financeiro de 2004 na EC 32/02) para 0,38% (estabelecida pela EC 42/03), depende do decurso do prazo de noventa dias a contar da publicação da EC 42/03, em observância à anterioridade nonagesimal mínima do art. 195, § 6º, da CF, que constitui garantia de conhecimento antecipado quanto*

*ao agravamento da carga tributária em matéria de contribuições de seguridade social. Só é devido o tributo, na alíquota majorada, portanto, a partir de 18 de março de 2004.*

*Não se aplicam ao caso os precedentes do STF que disseram da não submissão das prorrogações da CPMF à anterioridade, enfocando emendas constitucionais anteriores.*

*Neste caso, não se está discutindo a prorrogação da CPMF, até porque a EC 32/02 já previa sua cobrança no exercício financeiro de 2004. Discute-se, aqui, diferentemente, o aumento de alíquota de 0,08% para 0,38%. AMS nº 2005.70.00.024169-6/PR, Rei. Juiz Leandro Paulsen, unânime, DE 13/12/06.*

Portanto, publicada a emenda constitucional em 31/12/03, a alíquota majorada somente passou a ser exigível em 31/03/04 (após decorridos noventa dias da data da publicação, não se computando, assim, o dia da publicação).

Do percentual incidente na noventena

A EC 42/03, revogou, no art. 6º, o já referido inciso II do § 3º do art. 84 do ADCT, que previa a cobrança da CPMF pela alíquota de 0,08% para o ano de 2004, ao mesmo tempo em que o art. 3º determinou, com a inclusão do art. 90 do ADCT, a elevação da alíquota para 0,38o/o.

Alteração constitucional que buscou incrementar contribuição destinada à Seguridade Social certamente não consideraria a hipótese de ver suprimida a arrecadação no período imediatamente anterior, já que o pressuposto da majoração seria a insuficiência de recursos. Assim, a alíquota de 0,08% vigorou, como prevista na EC 37/02, de 01/01/04 até 30/03/04.

Repetição do indébito

Do que precede, constata-se que devem ser devolvidos os valores indevidamente retidos, resultantes da diferença entre a alíquota exigível na noventena (0,08%) e a extemporaneamente incidente (0,38%).

O tributo pago indevidamente deverá ser restituído pela via do precatório.

O contribuinte poderá, também, compensar tais valores, desde que, previamente, desista da restituição por precatório.

Após o trânsito em julgado, conforme determinado pelo art. 170-A do CTN, será admitida a compensação dos valores pagos indevidamente a título de CPMF com qualquer tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal, mediante entrega de declaração contendo as informações necessárias acerca dos créditos e débitos utilizados - processamento na forma do art. 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação da Lei nº 10.637/02. Os termos da compensação resultam da orientação de acórdão de minha relatoria na AMS nº 2005.71.00.043708-8, DJU 27/09/2006.

Correção monetária e juros moratórios

A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo (Súmula 162-STJ), até a sua efetiva restituição e/ou compensação. Para os respectivos cálculos, devem ser utilizados, unicamente, os indexadores instituídos por lei para corrigir débitos e/ou créditos de natureza tributária.

Os juros seguem a sistemática prevista no artigo 39, parágrafo 4º, da Lei 9.250/95. Por essa disposição legal, aplica-se a taxa SELIC sobre o indébito

tributário, a partir do mês de janeiro de 1996 (STJ, Rei. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 01.08.2000).

Tendo-se em conta que a SELIC abrange tanto a correção monetária quanto os juros, não pode ser aplicado cumulativamente com outros índices ou taxas (STJ, 1ª Turma, Rei. Min. José Delgado, DJU de 23.03.99).

Assim, considerando-se o período dos pagamentos indevidos (pós 1996), a atualização ocorrerá pela incidência apenas da SELIC.

Honorários Advocaticios e Custas Processuais

Tendo em vista que a controvérsia envolve essencialmente matéria de direito, o que simplificou a instrução da causa, o grau de zelo adequado à representação das partes, o pouco tempo decorrido desde o ajuizamento (04/2006), e, por outro lado, estando em disputa valores significativos, conforme estabelecido no § 3º do art. 20 do CPC, fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação. Considerando que foi reconhecida a procedência do pedido subsidiário, o qual representa uma sucumbência de cerca de 1/5 do pedido principal, já que deverá suportar, na noventena, o tributo sob a alíquota de 0,08% ao invés de 0,38%, dos honorários fixados caberão 4/5 ao autor e 1/5 ao réu, admitida a compensação, nos termos do art. 21 do CPC.

À responsabilidade pelas custas processuais aplica-se a distribuição acima definida.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao apelo para reconhecer a

incidência da CPMF, sob a alíquota de 0,08% de 01/01/04 até 30/03/04, e de 0,38% a partir de 31/03/04, nos termos da EC 42/03, bem como condenar a União a devolver o indébito, autorizada a escolha da compensação, nos termos da fundamentação.

Juiza Federal Luciane Amaral Corrêa Münch  
Relatora

APELAÇÃO CÍVEL Nº  
2006.70.00.010444-2/PR

RELATORA: Juíza Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH

APELANTE: SOC/ RADIO EMISSORA PARANAENSE S/A e outros

ADVOGADO: Flavio Zanetti de Oliveira e outros

APELADO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes  
EMENTA CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CPMF. EC 42/03. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. APLICABILIDADE.

1. A EC 42/03 modificou a situação jurídica dos contribuintes no ano de 2004, determinando a majoração da CPMF. Não havendo dispositivo na referida emenda que tenha determinado a exigência imediata da majoração, incide, então, a regra do § 6º do art. 195 da Constituição, à qual sujeitam-se também as emendas constitucionais que modifiquem tributos.

2. Portanto, publicada a emenda constitucional em 31/12/03, a alíquota majorada somente passou a ser exigível em 31/03/04.

3. Suprimida pela eficácia da revogação do inciso II do § 3º do art. 84 do ADCT, a alíquota de 0,08%, prevista para o ano de 2004, vigorou de 01/01/04 até 30/03/04.

4. Condenação da União à restituição do tributo pago indevidamente, resultante da diferença entre a alíquota exigível na noventa (0,08%) e a extemporaneamente exigida (0,38%), e admitida a compensação.

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 26 de junho de 2007.

Juíza Federal Luciane Amaral Corrêa

Münch

Relatora

(Ementa de acórdão publicada no DE de 18.07.2007).

#### DESPACHOS

PRAZO DECADENCIAL DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 46. LEI N. 8212/91. VIOLAÇÃO AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 534.856-3 (1302)

PROCED.: PARANÁ

RELATOR :MIN. EROS GRAU

RECTE.(S): UNIÃO

ADV. (A/S): PFN - LUIZ FERNANDO

JUCÁ FILHO

RECD0.(A/S): ZAMBERLÁN E CIA LTDA

DECISÃO: O Tribunal Regional Federal da 4ª Região declarou a inconstitucionalidade do preceito veiculado pelo art. 46 da Lei n. 8.212/91, que estabelece o prazo decadencial de 10 anos para a constituição do crédito relativo às

contribuições destinadas à seguridade social. Isso porque a disciplina dessa matéria deveria ter sido estabelecida mediante lei complementar, nos termos do disposto no art. 146, III, "b", da CB/88. Entendeu-se aplicável ao caso o prazo quinquenal — artigo 173 do Código Tributário Nacional.

3. Alega-se, no extraordinário, fundamentado no artigo 102, III, "b", da Constituição, violação do disposto no artigo 146, III, "b". Pleiteia-se ainda a declaração de constitucionalidade do disposto no artigo 46 da Lei n. 8.212/91.

4. O acórdão recorrido está em sintonia com a decisão do Plenário do Supremo, segundo o qual se aplicam as normas gerais da lei complementar [Código Tributário Nacional] às contribuições, especialmente no tocante à disciplina de temas relativos à obrigação, ao lançamento, ao crédito, à prescrição e à decadência tributários, nos termos do disposto no artigo 146, III, "b", da Constituição do Brasil [RREE ns. 138.284 e 396.266, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 28.8.92 e 27.2.04, respectivamente, e 146.733, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 6.11.92].

Nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTE

Publique-se.

Brasília, 26 de fevereiro de 2007.

Ministro Eros Grau

- Relator -

(Decisão publicada no DJU de 22.03.2007, p. 92).

ISS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VALOR QUE NÃO CORRESPONDE A FATURAMENTO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 2007.01.00.017041-3/DF

RELATOR(A): DESEMBARGADORA FEDERAL MARIADO CARMO CARDOSO  
 AGRAVANTE: TNL CONTAX S/A  
 ADVOGADO: LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA E OUTROS (AS)  
 AGRAVADO: FAZENDA NACIONAL  
 PROCURADOR: JOSÉ LUIZ GOMES ROLO  
 Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, pretende a agravante, TNL CONTAX S/A, ver reformada a decisão, proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação Declaratória 2007.34.00.012517-1, indeferiu o pedido de antecipação de tutela, formulado no sentido de que fosse autorizada a não inclusão do ISS na base de cálculo das parcelas futuras da COFINS e do PIS, suspendendo-se a exigibilidade dos respectivos créditos tributários, nos termos do artigo, 151, TV, do CTN. Alega a agravante que os valores, por ela recebidos, sob a rubrica de prestação de serviços submetida ao ISS que equivalem, em sua integralidade, a terceira propriamente dita, vistos que são compostos, também do imposto municipal que é receita do ente federativo competente, *in casu*, o município do Rio de Janeiro e de outros municípios onde esta tem estabelecimento.

Afirma, ainda, que o *periculum in mora* reside principalmente no fato de ter que desembolsar valor maior de que daquele efetivamente devido a título de PIS e COFINS, caso o Poder Judiciário não pronuncie sobre a suspensão de sua exigibilidade; ou seja, consiste na ameaça de ter que se submeter ao pagamento de exações manifestamente indevidas para depois, se obtido êxito na lide, ter que pleitear a sua repetição.

Requer, assim, a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para, reformando a decisão agravada, seja autorizada a não incluir o ISS na base de cálculo das parcelas futuras do PIS e da COFINS, suspendendo-se a exigibilidade dos respectivos créditos tributários.

Este agravo, protocolizado em 11/05/07, veio-me concluído em 14/05/2007.

Decido.

Em razão do evidente *periculum in mora* recebo o agravo como de instrumento, nos termos na redução dada ao art. 522, do CPC, pela Lei 11.187/2005. Em exame perfunctório, verifico plausibilidade jurídica nas alegações da agravante.

Constato *ofimms boni iuris* no fato de o Supremo Tribunal Federal ter reiniciado o julgamento do Recurso Extraordinário 240.785/MG, que trata da constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

Segundo o informativo 437, daquela Corte, o Ministro Marco Aurélio, relator, deu provimento, ao recurso, entendendo estar configurada violação do art. 195, I, da CF. Acompanham o relator os Ministros: Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

O Ministro Eros Grau, em divergência, negou ao recurso por considerar que o montante do ICMS integra a base de cálculo da COFINS, eis que está incluído no faturamento, haja vista que é imposto indireto que se agrega ao preço da mercadoria.

A existência dos votos favoráveis à tese da agravante, ao menos até a conclusão daquele julgamento, revelava-se suficiente para conferir plausibilidade

jurídica à pretensão em sede de agravo, no ponto que concerne à suspensão da exigibilidade da cobrança das contribuições, PIS e COFINS, com a base de cálculo agravada com a inclusão do ICMS.

De outra ponta, é indiscutível a situação configuradora do *periculum in mora*, uma vez que o desequilíbrio financeiro da agravante com o pagamento do tributo, nos termos em que lhe é cobrado, redundando em grave risco as suas atividades operacionais e deixando de efetuar o recolhimento será autuada e disso resultará em penalidades, implicando, inclusive, no seu direito de obtenção de Certidões Negativas de Débitos e inscrição do CADIN.

Dessa forma, entendendo o raciocínio implicado à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e c/a COFINS, também, é cabível para excluir o ISS.

Diante dessa moldura fática, em que o Supremo Tribunal Federal sinaliza pela declaração de violação o art. 195, I, da Constituição Federal, ao fundamento de que a base de cálculo da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou prestação de serviços e não sobre o ISS, que constitui ônus fiscal e não faturamento, defiro a antecipação da tutela recursal, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário vincendos do PIS e da COFINS, que incluam em sua base de cálculo o ISS, até o julgamento desse agravo pelo colegiado.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo *a quo*, para dar imediato cumprimento a essa decisão.

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

Publique-se, Intime-se

Brasília/DF, 16 de maio de 2007

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso  
Relatora

(Despacho publicado no DJU II de 22/05/2007, p. 91).

DECLARAÇÃO DE DÉBITO EM DIPJ.  
INSCRIÇÃO DE DÉBITO EM DÍVIDA ATIVA. APRESENTAÇÃO DE DIPJ RETIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO ANTES DA ANÁLISE DA DIPJ RETIFICADORA.

PROC.: 2007.03.00.040996-4 AG  
299388

ORIG.: 200761000070265 10 Vr SAO PAULO/SP

AGRTE: DRAGADOS INTERNATIONAL DE PIPELINES DAIP S/A DO BRASIL

ADV: RICARDO LACAZ MARTINS

AGRD0: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX e SÉRGIO AUGUSTO G P SOUZA

ORIGEM: JUIZO FEDERAL DA 10 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

RELATOR: DES. FED. REGINA COSTA/ SEXTA TURMA

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por DRAGADOS INTERNATIONAL DE PIPELINES DAIP S/A. DO BRASIL, contra a decisão proferida pelo MM. Juízo a quo, que nos autos de ação ordinária, indeferiu o pedido de antecipação de tutela visando a suspensão do crédito tributário oriundo da lavratura do auto de infração em 18.10.04, inscrito em dívida ativa sob o n. 80.2.06.092520-28, referente à multa por atraso na entrega de Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ.

Sustenta, em síntese, a inexigibilidade da multa referente ao auto de infração n. 35574081-8, lavrado em 18.10.04 no

valor de R\$ 25.938,90 (vinte e cinco mil, novecentos e trinta e oito reais e noventa centavos), em razão de denúncia espontânea, uma vez que apresentou a DIPJ, relativa ao ano-calendário de 1998, exercício 1999, em 18.08.03, logo após ter percebido tal fato e antes de qualquer notificação da Agravada.

Aduz que o instituto da denúncia espontânea previsto no art. 138, do Código Tributário Nacional, não se aplica apenas à obrigação principal, mas também às obrigações acessórias.

Argumenta, outrossim, que caso não se admita a exclusão da multa em razão da denúncia espontânea, deve ser considerada para fins de sua base de cálculo, a declaração retificadora apresentada em 16.09.04, na qual restou evidenciado o prejuízo acumulado de R\$ 1.025.000,09 (um milhão, vinte e cinco mil reais e nove centavos), cujo valor originário da multa seria de R\$ 414,35 (quatrocentos e quatorze reais e trinta e cinco centavos), nos termos do art. 88, inciso II, alínea "b", da Lei n.8.981/95.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal a fim de suspender a exigibilidade da multa referente ao auto de infração n. 35574081-8, inscrita e dividida ativa sob o n. 80.2.06.092520-28.

Feito breve relato, decidido.

Consoante o disposto no art. 522, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei n. 11.187, de 19 de outubro de 2005, "das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento".

Outrossim, o inciso II do art. 527 ora estatui que o Relator "converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa".

Da análise dos aludidos dispositivos, colhe-se facilmente que, diante de tal disciplina, a interposição do agravo, na forma retida, tornou-se o padrão desse recurso, sendo admitida por instrumento tão somente nas hipóteses expressamente mencionadas.

No presente recurso, é de se admitir sua interposição por instrumento, em razão de tratar-se de possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação.

Assim sendo, passo a apreciar o pedido de concessão de efeito suspensivo ativo.

Nos termos do art. 558, do Código de Processo Civil, para a suspensão do cumprimento da decisão agravada, tal como autoriza o art. 527, inciso III, do mesmo diploma legal, é necessário que, diante da relevância da fundamentação apresentada pelo recorrente, haja evidências de que tal decisão possa resultar-lhe lesão grave e de difícil reparação.

Neste juízo de cognição sumária, verifico a presença dos pressupostos legais necessários à suspensão dos efeitos da decisão agravada.

Consoante o disposto no art. 138, do Código Tributário Nacional, a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento dos tributos devidos e dos juros de mora.

O instituto da denúncia espontânea constitui um favor legal, beneficiando o contribuinte que, voluntariamente e antes de qualquer procedimento fiscal, efetua o pagamento do tributo no prazo oportuno.

Com efeito, a meu ver, tal benefício não alcança a multa relativa ao descumprimento ou atraso no cumprimento de obrigações acessórias - no caso, multa aplicada por atraso na apresentação da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, referente ao ano-calendário 1998 - de maneira que não assiste razão à Agravante no tocante a esse aspecto.

Nesse sentido, registro julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO. ENTREGA COM ATRASO DA DECLARAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES E TRIBUTOS FEDERAIS - DCTF. MULTA MORATÓRIA. CABIMENTO.

1. É assente no STJ que a entidade “denúncia espontânea” não alberga a prática de ato puramente formal do contribuinte de entregar, com atraso, a Declaração de Contribuições e Tributos Federais - DCTF. As responsabilidades acessórias autônomas, sem qualquer vínculo direto com a existência do fato gerador do tributo, não estão alcançadas pelo art. 138, do CTN.

2. É cabível a aplicação de multa pelo atraso ou falta de apresentação da DCTF, uma vez que se trata de obrigação acessória autônoma, sem qualquer laço com os efeitos de possível fato gerador de tributo, exercendo a Administração Pública, nesses casos, o poder de polícia que lhe é atribuído.

3. A entrega da DCTF fora do prazo previsto em lei constitui infração formal, não podendo ser considerada como infração de natureza tributária. Do

contrário, estar-se-ia admitindo e incentivando o não pagamento de tributos no prazo determinado, já que ausente qualquer punição pecuniária para o contribuinte faltoso.

4. Agravo regimental desprovido.” (STJ - 1ª T., AGA 490441/PR, Rei. Min. Luiz Fux, j. em 18.05.04, DJ 21.06.04, p. 164, destaca meu).

De outro lado, observo que o auto de infração impugnado foi lavrado em 18.10.04, no valor de R\$ 25.938,90 (vinte e cinco mil, novecentos e trinta e oito reais e noventa centavos) (fl. 121), utilizando, como base de cálculo, o valor do imposto devido apurado na DIPJ apresentada em 18.08.03 (fl. 49/78), sem levar em consideração a DIPJ retificadora enviada em 16.09.04 (fl. 80/119).

Nesse contexto, ao menos numa primeira análise, revela-se cabível a suspensão da exigibilidade do crédito em questão. A par da verossimilhança do alegado direito, vislumbro fundado receio de dano de difícil reparação, traduzido no fato de a Agravante vir a sofrer restrição indevida em seu patrimônio, decorrente da cobrança de valor possivelmente superior ao efetivamente devido.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE O EFEITO SUSPENSIVO ATIVO, para o fim de suspender a exigibilidade da multa referente ao auto de infração n. 35574081-8, inscrita em dívida ativa sob o n. 80.2.06.092520-28, até a apresentação da declaração retificadora apresentada em 16.09.04.

Intime-se a Agravada (o), nos termos do art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Comunique-se MM. Juízo a quo, via e-mail.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de junho de 2007.

REGINA HELENA COSTA

DESEMBARGADORA FEDERAL RELATORA

(Despacho publicado no DJU II de 10.07.2007, p. 554).

COFINS. AFASTAMENTO DA LEI N. 9718/98. APLICAÇÃO DA LC 70/91. EXCLUSÃO DA RECEITA DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS DA BASE DE CÁLCULO.

RECLAMAÇÃO 5.129-3 (871)

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCEN

RECLTE(S): ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES WALTER TORRE JÚNIOR LTDA

ADV. (A/S): WALTER CARLOS CARDOSO HENRIQUE E OUTRO(A/S)

RECLDO.(A/S): SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL (PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 19515.002060/2006-99)

INTD0.(A/S) : UNIÃO

ADV. (A/S): PFN - SOLENI SÔNIA TOZZE E OUTRO(A/S)

DECISÃO: A reclamante alega que a Secretaria da Receita Federal estaria descumprindo cautelar deferida na AC 1.282 pela em. Ministra Ellen Gracie (RISTF, art. 13, VIII), que atribuiu “efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto do acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos do Processo 1999.61.00.044082-3 (MAS 234264), exclusivamente quanto à ampliação da base de incidência promovida pelo artigo 3º, Parágrafo 1º, da Lei 9.718/98”.

Ao prestar informações, a Secretaria da Receita Federal sustenta que:

“O pedido formulado pelo impetrante no Mandado de Segurança nº

1999.61.00.0044082-3 foi no sentido de afastar as alterações na base de cálculo e alíquota da COFINS e PIS promovidas pela Lei nº 9.718/1998. Em nenhum momento faz menção à questão da incidência dessas contribuições sobre as receitas provenientes de aluguéis, taxa de administração e vendas de bens imóveis.

(...)

Consta da autuação a seguinte observação ‘não foram levadas em consideração receitas que ampliaram a base de cálculo promovidas pelo artigo 3º, parágrafo 1º da lei nº 9.718/98, em virtude da empresa possuir liminar em mandado de segurança (1999.61.00.0044082-3), tais receitas foram objeto de AUTO DE INFRAÇÃO COM COBRANÇA DISPENSADA, a alíquota utilizada para apurar o valor devido foi de 3%’.

A controvérsia a respeito da incidência das contribuições sobre as receitas provenientes de aluguéis, taxa de administração e vendas de bens imóveis não diz respeito ao processo judicial em tela.

Ademais, tratar-se-ia de debate a respeito da subsunção dos fatos às normas contidas na Lei Complementar nº 70/1991, matéria de índole infraconstitucional, estranha à competência do Supremo Tribunal Federal.”

Decido.

Integram o objeto social da reclamante:

- a) administração de imóveis de terceiros;
- b) participação em outras empresas como quotistas ou acionistas;
- c) locação de bens móveis;
- d) importação e exportação de aeronaves, veículos, eletrodomésticos, motores, peças e acessórios, máquinas e equipamentos para construção civil relacionados à fabricação de telhas e pisos de alta resistência;

e) *administração e locação de bens próprios, desde que não seja mediante operação de leasing.*”

Conforme as informações da Secretaria da Receita Federal, foram atuadas as receitas provenientes de alugueis, taxas de administração e venda de bens imóveis, ou seja, os itens a, c, d e e do objeto social da reclamante.

Por sua vez, sustenta a reclamante que a exigência das contribuições sociais sobre as operações compreendidas nos itens cee afrontariam a autoridade da decisão cautelar invocada.

No julgamento dos RREE 346.084, limar; 357.950, 358.273 e 390.840, M. Aurélio, Pleno, 09.11.2005, fundamento da cautelar deferida, ficou assentado que:

*"A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada."*

Ora, diversamente do que pretende a Receita Federal, a conceituação do que constitua *"venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços"*, a fim de demarcar o conceito de *"receita bruta"* ou *"faturamento"*, conforme firmado na jurisprudência do Tribunal, antes da EC 20/98, não é questão infraconstitucional.

Conforme acentuei, em controvérsia acerca da incidência do ICMS ou do ISS

sobre operações concernentes a programas de computadores (software) - RE 176.626, 1ª T, 10.11.98, Pertence, RJ 168/305:

*"Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário."*

O mesmo entendimento foi reafirmado a propósito das operações com filmes em vídeo K-7, no RE 191.454, 1ª T, 08.06.99, Pertence, DJ 06.08.99.

De sua vez, raciocínio similar foi trilhado na decisão plenária do RE 116.121, 11.10.00, red. Marco Aurélio - quando se assentou a não incidência do ISS sobre a locação de bens móveis - RTJ 178/1265:

*"Imposto sobre Serviços - Contrato de locação. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional."*

Desse modo, não é preciso adentrar a interpretação da LC 70/91 para concluir que nem a locação de bens móveis (item c), nem a administração e locação de bens próprios (item e) concretizam *"venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços"* e, portanto, que são operações não compreendidas, no período anterior à EC 20/98, no âm-

bito constitucional de incidência possível das contribuições questionadas.

Evidenciado o descumprimento da liminar concedida por este Tribunal, julgo procedente a reclamação (R1STF, art. 161, par. Único) para determinar que o reclamado se abstenha de incluir na base de cálculo da COFINS e do PIS as receitas provenientes dos aluguéis e da administração de bens próprios da reclamante.

Comunique-se.

Brasília, 29 de junho de 2007.

Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator

(Despacho publicado no DJU de 01.08.2007, p. 122).

COFINS. AFASTAMENTO DA LEI N. 9718/98. APLICAÇÃO DA LC 70/91. EXCLUSÃO DA RECEITA DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS DA BASE DE CÁLCULO.

[EMB.DECL.NO](#) RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.282-1

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE  
EMBE.(S): TRIMAK ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA

ADV.(A/S): LUIZ OTÁVIO PINHEIRO  
BITTENCOURT E OUTRO(A/S)

EMBD0.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - TATIANA P.F. WAJNBERG

DECISÃO: Embargos de declaração de decisão pela qual dei parcial provimento ao recurso extraordinário para, nos termos do julgamento proferido nos RREE 346.084, limar; 357.950, 358.273 e 390.840, M. Aurélio, Pleno, 9.11.2005, declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da L. 9.718/98.

Alega a embargante, em síntese, omissão quanto à incidência da contribuição

ao PIS sobre receitas provenientes de locação de bens móveis.

Decido.

No julgamento dos RREE 346.084, limar; 357.950, 358.273 e 390.840, M. Aurélio, Pleno, 09.11.2005, ficou assentado que:

*“A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.”*

Desse modo, bastava a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da L. 9.718/98 para que fosse excluída da base de cálculo do PIS a receita proveniente da locação de bens, na linha do que se decidiu no julgamento do RE 116.121, Pleno, 11.10.00, red. Marco Aurélio - quando se assentou a não incidência do ISS sobre a locação de bens móveis - RTJ 178/1265:

*“Imposto sobre Serviços - Contrato de locação. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafas-*

tável - artigo 110 do Código Tributário Nacional. ”

Desse modo, a locação de bens móveis não concretiza “venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços” e, portanto, é operação não compreendida, no período anterior à EC 20/98, no âmbito constitucional de incidência possível das contribuições questionadas.

Acolho os embargos de declaração para suprir a omissão suscitada.

Brasília, 1º de agosto de 2007.

Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator  
(Despacho publicado no DJU de 09.08.2007, p. 110).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRESCRIÇÃO DECENAL. VIOLAÇÃO AO ART. 146, INCISO III, DA CF/88.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 517.251-1  
PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR :MIN. EROS GRAU  
RECTE.(S): UNIÃO

ADV. (A/S): PFN - CÍNTIA LACROIX  
FARINA

RECDO.(A/S): JORGE ADÃO LEAL DA  
COSTA - ME

ADV. (A/S): FERNANDO ARNDT E  
OUTRO(A/S)

DECISÃO: O TRF da 4ª Região declarou a inconstitucionalidade do preceito veiculado pelo art. 46 da Lei n. 8.212/91, que estabelece o prazo prescricional de 10 anos para a cobrança de contribuições destinadas à seguridade social. Isso porque a disciplina dessa matéria deveria ter sido estabelecida mediante lei complementar, nos termos do disposto no art. 146, III, “b”, da CB/88. Entendeu-se aplicável ao caso o prazo

qüinqüenal — artigo 174 do Código Tributário Nacional.

2. A União interpôs recurso extraordinário, com fundamento no artigo 102, III, “b”, da Constituição, em que postula a declaração de constitucionalidade do disposto no artigo 46 da Lei n. 8.212/91.

3. O acórdão recorrido está em sintonia com a orientação do Plenário do Supremo, segundo o qual se aplicam as normas gerais da lei complementar [Código Tributário Nacional] às contribuições, especialmente no tocante à disciplina de temas relativos à obrigação, ao lançamento, ao crédito, à prescrição e à decadência tributários, nos termos do disposto no artigo 146, III, “b”, da Constituição do Brasil [RE n. 138.284 e RE n. 396.266, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 28.8.92 e de 27.2.04, respectivamente, e RE n. 146.733, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 6.11.92].

Nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTE  
Publique-se.

Brasília, 11 de junho de 2007.

Ministro Eros Grau  
Relator

(Despacho publicado no DJU de 09.08.2007, p. 130).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRESCRIÇÃO DECENAL. VIOLAÇÃO AO ART. 146, INCISO III, DA CF/88. PRECEDENTES DO STF.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 542.909-1  
PROCED.: SANTA CATARINA

RELATOR:MIN. MARCO AURÉLIO  
RECTE.(S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV. (A/S): CAMILA BOFF MAGERO  
RECDO.(A/S): COMERCIAL DE ALIMEN-  
TOS PORTO FILHO LTDA  
DECISÃO

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PRAZO  
PRESCRICIONAL - REGÊNCIA - ARTIGO  
46 DA LEI Nº 8.212/91 - DECLARAÇÃO  
DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA  
CORTE DE ORIGEM - HARMONIA COM  
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRECE-  
DENTES - RECURSO EXTRAORDINÁ-  
RIO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

1. Afasto o sobrestamento anteriormen-  
te determinado.

2. Na espécie, discute-se a constitucio-  
nalidade do artigo 46 da Lei nº 8.212/91,  
no que introduziu prazo prescricional de  
dez anos para a cobrança de créditos da  
Seguridade Social. A Corte de origem,  
com base em precedente do órgão espe-  
cial do Tribunal, concluiu pela desar-  
monia do referido dispositivo legal com  
a Carta, ante a circunstância de não ter  
sido veiculado por lei complementar.

3. No julgamento do Recurso Extra-  
ordinário nº 138.284-8/CE, decidido à  
unanimidade de votos pelo Plenário em  
1º de julho de 1992, o ministro Carlos  
Velloso, relator, quanto à natureza da  
norma para a disciplina do instituto da  
prescrição consideradas as contribui-  
ções sociais, expressamente consignou:  
[...]

Todas as contribuições, sem exceção, su-  
jeitam-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 contribui-  
ções exige lei complementar: porque  
não são impostos, não há a exigência  
no sentido de que os seus fatos gera-  
dores, 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 pró-  
prios da lei complementar de normas  
gerais (art. 146, III, “b”). Quer dizer, os  
prazos de decadência e de prescrição  
inscritos na lei complementar de nor-  
mas gerais (CTN) são aplicáveis, agora,  
por expressa previsão constitucional, às  
contribuições parafiscais (C.F., art. 146,  
III, b; art. 149).

[...]  
Esse entendimento veio a ser novamen-  
te ressaltado pelo Plenário, quando do  
julgamento do Recurso Extraordinário  
nº 396.266-3/SC, também relator o mi-  
nistro Carlos Velloso, cujo acórdão foi  
publicado no Diário da Justiça de 27 de  
fevereiro de 2004. Assim restou assen-  
tado:

[...]  
As contribuições do art. 149 da C.F., de  
regra, podem ser instituídas por lei or-  
dinária. Por não serem impostos, não há  
necessidade de que a lei complementar  
defina o seu fato gerador, base de cálcu-  
lo e contribuintes (C.F., art. 146, III, a).  
No mais, estão sujeitas às regras das alí-  
neas b e c do inciso III do art. 146, C.F.  
Assim, decidimos, por mais de uma vez,  
como, v.g., RE 138.284/CE por mim re-  
latado (RTJ 143/313), e RE 146.733/SP,  
Relator o Ministro Moreira Alves (RTJ  
143/684).

[...]  
Realmente, descabe concluir de forma  
diversa. Confirmam, numa visão equidís-  
tante, o que está preceituado no artigo  
146, inciso III, alínea “b”, do Diploma  
Maior:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[..]  
III - estabelecer normas gerais em ma-  
téria de legislação tributária, especial-  
mente sobre:

[...] obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

[...]

4. Ante o quadro, nego seguimento ao extraordinário.

5. Publiquem.

Brasília, 21 de junho de 2007.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator

(Despacho publicado no DJU de 09.08.2007, p. 140).

EMENTAS

EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. IMUNIDADE DAS EXPORTAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. TRATAMENTO DIFERENCIADO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2005.72.06.000098-7/SC

RELATOR: Des. Federal VILSON DARÓS  
APELANTE: INDUPINUS IND. E COM. DE PINUS LTDA.

ADVOGADO: Rubio Eduardo Geissmann e outro

APELADO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes

EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. IMUNIDADE NAS EXPORTAÇÕES - IPI, COFINS, PIS, CSLL. IMPOSSIBILIDADE.

A adesão ao Sistema é facultativa e, uma vez admitida, sujeita o contribuinte ao regime tributário imposto. Inexiste, portanto, direito líquido e certo de o contribuinte valer-se do regramento tão-somente para alguns tributos, deixando de obedecê-lo nos pontos que entenda abrangido por benefício fiscal mais vantajoso, sob pena de se subverter o desiderato legislativo consubstan-

ciado na Lei nº 9.317/96 (que visou a um grupo diferenciado de contribuintes, nos exatos termos do art. 179 da Constituição Federal de 1988), inventando um sistema “misto”.

O impedimento de os contribuintes gozarem imunidades de tributos arrecadados de forma simplificada não ofende e nem limita as normas constitucionais imunizatórias.

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 ao apelo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 13 de dezembro de 2006.

Desembargador Federal VILSON DARÓS

Relator

(Ementa disponibilizada no DE de 14.02.2007).

IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. CESSÃO DE TALÃO DE CHEQUES PARA USO DE TERCEIROS. ‘LARANJA’. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. DEVER DA FISCALIZAÇÃO DE ENCONTRAR OS TITULARES DOS RECURSOS FINANCEIROS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.02.002190-9/PR

RELATOR: Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK

APELANTE: LUIS MARTINS DE ASSIS

ADVOGADO: Carlos Erminio Allievi e outro

APELADO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes

EMENTA

ACÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA INCOMPATÍVEL COM A RENDA. NÃO-COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. QUESTÃO DE PROVA. ATIVIDADE DE "LARANJA". ERRO NA ELEIÇÃO DO SUJEIRO PASSIVO. DESCONSTITUIÇÃO DO LANÇAMENTO.

1. O processo administrativo-fiscal que deu origem ao lançamento foi instaurado em virtude da existência de movimentação financeira totalmente incompatível com a renda do ora apelante.

2. Verificado que o demandante teria atuado nas operações na condição de "laranja" - situação infelizmente comum nas regiões fronteiriças ao Paraguai - o só fato de não terem sido localizadas as pessoas apontadas pelo apelante como sendo os verdadeiros proprietários dos valores movimentados não autoriza a cobrança dos tributos contra o titular das contas. Além disso, a fiscalização não despendeu todos os esforços possíveis a fim de encontrar os supostos responsáveis pelas operações.

3. De igual modo, não se pode exigir de alguém que age nessa condição a capacidade de comprovar "por meio hábil e idôneo" a origem dos recursos que transitaram em sua conta-corrente.

4. A despeito das irregularidades apontadas - o apelante aderiu voluntariamente à proposta de abertura e movimentação de contas em favor dos criminosos - sob o prisma estritamente tributário o crédito constituído pela União não pode ser exigido do apelante, por não constituir renda própria.

5. Apelação provida para desconstituir o lançamento ante a existência de erro na eleição do sujeito passivo da respectiva obrigação.

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, dar provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2007.

Des. Federal Joel Ilan Paciornik

Relator

(Ementa publicada no DE de 28.02.2007).

ART. 19 DA LEI N. 8870/94. DEPÓSITO PRÉVIO INTEGRAL DE DÉBITO PREVIDENCIÁRIO COMO CONDIÇÃO DE ACÇÃO ANULATÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.074-3

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR :MIN. EROS GRAU

REQTE.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

ADV.: JOSE JADIR DOS SANTOS E OUTROS

REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade do *caput* do artigo 19 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Falou pela requerente a Dra. Sílvia Lorena. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 28.03.2007.

EMENTA: ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 19, *CAPUT*,

DA LEI FEDERAL N. 8.870/94. DISCUSSÃO JUDICIAL DE DÉBITO PARA COM O INSS. DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR MONETARIAMENTE CORRIGIDO E ACRESCIDO DE MULTA E JUROS. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(Ementa publicada no DJU de 25/05/2007, p. 63).

IMPOSTO DE RENDA. CRÉDITO CONTÁBIL. RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR. AUSÊNCIA DE DISPONIBILIDADE ECONÔMICA.

Processo nº: 13808.005907/2001-19

Recurso nº:150.143

Matéria: IRF - Ano(s): 1997

Recorrente: J.P.O. EXPORTAÇÃO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.

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

Sessão de: 24 DE JANEIRO DE 2007

Acórdão nº: 106-16.071

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. CRÉDITO CONTÁBIL. RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR. FATO GERADOR - Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, por fonte situada no país. O registro contábil do crédito não caracteriza disponibilidade econômica ou jurídica dos rendimentos.

Recurso provido.

Por maioria de votos, DAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro José Ribamar Barros Penha.

JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA

Presidente

SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRUTO

Relatora

(Ementa publicada no DOU I de 28.05.2007, p.24).

PIS E COFINS. LEI N. 9718/98. INADIMPLÊNCIA. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE.

RECURSO ESPECIAL Nº 751.368 - SC (2005/0081971-0)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE: COMPANHIA HERING

ADVOGADO: JOÃO JOAQUIM MARTINELLI E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: MARIO O. VAZ E OUTRO(S)

Ementa

TRIBUTÁRIO. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. ARTIGO «8º, § 2º, I, DA LEI 9.718/98. HIGIDEZ CONSTITUCIONAL RECONHECIDA PELO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO. EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. "VENDAS INADIMPLIDAS". ALEGADA EQUIPARAÇÃO COM "VENDAS CANCELADAS". ANALOGIA/EQUIDADE. INAPLICABILIDADE. ARTIGOS 111 E 118, DO CTN. OBSERVÂNCIA.

1. A base de cálculo da COFINS e do PIS restou analisada pelo Eg. STF que, na sessão plenária ocorrida em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS,

358.273/RS, 390840/MG, todos da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e n.º 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, consolidou o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98, o que implicou na concepção da receita bruta ou faturamento como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa.

2. Conseqüentemente, as deduções da base de cálculo das contribuições em tela, elencadas no § 2º, do mesmo artigo, tiveram sua higidez mantida, merecendo destaque, para deslinde da presente controvérsia, as exclusões insertas em seu inciso I:

*“§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:*

*I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;”*

3. Insurgência especial que pugna pela exclusão, da base de cálculo da COFINS e do PIS, dos valores relativos a “vendas a prazo” que, embora faturados, não ingressaram efetivamente no caixa da empresa, devido à inadimplência dos compradores.

4. Entrementes, o inadimplemento do comprador não equivale ao cancela-

mento da compra e venda, no qual ocorre o desfazimento do negócio jurídico, denotando a ausência de receita e, conseqüente, intributabilidade da operação.

5. Isto porque o cancelamento da venda caracteriza-se pela devolução da mercadoria vendida ante a rescisão ou resilição do negócio jurídico, em virtude da inadimplência do comprador ou sua desistência ou de ambos os contratantes, entre outros motivos, implicando na anulação dos valores registrados como receita de vendas e serviços.

6. Por outro lado, muito embora possa a inadimplência resultar no cancelamento da venda e conseqüente devolução da mercadoria, a “venda inadimplida”, caso não seja efetivamente cancelada, importa em crédito a favor do vendedor, oponível ao comprador, subsistindo o fato imponible das contribuições em comento, vale dizer, o faturamento, que se configura quando a pessoa jurídica realiza uma operação e apura o valor desta como faturado.

7. Ademais, o posterior inadimplemento de venda a prazo não constitui condição resolutiva da hipótese de incidência das exações em tela, uma vez que o Sistema Tributário Nacional estabeleceu o regime financeiro de competência como a regra geral para apuração dos resultados da gestão patrimonial das empresas. Mediante o aludido regime financeiro, o registro dos fatos contábeis é realizado a partir de seu comprometimento e não do efetivo desembolso ou ingresso da receita correspondente.

8. Os pactos privados não influem na relação tributária, pela sua finalidade plurissubjetiva de satisfação das necessidades coletivas, não sendo lícito ao contribuinte repassar o ônus da inadim-

plência de outrem ao Fisco. É nesse sentido que o artigo 118 dispõe:

*“Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:*

*I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;*

*II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.”*

9. Outrossim, a exclusão das reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda da base de cálculo do PIS e da COFINS, ex vi do inciso II, do § 2º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98, corrobora o entendimento de que as “vendas inadimplidas” não se encontram albergadas na expressão “vendas canceladas”, não podendo, por analogia, implicar em exclusão do crédito tributário, tanto mais que a isso equivaleria afrontar o artigo 111, do CTN, *verbis*:

*“Art. 111. Interpreta-se literal mente a legislação tributária que disponha sobre:*

*I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;*

*II - outorga de isenção;*

*III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.”*

10. A analogia não pode implicar a exclusão do crédito tributário, porquanto criação ou extinção de tributo pertencem ao campo da legalidade.

11. No plano pós-positivista da Justiça Tributária, muito embora receita inadimplida economicamente não devesse propiciar tributo, é cediço que o emprego da equidade não pode dispensar o pagamento do tributo devido (§ 2º, do artigo 108, do CTN).

12. Abalizada doutrina tributarista define a equidade como a “*aplica-*

*ção dos princípios derivados da idéia de justiça (capacidade contributiva e custo/benefício) ao caso concreto”,* não se podendo, entretanto, confundir a equidade com instrumento de “correção do Direito” ou de interpretação e suavização de penalidades fiscais: *“O equitativo e o justo têm a mesma natureza. A diferença está em que o equitativo, sendo justo, não é o justo legal. A lei, pelo seu caráter de generalidade, não prevê todos os casos singulares a que se aplica; a falta não reside nem na lei nem no legislador que a dita, senão que decorre da própria natureza das coisas. A equidade, ainda segundo Aristóteles, autoriza a preencher a omissão com o que teria dito o legislador se ele tivesse conhecido o caso em questão.”* (Ricardo Lobo Torres, in Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário, 4ª ed., Editora Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006, págs. 115/116).

13. Destarte, a opção legislativa em não inserir as “vendas inadimplidas” entre as hipóteses de exclusão do crédito tributário atinente ao PIS e à COFINS não pode ser dirimida pelo intérprete, mesmo que a pretexto de aplicação do princípio da capacidade contributiva, notadamente em virtude da ausência de perfeita similaridade entre os eventos econômicos confrontados.

14. A violação eventual dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva encerram questões constitucionais insindicáveis pelo Eg. STJ.

15. Recurso especial a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimida-

de, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. (Ementa publicada no DJU de 30.05.2007, p. 338).

CPMF. CONVERSÃO DE CRÉDITOS ESTRANGEIROS EM INVESTIMENTO DIRETO. CIRCULAR-BACEN N° 2997/2000. INCIDÊNCIA.

RECURSO ESPECIAL N° 796.888 - PR (2005/0188031-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE: PEGUFORM DO BRASIL LTDA

ADVOGADO: MONROE FABRÍCIO OLSEN E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: MARIA DA GRAÇA HAHN E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CPMF. CONVERSÃO DE CRÉDITOS ESTRANGEIROS EM INVESTIMENTO. OPERAÇÃO SIMBÓLICA DE CÂMBIO. INCIDÊNCIA. CIRCULAR-BACEN N.º 2997/2000.

1. O fato gerador da CPMF pressupõe movimentação de valores dos titulares nas contas mantidas nas instituições financeiras, que representem circulação escriturai ou física de moeda, por isso que, há hipótese de incidência ainda que não haja transferência de titularidade dos valores.

2. A conversão de crédito decorrente de empréstimo e financiamento de importações em investimento externo direto pressupõe, assim, procedimentos cambiais. Mesmo não havendo riqueza nova ou novos valores em moeda estrangeira,

obrigatoriamente haverá trânsito escriturai de moeda nacional pelas contas dos participantes.

3. O negócio jurídico operado *in casu* se faz pela concomitante realização de transações distintas e indispensáveis; pela primeira, a devedora do empréstimo transfere, à credora, o valor correspondente ao pagamento da dívida principal e juros, para quitação e baixa na pendência; pela segunda a empresa (devedora na primeira transação), recebe do investidor (credor naquela) quantia para integrar o capital societário. A movimentação financeira efetivamente ocorre, tal como nas transações efetuadas pelo mesmo titular de conta-corrente para fundo de investimento e deste para outra aplicação qualquer. Ainda que os valores sejam absolutamente iguais, e não obstante seja o mesmo beneficiário, a contribuição é devida a cada movimentação.

4. Considera-se movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, para fins de incidência da CPMF (art. 1.º da Lei n.º 9.311/96), qualquer operação liquidada ou lançamento realizado por instituições financeiras, que representem circulação escriturai ou física de moeda, e de que resulte ou não transferência da titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos.

5. A regulamentação do Banco Central determina que conversões em investimento externo direto de créditos passíveis de gerar transferências para o exterior - *in casu* decorrentes de importações não pagas - devem ser processadas com a realização de operações simultâneas de compra e venda de moeda estrangeira, sem expedição de ordem de pagamento do ou para o exterior.

6. No caso *sub examine*, ocorre o fato gerador com o lançamento a débito na conta bancária da empresa devedora, destinado a adquirir moeda estrangeira e liquidar o passivo decorrente da importação, vez que inquestionavelmente há nessa operação circulação escriturai de moeda.

7. Ademais, não há norma que isente ou afaste a obrigação do pagamento na hipótese vertente, razão pela qual descabido falar-se em ofensa aos arts. 2.º da Lei n.º 9.311/95 e 110 do Código Tributário Nacional.

8. Recurso especial desprovido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão. Assistiu ao julgamento o Dr. JOÃO BATISTA DE FIGUEIREDO, pela parte recorrida: FAZENDA NACIONAL.

Brasília (DF), 08 de maio de 2007(Data do Julgamento)

(Ementa publicada no DJU de 30.05.2007, p. 353/354).

COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS ANTERIORES À LEI COMPLEMENTAR N. 104/2001.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 833.854 - SP (2006/0239813-1)

RELATORA: MINISTRA DENISE ARRUDA

AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL  
PROCURADOR: VALDIR SERAFIM E OUTRO(S)

AGRAVADO: TARGET ONE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA

ADVOGADO : FERNANDO ALBERTO CIARLARIELLO E OUTRO(S)

#### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPETIÇÃO DE INDEBITO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. IRRETROATIVIDADE.

1. Firmou-se neste Tribunal Superior a orientação no sentido de que o art. 170-A do CTN, inserido pela Lei Complementar 104/2001, somente é aplicável aos pedidos de compensação formulados após a sua vigência, o que não é o caso dos autos.

2. Agravo regimental desprovido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Delgado e Teori Albino Zavascki.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 24 de abril de 2007(Data do Julgamento).

(Ementa publicada no DJU de 30.05.2007, p. 369).

CPMF. EMPRESA DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA ZERO.

RECURSO ESPECIAL Nº 826.075 - SP  
(2006/0048651-3)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO  
ZAVASCKI

REL. P/ ACÓRDÃO: MINISTRO HUM-  
BERTO MARTINS

RECORRENTE: MERCEDEZ BENZ LE-  
ASING ARRENDAMENTO MERCANTIL  
S/A

ADVOGADO: LUIZ EDUARDO DE CAS-  
TILHO GIROTTO E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PATRÍCIA MARA DOS  
SANTOS E OUTRO(S)

Ementa

TRIBUTÁRIO - EMPRESAS DE ARREN-  
DAMENTO MERCANTIL - EQUIPARA-  
ÇÃO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS  
- INCIDÊNCIA DE ALÍQUOTA ZERO DE  
CPMF - ART. 8º, INCISO III, DA LEI N.  
9.311/96.

1. Na hipótese em exame, as empresas de arrendamento mercantil financeiro são equiparadas a instituições financeiras. Aplica-se, conseqüentemente, alíquota zero da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira, CPMF, na forma do disposto no art. 8º, inciso III, da Lei n. 9.331/96.

2. O artigo 3º, inciso XXVI, da Portaria n. 134, de junho de 1999, do Ministro de Estado da Fazenda, não faz distinção no tocante às operações realizadas pela empresa de arrendamento mercantil; não sendo, portanto, cabível a interpretação de que a redução da alíquota zero somente se aplica às operações financeiras.

3. A jurisprudência desta Corte já se pronunciou no sentido da incidência da alíquota zero de CPMF em arrendamento mercantil independentemente de

se tratar de operações financeiras. (Resp 411586/PR; Rei. Min. João Otávio de Noronha, DJ 16.11.2006).

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça “A Seção, por maioria, após o voto de desempate do Sr. Ministro Luiz Fux (Presidente), vencidos os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (Relator), Castro Meira, Denise Arruda e Herman Benjamin, deu provimento ao recurso especial.” Os Srs. ministros José Delgado, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins, que lavrará o acórdão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Sustentaram oralmente o Dr. RUBENS JOSÉ NOVAKOSKI F VELLOZA, pela recorrente, e o Dr. CLÁUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO, pela recorrida. Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2007 (Data do Julgamento)

(Ementa publicada no DJU II de 20.06.2007, p. 259).

CESSÃO DE CRÉDITOS. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE TERCEIROS COM DÉBITOS PRÓPRIOS. POSSIBILIDADE.

RECURSO ESPECIAL Nº 789.453 - RS  
(2005/0172425-9)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE: EDIBA S/A EDIFICAÇÕES E INCORPORAÇÕES BARBIERI

ADVOGADO: PAULO MACEDONIA PE-  
REIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL  
DO SEGURO SOCIAL - INSS

REPR.POR: PROCURADORIA-GERAL  
DA FAZENDA NACIONAL

## Ementa

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. CESSÃO DE CRÉDITOS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS. COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE.

1. É cediço na Corte que ao contribuinte cabe manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou compensação, haja vista que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação.

2. Precedentes do STJ: RESP 232002/CE, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 16.08.2004; AGA 471645/RS, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 19.12.2003; RESP 551184/PR. Relator Ministro Castro Meira, DJ de 01.12.2003; AGA 348015/RS, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 17.09.2001.

3. O direito à restituição do indébito é direito de crédito (art. 165, do CTN), sendo, portanto, disponível, consoante a norma insculpida no art. 286, do Código Civil. Por isso que, na ausência de regra tributária expressamente proibitiva, aplica-se a regra geral que trata de cessão de créditos, máxime por não se tratar, o crédito tributário, de direito intransferível, indisponível ou personalíssimo.

4. Por outro lado, o art. 123, do CTN estabelece a impossibilidade de que convenções particulares venham a alterar a definição legal do sujeito passivo, não sendo ao Fisco oponíveis. Isto significa dizer que as referidas convenções não podem pretender modificar a parte legitimada para a restituição do indébito - pólo passivo da obrigação tributária

-, transferindo a responsabilidade pelo pagamento de tributos.

5. Nesse segmento, verifica-se que, no caso *sub judice*, há o direito de crédito contra o INSS reconhecido por decisão trântisa em julgado, o qual foi cedido, nos termos da lei civil - haja vista tratar-se de um direito de crédito como qualquer outro -, à ora recorrente, sujeito passivo de relação tributária com a própria autarquia previdenciária, com vistas a compensá-lo com os respectivos débitos previdenciários.

6. Ressoa inequívoca, portanto, a impertinência da alusão ao art. 123, do CTN, como óbice legal à compensação de débito previdenciário com créditos cedidos por terceiro em face do mesmo Instituto, porquanto não se antevê hipótese de substituição do sujeito passivo da relação jurídico-tributária.

7. Conseqüentemente, cedido o crédito *tout court*, é lícito ao cessionário compensá-lo com os seus débitos, sendo certo que o art. 66, § 3º, da Lei 8.383/91, permite o recebimento ou a compensação do indébito tributário, máxime por não haver qualquer prejuízo ao INSS.

8. Recurso especial provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2007 (Data do Julgamento) (Ementa publicada no DJU de 11.06.2007, p. 271).

CORREÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS. IMPOSSIBILIDADE. OPERAÇÃO DE NATUREZA ESCRITURAL. DECISÃO DO PLENO DO STF.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 386.475-1 (325)

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO: MIN. MARCO AURÉLIO

RELATORA PARA O ACÓRDÃO: MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECTE(S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADV. (A/S): PGE-RS -KARINA DA SILVA BRUM

RECD.(A/S) : SPENGLER - INDÚSTRIA, COMÉRCIO, BENEFICIAMENTO DE COUROS LTDA

ADV. (A/S): SÉRGIO PEDRO KÖRBES E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator) e Ricardo Lewandowski. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Redigirá o acórdão a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 18.10.2006.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA DE CRÉDITOS ESCRITURAS. PRECEDENTES DAS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

1. A incidência de correção monetária sobre o crédito foi objeto de apreciação anterior deste Supremo Tribunal, concluindo-se no sentido de que, em se tratando de irregular lançamento de crédito em decorrência do recolhimento do ICMS, não há incidência de correção

no momento da compensação com o tributo devido.

2. Essas operações de creditamento têm natureza meramente contábil: são os chamados créditos escriturais. Aplica-se a eles técnica de contabilização para viabilizar a equação entre débitos e créditos, para fazer valer o princípio da não-cumulatividade.

(Ementa publicada no DJU de 22.06.2007, p. 17).

DEPÓSITO RECURSAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 33, PARÁGRAFO 2º, DO DECRETO N. 70.235/72, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 32 DA LEI N. 10.522/2002. DECISÃO DO PLENO DO STF.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 388.359-3 (326)

PROCED.: PERNAMBUCO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE(S): HTM - DISTRIBUIDORA DE MELAÇO LTDA

ADV. (A/S): LIRIAN SOUSA SOARES E OUTRO(A/S)

RECD.(A/S) : UNIÃO

ADV. (A/S) : PFN - ROSÂNGELA MARIA CROCCIA MACEDO

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. 1ª Turma, 26.08.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, conchecendo e provendo o recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 02.10.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que acompanhava o Relator, conhecendo e dando provimento ao recurso, também manifestando-se nesse sentido os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Britto, e do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, para conhecer e negar provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 20.04.2006.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, deu-lhe provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972, na redação do artigo 32 da Medida Provisória nº 1.699-41/1998, vencido o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 28.03.2007.

Retificação de decisão: O Tribunal deliberou retificar a proclamação da assentada anterior para constar que, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, deu-lhe provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pelo artigo 32 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, originária da Medida Provisória nº

1.863-51/1999 e reedições, vencido o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 02.04.2007.

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - § 2º DO ARTIGO 33 DO DECRETO Nº 70.235/72 - INCONSTITUCIONALIDADE.

A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.

(Ementa publicada no DJU de 22.06.2007, p. 17).

DEPÓSITO RECURSAL. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. DECISÃO DO PLENO DO STF.

[AG.REG.NO](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO 398.933-7

PROCED.: RIO DE JANEIRO  
RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE  
AGTE(S) : SUPERMERCADO ZONA SUL S.A.

ADV. (A/S): JOSÉ OSWALDO CORRÊA E OUTROS

AGD0.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV. (A/S): PGE-RJ - WALDEMAR DECCACHE

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente agravo regimental no agravo de instrumento a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. 1ª Turma, 19.08.2003.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, convertendo-o em recurso extraordinário e dando-lhe provimento para de-

clarar a inconstitucionalidade do artigo 250 do Decreto-lei nº 05, de 15 de março de 1975, com a redação da Lei nº 3.188, de 22 de fevereiro de 1999, ambos do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 28.03.2007.

Retificação de decisão: O Tribunal deliberou retificar a proclamação da assentada anterior para constar que, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, convertendo-o em recurso extraordinário e dando-lhe provimento para declarar a inconstitucionalidade do artigo 250 do Decreto-lei nº 05, de 15 de março de 1975, com as redações sucessivamente dadas pela Lei nº 3.188, de 22 de fevereiro de 1999, e pela Lei nº 3.344, de 29 de dezembro de 1999, todos do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 02.04.2007.

EMENTA: Recurso administrativo: depósito prévio.

1. O Supremo Tribunal, revendo entendimento anterior, assentou que a exigência do depósito prévio do valor da multa questionada, como condição de admissibilidade de recurso administrativo, ofende o art. 5º, LV, da Constituição da República (RE 388.359, PI, 28.03.07, M. Aurélio, Inf./STF 461).

2. Agravo regimental provido e convertido em recurso extraordinário, ao qual se dá provimento, conforme o precedente, com ressalva do voto vencido do Relator deste, para declarar a inconstitucionalidade do art. 250 do Dec-lei 5,

de 15.3.1975, com as redações sucessivamente dadas pela L. 3.188, de 22 fevereiro de 1999 e pela L. 3.344, de 29 de dezembro de 1999, todos do Estado do Rio de Janeiro.

(Ementa publicada no DJU de 29.06.2007, p. 29).

DEPÓSITO RECURSAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 126, PARÁGRAFOS 1º e 2º, DA LEI N. 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 9.639/98. DECISÃO DO PLENO DO STF.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO  
RECTE(S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV. (A/S): LUCILA MARIA FRANÇA LABINAS

RECD0.(A/S): ZANETTINI BAROSSO S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO

ADV. (A/S): ADALZINO MODESTO DE PAULA JÚNIOR E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. 1ª Turma, 26.08.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, conhecendo e desprovendo o recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Falou pelo recorrente a Dra. Carolina Delduque Senenes, Procuradora do INSS. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 02.10.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, nos termos do § 1º do

artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que acompanhava o Relator, conhecendo e negando provimento ao recurso, também manifestando-se nesse sentido os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Britto, e do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, para conhecer e dar provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 20.04.2006.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário, e, por maioria, negou-lhe provimento, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com a redação da Medida Provisória nº 1.608-14/1998, convertida na Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, vencido o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 28.03.2007.

Retificação de decisão: O Tribunal deliberou retificar a proclamação da assentada anterior para constar que, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, negou-lhe provimento, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/1991, com as redações dadas pelo artigo 10 da Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, originária da Medida Provisória nº 1.608-14/1998, vencido o Senhor

Ministro Sepúlveda Pertence. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 02.04.2007.

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º e 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE.

A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.

(Ementa publicada no DJU de 29.06.2007, p. 31).

PIS E COFINS. CONTRATOS EM MOEDA ESTRANGEIRA. VARIAÇÃO CAMBIAL. INEXIGIBILIDADE. AFASTAMENTO DO ART. 3º, § 1º DA LEI Nº 9.718/98.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2003.51.01.027629-3

RELATOR:DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA HEINE  
APELANTE:TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO:LUIZ GUSTAVO A. S. BICHARA E OUTROS

APELANTE:UNIAO FEDERAL / FAZENDA NACIONAL

APELADO:OS MESMOS

REMETENTE:JUIZO FEDERAL DA 29A VARA-RJ

ORIGEM:VIGÉSIMA NONA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (200351010276293)

EMENTA

“TRIBUNÁRIO - EXIGÊNCIA DA COFINS E DO PIS INCIDENTES SOBRE CONTRATOS EM MOEDA ESTRANGEIRA - VARIAÇÃO CAMBIAL - BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - §1º

DO ART. 3º DA LEI N.º 9.718/98 - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INAPLICABILIDADE DO ART. 9º DA LEI N. 9.718/98.

1. Afastada a preliminar de ausência de prova pré-constituída - contrato de cobertura, eis que o caso concreto envolve a incidência de PIS e COFINS sobre variação cambial, sendo certo que a prova do destino final não é imprescindível, porque a variação ocorre no curso do contrato de *swap*. Na verdade, mesmo que houvesse resultado positivo, este teria que ser aferido diante da base de cálculo do PIS e da COFINS na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 346.084 (rei. Min. limar Galvão, DJU 9.11.2005).

2. O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que a exigibilidade do PIS e da COFINS, decorrente da variação cambial dos contratos de mútuo, firmados em moeda estrangeira, só ocorreria por ocasião de sua liquidação (2ª Turma, REsp. 640059/CE, rei. Min. Franciulli Netto).

3. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, concluindo o julgamento do RE 346.084 (rei. Min. limar Galvão, DJU 9.11.2005), em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei n.º 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98. A Corte Constitucional entendeu que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento prevista no art. 195, 1, "b", da Constituição Federal, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de

qualquer natureza. Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 compromete a aplicabilidade do art. 9º da mesma lei, na medida em que as verbas relativas à variação cambial não estão compreendidas no conceito de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. A mera oscilação do câmbio no curso do contrato não pode ser considerada venda de mercadoria, nem venda de serviços e, portanto, não pode servir de base de cálculo nem para o PIS, nem para a COFINS.

4. O Poder Judiciário se pronuncia quanto a dados concretos e, nesse particular, agiu com acerto a MM. Juíza *a qua*, concedendo a segurança tão-somente em relação aos contratos anexados aos autos e não em aberto a qualquer contrato que eventualmente a empresa tenha feito ou venha a fazer.

5. Remessa necessária e apelos conhecidos e desprovidos.

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, negar provimento à remessa necessária e aos recursos, nos termos do Voto do MM. Juiz Federal Convocado José Neiva. Vencido o Relator, o MM. Juiz Federal Convocado Rogério Tobias de Carvalho, que dava provimento ao recurso da União Federal/Fazenda Nacional e à remessa necessária.

Rio de Janeiro, 27 de março de 2007 (data do julgamento).

JOSÉ ANTONIO LISBOA NEIVA  
Juiz Federal Convocado

(Ementa publicada no DJU II de 11.07.2007, p. 73/74).

IPI. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. EXIGÊNCIA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. SAÍDA DE MERCADORIA DO ESTABELECIMENTO.

AGRAVO INTERNO EM AMS 2004.51.10.000959-4

RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA HEINE

AGRTE:SINDICATO DAS IND/ METALÚRGICAS MECANICAS E DE MATERIAL ELETRICO DOS MUNICÍPIOS DE DUQUE DE CAXIAS SAO JOAO DE MERITI E NILOPOLIS SIMMEC

ADVOGADO :BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO

AGRDO:UNIAO FEDERAL / FAZENDA NACIONAL

DEC. AGRDA:DECISÃO DE FLS. 192/195 EMENTA

AGRAVO INTERNO - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - IPI - INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR - INCIDÊNCIA DO TRIBUTO - ART. 46 DO CTN

I - Para caracterizar o fato gerador do IPI é necessário apenas a ocorrência de algum dos fatos previstos nos incisos do artigo 46 do CTN. Encontra-se dentre tais hipóteses a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte e o inadimplemento da obrigação por parte do comprador da mercadoria não acarreta falta de base financeira concreta que justifique a não incidência do tributo, pois o fato gerador da obrigação tributária é a situação previamente definida em lei.

II - A analogia não pode implicar na exclusão de determinada obrigação tributária, porquanto todos os seus elementos estão adstritos ao campo da legalidade.

III -As razões aduzidas pelo agravante em nada infirmam os argumentos da

decisão agravada, pautando-se em re-produzir as argumentações apresentadas nas razões de apelação.

IV - Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas: Decidem os Membros da 3ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relatora.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2007.

TANIA HEINE

Relatora

(Ementa publicada no DJU II de 11.07.2007, p. 74).

EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE DIFÍCIL ALIENAÇÃO PELA EXEQUENTE. NECESSIDADE DE PROVA.

PROC. 2007.03.00.018629-0 AG 293711

ORIG.: 200461820593595 11F Vr SAO PAULO/SP

AGRT E: CONSTRUTORA ARAO SAHM LTDA

ADV: LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO

AGRDO: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR SERAFIM

ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 11 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

RELATOR: DES.FED. NERY JUNIOR / TERCEIRA TURMA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL -

PENHORA - ART. 11, LEI N.º 6.830/80 - DIFÍCIL COMERCIALIZAÇÃO - HASTA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - ARROLAMENTO DO BEM - INACEITAÇÃO.

1 - A Lei n.º 6.830/80 traz, no art. 11, a ordem de preferência para a penhora. Todavia, a mesma não tem caráter rígido, absoluto, devendo ser ponderado cada caso concreto.

2 - A mera alegação de difícil comercialização não basta para fundamentar a recusa pela exequente, sendo necessário ao menos por à prova, após sua oferta em hasta pública.

3 - Todavia, o bem deve estar livre de qualquer ônus. O arrolamento de bens disciplinado pelo artigo 64 da Lei n.º 9.532 de 1997 é um procedimento administrativo, por meio se visa garantir créditos tributários. Não obstante, a propriedade e a disponibilidade do bem se encontrem intactas, entendo que o mesmo bem não pode garantir vários débitos, de modo que inadequada sua penhora.

4 - Agravo de instrumento parcialmente provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, por voto-médio, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e do voto, que integram o presente julgado, vencidos o Desembargador Federal Carlos Muta que lhe negava provimento e Desembargador Federal Márcio Moraes que lhe dava provimento.

São Paulo, 13 de junho de 2007. (data do julgamento)

(Ementa publicada no DJU II de 11.07.2007, p. 235).

APLICAÇÕES FINANCEIRAS. REGIME DE RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. LEGALIDADE.

PROC.: 1999.03.99.066644-4 AMS  
192333

ORIG.: 9400165439 3 Vr SAO PAULO/SP

APTE: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR SERAFIM

APDO: LEASING BANK OF BOSTON

S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL

ADV: ANDRE FRANCO DE MORAES

RELATOR : JUIZ CONV. ROBERTO JEU-  
KEN / TERCEIRA TURMA

#### EMENTA

TRIBUTÁRIO. IRPJ. LEI N.º 8.541/92. ART'S. 29º e 36. LEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO DAS APLICAÇÕES FINANCEIRAS EXCLUSIVAMENTE NO REGIME DE FONTES.

I. Não se verifica inconstitucionalidade nas alterações promovidas pelos art's. 29 (Ficam sujeitas ao pagamento do Imposto sobre a Renda, à alíquota de 25%, as pessoas jurídicas, inclusive isentas que auferirem ganhos líquidos em operações realizadas, a partir de 1º de janeiro de 1993, nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas) e 36 (Os rendimentos auferidos pelas pessoas jurídicas, inclusive isentas, em aplicações financeiras de renda fixa iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1993 serão tributadas exclusivamente na fonte, na forma da legislação vigente, com as alterações introduzidas por esta Lei), da Lei n.º 8.541/92, porquanto nenhuma das hipóteses interfere no fato gerador do IRPJ ou sua base de cálculo, observados os ditames do art. 146, III, da Constituição Federal e art's. 43 e 44

do Código Tributário Nacional.  
2. Apelação e remessa oficial, tida por submetida, providas.

#### ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de dezembro de 2006.  
(data do julgamento)

(Ementa publicada no DJU II de 11.07.2007, p. 235).

ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ILEGALIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2002.35.00.014971-2/GO

Processo na Origem: 200235000149712

RELATOR (A): DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FERNANDO MATHIAS

APELANTE: CORTANAGEM E LITOGRAFIA ANAPOLIS LTDA

ADVOGADO: ULISSES FREIRE BRANQUINHO E OUTROS(AS)

APELADO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: JOSE LUIZ GOMES

ROLO

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS. ILEGALIDADE. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

PRESCRIÇÃO DECENAL. IRRETRATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 118/05. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO RECOLHIMENTO INDEVI-

DO. SELIC A PARTIR DE 1/1/1996.

I. A jurisprudência, inclusive do excelso Pretório, vem se dirigindo no sentido de entender violado o art. 195, I, da Constituição, em hipótese que tal, por estar incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, como faturamento, o ICMS.

II. Ajuizada a ação anteriormente a data de vigência da Lei Complementar 118/05, deve ser adotada a tese dos "cinco mais cinco" no tocante ao prazo prescricional.

III. São compensáveis créditos decorrentes do indevido recolhimento a título de PIS e de COFINS com qualquer outro tributo arrecadado e administrado pela Secretaria da Receita Federal, sendo irrelevante se o destino das arrecadações seja outro.

IV. Sobre os valores devidos deve incidir correção monetária pela UFIR até 31/12/1995, seguindo-se a taxa SELIC a partir de 1/1/1996, sem juros de mora, posto que aplicáveis a partir do trânsito em julgado, quando já incidente a SELIC.

V. Apelação a que se dá provimento.

#### ACÓRDÃO

Decide a Turma dar provimento à apelação, por unanimidade. 8ª Turma do TRF da 1ª Região - 12/06/2007 (data do julgamento).

Des. Fed. CARLOS FERNANDO MATHIAS

Relator

(Ementa publicada no DJU II de 20.07.2007, p. 141).

ICMS. CONVÊNIO CONFAZ 5/95. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. VEDAÇÃO AO APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. ILEGALIDADE.

Apelação cível nº 2006.001.16354

3.ª Câmara Cível

Relator: Des. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO

Apelante: TVA Sistema de Televisão S.A.

Advogado: Luiz Gustavo A. S. Bichara

Apelado: Estado do Rio de Janeiro

Proc. Est.: Gustavo Amaral

Acórdão

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL RELATIVO À AUSÊNCIA DE ESTORNO DE CRÉDITO DE ICMS DE MERCADORIAS QUE COMPÕEM O ATIVO IMOBILIZADO. NÃO APLICAÇÃO DA VEDAÇÃO PREVISTA NA CLÁUSULA SEGUNDA, PARÁGRAFO ÚNICO DO CONVÊNIO 05/95. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. ANULAÇÃO DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. PROVIMENTO DO APELO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação n.º 16354/06, em que figuram como Apelante TVA SISTEMA DE TELEVISÃO LTDA. e como Apelado o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ACORDAM os Desembargadores que compõem a 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em sessão realizada em 06 de fevereiro de 2007, em conhecer do Recurso e dar-lhe provimento, na conformidade do voto em separado.

Rio de Janeiro, 11 de julho de 2007.

Desembargador LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO

Relator

(Ementa publicada no DO III RJ - Judiciário - Seção I, p. 35).

REPETIÇÃO DO INDÉBITO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DE EX-

PURGOS INFLACIONÁRIOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA.

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 622.333/MG (2005/0197588-7)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: ANSELMO HENRIQUE CORDEIRO LOPES E OUTROS

AGRAVADO: CLETO JOSÉ VAROTO E OUTROS

ADVOGADO: JOSÉ CARLOS MATILDES DOS REIS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INCLUSÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA. QUESTÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA EG. STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 168/STJ A OBSTACULIZAR OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

I - Conforme a reiterada jurisprudência deste eg. Tribunal indica, a correção monetária não se revela em aumento de valores, mas em sua mera atualização, de modo que não pertine à questão jurídica de que se cuida o art. 610 do Código de Processo Civil.

II - Inexiste modificação da sentença de eficácia cognitiva, a aplicação dos expurgos inflacionários, ainda mais quando há, nesta, determinação expressa de que haja correção monetária, sem que se tenha fixado o índice a ser observado na fase de execução, conforme ocorrente, *in casu*.

III - Súmula n. 168/STJ, a obstaculizar os embargos de divergência.

IV - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são

partes as acima indicadas, decide a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros CASTRO FILHO, LAURITA VAZ, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TEORI ALBINO ZAVASCKI, NILSON NAVES, FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, HUMBERTO GOMES DE BARROS, CESAR ASFOR ROCHA, ARI PARGENDLER, JOSÉ DELGADO, FERNANDO GONÇALVES, CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, FELIX FISCHER, HAMILTON CARVALHIDO, ELIANA CALMON e PAULO GALLOTTI 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, ALDIR PASSARINHO JUNIOR e GILSON DIPP. A Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI foi substituída pelo Sr. Ministro CASTRO FILHO. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 06 de junho de 2007. (Data do Julgamento)

(Ementa publicada no DJU de 06.08.2007, p. 445).

**CERTIDÃO POSITIVA, COM EFEITOS DE NEGATIVA. CAUÇÃO EM MEDIDA CAUTELAR. CABIMENTO.**

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP. N° 710.421 - SC (2005/0203109-8)**

**RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**

**R.P./ACÓRDÃO: MINISTRO CASTRO MEIRA**

**EMBARGANTE: FAZENDA NACIONAL**

**PROCURADOR: GILBERTO MOREIRA COSTA E OUTROS**

**EMBARGADO: DICAPEL PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA**

**ADVOGADO: EDILSON JAIR, CASA-GRANDE E OUTRO**

**EMENTA**

**TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. CAUÇÃO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. VIABILIDADE.**

1. É lícito ao contribuinte, antes do ajuizamento da execução fiscal, oferecer caução no valor do débito inscrito em dívida ativa com o objetivo de, antecipando a penhora que garantiria o processo de execução, obter certidão positiva com efeitos de negativa. Precedentes.

2. 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, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conhecer dos embargos, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Castro Meira, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Castro Meira a Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros José Delgado, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin (RISTJ, art. 162, § 2º). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília, 28 de março de 2007 (data do julgamento)

(Ementa publicada no DJU de 06.08.2007, p. 452).

COFINS. LOCAÇÃO DE LOJAS EM SHOPPING CENTER. INCIDÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR N. 70/91, ART. 2º.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 727.245 - PE (2005/0207478-6)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

EMBARGANTE: FAZENDA NACIONAL  
PROCURADOR: PAULO MENDES DE OLIVEIRA E OUTROS

EMBARGADO: SHOPPING CENTER JARDINS S/A

ADVOGADO: GLÁUCIO MANOEL DE LIMA BARBOSA E OUTROS

EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. COFINS. LC 70/91. RECEITAS PROVENIENTES DE LOCAÇÃO DE LOJAS COMERCIAIS EM *SHOPPING CENTER*. INCIDÊNCIA.

1. É pacífico na 1ª Seção o entendimento segundo o qual as receitas das pessoas jurídicas provenientes da locação de bens imóveis integram a base de cálculo das contribuições PIS/COFINS (LC 70/91, art. 2º).

2. Tal entendimento se aplica também às receitas provenientes da locação de lojas em *shopping center*, mesmo nos casos em que o valor do aluguel seja fixado em percentual sobre o faturamento do lojista locatário. Relativamente às contribuições sociais incidentes sobre o faturamento e as receitas, o regime da não-cumulatividade só se aplica para os setores da atividade econômica definidos em lei (CF, art. 195, § 12).

3. Embargos de divergência a que se dá provimento.

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, vencidos os Srs. Ministros Castro Meira e Eliana Calmon, rejeitar a preliminar de não-conhecimento. Quanto ao mérito, também por maioria, decide a Egrégia Primeira Seção, vencidos os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Eliana Calmon, dar provimento aos embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. ALEXANDRE MOREIRA TAVARES DOS SANTOS, pela embargante e PEDRO MELCHIOR DE MELO BARROS, pelo embargado.

Brasília, 09 de agosto de 2006 .

(Ementa publicada no DJU de

06.08.2007, p. 452).

ISS. TAXATIVIDADE DA LISTA DE SERVIÇOS. LC N. 56/87. AUSÊNCIA DE OFENSA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

[AG.REG.NO](#) RECURSO EXTRAORDINÁRIO 450.342-5

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S): ANA MARIA DA SILVA BRITO

AGDO.(A/S): SINDICATO DOS BANCOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): MARIA ADELAIDE PENAFORT PINTO QUEIRÓS

Decisão: A Turma, por votação unân-

me, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso. 2ª Turma, 05.09.2006.

EMENTA: IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) - SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL - INADMISSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DA INCIDÊNCIA DESSE TRIBUTO MUNICIPAL - CARÁTER TAXATIVO DA ANTIGA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR Nº 56/87 - IMPOSSIBILIDADE DE O MUNICÍPIO TRIBUTAR, MEDIANTE ISS, CATEGORIA DE SERVIÇOS NÃO PREVISTA NA LISTA EDITADA PELA UNIÃO FEDERAL - EXCLUSÃO, DE REFERIDA LISTA, PELA UNIÃO FEDERAL, DE DETERMINADOS SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL - HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA EXCLUSÃO NORMATIVA - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA - INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 151, III, DA VIGENTE CONSTITUIÇÃO - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO IMPROVIDO.

- Não se revelam tributáveis, mediante ISS, serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, eis que esse tributo municipal

não pode incidir sobre categoria de serviços não prevista na lista elaborada pela União Federal, anexa à Lei Complementar nº 56/87, pois mencionada lista - que se reveste de taxatividade quanto ao que nela se contém - relaciona, em "*nutnerus clausus*", os serviços e atividades passíveis da incidência dessa espécie tributária local. Precedentes.

- As ressalvas normativas contidas nos itens ns. 44, 46 e 48 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 56/87 - que excluem, do âmbito de incidência do ISS, determinadas atividades executadas por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central - não configuram concessão, pela União Federal, de isenção heterônoma de tributo municipal, expressamente vedada pela vigente Constituição da República (art. 151, III).

- Essa exclusão de tributabilidade, mediante ISS, das atividades executadas por referidas instituições qualifica-se como situação reveladora de típica hipótese de não-incidência do imposto municipal em causa<sup>^</sup> pois decorre do exercício, pela União Federal, da competência que lhe foi outorgada, diretamente, pela própria Carta Federal de 1969 (art. 24, II), sob cuja égide foi editada a Lei Complementar nº 56/87, a que se acha anexa a lista de serviços a que alude o texto constitucional. Precedentes.

(Ementa publicada no DJU de 03.08.2007, p. 114).