

ACÓRDÃO - INTEIRO TEOR

ICMS. LEASING INTERNACIONAL.
INCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE.
PLENO DO STF.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 206.069-1
SÃO PAULO

RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE
RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: PGE-SP - JOSE CELSO DUARTE
NEVES

RECORRIDO: FANAVID - FÁBRICA NACIONAL DE VIDROS DE SEGURANÇA LTDA.
ADVOGADO: ADALBERTO CALIL E OUTROS
EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. ARRENDAMENTO MERCANTIL - "LEASING".

1. De acordo com a Constituição de 1988, incide ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior. Desnecessária, portanto, a verificação da natureza jurídica do negócio internacional do qual decorre a importação, o qual não se encontra ao alcance do Fisco nacional.

2. O disposto no art. 3º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 87/96 aplica-se exclusivamente às operações internas de *leasing*.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e, por maioria de votos, dar-lhe provimento, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 1º de setembro de 2005.
Ellen Gracie - Relatora

01/09/2005 TRIBUNAL PLENO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 206.069-1
SÃO PAULO

RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE
RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: PGE-SP - JOSE CELSO DUARTE
NEVES
RECORRIDO: FANAVID - FÁBRICA NACIONAL DE VIDROS DE SEGURANÇA LTDA.

ADVOGADO: ADALBERTO CALIL E OUTROS
RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Trata-se de recurso extraordinário, pela alínea *a* do artigo 102, III da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, em mandado de segurança, considerou indevido o recolhimento de ICMS, quando do desembaraço aduaneiro, na importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, em operação de arrendamento mercantil - *leasing*.

O acórdão recorrido, consignou:

"Não existe dívida de que a res, objeto da transação, permanece no ativo fixo do arrendador, como tal contrato permite que ao final da locação o arrendatário adquira o bem, aí, então, incidiria o imposto pleiteado pela Fazenda do Estado.

Não se tratando de circulação de mercadorias, nem de entrada de mercadoria destinada a ativo fixo, ou seja, mercadoria adquirida do exterior pelo proprietário do estabelecimento, não há que se falar em ICMS. Como bem lembrado pela MM. Juíza sentenciante, 'de acordo com a argumentação inicialmente adotada só se pode entender como 'entrada' na esfera dominial do arrendatário (ou da impetrante), o equipamento importado por ocasião da opção de compra que poderá ou não se concretizar em fase futura e não na presente.

A incidência do ICMS só será possível e exigível, com a opção de compra, se feita pelo arrendatário; se a opção for feita, terá plenamente direito a Fazenda do Estado em exigir o imposto, ora reclamado".

No recurso, o Estado de São Paulo sustenta violação ao artigo 155, I, b, § 2º, IX e XII, *a e d* e do artigo 2º, da Constituição Federal.

Entende, em síntese, o recorrente, que o acórdão recorrido pretende ressuscitar tese no sentido de que o ICMS não incidiria sobre a importação de bens de capital e que é inaplicável a Súmula 570 do STF.

Aduz que a Carta de 1988 aboliu a qualificação constante da Emenda Constitucional 23/83, no sentido de que a entrada da mercadoria se desse em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, e ampliou, portanto a incidência do ICMS para que abrangesse a entrada de qualquer mercadoria importada, seja para consumo ou uso próprio do importador, seja para integrar o ativo fixo. Toda

e qualquer entrada de mercadoria ou bens, incluídos aqueles objeto de contrato de *leasing*, importados do exterior promovida por qualquer pessoa, tenha a destinação que tiver, sofre a incidência de ICMS, pois nenhuma exceção foi feita.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 186/200).

O parecer do Ministério Público Federal é no sentido do desprovimento do recurso.

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 206.069-1
SÃO PAULO
VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): O presente recurso extraordinário traz à baila dois problemas distintos: (1) o da natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil - *leasing*, e (2) o da efetiva ocorrência, ou não, do fato gerador do ICMS, quando da entrada de mercadoria importada por força deste contrato.

Quanto ao primeiro ponto, anoto que a Colenda Primeira Turma, na análise do RE 106.047, de 19 de novembro de 1985, relatado pelo Min. Rafael Mayer, assentou a equivalência entre a operação de *leasing* e a locação de bem móvel, de modo a atrair a incidência do ISS - Imposto sobre Serviços, de competência municipal. Eis o teor da ementa:

"ISS. Arrendamento mercantil de coisas móveis (leasing). Incidência do imposto sobre serviços. Subsunção no item 52 da Lista de Serviços.

Razoável o entendimento de que a prestação habitual, pela empresa, de serviço consubstanciado no arrendamento mercantil (leasing) de bens móveis, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista. Recurso extraordinário não conhecido."

Já no que concerne à hipótese de incidência do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias, antecessor do atual ICMS, este Tribunal teve a oportunidade de asseverar:

"ICM. Para sua incidência não basta o simples deslocamento físico da mercadoria do estabelecimento comercial, industrial ou produtor. Faz-se mister que a saída importe num negócio jurídico ou operação econômica. Embargos conhecidos e recebidos." (Embargos de Declaração no RE 75.026, Rei. Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 05/12/1975)

Também sob a égide da Constituição anterior, a Segunda Turma desta Corte, no julgamento do RE 88.703, relatado pelo Min. Leitão de Abreu, assim decidiu:

"EMENTA: Imposto de circulação de mercadorias. Importação de bens destinados a arrendamento mercantil (leasing). Não incidência do imposto, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Recurso extraordinário conhecido e provido". A conjugação dos precedentes colacionados poderia ensejar, a um primeiro exame, conclusão assemelhada à adotada pelo Tribunal estadual, no sentido da não incidência de ICMS sobre a operação de importação efetuada sob o regime de *leasing*, ante a ausência de transferência da titularidade do bem. A controvérsia travada nestes autos, entretanto, não encontra paradigmas nesta Corte.

De fato, os precedentes mencionados não examinaram a tributação em ICMS incidente sobre importações efetivadas sob o regime de arrendamento mercantil, mas apenas a imposição tributária envolvendo operações internas de *leasing*.

No primeiro julgado aqui referido, de lavra do Min. Rafael Mayer, discutia-se a tributação de operação de *leasing* realizada no mercado interno brasileiro, efetivada entre arrendador e arrendatário sediados no Brasil. Dai o aprofundamento das teses perquiridoras da natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil, para saber-se se a operação ajustada nestes termos estaria a caracterizar prestação inserida no rol da Lista de Serviços do ISS, ou operação financeira ensejadora da cobrança de IOF, de competência federal.

Nestes autos, a controvérsia refere-se à incidência do ICMS sobre importação de equipamento técnico (forno elétrico destinado à recuperação de vidros planos) a ser incorporado ao ativo fixo do contribuinte, adquirido sob o regime de *leasing* firmado entre arrendatário brasileiro e instituição arrendadora sediada no exterior.

Considero igualmente inaplicável o aresto de relatoria do Min. Leitão de Abreu, que rechaçou a imposição de ICM sobre a mercadoria importada com a finalidade de ser comercializada sob o regime de *leasing*.

De fato, no RE 88.703, nada mais se fez senão reiterar o entendimento então consolidado

nesta Corte - e que ensejou a providência legislativa contida na EC 23/83 - no sentido do descabimento da tributação em ICM de bem destinado ao ativo fixo do contribuinte. Até porque, ali não se questionava a tributação da operação de *leasing* propriamente dita, mas a anterior, consistente na importação do bem que viria a ser arrendado.

2. Passemos, pois, ao exame da questão, concernente à constitucionalidade da exigência de ICMS sobre a entrada de bem ou mercadoria importados em decorrência de um contrato internacional de *leasing*.

Não se pode olvidar que o Constituinte de 1988, a exemplo do que já proclamado na Carta Pretérita, conferiu tratamento especialíssimo à incidência de ICMS sobre itens importados.

Com efeito, conquanto remanesça a circulação econômica como hipótese de incidência genérica do imposto, o legislador constitucional determinou a incidência específica do tributo sobre a entrada da mercadoria ou bem importados do exterior. Veja-se o dispositivo, na redação original, anterior à Emenda Constitucional nº 33/2001:

§ 2º - O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço;'

O exame desse dispositivo revela que, nessa circunstância, a imposição de ICMS prescinde da verificação da natureza do negócio jurídico ensejador da importação. A Constituição Federal elegeu o elemento fático "entrada de mercadoria importada" como caracterizador da circulação jurídica da mercadoria ou do bem, e dispensou indagações acerca dos contornos do negócio jurídico realizado no exterior.

Veja-se que, a par de incidir sobre "operações relativas à circulação de mercadorias", fez o Constituinte de 1988 constar do Texto Constitucional a expressa ressalva da incidência sobre "a entrada" do bem importado.

Assim, uma vez concretizada a importação mediante a entrada de mercadoria ou bem

destinado ao ativo fixo, tem-se por ocorrida a circulação econômica, por presunção constitucional.

E nem poderia ser de outra maneira, visto que o negócio jurídico ensejador da importação não se encontra ao alcance do fisco brasileiro, nem foi pautado pelas leis brasileiras, mas realizado no exterior. Por essa razão, em face da impossibilidade de tributar o ajuste - a teor da regra das transações internas, em que o vendedor é o contribuinte do ICMS - o legislador constituinte optou por sujeitar ao ICMS o resultado do ajuste, consubstanciado na entrada da mercadoria importada. Eis por que, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do bem que seja contribuinte do ICMS.

Rodolfo de Camargo Mancuso, em obra que é referência no tema, corrobora essa orientação (Leasing. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 272):

"Efetivamente, os produtos importados sofrem, além da natural incidência do imposto de importação, ainda a incidência do IPI no desembaraço alfandegário, e do ICMS na entrada do estabelecimento importador. Como observa ARNALDO RIZZARDO, 'nenhuma regalia fiscal favorece a importação para fins de leasing, mesmo que o equipamento não permaneça definitivamente no território nacional. A entrada no país constitui fato gerador para a incidência'".

Aqui não se cuida de fato gerador presumido, sendo certo que este Tribunal já reconheceu a especificidade da incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada, a autorizar, inclusive, a exigência de quitação tributária para fins de desembaraço aduaneiro (RE 193.817, Plenário, Rei. para o acórdão Min. limar Galvão, por maioria, precedente consolidado na Súmula 661).

O fato é que a necessidade da análise dos negócios que motivaram a entrada da mercadoria importada, para fins de verificação da possibilidade de tributação em ICMS, traria como consequência uma imensa dificuldade na imposição do tributo sobre a importação de um bem adquirido por força de contrato internacional que eventualmente não encontre correspondente no direito brasileiro, ou cujos contornos, em sede internacional, se

revelem distantes dos realizados em território brasileiro.

De fato, um dos elementos definidores da operação de *leasing* é a opção do arrendatário, ao final do contrato, pela renovação do acerto, pela compra ou pela devolução do bem ao arrendador.

Ora, a transferência da posse do bem, do arrendatário brasileiro de volta para o arrendador sediado no exterior, encontra obstáculos naturais, físicos e fáticos, numa indicação de que essa operação internacional talvez não albergue a precariedade da posse sobre o bem, elemento particular do instituto previsto na Lei nº 6.099/74.

Por outro lado, a legislação, regedora da matéria, mostrou-se cautelosa em relação a atos que pudessem desvirtuar a natureza do arrendamento mercantil, como observa Rodolfo de Camargo Mancuso (Op. cit., p. 273):

"No caso do leasing internacional, a redação do art. 17 da Lei nº 6.099/74 evidencia que a intenção do legislador foi, de um lado, proteger o mercado interno e, de outro, dificultar as manobras de elisão fiscal ou mesmo coartar a evasão fiscal, ..."

Do exame dos autos concluo que, se houvesse a importação decorrido de contrato de compra e venda, a tributação exsurgiria indiscutível, sem que sequer se pudesse evocar a incorporação ao ativo fixo para elidir a incidência tributária, já que a própria norma constitucional admite essa imposição.

Entendimento contrário (ou seja, o de que a operação externa de *leasing* não autoriza a cobrança de ICMS) levaria ao estímulo de que as aquisições de bens de capital passassem a ser feitas por essa via de ajuste, para assim evitar a incidência tributária.

Nem se alegue que a questão teria resposta prevista na Lei Complementar 87/96, que prevê:

'Art. 3º. O imposto não incide sobre: (...)

VIII - operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário'.

Ou seja, o imposto incidirá se for exercida a opção de compra pelo arrendatário.

Ora, esse dispositivo aplica-se, tão-somente, a operações internas de arrendamento mercantil. Não se revela factível, nas hipóteses como a dos autos, a incidência do ICMS por ocasião da opção pela compra do bem, por parte do arrendatário sediado no Brasil.

Tudo porque, a opção de compra constante do contrato internacional não está no âmbito da incidência do ICMS, nem o arrendador sediado no exterior é contribuinte. Por essa razão é que a Constituição Federal estabeleceu a entrada da mercadoria importada como fato gerador do imposto, a ser recolhido pelo comprador/arrendatário no Brasil.

Arnaldo Rizzardo assim expõe a questão (Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro, 4 ed, São Paulo, RT, 2000, p. 268):

"Em todas as operações internas, a lei situou o fato gerador nas saídas das mercadorias, enquanto nas compras feitas no exterior passa a ser exigível o imposto quando da entrada interna do bem pela razão óbvia da impossibilidade de tributar o vendedor domiciliado fora do país".

Como se vê, por ocasião da opção de compra, a possibilidade da tributação em ICMS estará exaurida, seja porque o bem já terá entrado no país em momento anterior, seja porque o arrendador sediado no exterior não é contribuinte do ICMS.

Ante o exposto, admito a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada, qualquer que seja a natureza do ajuste internacional motivador da importação.

Em consequência, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 206.069-1
SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Sr. Presidente, acompanho a Ministra Ellen Gracie. A Constituição é clara e essa técnica de tomar a entrada de produtos importados nos estabelecimentos como fato gerador vem lá do imposto de consumo.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 206.069-1
SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, colho da Constituição Federal a base do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Consta do art. 155, inciso II:

Art. 155 [...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e

de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Pouco importa se a operação tem início no exterior. Ingressando a mercadoria no território nacional e, segundo a dicção da Corte, no despacho aduaneiro, há de se comprovar, para esse mesmo despacho e liberação da mercadoria, o recolhimento do tributo.

Tenho sustentado, em vários casos, que a expressão, contendo referência a operações relativas à circulação de mercadorias, direciona a ajuste próprio, a contrato próprio, que é o de compra e venda.

Enfrentamos situação concreta, e fui relator, em que o Estado - não lembro se São Paulo - pretendeu cobrar o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços relativo a certo contrato de locação, e o Tribunal considerou que não se pode, conforme os ditames da Carta e do Código Tributário Nacional, mudar, mediante sutil jogo de palavras, a natureza do próprio ajuste. Foi essa a óptica que prevaleceu. Indago: qual a diferença entre o arrendamento mercantil e a locação a ditam, agora, se predominar a óptica da ilustrada maioria, a cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços não quanto à locação, mas ao arrendamento mercantil.

Qual seria a razão de ser dessa distinção que não está compreendida na Lei Fundamental? É possível vislumbrar base para dizer que, em relação ao "leasing" interno, não há a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, mas, no tocante ao "leasing", considerada a mercadoria vinda do exterior - com menção no próprio inciso II do artigo 155 -, há a incidência do tributo.

É possível distinguir onde a ordem jurídica não distingue? A meu ver, não, Senhor Presidente. O que se contém na alínea "a" do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal - "sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço" - não resulta na existência de outro tributo, mas, sim, a alusão está vinculada ao tributo versado, mesmo porque o inciso IX compõe o art. 155.

Há mais, Presidente. A referência é a mercadoria importada. O que sugere mercadoria importada? Mercadoria simplesmente locada? Alugada? Alvo de arrendamento mercantil? Não. Mercadoria adquirida, que se importa. É essa a noção versada no próprio Código Tributário Nacional.

A Corte de origem e, também, o Superior Tribunal de Justiça, já que a matéria sob o ângulo estritamente legal passou por aquela Corte via recurso especial, bem decidiram ao estabelecer uma distinção, já que no contrato de "leasing" temos a viabilidade de o ajuste inicial, que é simplesmente de arrendamento, transformar-se em compra e venda.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Todas as compras de artigos simples seriam feitas pelo exterior.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não sei, Excelência, mas vamos apagar do cenário nacional o "leasing"!

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não vamos apagar, vamos tratá-lo como tal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Estou tratando-o como tal, com a devida vênia. Estou perquirindo a natureza do próprio instituto do "leasing", deixando de fazer a distinção entre o "leasing" interno e o externo, que, para mim, não está contemplada em norma alguma.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi inclusive pedagógico ao consignar - na ementa ou no voto condutor do julgamento, mas faz parte do acórdão do pronunciamento da Corte - que a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços somente é possível havendo opção de compra quando do ajuste inicial - de locação, de arrendamento mercantil, transforma-se num ajuste de compra e venda. Concluiu o Tribunal: se a opção for feita, terá plenamente direito a Fazenda do Estado em exigir o imposto ora reclamado, por quê? Porque aí surge o fato gerador do tributo: a operação de circulação de mercadorias presente a aquisição dessa mesma mercadoria.

Outro não foi o enfoque do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial: ICMS, equipamento importado, arrendamento mercantil, "leasing", fato gerador, contribuinte, não-aquisição. No contrato de arrendamento mercantil "leasing", não se caracteriza o

fato gerador do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, não se dando a saída jurídica a venda da mercadoria. O parecer do Procurador-Geral de Justiça, do Fiscal da Lei - estou em boa companhia-, é no sentido, ainda na prática anterior da Corte, do não-conhecimento do recurso por não ver, na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, impugnada simultaneamente mediante o extraordinário e o especial, ofensa a qualquer texto da Carta da República.

Reafirmo, Presidente: se o Tribunal assentou - e penso que o fez com acerto, porque não há incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços no caso de locação -, em ajuste em tudo semelhante à locação, que é o arrendamento mercantil, simples arrendamento sem aquisição da mercadoria - repito -, não posso concluir que, nesse caso, há a incidência do tributo, muito menos distinguindo: se o "leasing" é feito a partir de mercadoria que vem do exterior, há incidência; se o "leasing" é entabulado, não se tratando de mercadoria vinda do exterior, mas que saia de estabelecimento situado no Brasil, não há incidência.

Peço vênia, Senhor Presidente, para conhecer do recurso interposto pelo Estado de São Paulo e desprovê-lo.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 206.069-1
SÃO PAULO
VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Também acompanho a Relatora.

Estamos perante uma transação que igualmente envolve, ao fim e ao cabo, um mecanismo por ela descrito. De resto, essa transação é irrelevante, porque a redação dada pelo novo texto foi mais ampla. O texto anterior falava, exatamente: "*para incorporação do ativo firo*". E agora, com a reforma constitucional: "*qualquer que seja a sua finalidade*". Ou seja, universalizou aquela visão anterior.

TRIBUNAL PLENO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 206.069-1
SÃO PAULO

RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE

RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: PGE-SP - JOSE CELSO DUARTE
NEVES

RECORRIDO: FANAVID - FÁBRICA NACIONAL DE VIDROS DE SEGURANÇA LTDA.
ADVOGADO: ADALBERTO CALIL E OUTROS
Decisão: A Turma resolveu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. 1ª Turma, 18.09.2001.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, deu-lhe provimento, nos termos do voto da relatora, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Falou pelo recorrente o Dr. Aylton Marcelo Barbosa da Silva, Procurador do Estado. Plenário, 01.09.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

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

Luiz Tomimatsu

Secretário

(Ementa publicada no *DJU* de 01.09.2006, p. 19).

AÇÃO RESCISÓRIA. FINSOCIAL. EMPRESA QUE COMERCIALIZAVA ENERGIA ELÉTRICA. EMPRESA MERCANTIL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO: MIN. JOAQUIM BARBOSA

REVISOR: MIN. EROS GRAU

RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. EROS GRAU

AUTORA: EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL S/A - ENERSUL

ADVOGADO (A/S): LUIZ GUSTAVO A. S. BICHARA

RÉ: UNIÃO

ADVOGADA: PFN - MARIA LÚCIA PERRONI
EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. INOVAÇÃO NA LIDE. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO MENOS ABRANGENTE DO QUE O DA PETIÇÃO INICIAL. RELAÇÃO DE CONTINÊNCIA E NÃO DE PREJUDICIALIDADE. ENERGIA ELÉTRICA. MERCADORIA.

ART. 155, § 2º, “B”, DA CB/88; ART. 34, § 9º, DO ADCT. EMPRESA MERCANTIL QUALIFICADA COMO EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. ERRO DE FATO. ART. 485, IX, §§ 1º E 2º, DO CPC. ATRIBUIÇÃO DE OBJETO SOCIAL INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA SOBRE O FATO. FINSOCIAL. INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICADA ÀS EMPRESAS MERCANTIS. ART. 1º, § 1º, DO DECRETO-LEI Nº 1.940/82.

1. Não há relação de prejudicialidade, mas de continência, quando a parte, em recurso extraordinário, requer a não incidência de majorações nas alíquotas em processo no qual o pedido, mais abrangente, pretendia a não incidência das exações. Precedente [EDRE n° 169.148, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ 14.11.1995].

2. A energia elétrica é objeto de comércio; é mercadoria, bem apropriável pelo homem, bem no mercado, inclusive para fins tributários [art. 155, § 2º, “b”, da CB/88 e art. 34, § 9º, do ADCT].

3. O erro de fato que autoriza a rescisão do julgado [art. 485, IX, do CPC] deve ser apurável mediante simples exame dos documentos e demais peças acostadas aos autos. Não se admite produção de prova tendente a demonstrar a inexistência do fato admitido pelo juiz ou a ocorrência de fato considerado inexistente.

4. O preceito do § 2º do art. 485 do CPC exige, para a rescisão do julgado, apenas a existência de fato incontroverso sobre o qual a sentença pronunciou-se.

5. O acórdão rescindendo atribuiu à autora objeto social inexistente. O fato — ser ela uma empresa exclusivamente prestadora de serviços — não foi objeto de controvérsia. A simples leitura dos seus estatutos, por sua vez, permite a verificação do erro de fato de que trata o art. 485, IX, do CPC.

6. Ação rescisória julgada procedente para desconstituir o acórdão rescindendo e determinar a incidência da alíquota da contribuição para o FINSOCIAL aplicável às empresas mercantis [art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.940/82]. Precedente [RE nº 150.764, Relator para o acórdão o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 02.04.1993].

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal

Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, julgar procedente a ação.

Brasília, 30 de março de 2006.

EROS GRAU - RELATOR PARA O ACÓRDÃO

30/03/2006 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA

AUTORA: EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL S/A - ENERSUL

ADVOGADO (A/S): LUIZ GUSTAVO A.S. BICHARA

RE: UNIÃO

ADVOGADA: PFN - MARIA LÚCIA PERRONI
RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Trata-se de ação rescisória ajuizada por ENERSUL-EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL S.A. (arts. 485, IX, e 798 do Código de Processo Civil) visando à desconstituição do acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte no julgamento do RE 232.422 (rei. min. Carlos Velloso).

A ementa da decisão rescindenda tem o seguinte teor:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO.

I - Constitucionalidade do art. 7º da Lei 7.787, de 30.06.89, do art. 1º da Lei 7.894, de 24.11.89 e do art. 1º da Lei 8.147, de 28.12.90, relativamente às empresas prestadoras de serviço.

II - Precedente do STF: RE 187.436-RS, Marco Aurélio, Plenário, 25.06.97. Vencidos: Maurício Corrêa, Carlos Velloso e Néri da Silveira.

III - R.E. conhecido e provido.”

No acórdão de que se interpôs o recurso extraordinário, o Tribunal de origem se referia à então apelada como “*empresa exclusivamente dedicada à prestação de serviços*” (fls. 164). Lê-se, com efeito, no acórdão, que, “*sob pena de se estabelecer, de novo, uma situação antiisonômica, agora em detrimento das prestadoras de serviço [...], impõe-se interpretar como subsistente a alíquota de 0,5% para estas previstas no art. 28 da Lei nº 7.738/89, delas afastando*

a aplicação das referidas majorações [...]” (fls. 170).

Ao longo de toda a fundamentação da decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, tal qualificação da autora permaneceu imutável. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal rejeitou embargos de declaração então interpostos pela autora. Nos termos do voto do relator, ministro Carlos Velloso:

“A embargante não pode ignorar que a versão fática do acórdão recorrido é imodificável em sede de recurso extraordinário.

No relatório do acórdão afirma-se que se tem, no caso, empresa prestadora de serviço (fl. 115). Assim também no voto e na ementa do citado acórdão recorrido (fls. 116/122).

Cumpria à ora embargante, se não é empresa prestadora de serviço, mas como tal fora tratada, no acórdão recorrido, ter apresentado, a tempo e modo, embargos de declaração. Assim, entretanto, não o fez.”

A autora afirma que a decisão no RE 232.422 incide em erro de fato, consistente na classificação da empresa como prestadora de serviço, e refuta a alegação de que perdera a oportunidade de, mediante embargos de declaração, proceder à correção da errônea classificação da atividade econômica, feita pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Argumenta que não cabiam os embargos, *“posto que o Acórdão proferido pela aquela [sic] Corte não continha obscuridade, contradição ou omissão”* (fls. 11).

Procurando explicitar o alegado erro de fato, a autora afirma que o conceito jurídico de energia elétrica, objeto das respectivas transações, deve ser classificado como mercadoria (art. 155, II e § 2º, X, b, da Constituição federal; art. 34, § 9º, do ADCT; art. 15, § 3º, do Código Penal; arts. 10, 12 e 26 da Lei 9.648/1998).

Por fim, sustenta-se que *“não houve pronunciamento judicial sobre o fato (de ser ou não a Empresa Autora prestadora de serviços) cujo erro - de consideração - ora se aponta, restando, destarte, fartamente atendido o § 2º do inciso IX do art. 485 Processual [sic]”* (fls. 447 - grifos originais).

Citada (fls. 351), a ré contestou integralmente a pretensão da autora (fls. 359-386), alegando: carência do direito de ação, porquanto o pedido nessa ação rescisória é

diverso do pedido formulado no processo de conhecimento; existência de pronunciamento expresso acerca da classificação jurídica do contribuinte pelos tribunais de origem (aplicável a Súmula 279) e, por fim, a impossibilidade de classificação das atividades econômicas desempenhadas pela autora como operações de circulação de mercadorias.

São mencionados os seguintes precedentes: RE 170.385-AgR (rei. min. Celso de Mello, DJ 23.06.1995), RE 168.299-ED (rei. min. Irmir Galvão, DJ 07.12.1995) e RE 165.091-ED (rei. min. Moreira Alves, DJ 05.09.1997).

Indeferido requerimento para antecipação de tutela (fls. 388-389).

Sem produção de novas provas (fls. 401-402). Razões finais apresentadas por ambas as partes: da ré a fls. 464, reiterando tanto quanto posto em contestação, e da autora a fls. 432-452.

Opina o procurador-geral da República pela improcedência do pedido, em razão da impossibilidade de reexame do conjunto probatório (fls. 467-473).

É o relatório, que deverá ser oportunamente encaminhado ao revisor (RISTF, art. 262).

Distribuem-se, oportunamente, cópias aos demais ministros.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): De início, observo que o fundamento legal articulado na rescisória limita-se à alegação de erro de fato na decisão rescindenda (CPC, art. 485, IX), entendido pela autora como a atribuição supostamente equivocada de qualificação jurídica às atividades econômicas por ela desempenhadas.

Afasto a preliminar de carência de ação invocada pela ré, porquanto o pedido da autora - o reconhecimento apenas da inconstitucionalidade dos aumentos de alíquota do Finsocial - está abrangido pelo pedido de reconhecimento do direito à insubmissão total ao pagamento do tributo, independentemente de o objeto social da empresa indicar a prestação de serviços, a comercialização de bens ou atividade financeira, apreciado por ocasião do julgamento da questão na instância de origem e na instância recursal.

Portanto, não há risco de que eventual decisão rescisória do julgado exceda o pedido formulado pela autora e apreciado pelas

instâncias originárias, se acolhida a pretensão tão-somente para o reconhecimento da inconstitucionalidade dos aumentos de alíquota do Finsocial (cf. RE 147.930-ED, rei. min. Sydney Sanches, Primeira Turma, *DJ* de 11.06.1996; RE 181.327-ED, rei. min. Iomar Galvão, AR 1.607 / MS Primeira Turma, *DJ* de 17.09.1996, e RE 173.773-ED, rei. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 10.09.1996, v.g.).

Por outro lado, observo que a própria autora instaurou controvérsia acerca da classificação jurídica que lhe fora atribuída pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao sustentar seu enquadramento como empresa comercial por ocasião do oferecimento das contra-razões ao recurso extraordinário (fls. 230).

A controvérsia quanto à categoria das atividades econômicas desempenhadas pela autora foi também expressamente abordada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 164-168), na medida em que constituiu critério fundamental para a aplicação, por isonomia, da orientação firmada por esta Corte por ocasião do julgamento do RE 150.764 (rei. para o acórdão min. Marco Aurélio, Pleno, *DJde* 02.04.1993).

Dessa forma, a presença de controvérsia quanto ao elemento que revelaria o alegado erro de fato imputado à decisão rescindenda bem como a expressa manifestação dos órgãos jurisdicionais sobre o tema impedem a desconsideração do acórdão, nos termos do art. 485, IX, § 2º, do Código de Processo Civil.

A situação versada nos autos difere daquela apreciada por ocasião do julgamento da AR 1.713 (rei. min. Ellen Gracie, *DJ* de 19.12.2003). Naquela oportunidade, o Pleno desconstituiu decisão em que a Segunda Turma considerara pessoa jurídica dedicada à realização de operações financeiras (seguros) inserida na classe de AR 1.607 / MS prestadores de serviço, quando a própria legislação de regência do Finsocial apresentava como terceira distinção a atividade econômica das empresas financeiras (cf. Decreto-Lei 1.940/1982, art. 1º, § 1º).

A AR 1.713 fundava-se no art. 485, V, do Código de Processo Civil, por ofensa ao art. 56 do ADCT e ao próprio Decreto-Lei 1.940/1982, ao passo que a ação ora em exame tem por fundamento o art. 485, IX, do Código de Processo Civil, em relação ao qual são aplicáveis

as restrições previstas no respectivo § 2º (ausência de controvérsia ou pronunciamento judicial sobre a matéria).

Do exposto, julgo improcedente o pedido.

É como voto.

VOTO

0 SENHOR MINISTRO Eros Grau (Revisor): Trata-se de ação rescisória ajuizada pela Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A - ENERSUL, para desconstituir acórdão prolatado no julgamento dos embargos de declaração no RE n 232.422, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, *DJ* de 30.4.1999.

2. A autora alega que o acórdão rescindendo incorreu em erro de fato [art. 485, IX, do CPC] ao qualificá-la como empresa exclusivamente prestadora de serviços, condenando-a a contribuir para o FINSOCIAL com base na alíquota aplicada a esse tipo de sociedade empresária, mais as respectivas majorações, declaradas constitucionais por esta Corte no julgamento do RE nº 187.436, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, *DJ* de 25.6.1997.

3. A União, em contestação [fls. 359/386], alega, preliminarmente, a carência de ação por impossibilidade jurídica do objeto [artigo 267, VI, do CPC]. Afirma que a ora autora, quando ajuizou o mandato de segurança que deu origem ao acórdão rescindendo, pretendeu eximir-se do recolhimento da contribuição para o FINSOCIAL. Não havia pedido subsidiário ou alternativo quanto às majorações das alíquotas, de modo que a ação rescisória não poderia portar pedido inexistente na causa principal.

4. No mérito, questiona o objeto social da autora — se empresa comercial ou exclusivamente prestadora de serviços — atacando as alegações apresentadas na inicial.

5. O Procurador-Geral da República, em parecer [fls. 467/473], corrobora as alegações da ré e opina pela improcedência do pedido. Lançado o relatório pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA, vieram-me os autos conclusos para revisão.

6. A preliminar suscitada pela União não prospera. Consoante destacou a autora em sua réplica [fls. 432/452], a jurisprudência desta Corte entende inexistir inovação na lide no fato de a parte, em recurso extraordinário, requerer a não incidência de majorações nas alíquotas para o FINSOCIAL em processo no qual o pedido, mais abrangente, pretendia a

não-incidência da exação. Não há relação de prejudicialidade entre um e outro, mas sim de continência, de sorte que a impossibilidade da concessão do pedido mais abrangente não impede a do segundo, menos extenso. Nesse sentido o RE n° 169.148-ED, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 14.11.1995.

7. Passo à análise do mérito da demanda.

8. O Tribunal, no julgamento da AR n° 1.713, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, DJ de 19.12.2003, apreciou caso semelhante ao dos presentes autos. Naquela oportunidade, o Tribunal, reconhecendo a existência de violação a literal disposição de lei, julgou procedente o pedido para rescindir decisão que, sem desconhecer a condição de seguradora da empresa, determinou a incidência das majorações da alíquota do FINSOCIAL aplicáveis às empresas exclusivamente prestadoras de serviço. Cito a ementa do precedente:

“AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V DO CPC. FINSOCIAL. SOCIEDADE SEGURADORA. MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS NO JULGAMENTO DO RÉ N° 150.764. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE, SEM DESCONHECER A CONDIÇÃO DE SEGURADORA DA EMPRESA AUTORA, MANTEVE AS REFERIDAS MAJORAÇÕES COM BASE EM PRECEDENTE APLICAVEL ÀS EMPRESAS EXCLUSIVAMENTE PRESTADORAS DE SERVIÇO. ART. 56 DO ADCT. VIOLAÇÃO.

AR 1.607/MS

Preliminar de carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, afastada, diante dos precedentes de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal que, ao analisar os limites em que foram propostas as lides referentes à cobrança do FINSOCIAL, bem como a aplicação por esta Corte, em sede de recurso extraordinário, de sua jurisprudência firmada sobre o tema, concluíram tratar-se apenas de uma concessão parcial, a menor, das pretensões formuladas pelas empresas autoras. Precedentes: RE 147.930-ED, SYDNEY SANCHES, 1ª Turma, julg. 11.06.96 e RE 173.773-ED, MAURÍCIO CORRÊA, 2ª Turma, julg. 10.09.96.

Este Supremo Tribunal, ao julgar o RE n° 150.764, Red. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 9º da Lei n° 7.689/88

concluindo pela invalidade das normas posteriores que elevaram as alíquotas do FINSOCIAL cobrado das empresas referidas no § 1º do art. 1º do Decreto-Lei 1.940/82, ou seja, as vendedoras de mercadorias, instituições financeiras e as sociedades seguradoras.

Decisão rescindenda que destoa da orientação firmada neste precedente, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada neste mesmo julgado”.

9. Naquele julgamento, embora o Tribunal de origem houvesse qualificado a empresa como prestadora de serviços, não foi desconhecida a sua condição de seguradora. O Decreto-Lei n° 1.940/82 distinguiu, quanto às alíquotas da contribuição para o FINSOCIAL, empresas mercantis, instituições financeiras e sociedades seguradoras — de um lado [art. 1º, § 1º] — e empresas prestadoras de serviços — de outro [art. 1º, § 2º]. A mesma empresa não poderia ser qualificada, a um tempo só, como seguradora e prestadora de serviços, segundo a legislação do FINSOCIAL.

10. Não se desconheceu, no caso dos autos, desde a impetração do mandado de segurança que deu origem ao acórdão rescindendo, o objeto social da autora. O art. 2º de seu contrato social estabelece que “[a] Sociedade tem por objeto social: pesquisa, estudos, planejamento, construção e exploração da produção, transformação, transporte, armazenamento, distribuição e comércio de energia, em qualquer das suas formas, de combustíveis e de outras matérias-primas energéticas” [fl. 34. Grifou-se].

11. A energia elétrica é objeto de comércio. Recorro a JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 6ª ed., volume V, parte I, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1959, pág. 9). A eletridade “é coisa imaterial, imponderável, visto ser o efeito da combinação de meios mecânicos”. Não obstante, em razão da necessidade de regularmos este produto, impalpável mas sensível, e de protegê-lo como *valor* real em suas aplicações e manifestações concretas, somos forçados a reconhecer a eletridade como *coisa*. Trata-se de uma mercadoria, bem apropriável pelo homem, bem no mercado. Assim a tomam, como mercadoria, a doutrina e o direito positivo. O art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei n° 1.940/82, que instituiu a contribuição para o FINSOCIAL, estabelece,

para as empresas distribuidoras de energia elétrica, tratamento tributário idêntico àquele dispensado às empresas mercantis. O § 4º permite excluir o valor do Imposto Único sobre Energia Elétrica - IUEE da base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL:

“§ 4º Não integra as rendas e receitas de que trata o § 1º deste artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, conforme o caso, o valor: [Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.397, de 1987]

a) do Imposto sobre Produtos Industrializados [IPI], do Imposto sobre Transportes [IST], do Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos [IULCLG], do Imposto Único sobre Minerais [IUM], e do Imposto Único sobre Energia Elétrica [IUEE], quando destacados em separado no documento fiscal pelos respectivos contribuintes; [Incluída pelo Decreto Lei nº 2.397, de 1987]”.

12. A remissão ao § 1º contida no preceito deixa claro que o legislador conferiu às empresas de energia elétrica — e este é o caso da autora — o mesmo tratamento tributário dispensado às empresas mercantis, instituições financeiras e sociedades seguradoras.

13. A afirmação de que a energia elétrica é mercadoria, também para fins tributários, encontra respaldo na Constituição de 1988. O art. 155, § 2º, “b” determina que o ICMS incida nas operações relativas à circulação de energia elétrica, ressalvadas as operações em que o destinatário esteja localizado em outro Estado-membro. Os únicos serviços tributados pelo imposto são os de comunicação e o de transporte interestadual e intermunicipal. Qualquer outra operação tributada pelo ICMS enquadra-se no conceito de “circulação de mercadoria”.

14. Nesse sentido, o artigo 34, § 9º, do ADCT/88:

“§ 9º - Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre

o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação” [Grifou-se].

15. Vê-se para logo que o legislador conferiu às empresas distribuidoras de energia elétrica o mesmo tratamento tributário dispensado às empresas mercantis.

16. Não há falar, de outra banda, na aplicação do disposto no artigo 28, IV, do decreto nº 92.698/86. O preceito é claro ao determinar que as concessionárias de energia elétrica deveriam contribuir com base no imposto de renda devido, desde que não vendam mercadorias:

“Art. 28. Contribuirão ainda com base no imposto de renda devido, ou como se devido fosse, degi>dg que não vendam mercadorias, entre outras:

[...]

IV - as concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, de telecomunicações, de saneamento básico (serviços de água e esgoto sanitário), com ou sem subvenção para custeio;” [grifou-se]

17. A autora, que tem por objeto social a distribuição e comércio de energia elétrica, foi equivocadamente tida pelo acórdão rescindendo como empresa exclusivamente prestadora de serviços. Explicitada esta premissa, resta deitarmos atenção aos requisitos do artigo 485, IX, e §§ 1º e 2º do CPC.

18. Dispõe o artigo 485:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

19. O Ministro SYDNEY SANCHES observa, em exaustivo artigo doutrinário, que o erro de fato deve ser apurável mediante “o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo [...] a produção de quaisquer provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente” (“Da ação rescisória por erro de fato”, in RT 501/15).

20. Esse requisito encontra-se perfeitamente atendido na presente ação. Basta o cotejo entre o contrato social e a legislação pertinente para que seja obtida a conclusão de que a autora não é empresa exclusivamente prestadora de serviços, eis que se dedica à compra e venda de energia elétrica. Não é necessária qualquer dilação probatória para essa conclusão seja alcançada.

21.0 segundo requisito [§ 2º do art. 485] exige a inexistência de controvérsia e pronunciamento judicial sobre o fato. Esse preceito, sobretudo em sua última parte, é criticado pela doutrina. Em que condições a sentença poderia ter como inexistente um fato efetivamente ocorrido [§ 1º] sem que houvesse pronunciamento judicial sobre o fato?

22. O Ministro SYDNEY SANCHES, com esteio em lições de BARBOSA MOREIRA, LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE, LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL e CARLOS ALBERTO ORTIZ, afirma não existirem, no § 2º do art. 485, dois requisitos [inexistência de controvérsia e inexistência de pronunciamento judicial], mas apenas um: fato incontroverso sobre o qual a sentença se pronunciou:

“[...] se não houve controvérsia e, apesar disso, o juiz afirmou a existência de um fato incorrido ou a inocorrência de um fato acontecido, na verdade não apreciou questão de fato suscitada pelas partes.

E se errou e se esse erro influi decisivamente na sentença, e se pode ser constatado ‘prima facie’, pelo simples exame dos autos em que proferida, pode ela ser rescindida, com base no nº IX do art. 485” [ob. cit., p. 30].

23. Assim, o que importa é a inexistência de controvérsia judicial sobre o fato. A Segunda Turma desta Corte, no caso dos autos, julgou procedente recurso extraordinário para reformar acórdão proferido por TRF da 3ª Região.

24. Essa decisão, embora tenha classificado a autora como prestadora de serviços, negou provimento à remessa necessária por considerar incidente a alíquota de 0,5%, seja para prestadoras de serviço, seja para empresas mercantis, sob pena de estabelecer-se situação “antiisonômica, agora apenas em detrimento das prestadoras de serviços” [fl. 167 e 170].

25. A autora não recorreu da decisão. E nem poderia fazê-lo, pois não havia interesse a

justificar o recurso. O acórdão prolatado pelo TRF da 3ª Região negou provimento à remessa necessária [fls. 164/171]. Pouco importava a classificação da empresa como prestadora de serviços ou vendedora de mercadorias — o tratamento tributário deveria ser idêntico. O art. 499 do CPC estabelece que o recurso “pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público” [grifou-se]. BARBOSA MOREIRA, comentando o preceito, afirma:

“[...] não legitima a interposição de recurso a simples discrepância entre as razões de decidir e os argumentos invocados pela parte; ou, em outras palavras, que só se admite recurso contra o dispositivo, e não contra a motivação. Quer isso dizer que, se se trata de matéria sobre a qual houve debate, é irrelevante, para o fim aqui considerado, que o juiz se tenha apoiado, total ou parcialmente, em argumentos diversos daqueles sugeridos pelo litigante a cujo favor, no entanto, decidiu: ainda na hipótese de que ele explicitamente rejeitasse *todos* esses argumentos, a existência ou a inexistência do interesse em recorrer teria de verificar-se à luz da mera conclusão, e não do raciocínio armado para produzi-la. Resalvem-se os casos, aliás excepcionais, em que a própria lei atribui importância prática à motivação, como acontece no tocante à sentença de improcedência na ação popular, cuja força, consoante se recordou há pouco, varia de acordo com o fundamento do *de-cisum*” {Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, Forense, Rio de Janeiro, 2005, pp. 301-302. Grifou-se em negrito. Itálicos no original).

26. Se o dispositivo do acórdão era favorável à autora e a fundamentação conduzia ao mesmo resultado, independentemente do objeto social da empresa, evidentemente inexistia interesse recursal.

27. A União, por seu turno, interpôs recurso extraordinário, alegando que as majorações da alíquota eram devidas pelas empresas prestadoras de serviço. O Tribunal, partindo do equívoco pressuposto de que a autora somente prestava serviços e aplicando o entendimento firmado no RE nº 187.436, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 31.10.1997, deu provimento ao recurso.

28. A autora opôs embargos de declaração, questionando o equívoco quanto ao seu ob-

jeto social. Os embargos foram rejeitados sob o fundamento de que "a versão fática do acórdão recorrido é imodificável em sede de recurso extraordinário" [fl. 276]. O acórdão entendeu que cumpria à embargante, "se não é empresa prestadora de serviço, mas como tal fora tratada no acórdão recorrido", ter apresentado embargos de declaração perante o tribunal de origem. A conclusão dos embargos conduz a uma perplexidade: por que a autora deveria recorrer, se era vencedora?

29. O acórdão prolatado pelo TRF da 3ª Região, sem que houvesse controvérsia sobre o assunto, qualificou a autora equivocadamente como empresa exclusivamente prestadora de serviços. A autora não recorreu. A União, explorando a qualificação atribuída na fundamentação do acórdão à autora, interpõe recurso extraordinário, ao qual o Tribunal dá provimento. A autora, por meio de embargos declaratórios, busca estabelecer a controvérsia sobre a sua qualificação jurídica, mas a Corte os rejeita, afirmando que o tema teria sido definitivamente assentado pelo Tribunal *a quo*.

30. O acórdão rescindendo atribuiu à autora objeto social inexistente. O fato — ser ela uma empresa exclusivamente prestadora de serviços — não foi objeto de controvérsia. Restou, assim, plenamente caracterizado o erro de fato, nos termos do disposto no art. 485, IX e §§ 1º e 2º do CPC.

Julgo procedente o pedido para desconstituir o acórdão rescindendo e determinar, no que tange à autora, a incidência da alíquota da contribuição para o FINSOCIAL aplicável às empresas mercantis, prevista no art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.940/82, nos termos do RE nº 150.764, Relator para o acórdão o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 02.04.1993, que declarou inconstitucionais as majorações instituídas pelas Leis ns. 7.689/88, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90.

Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 109b sobre o valor da causa, devidamente atualizado.

Autorizo o levantamento do depósito judicial efetivado pela autora.

VOTO

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI: - Sra. Presidente, ouvi atentamente os votos dos eminentes Ministros Relator e Revisor. Na minha modesta prática de Magistrado, tenho

entendido que a ação rescisória tem limites muito estreitos, angustos. A discussão, na rescisória, é balizada por um rol de elementos taxativos inscritos no Código de Processo Civil.

No caso, ousou divergir do nobre Ministro-Revisor, porque se trata de uma ação fundada no art. 485, inciso IX, do CPC, em que se alega ter havido erro de fato. Esse dispositivo da lei processual, data venia, não permite o reexame ou a revalorização da prova, ou que se rediscuta justiça ou injustiça da decisão rescindenda.

Pretende-se, na espécie, reabrir a discussão sobre a natureza jurídica da empresa - se prestadora de serviço ou comercial. Ademais, verifico que o art. 485, inciso IX, § II, do CPC, exige que, para ser reconhecido o erro de fato, não tenha havido controvérsia ou apreciação judicial sobre o fato.

Tenho, para mim - até do extenso e brilhante voto do eminente Ministro-Revisor, e louvo, realmente, o cuidado que Sua Excelência teve na análise dessa questão -, que a matéria foi discutida nas instâncias inferiores.

Não quero, aqui, entrar no mérito das alegações porque até posso vir a julgar esta questão, futuramente, em alguma ação particular que vier a ser submetida à Turma. Mas entendo que a ação, data venia, é improcedente.

Acompanho, portanto, o voto do eminente Ministro-Relator.

O SR. MINISTRO CARLOS BRUTO - Também acompanho o voto dos Ministros Relator e Lewandowski, pedindo vênias ao eminente Ministro Eros Grau.

Mesmo que venha a considerar a energia elétrica no seu processo de distribuição e venda como um produto, ou uma mercadoria, entendo que há óbices formais, intransponíveis.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

- Vossa Excelência me permite? Apenas resalto um aspecto - e lembrávamos isso, eu e o ministro Sepúlveda Pertence, que alertava sob esse ângulo. Houve uma época em que os tribunais, em geral, concluíam pela inconstitucionalidade da majoração, sem distinguir a natureza da empresa. Nesse caso concreto, o Tribunal, ao julgar o conflito de interesses, proclamou a inconstitucionalidade. A União interpôs recurso que foi, então, apreciado pela Turma. Quando instada a emitir enten-

dimento sobre a atividade que a recorrida, embargante, desenvolvia, simplesmente se recusou a fazê-lo.

Quer dizer, a situação, a meu ver, é de erro de fato.

0 SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Quedou silente.

0 SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

- Sim. Porque se deu de barato que seria prestadora de serviço e não vendedora de mercadoria, como é a energia.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - E veja Vossa Excelência que não se trata de revisar matéria de fato, nem de prova. A própria denominação da autora já nos diz qual a natureza das atividades que exerce. Não há nenhuma necessidade de revolver prova.

0 SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

- Compreendo que é difícil a configuração do erro de fato.

0 SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - 0 requisito do erro de fato para ação rescisória, evidentemente, não pode ser duplo - aliás, o eminente revisor fez correta referência à síntese do Ministro Sydney Sanches sobre a matéria -, porque o § 1º prevê que é preciso que o Tribunal se tenha pronunciado sobre se existiu, ou não, o fato - é óbvio. Se o Tribunal não se manifesta sobre a existência ou inexistência do fato, não há juízo. Daí, é necessário que tenha havido pronunciamento judicial. 0 que não pode ter havido, isto sim, é controvérsia resolvida por esse juízo. Foi exatamente o que aconteceu aí: não se estabeleceu controvérsia a respeito do fato, porque este era irrelevante para decisão da causa; o tribunal local fez afirmação sobre a existência do fato quando não havia controvérsia e, se esta existisse, seria, àquela altura, irrelevante.

Portanto, no caso, admitiu-se como verdadeiro um fato que não é verdadeiro, o que determinou depois, por conta do reconhecimento da inconstitucionalidade, esse tratamento não isonômico. É caso típico de erro de fato.

0 SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

- Isso sem cogitar do argumento metajurídico. No âmbito de empresas vendedoras de energia, mercado limitado, ela será a única a satisfazer o Tribunal na forma imposta.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - A única a responder com uma alíquota diferenciada.

0 SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ele vai viver numa ilha fiscal - o artigo foi muito próprio para a expressão do advogado da parte.

0 SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Agora pergunto aos eminentes ministros que me interromperam: trata-se mesmo de erro de fato?

0 SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO

- Típico erro de fato. Aliás, o revisor alertou bem: ela não tinha nenhum interesse em recorrer de decisão que lhe era favorável. Por que interpor recurso para provar que não era prestadora de serviço, se ganhou a causa?

0 SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Quando da decisão de segundo grau, era irrelevante também na jurisprudência do Supremo. É um caso muito curioso.

Neste acórdão, no "leading case" de que foi Relator o Ministro Marco Aurélio - RE 150764

- literalmente, a declaração de inconstitucionalidade foi total quanto às majorações de alíquotas, cuidasse-se de empresas vendedoras de mercadorias ou mistas ou de empresas exclusivamente prestadoras de serviços.

A relevância surge quando, no julgamento de um outro caso - RE 187436 - o Tribunal retificou a sua declaração de inconstitucionalidade - aliás, já objeto de suspensão das normas pelo Senado Federal, nos termos em que fora proferida -, assentando que a declaração fora além dos fundamentos do acórdão e que a inconstitucionalidade só dizia respeito às empresas vendedoras de mercadorias. A partir daí, tomou-se relevante a distinção. Vem então o recurso extraordinário da União com uma premissa de fato: trata-se de uma empresa prestadora de serviço, o que, até então, era inteiramente irrelevante; e a Segunda Turma, sem discutir - a caracterização da empresa, julgou que - tratando-se de empresa prestadora de serviço - não são inconstitucionais as majorações de alíquotas.

0 SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E mais: tratava-se de uma instância onde não poderia haver controvérsia sobre o suposto de fato. Por isso ainda não houve controvérsia.

0 SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Vamos chamar de perplexidade, é simples - se fosse simples, não me levaria à controvérsia. Então, corrijo-me. É o seguinte: a controvérsia sobre a natureza jurídica da empresa, se se tratava ou se se trata de uma prestadora de serviço ou de uma vendedora de mercadoria

ou produto, é uma questão de fato ou de direito?

0 SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É uma questão de fato. Surgiu nos embargos declaratórios, e, segundo a Turma, estes deveriam ter sido protocolados no Tribunal Regional Federal.

0 SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Se se remete para o objeto social da empresa, não há dúvida de que é uma questão de fato.

0 SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E não houve o deslinde.

0 SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - *Data venia*, também manifesto a minha perplexidade no sentido do que revelado pelo eminente Ministro Carlos Britto.

No caso, não estamos diante de uma questão de fato, mas claramente jurídica, a meu ver. Temos de interpretar a natureza jurídica à luz, enfim, da atividade que a empresa pratica.

0 SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não se trata de qualificar. Isso é um juízo posterior. Primeiro, temos de examinar qual é a atividade para depois, examinar a qualificação.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Qual a consequência jurídica da atividade?

0 SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - No caso, é uma concessionária; a sua atividade é típica, é fornecimento de energia.

0 SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, mas de qualquer maneira é preciso examinar a atividade, o que é a questão de fato.

0 SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A matéria é tão controvertida que não há consenso na jurisprudência com relação à atividade dessas empresas.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Ministro, há consenso, e o Tribunal já julgou à unanimidade ação idêntica, AR 1.713, da minha relatoria; absolutamente idêntica e unânime a decisão.

0 SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Se Vossas Excelências estão pacificados quanto à natureza de direito, à natureza jurídica da controvérsia, na origem, do acórdão rescindendo, vou refundir o meu voto, pedindo vênias ao Ministro Joaquim Barbosa e ao Ministro Lewandowski, acompanhar a divergência.

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607

RETIFICAÇÃO DE VOTO

0 SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sra. Presidente, se Vossas Excelências estão pacificados quanto à natureza de direito, à natureza jurídica da controvérsia, na origem, do acórdão rescindendo, vou refundir o meu voto, pedindo vênias ao Ministro Joaquim Barbosa e ao Ministro Lewandowski, para acompanhar a divergência.

VOTO

0 SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, o meu voto, na intervenção que já fiz, com as escusas dos eminentes Ministros, deixa claro que reconheço um erro típico de fato.

Acompanho, com a devida vênias do Relator e do Ministro Ricardo Lewandowski, o Revisor. 0 SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente, acompanho o revisor pelas razões já lançadas.

VOTO

0 SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, como deixei claro em aparte, durante a discussão da causa, também entendo ter ocorrido erro de fato quanto à natureza da atividade da empresa, que é tanto mais indubitosa quando se trata de uma concessionária, e, portanto, com objeto certo.

E não incide, no caso, o óbice do § 2º do art. 485 do Código de Processo Civil, conforme, a meu ver, demonstrou, com precisão, sem saltos nem sobressaltos, o voto do eminente Ministro-Revisor.

Com as vênias do ilustre Relator, julgo procedente a ação.

EXTRATO DE ATA

AÇÃO RESCISÓRIA 1.607-1 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO: MIN. JOAQUIM BARBOSA

REVISOR: MIN. EROS GRAU

RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. EROS GRAU

AUTORA: EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL S/A - ENERSUL

ADVOGADO (A/S): LUIZ GUSTAVO A.S. BICHARA

RÉ: UNIÃO

ADVOGADA: PFN - MARIA LÚCIA PERRONI
Decisão: 0 Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Ricardo Lewandowski, julgo procedente a

ação, nos termos do voto do Senhor Ministro Eros Grau (Revisor), que lavrará o acórdão. Votou a Presidente. Impedido o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou pela autora o Dr. Luiz Gustavo Bichara. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Plenário, 30.03.2006. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.
 Luiz Tomimatsu
 Secretário
 (Ementa publicada no DJU de 29.09.2006, p. 32).

LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005.

ART. 4º. PREVISÃO DE QUE O ART. 3º É MERAMENTE INTERPRETATIVO.
 APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 3º.
 INCONSTITUCIONALIDADE.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
 NA AC Nº 2004.72.05.003494-7/SC
 RELATOR: Des. Federal ANTONIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA
 APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO: Dolizete Fátima Michelin
 APELADO: LUIZ CARLOS DA CUNHA
 ADVOGADO: Flavio Ricardo Felix e outro
 REMETENTE: JUÍZO FEDERAL DA 01A VF DE BLUMENAU

EMENTA

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 4º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 115, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005 - VIOLAÇÃO AO INCISO XXXVI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1 - Mesmo as leis que ostentem pretensão interpretativa, a despeito do que dispõe o art. 106 do Código Tributário Nacional, sujeitam-se ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

2 - É inconstitucional a expressão "*observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional*", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005.

3-0 art. 3º da Lei Complementar nº 118 entrou em vigor em 9 de junho de 2005, passando a ser aplicável somente a partir de então.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade da expressão "*observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional*", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 16 de novembro de 2006.

Des. Federal ANTÔNIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA
 Relator

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
 NA AC Nº 2004.72.05.003494-7/SC
 RELATOR: Des. Federal ANTONIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA
 APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO: Dolizete Fátima Michelin
 APELADO: LUIZ CARLOS DA CUNHA
 ADVOGADO: Flavio Ricardo Felix e outro
 REMETENTE: JUÍZO FEDERAL DA 01A VF DE BLUMENAU
 RELATÓRIO

Cuida-se de argüição de inconstitucionalidade da expressão "*observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966-Código Tributário Nacional*", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005.

O art. 3º daquela Lei Complementar dispôs sobre o prazo para o sujeito passivo postular a repetição do indébito na hipótese de lançamento por homologação, em desconformidade com o entendimento pretoriano até então prevalecente, nos seguintes termos:

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

O art. 4º cuidou da data de início de vigência daquela Lei Complementar, assim dispondo:

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

Por força dessa remissão, o art. 3º da Lei Complementar nº 118/05 teria efeitos retroativos, aplicando-se a atos e a fatos pretéritos, por se tratar de norma interpretativa.

Postulada nos autos, pela União, a aplicação retroativa do art. 3º da Lei Complementar nº 118/05, foi-lhe argüida a inconstitucionalidade, ao entendimento de que de norma interpretativa não se tratava, incorrendo em violação ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988 e aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Acolhida a questão de ordem, foi suscitado este incidente de inconstitucionalidade perante o Órgão Especial, onde a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo acolhimento da questão de ordem em maior extensão, para ser declarada a inconstitucionalidade do art. 3º e do art. 4º, segunda parte, daquela Lei Complementar.

Pedi, então, inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

Des. Federal ANTÔNIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA

Relator

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
NA AC Nº 2004.72.05.003494-7/SC

RELATOR: Des. Federal ANTONIO ALBINO
RAMOS DE OLIVEIRA

APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA
NACIONAL)

ADVOGADO: Dolizete Fátima Michelin

APELADO: LUIZ CARLOS DA CUNHA

ADVOGADO: Flavio Ricardo Felix e outro

REMETENTE: JUÍZO FEDERAL DA 01A VF
DE BLUMENAU

VOTO

1 - No voto proferido na Questão de Ordem em que suscitei o incidente de inconstitucionalidade, manifestei desde logo meu entendimento de que é inconstitucional a segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005. Reitero aqui, com alguns poucos acréscimos, as razões em que fundamentei esse entendimento.

2 - São passados mais de 39 anos da vigência do Código Tributário Nacional. A interpretação do inciso I do art. 168 do CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), para a hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, já foi consolidada, pela douta Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, há quase uma década (ERESP 42770/RS, Rei. Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 14/03/95, DJde 17/04/95, p. 9551) e reafirmada, mais recentemente (ERESP 435.83 5/SC, rei. p/ o acórdão Min. José Delgado), no sentido de que aquele prazo seria contado da data em que ocorrer a homologação, se expressa, ou do término do respectivo prazo, se tácita.

Não se fazia necessária, portanto, qualquer lei interpretativa para aclarar o conteúdo de tão vetusta norma. De outra parte, não guarda razoabilidade falar em interpretação *autêntica* quando a manifestação do Legislativo se dá quatro décadas após o início da lei interpretanda. Os legisladores, que produziram o Código Tributário Nacional a partir dos trabalhos de uma comissão encabeçada pelo notável jurista Rubens Gomes de Souza, iniciados nos idos de 1953, já não pertencem, em sua maioria, ao mundo dos vivos. Pretender que o legislador de 2005 possa revelar agora a intenção do legislador de meados do século passado é algo que agride o bom senso e revela, antes, o puro e simples objetivo de alterar o Código Tributário Nacional com efeitos retroativos, violando, às escâncaras, do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988.

Trata-se, portanto, de norma que inova no mundo jurídico, pois lhe faltam os requisitos mínimos para que se possa qualificar como interpretativa, como bem observou o Min. CASTRO MEIRA no voto proferido no julgamento dos Embargos de Divergência em RESP nº 327.043-DF, que mais adiante será comentado:

As leis de caráter interpretativo, para que tenham a sua legitimidade reconhecida pelo Judiciário, sujeitam-se à observância de dois requisitos, um de natureza formal e outro de índole material.

O primeiro, seguindo a orientação do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI MC nº 605/DF, consiste na "igualdade hierárquico-jurídica" do ato interpretativo e do ato interpretado. Assim, ambas as leis - a que interpreta e a que é interpretada - devem estar no mesmo patamar hierárquico. Na hipótese, os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/05 conferem interpretação ao art. 168, I, do CTN, norma recepcionada no ordenamento jurídico com o status de lei complementar.

O segundo consiste na própria justificativa da lei, na real necessidade de melhor explicitar ou aclarar o que já se encontra em dispositivo legal anterior. Voltando à hipótese dos autos, verifica-se que o caráter interpretativo conferido ao art. 3º da LC nº 118/05 é totalmente desnecessário e até abusivo, pois a questão relativa ao termo inicial da contagem da prescrição já se encontrava pacificada na jurisprudência da Corte.

Portanto, o art. 3º da LC nº 118/05, ao invés de encontrar fundamento de validade no art. 106 do CTN, acabou por contrariá-lo, já que desnecessária a interpretação de dispositivo de lei já exaustivamente analisado pelo Judiciário.

3-0 inciso XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988 dispõe que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Assim, mesmo as leis que ostentem pretensão interpretativa, a despeito do que diz o art. 106 do CTN, sujeitam-se a esse princípio. Para demonstrá-lo, valho-me das palavras do Eminentíssimo Ministro Carlos Mário Velloso, citadas por Sérgio Feltrin Corrêa em Código Tributário Nacional Comentado, p. 456, obra de autoria coletiva coordenada pelo ilustre Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas:

"O Código Tributário Nacional, art. 106,1, estabelece que a lei expressamente interpretativa se aplica a ato ou fato pretérito, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados. Esta é uma matéria que necessita de uma palavra a respeito, ainda que de modo rápido. A primeira questão que

ponho à reflexão dos senhores é esta: seria possível uma lei interpretativa na ordem jurídica brasileira, em que o instituto da irretroatividade da lei tem status constitucional? Ou, noutras palavras, em que o princípio se dirige não apenas ao juiz, mas também ao legislador? Alguns, acostumados a ler nos livros dos civilistas franceses, costumam responder afirmativamente, vale dizer, que é possível a lei interpretativa com efeito retroativo. A resposta, entretanto, há de ser negativa. Na ordem jurídica brasileira não seria possível uma tal lei, porque quem interpreta a lei, em caráter definitivo, é o Poder Judiciário. O legislador não interpreta a lei definitivamente, mesmo porque, promulgada a lei, o que vale é a mens legis. A mens legislatoris é de pouca valia. É de Pontes de Miranda a lição: "15. Leis interpretativas. Em sistemas jurídicos, que têm o princípio da irretroatividade das leis e da origem democrática da regra jurídica, não se pode pensar em regra jurídica interpretativa, que, a pretexto de autenticidade da interpretação, retroaja". A questão deve ser posta assim: se a lei se diz interpretativa e nada acrescenta, nada inova, ela não vale nada. Se inova, ela vale como lei nova, sujeita ao princípio da irretroatividade. Se diz ela que retroage, incorre em inconstitucionalidade e, por isso, nada vale. Desta forma, não há falar, na ordem jurídica brasileira, em lei interpretativa com efeito retroativo."

Portanto, ao legislador não foi atribuído o poder de legislar para o passado, ainda que a pretexto de interpretar lei pretérita. Ao fazê-lo, e ainda que elogendo uma das várias interpretações possíveis dessa lei, estará inovando no mundo jurídico, em ofensa direta ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição. PONTES DE MIRANDA, em seu clássico Tratado de Direito Privado (Tomo I, § 18, 6, p. 66, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2ª tiragem), já apontava a incompatibilidade das leis interpretativas retroativas com o sistema jurídico brasileiro, advertindo: "*no sistema jurídico brasileiro, não há leis interpretativas*:"

6. AS CHAMADAS LEIS INTERPRETATIVAS.
- A insigne tradição do direito brasileiro é a de repelir a validade de qualquer lei, que, a pretexto de interpretar, edicte regras jurídicas sobre o conteúdo de outras regras jurídicas anteriores. Na Constituição Política do Império do Brasil, o art. 15, 8º, falava da atribui-

ção de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, que tinha a Assembléia Geral; mas já PIMELTTA BUENO (*Direito Público Brasileiro*, I, 75) advertia: “A lei, por ser declaratória, não deixa de ser lei, não deixa de estabelecer uma regra, que pelo menos não foi entendida, que por isso vem a ser nova, pois que não existia antes de ser feita e conhecida... Basta que daí resulte, e sem dúvida resulta, o fato da retroatividade, para que ela seja radicalmente não só injusta como perigosa; sempre que a retroatividade tiver lugar, a segurança desaparecerá”. E acrescentou: “...uma tal lei deve obrigar somente da sua promulgação em diante, dominar só o futuro, não o passado”. Ora, diante do art. 141, § 3º, da Constituição de 1946, - regra jurídica explícita e precisa, que tem, atrás de si, toda a tradição do direito constitucional brasileiro contrária à retroatividade, pensar-se em lei interpretativa inserta em ato legislativo, qualquer, ainda que em orçamento, é absurdo. A natureza interpretativa da lei é a relação entre o texto novo e o texto velho; mas relação *subjetiva*, e não *objetiva*: no sistema jurídico brasileiro, não há leis interpretativas.

A atualidade da advertência de Pimenta Bueno salta à vista no episódio sob julgamento, quando o legislador, não lhe bastando legislar para o futuro, pretende amoldar o passado à sua episódica opinião. A natureza “interpretativa” da norma é a capa sob a qual se esconde a frontal violação do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988.

4 - À mesma conclusão chegou a colenda Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos já citados Embargos de Divergência em ERESP nº 327.043-DF, Rei. Min. João Otávio de Noronha, cujo acórdão ainda não foi publicado, mas já teve suas conclusões divulgadas no *site* daquele Tribunal na Internet. Fiz juntar aos autos extrato daquele informativo, além dos votos já divulgados, dos Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki e Castro Meira, votos que, por brevidade, adoto como fundamento. O voto do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI encontra-se referido em julgamentos posteriores, entre os quais o proferido no RESP 714.397/SP, assim ementado: TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ORIEN-

TAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO DO STJ, NA APRECIÇÃO DO ERESP 435.835/SC. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ART. 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO CONSIGNADO NO VOTO DO ERESP 327.043/DF. CORREÇÃO MONETÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE DIFERENTES ESPÉCIES. SUCESSIVOS REGIMES DE COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA OU EXAME DA CAUSA À LUZ DO DIREITO SUPERVENIENTE. INVIABILIDADE. JUROS.

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

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

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

art. 5º, XXXVI). Ressalva, no particular, do ponto de vista pessoal do relator, no sentido de que cumpre ao órgão fracionário do STJ suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial, nos termos do art. 97 da CF.

4

(RESP 714397/SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, unânime, 12/04/2005, DJde 02.05.2005, p. 236 - grifos e destaques não são do original)

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

5 - Qual a consequência prática dessa norma supostamente interpretativa? Será a perda do direito à repetição do indébito por todos os contribuintes que, fiados na jurisprudência do E. STJ, houverem optado por ajuizar ações além do prazo de cinco anos contados do indevido pagamento. Dir-se-á que esses contribuintes não tinham direito adquirido à contagem do prazo na forma definida pela jurisprudência, porque também esta poderia ser alterada. No entanto, esse argumento não é de se acolher, por dois bons motivos. Primeiro, porque, embora a jurisprudência possa sofrer mutações, cuidou a Constituição de lhe garantir a uniformidade, organizando o Judiciário de forma piramidal, tendo no topo os tribunais superiores, que têm a função de dar a última palavra na hermenêutica da Constituição e da lei (STF e STJ). No tocante à Constituição, o STF exerce o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) e também o controle difuso (recurso extraordinário). No tocante à lei federal, o STJ exerce a função unificadora através do recurso especial, que cabe, inclusive, quando tribunais diversos derem à lei federal interpretações

divergentes (art. 105, III, c). A par disso, há mecanismos nos próprios tribunais para a eliminação de divergências (v.g., embargos infringentes, uniformização de jurisprudência) e edição de súmulas que condensam suas orientações jurisprudenciais predominantes, sendo de notar que as súmulas do E. STF, em matéria constitucional, são, hoje, vinculantes (art. 103-A da CF/88, acrescido pela EC 45/04), como vinculantes são suas decisões no controle concentrado da constitucionalidade (art. 102, § 2º, cf. EC 45/04).

Esse mecanismo de controle hierarquizado da interpretação e aplicação das leis garante sua uniformidade e, assim, é emanção do princípio da segurança jurídica, refletindo-se na concretização do próprio princípio da isonomia, na medida em que a lei deve ser igual para todos e, para que assim seja, deve ter uma única interpretação. *Uma lei que, após fixada a compreensão da norma pelo tribunal competente, lhe atribui outra interpretação, com efeitos retroativos, com certeza não homogeneia os princípios da segurança jurídica e da isonomia.*

Segundo, porque negar que haja direito adquirido, decorrente de interpretação pacificada da lei pelo tribunal que tem essa específica função, equivale a negar a própria existência de direito adquirido. Sendo certo que o direito não se confunde com o texto de lei, pois não há texto que não exija interpretação, a norma será sempre aquilo que a interpretação disser que ela é, de modo que, se desprezarmos o *direito interpretado*, desprezaremos o próprio direito, pois não haverá nada a ser protegido. Exatamente porque toda norma é suscetível de interpretação é que o sistema constitucional atribui essa interpretação ao Poder Judiciário, cercando-a de cuidados e garantias. E a jurisprudência dos tribunais superiores, longe de servir apenas para noticiar a solução dos conflitos individuais decididos, serve também para dar a público a interpretação da lei a ser seguida em todos os demais casos semelhantes.

Admitida que fosse a retroatividade daquela norma, restaria sem dúvida ofendido o princípio constitucional da segurança jurídica, que é apanágio do Estado Democrático de Direito e está à base da vedação de leis retroativas. O princípio da segurança jurídica impõe a previsibilidade das decisões, a estabilidade

das relações jurídicas, a manutenção das “regras do jogo”. É o próprio ceme do Estado de Direito, que não é apenas aquele que é governado por leis, mas principalmente aquele que é governado por leis claras, objetivas, e que disponham para o futuro porque a lei que dispuser para o passado obviamente não poderá servir de padrão de comportamento para o cidadão. O princípio da segurança jurídica provém da luta contra o arbítrio dos regimes absolutistas, que resultou nas revoluções francesa e americana, e estava bem presente na retórica de MIRABEAU, quando, em 21 de novembro de 1790, exclamou: *“Nulle puissance humaine ou surhumaine ne peut légitimer un effet rétroactif. J'ai demandé la parole pour faire cette profession de foi”*.

É em homenagem a esse princípio que Caio Mário da Silva Pereira, analisando a possibilidade de leis interpretativas com eficácia retrooperante, afirmava:

Comumente sustenta-se que as leis interpretativas retroagem. É preciso, entretanto, distinguir. Sendo a lei interpretativa a forma autêntica pela qual o legislador fixa o seu pensamento e esclarece o seu comando, considera-se contemporânea da própria lei interpretada, segundo a doutrina que vem desde o imperador Justiniano, e, portanto, na sua condição intrínseca, faz abstração do tempo decorrido entre as duas normas. Mas as situações jurídicas ou os direitos subjetivos constituídos em função da interpretação dada à lei, antes do dispositivo, não podem mais ser alterados ou atingidos, ainda que a hermenêutica autêntica venha infirmar o entendimento dado à lei interpretada. (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio-SãoPaulo, 1961, tomo I, p. 128).

Assim também, Limongi França (*A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, Saraiva, 5ª ed., p. 200), que, em comentário que em tudo se ajusta à hipótese em análise, ressalta:

Com efeito, uma lei está em vigor até que outra a modifique ou revogue (Lei de Introdução, art. 2º). Ora, o pressuposto é de que a lei é clara e de que, portanto, é válida a interpretação que se lhe dá. Por outro lado, é comum ser uma lei passível de mais de uma interpretação e, uma vez que esta se processe dentro das regras de hermenêutica que as informam, não há como desconhecer o Direito

Adquirido segundo essa perspectiva. Numa paródia a Justiniano, fora de se dizer: como seria possível prever que uma lei interpretativa viria antiquar a interpretação que à lei se deu?

Transposta essa indagação para a hipótese concreta, é de perguntar: como poderiam os contribuintes prever que uma lei “interpretativa” viria reduzir, com efeitos retroativos, o prazo que a jurisprudência lhes garantia para o exercício de seu direito?

À evidência, uma lei que, quase quatro décadas após entrar em vigor o Código Tributário Nacional, e quase duas décadas depois de o Superior Tribunal de Justiça ter definido a interpretação de seu art. 168, I, pretende lhe dar diversa interpretação, restritiva de direitos dos cidadãos, com efeitos retroativos, é incompatível com o princípio da segurança jurídica, com as garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito e carente de qualquer razoabilidade.

6 - Em seu bem lançado parecer, a douta Procuradoria Regional da República pugna pela declaração da inconstitucionalidade, também, do art. 3º da LC 118/95. Entendo, porém, que não há fundamento suficiente para invalidá-

lo. Se é verdade que o legislador não poderia dispor para o passado, verdade também é que poderia alterar o CTN, como de fato o alterou, para dispor sobre o início da contagem do prazo para o ajuizamento de ação de repetição do indébito. Tratando-se o art. 3º como lei nova, que realmente é, não padecerá ela de qualquer vício. Resta, então, examinar se a essa norma, afastada sua eficácia retroativa, pode ser aplicada a primeira parte do art. 4º, que fixou uma “vacatio legis” de 120 dias para sua vigência. A resposta, a meu ver, é positiva. Aplica-se, no caso, a antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que *o prazo da lei nova se aplica às prescrições em curso na data em que ela entrou em vigor, com a ressalva de conter a lei nova prazo de vacância, durante o qual possa o titular interromper a prescrição em curso*.

Em todos os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, os fundamentos são invariáveis no sentido de que a lei nova, que reduz prazo prescricional, mas estabelece um prazo de “vacatio legis” razoável, é plenamente compatível com a Lei de Introdução do

Código Civil (art. 6º) e os dispositivos constitucionais que asseguram o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. Vale transcrever, por relevante, excerto do voto proferido pelo Ministro Gonçalves de Oliveira, no RE 51.131-SP:

“Efetivamente, ninguém tem direito à intangibilidade do prazo de prescrição em curso. Tal prazo pode variar, em favor do prescribente, ou não.

Eis, a propósito, a pontual lição de Carpenter, grande autoridade na matéria, ao assinalar que o titular de uma prescrição em curso não tem direito adquirido ao prazo marcado na lei antiga:

“Sobre este ponto estão de acordo todos os tratadistas da prescrição: aquele que está prescrevendo, aquele em favor de quem está correndo a prescrição, ainda nenhum direito adquirido tem (...) a não entrega da causa. Antes de completado, de por inteiro decorrido o prazo da prescrição, o prescribente só terá uma expectativa de direito, não um direito adquirido.

Esse princípio é incontestável, é inconcusso, e a consequência que se deduz é que, estando em curso o prazo de prescrição, e vinda uma lei nova que modifique o prazo, encurtando-o ou prolongando-o, a prescrição se completará, não na conformidade da lei velha, mas sim na conformidade da lei nova (Manual do Cód. Civil, Paulo Lacerda, IV, 595).”

Na “vacatio” mais longa, está “a notificação ad dormientes” (RE 42.766, Rei. Min. Antonio Villas Boas) para que os interessados “preparassem e oferecessem as suas impugnações”, porque haveria uma transformação de regime. Salienta a jurisprudência do Pretório Excelso que, se a intenção da nova lei, ao estabelecer prazo de vacância mais longo, não fosse atingir as prescrições em curso, esse prazo “seria uma inutilidade”. O Ministro Nelson Hungria assinalou que a lei nova que reduz prazo de prescrição tem aplicação imediata após a “vacatio” e, quanto a essa, assinalou que “cuidou a lei de pôr de sobreaviso os proprietários negligentes, e se eles, no período da vacatio, não se moveram, de si mesmos devem queixar-se”.

Esse entendimento, uma vez pacificado, resultou na edição da Súmula n° 455 daquele Egrégio Tribunal Superior:

“A LEI 2437, DE 7/3/1955, QUE REDUZ PRAZO PRESCRICIONAL, É APLICÁVEL ÀS PRESCRIÇÕES EM CURSO NA DATA DE SUA VIGÊNCIA (1º/1/1956), SALVO QUANTO AOS PROCESSOS ENTÃO PENDENTES.”

Exame da jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal revela o entendimento daquela Corte de que o conteúdo dessa Súmula está adequado com a atual ordem constitucional.

Portanto, é de concluir que o art. 3º da Lei Complementar n° 118, de 09 de fevereiro de 2005, entrou em vigor em 09 de junho de 2005, passando a ser aplicável, desde então, inclusive aos prazos ainda em curso.

7 - Pelo exposto, voto declarando a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei n° 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar n° 118/2005.

É o voto.

Des. Federal ANTÔNIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA

Relator

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CÍVEL N° 2004.72.05.003494-7/SC

RELATOR: Des. Federal ANTONIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA

APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes

APELADO: LUIZ CARLOS DA CUNHA

ADVOGADO: Flavio Ricardo Felix e outro

REMETENTE: JUÍZO FEDERAL DA 01A VF

DE BLUMENAU

VOTO-VISTA

O STF já demonstrava posicionamento no sentido que era plenamente constitucional o art. 106, I, CTN, afim de permitir a possibilidade de “lei interpretativa”. Tendo em vista que a própria jurisprudência do STJ já se posicionara, anteriormente, no mesmo sentido da norma ora impugnada, para, depois, adotar orientação completamente diferente, parece plausível entender que a norma jurídica permitia duas interpretações possíveis, não havendo porque censurar, à primeira vista, tivesse optado o legislador por uma das correntes jurisprudenciais.

O problema, contudo, reside na possibilidade de a aplicação do art. 3º da LC 118/2005 fazer-se sobre fatos pretéritos, em especial processos pendentes de apreciação judicial, com o que também estar-se-ia invadindo a independência do Poder Judiciário. Neste sentido, portanto, o referido dispositivo, inovando no mundo jurídico, somente pode ser aplicado a situações que venham a ocorrer a partir da vigência da referida lei complementar, ou seja, 9 de junho de 2005.

Uma vez que se trata de norma que reduz prazo de prescrição, a regra de direito intertemporal, segundo pacífica jurisprudência do STJ e do STF, deve ser aplicada neste sentido: o termo inicial do novo prazo será o da data de vigência da lei que o estabelece, exceto se a prescrição ou decadência iniciada na vigência da lei anterior vier a se completar, nos termos da lei antiga, em tempo menor.

Minha posição, desta forma, é a mesma externada pelo Min. Teori Zavascki no julgamento dos Embargos de Divergência no RESP 327.043/DF, ou seja, a expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”, constante no art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, porque a aplicação dar-se-ia inclusive quanto a atos e fatos pretéritos, violando de forma evidente a previsão do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que resguarda da lei nova as situações de direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito.

Assim sendo, voto no sentido da inconstitucionalidade da expressão supramencionada.

Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria

(Ementa publicada no DJU II de 29.11.2006, p. 706).

DESPACHOS

ISS. TAXATIVIDADE DA LISTA DE
SERVIÇOS. PRECEDENTES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO 501.730-5
PROCED.: SÃO PAULO
RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO
AGTE(S): DÓRIA E ATHERINO - CORRETO-
RA DE MERCADORIAS LTDA E OUTRO (A/S)

ADV.(A/S): RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA
LIMA E OUTRO (A/S)

AGD0.(A/S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): CARLOS ROBICHEZ PENNA

DECISÃO: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo de instrumento revela-se processualmente viável, eis que se insurge contra acórdão que decidiu a causa em desconformidade com a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame.

Com efeito, a colenda Segunda Turma desta Suprema Corte, ao julgar o RE 361.829/RJ, Rei. Min. CARLOS VELLOSO, fixou entendimento que toma plenamente acolhível a pretensão de direito material deduzida pela parte ora agravante:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR: LISTA DE SERVIÇOS: CARÁTER TAXATIVO. LEI COMPLEMENTAR 56, DE 1987: SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL: EXCLUSÃO.

I. - É taxativa, ou limitativa, e não simplesmente exemplificativa, a lista de serviços anexa à lei complementar, embora comportem interpretação ampla os seus tópicos. Cuidar-se, no caso, da lista anexa à Lei Complementar 56/87.

II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

III. - Ilegitimidade da exigência do ISS sobre serviços expressamente excluídos da lista anexa à Lei Complementar 56/87.

IV. - RE conhecido e provido.

Cumprе ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, monocráticos e colegiados, proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a propósito de questões idênticas ou assemelhadas à que ora se examina nesta sede recursal (RTJ 115/925, Rei. Min. FRANCISCO REZEK - RE 258.455/SP, Rei. Min. GILMAR MENDES - RE 447.682/MG, Rei. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.).

O exame da presente causa evidencia que o acórdão questionado em sede recursal extraordinária diverge da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência.

Sendo assim, pelas razões expostas, conhecimento do presente agravo de instrumento, para, desde logo, conhecer e dar provimento ao re-

curso extraordinário (CPC, art. 544, § 4º), em ordem a julgar procedente a ação ordinária ajuizada pela parte ora agravante, invertidos os ônus da sucumbência.

Publique-se.

Brasília, 14 de agosto de 2006.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

(Decisão monocrática publicada na DJU de

04.09.2006, p. 39).

PIS. LEI Nº 9718/98. VIOLAÇÃO AO ART. 239 DA CF. JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM BASE EM OUIRO FUNDAMENTO. POSSIBILIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 487.630-2

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

RECTE(S): INDUSCRED TRADING EXPORTAÇÃO LTDA.

ADV.(A/S): LUÍS EDUARDO SCHOUEI E OUTRO (A/S)

ADV.(A/S): GUILHERME CEZAROTI

RECD0.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão no qual ficou assentada a constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, em face do disposto no art. 195,1, da Carta Magna, com a redação anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998.

Alega-se violação ao art. 239 da Carta Magna. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 357.950, Rei. Marco Aurélio, sessão de 09 de novembro de 2005, decidiu em sentido contrário.

Ressalte-se que no julgamento do RE 388.830, 2º T., por mim relatado, sessão de 14.02.06, consignei em meu voto:

Ocorre, porém, que não se verificou a violação ao art. 239 da Carta Magna, tendo em vista que o STF, em diversas oportunidades, declarou a constitucionalidade de alterações do PIS por legislação infraconstitucional, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, v.g., a ADI 1.417, Pleno, Rei. Octávio Gallotti, DJ 23.03.01.

Entretanto, o acórdão recorrido divergiu da orientação firmada no julgamento do RE 357.950, Pleno, sessão de 09 de novembro

de 2005, em que ficou assentada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, 1998.

Assim, apesar de não se vislumbrar no presente caso a violação ao art. 239 da Constituição, diante dos diversos aspectos envolvidos na questão, é possível que o Tribunal analise a matéria com base em fundamento diverso daquele sustentado.

A proposta aqui desenvolvida parece consultara tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, deforma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

Assim, conheço e dou parcial provimento ao recurso (art. 557, § 1º A, do CPC), para afastar a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998. Sem honorários (Súmula nº 512/STF). Publique-se.

Brasília, 1º de agosto de 2006.

Ministro Gilmar Mendes

Relator

(Decisão monocrática publicada na DJU de 08.09.2006, p. 129).

ITBI. ASPECTO TEMPORAL. MOMENTO DE OCORRÊNCIA DA TRANSMISSÃO DO IMÓVEL. REGISTRO EM CARTÓRIO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 601.156-1
PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE GUARULHOS

ADV.(A/S): NADIA FERRARI SCANAVACCA E OUTRO (A/S)

AGD0.(A/S): PAULISTANA ADMINISTRADORA E INCORPORADORA DE IMÓVEIS LTDA E OUTRO (A/S)

ADV.:(A/S): RAFAEL TABARELLI MARQUES E OUTRO(A/S)

DECISÃO: Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE, a, contra acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 9):

IMPOSTO. Transmissão de Bens Imóveis. Fato gerador. Registro do título de transmissão. A jurisprudência do STJ assentou o entendimento de que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel. Somente após o registro, incide a exação. Inteligência do art.

530, do Código Civil de 1916, aplicável ao caso. Segurança concedida.

Recursos improvidos.

Alega o RE violação do art. 156, II, da Constituição Federal.

Decido.

É inviável do RE: se o campo de incidência do ITBI é a transmissão inter vivos de bens imóveis, conforme o art. 156, II, da Constituição, é manifesto que não o ofende a decisão que situa o fato gerador na transcrição do título no registro imobiliário, que é, segundo a lei ordinária, o momento da transferência do domínio.

Nego provimento ao agravo.

Brasília, 28 de agosto de 2006

Ministro Sepúlveda Pertence - Relator

(Decisão monocrática publicada no *DJU* de 11.09.2006, p. 61).

MULTA POR DESCUMPRIMENTO
DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.
CARÁTER CONFISCATÓRIO.
INCONSTITUCIONALIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 473818

PROCED.: PERNAMBUCO

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

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

ADV.(A/S): FERNANDA LAPA DE BARROS CORREIA

RECDO.(A/S): SOTILTEC - ENGENHARIA DE INSTALAÇÕES LTDA

ADV.(A/S): FÁBIO HENRIQUE DE ARAÚJO URBANO E OUTRO(A/S)

DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª. Região e assim ementado:

“Processual Civil, Tributário e Constitucional. Multa de 300% com base no inciso II do art. 290 e no art. 292 do Decreto 3.048/99. Caráter confiscatório. Possibilidade de redução ou de anulação do auto de infração pelo Poder Judiciário. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Apelação e remessa improvidas.” (fl. 161).

O recorrente, com base no art. 102, III, *a*, alega ter havido violação ao disposto nos arts. 2º e 150, IV, da Constituição Federal. Alega, em síntese, não ser possível a aplicação do princípio constitucional que veda a utiliza-

ção de tributos com caráter confiscatório às multas tributárias.

2. Inconsistente o recurso.

É firme o entendimento desta Corte que o princípio constitucional insculpido no art. 150, IV, da Constituição Federal, que veda a utilização de tributos com caráter confiscatório, também se aplica às multas impostas em decorrência do descumprimento de obrigações tributárias, conforme se pode ver da seguinte ementa exemplar:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2º E 3º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente” (ADI 551-RJ, Rei. Min. ILMAR GALVÃO, DJde 14/02/2003. Nesse sentido: RE n° 220.284, Rei. Min. MOREIRA ALVES, DJde 10/08/2000.)

3. Ante o exposto, e adotando os fundamentos desse precedente, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei n° 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC).

Publique-se. Int.

Brasília, 18 de agosto de 2006.

Ministro CEZAR PELUSO

Relator

(Decisão monocrática publicada no *DJU* de 20.09.2006, p. 56).

COFINS. SOCIEDADES UNIPROFISSIONAIS.

LEI COMPLEMENTAR N° 70/91. LEI
MATERIALMENTE ORDINÁRIA. LEI N°
9430/96.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 488635

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

RECTE.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - CLAUDIA APARECIDA DE SOUZA TRINDEAD

RECDO.(A/S): AUDIPROL CONTÁBIL E TRIBUTÁRIO LTDA

ADV.(A/S): VALDIR V G MEINER E OUTRO(A/S)
DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu ser ilegítima a revogação instituída pela Lei nº 9.430/96 da isenção conferida pela LC nº 70/91 às sociedades prestadoras de serviço.

A recorrente alega violação ao disposto nos arts. 97, 102, III, 105, III, 146, 150, § 6º, e 195, I e § 4º, da Constituição Federal.

2. Consistente o recurso.

O acórdão impugnado decidiu a causa em desconformidade com a jurisprudência asentada da Corte, que, em casos similares, já decidiu que, prevista a base de cálculo da COFINS no art. 195, I, da Constituição da República, a Lei Complementar nº 70/91 é materialmente ordinária, de modo que podia ser alterada pela Lei nº 9.430/96. É, ao propósito, bem elucidativo o seguinte passo do voto do Relator, Min. MOREIRA ALVES, no julgamento da ADC nº 1-1/DF:

(...)

Sucede, porém, que a contribuição social em causa, incidente sobre o faturamento dos empregadores, é admitida expressamente pelo inciso I do art. 195 da Carta Magna, não se podendo pretender, portanto, que a Lei Complementar nº 70/91 tenha criado outra fonte de renda destinada a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social.

Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por Lei ordinária. A circunstância de ter sido por lei formalmente complementar

- a Lei Complementar nº 70/91 - não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º. Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por Lei ordinária. A circunstância de ter sido por lei formalmente complementar

- a Lei Complementar nº 70/91 - não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do art. 195 da Constituição, enquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída - que são objeto dessa ação -, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expreso da Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 - e a Constituição atual não alterou esse sistema -, se firmou no

sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.”

3. Ante o exposto, com amparo no art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário, julgando improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

Publique-se. Int.

Brasília, 11 de setembro de 2006.

Ministro CEZAR PELUSO

Relator

(Decisão monocrática publicada no *DJU* de 20.09.2006, p. 60).

ISS. JUNTADA DOS COMPROVANTES DE PAGAMENTO. REQUISITO ESSENCIAL. COMPROVAÇÃO DE INTERESSE.

RECURSO ESPECIAL Nº 628.463 - RJ (2004/0017521-9)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

RECORRENTE: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: FREDERICK B BURROWES E OUTROS

RECORRIDO: ALLEVATO E ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C

ADVOGADO: CRISTIANE RIBEIRO ALLEVATO SERRUYA E OUTROS

Decisão

Vistos, etc.

Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, que restou assim ementado, *in verbis*:

“Tributário. Recolhimento de ISS. Prova do efetivo recolhimento do tributo. Questão a ser dirimida em fase de liquidação. Presunção de ausência de repasse do tributo aos clientes do Recorrido pela natureza dos serviços prestados. No mérito há pronunciamento do E. Supremo Tribunal Federal admitindo como recepcionado pela atual Constituição Federal

o Decreto-Lei 406/98. Excesso na cobrança do tributo. Devolução que se impõe sem observância à Lei 1513/89. Redução da verba honorária para 5% (cinco por cento) da condenação, porque vendida a Fazenda Pública. Provitmento parcial da apelação” (fl. 213).

Sustenta o recorrente que o aresto vergastado ofendeu o art. 283 do Código de Processo Civil, pois não houve a necessária comprovação de pagamento do ISS, requisito indispensável à propositura da ação.

Alega contrariedade ao art. 166 do Código Tributário Nacional, asseverando que o recorrido não comprovou que não repassou o encargo tributário ou que foi autorizado a demandar pelo contribuinte de fato.

Relatados. Decido.

O pleito do recorrente merece parcial provimento.

Pretende a parte autora a devolução do valor pago a maior, a título de ISS, com base no art. 9º, §§ 1º e 3º, da Lei nº 406/68. Todavia, não instruiu a petição inicial com comprovantes de recolhimento da exação discutida, o que impede o exame da existência da relação jurídica pretendida. Nem se diga que a importância a ser eventualmente restituída será definida em liquidação de sentença, pois, na hipótese, o que se verifica é que não restou satisfeito pressuposto à elucidação do suporte jurídico em causa, e não sua envergadura. É dizer, não se está discutindo o montante do valor a ser devolvido, o que, por certo, pode ser diferido ao procedimento de liquidação, mas o próprio requisito para análise da pretensão da parte. Se houve pagamento a maior, é necessária a comprovação do pagamento.

Nesse sentido são os pronunciamentos desta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPROVANTES DE PAGAMENTO INDEVIDO. JUNTADA. NECESSIDADE. DOCUMENTOS ESSENCIAIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. AUSÊNCIA.

I - Esta Corte Superior tem posicionamento assente no sentido de que é essencial a comprovação do recolhimento, bem como do valor recolhido indevidamente, para o ajuizamento da ação repetitória de indébito.

II - A questão acerca da inexistência dos documentos necessários à propositura da

ação vem sendo discutida desde a sentença, havendo manifestação expressa do Tribunal de origem sobre o mesmo tema, de modo que inexistente empeço a que esta Corte Superior o examine.

III - Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no REsp nº 402146/SC, de minha relatoria, DJ de 28.06.2004, p. 188).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. FUNDO NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. JUNTADA DE DOCUMENTOS ESSENCIAIS À PROPOSITURA DA AÇÃO APÓS A RÉPLICA. AFRONTA AO ART. 283 DO CPC.

I - Segundo a lei (art. 283 do CPC), “com a Inicial, a parte juntará os documentos indispensáveis à propositura da ação”.

II - Na repetição de indébito, a indispensabilidade da documentação é manifesta para se saber “se houve pagamento (de tributo) indevido e quanto se pagou. Sem essa comprovação, a ação é inviável. E sendo o documento indispensável à propositura da demanda, curial é que se não pode postergar a sua juntada, na fase de liquidação.

III - Sendo o pedido da inicial certo, em quantia determinada, era defeso, ao juiz, mandar que se fizesse liquidação. Do mesmo modo, se a parte, na inicial, porfiar que a indenização (ou o quantum) seja fixado na liquidação, não pode o juiz condenar o réu em quantia fixa, sob pena de julgar além do pedido.

IV - In casu, a parte estabeleceu, na inicial, a quantia certa que havia despendido, ilegalmente, para a Fazenda. Não havia como o juiz, ao invés de deferir o pedido, protelar a fixação do valor da condenação para a fase subsequente - da liquidação. Não havia o que liquidar. A determinação do juiz constituiu o bis in idem, quando se sabe que, “é defeso ao juiz proferir sentença a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

V - Recurso provido. Decisão unânime” (REsp nº 87227/SP, Rei. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, DJ de 20.09.1999, p. 37).

PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO DE SENTENÇA CONSTITUTIVA E MANDAMENTAL.

1. Se a parte formula, inicialmente, pedido para que lhe seja entregue sentença com força constitutiva ou mandamental, com efeitos

tributários (desoneração de recolher tributos, compensação e repetição de indébito), está obrigada a juntar a documentação comprobatória de suas alegações, isto é, dos valores dos tributos recolhidos.

2. (omissis)

3. *Recurso conhecido, porém, improvido*” (REsp nº 397364/RS, Rei. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 05.08.2002, p. 209).

“*PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. RECOLHIMENTO DA EXAÇÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.*”

1. *A fundamentação do acórdão, embora sucinta, clara e precisa, não implica sua nulidade. Preliminar rejeitada.*

2. *A teor do art. 283/CPC, a inicial deve ser acompanhada dos documentos indispensáveis ao ajuizamento da ação.*

3. *É imprescindível a comprovação do pagamento do tributo indevido ou a maior, para haver a sua restituição.*

4. *Recurso especial improvido*” (REsp nº 119475/PR, Rei. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 04.09.2000, p. 135).

No que se refere à legitimidade para a repetição do alegado indébito tributário, todavia, a condição do recorrido alinha-se ao entendimento desta Corte, pois a base de cálculo do ISS não tem natureza invariável, podendo ser direto ou indireto. Na hipótese dos autos, não há repercussão autônoma sobre cada serviço prestado, para que se possa exigir, com base no art. 166 do Código de Processo Civil, a comprovação da inexistência de repasse do imposto devido em cada operação ou a autorização para a demanda do tomador do serviço.

Nesse sentido, são os pronunciamentos desta Corte:

“*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA AOS ARTS. 458 E 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. RECOLHIMENTO DO ISS. DECRETO-LEI 406/68. SOCIEDADES UNIPROFISSIONAIS (ADVOGADOS). ACÓRDÃO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 05 E 07/STJ. ART. 166, DO CTN. INAPLICABILIDADE. HO-*

NORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20 DO CPC. SÚMULA 07/STJ.

1. (omissis)

2. *É assente nesta Corte que a sociedade civil somente faz jus ao benefício previsto no art. 9º, § 3º, do DL 406/68 desde que preste serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial (AG 458.005-PR, DJ de 04.08.2003, Rei. Min. Teori Zavascki; RESP 456.658-ES, DJ de 19.12.2003, Rei. Min. Franciulli Netto; RESP 334.554-ES, DJ de 11.03.2002, Rei. Min. Garcia Vieira).*

3. *Concluindo o acórdão, com base no contrato social da empresa e de outras provas produzidas nos autos que a mesma possa fazer jus ao tratamento favorecido concedido às sociedades profissionais, sem caráter empresarial, pelo referido dispositivo legal, no que se refere à tributação do ISS, implica no indispensável reexame de matéria fático-probatória, interdita-se essa análise em Recurso Especial ante o disposto na Súmulas 05 e 07, do STJ.*

4. *“Ante a falta de vinculação entre o tributo devido e os serviços prestados, descabido falar-se em prova da não-transferência do encargo financeiro pelas sociedades de advogados, inaplicável a regra encartada no art. 166 do CTN.” (Resp 727.810/MS, Rei. Min. Castro Meira, DJ 19.09.2005)*

5. (omissis)

6. *Agravo Regimental desprovido*” (AgRg no Ag nº 682329/RJ, Rei. Ministro LUIZ FUX, DJ de 03.04.2006, p. 241).

“*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ARTS. 458 E 535 DO CPC. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. ISS. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI Nº 406/68. SÚMULA Nº 663/STF. REPERCUSSÃO ECONÔMICA. NÃO-TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS OU AUTORIZAÇÃO DO CONTRIBUINTE DE FATO. ART. 166 DO CTN. PROVA DESNECESSIDADE.*”

1. (omissis)

2. *A classificação dos tributos em diretos e indiretos obedece ao critério econômico da repercussão.*

3. *Não há, entretanto, rigidez nesse critério classificatório. Alguns tributos, a depender da situação de mercado, ora se apresentam como indiretos, permitindo a transferência do encargo financeiro, ora se colocam na condição de tributos diretos, assumindo o próprio*

contribuinte de direito o ônus da imposição fiscal.

4. *Dai que o art. 166 do CTN tenha exigido daqueles que se propõem a ajuizar ações de repetição de indébito que façam prova da não repercussão financeira ou que, pelo menos, estejam autorizados a pleitear a restituição por quem tenha suportado o ônus fiscal.*

5. *As sociedades de advogados, qualquer que seja o conteúdo de seus contratos sociais, gozam do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68 e não recolhem o ISS sobre o faturamento, mas em função de valor anual fixo, calculado com base no número de profissionais integrantes da sociedade.*

6. *Inexiste vinculação entre os serviços prestados e a base de cálculo do imposto municipal, sendo impróprio cogitar-se de transferência do ônus tributário e, conseqüentemente, da aplicação do art. 166 do CTN.*

7. *Recurso especial improvido.*" (REsp 724684/RJ, Rei. Ministro CASTRO MEIRA, 01.07.2005, p. 493).

Tais as razões expendidas, com esteio no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao presente Recurso Especial, determinando o retomo dos autos ao juízo de primeiro grau para que se abra oportunidade à emenda da inicial.

Publique-se.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2006.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator

(Decisão monocrática publicada no DJU de 06.10.2006, p. 374).

DEPÓSITO RECURSAL. MATÉRIA EM
JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL. SOBRESTAMENTO DO
PROCESSO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 495495

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. CÁRMEN LÚCIA

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

ADV.(A/S): PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S): ALSTYNE RESINAS TERMOPLÁSTICAS LTDA

ADV.(A/S): CELSO RICARDO M. ANDRADE E
OUTRO(A/S)

DECISÃO:

ADMINISTRATIVO. RECURSO. DEPÓSITO PRÉVIO. CONSTITUCIONALIDADE. RE 389.383 PENDENTE DE JULGAMENTO. MATÉRIA IDÊNTICA. PROCESSO SOBRESTADO.

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que julgou inconstitucional a exigência de depósito prévio para a interposição de recurso administrativo.

2. O Recorrente sustenta que o acórdão recorrido está em desconformidade com a jurisprudência deste Supremo Tribunal firmada no julgamento das ADI 1.922 e ADI 1.976, relator o Ministro Moreira Alves, DJ 24.11.2000, ocasião em que foi afastada a inconstitucionalidade apontada.

3. A constitucionalidade da exigência do depósito prévio de percentual do valor do tributo cobrado como requisito obrigatório para a interposição de recurso administrativo voluntário está sendo julgada pelo Plenário deste Supremo Tribunal no RE 389.383 interposto pelo INSS. Na sessão de 20.4.2006, após o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que negava provimento ao recurso, dos votos que o acompanharam proferidos pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Carlos Brito e do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que dava provimento ao recurso, este julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do Ministro Cezar Peluso.

4. Assim, determino o sobrestamento deste feito até o julgamento daquele recurso extraordinário.

Publique-se.

Brasília, 27 de setembro de 2006.

Ministra CÁRMEN LÚCIA

Relatora

(Decisão monocrática publicada no DJU de

13.10.2006, p. 134).

IPI. IMPORTAÇÃO POR PESSOA FÍSICA.
USO PRÓPRIO. INEXIGIBILIDADE DO
IMPOSTO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 610461

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

AGTE.(S): HENRIQUE BRENNER

ADV.(A/S): JOÃO PAULO MIRANDA E

OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - VALDIR SERAFIM

DECISÃO: 1. Trata-se agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o processamento de recurso extraordinário contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO. MERCADORIA INDUSTRIALIZADA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. PESSOA FÍSICA. USO PRÓPRIO. INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO LEGAL. INCIDÊNCIA. PREÇO CIF. INEXISTÊNCIA AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE.

I. A Constituição Federal não define o IPI como imposto incidente sobre a fabricação, mas sobre produtos industrializados.

II. O fato gerador do IPI sobre mercadorias importadas é o desembaraço aduaneiro de produtos industrializados de origem estrangeira. Ocorrida a hipótese de incidência é devido o tributo.

III. Inexiste distinção legal quanto à destinação da mercadoria importada ou da qualidade do importador para fins de incidência do IPI.

IV. A exigibilidade do IPI quando da internação de produtos estrangeiros tem a função de proteger o produto nacional.

V. Não há qualquer ofensa ao princípio da seletividade, previsto no inciso I, do § 3º, do art. 153, da CF, o fato de estar incluído na base de cálculo do IPI, exigido no desembaraço de mercadoria importada, os custos, os gastos de transporte, o frete internacional e o seguro internacional, ou seja, o preço CIF, uma vez que o referido princípio estabelece a diferenciação de alíquotas para cada tipo de produto sujeito à sua incidência.” (fl. 81)

Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, *a*, ter havido violação aos artigos 150, I e 153, § 3º, II, da Constituição Federal.

2. Consistente o recurso.

O acórdão impugnado decidiu em desconformidade com a jurisprudência assentada na Corte sobre o tema, como se pode ver à seguinte ementa exemplar: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO: PESSOA FÍSICA NÃO COMERCIANTE OU EMPRESÁRIO: PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE: CF, art. 153, § 3º, II. NÃO-INCIDÊNCIA DO IPI. I. - Veículo importado por pessoa física que não é comerciante nem empresário,

destinado ao uso próprio: não-incidência do IPI: aplicabilidade do princípio da não-cumulatividade: CF, art. 153, § 3º, II. Precedentes do STF relativamente ao ICMS, anteriormente à EC 33/2001: RE 203.075/DF, Min. Maurício Corrêa, Plenário, “DJ” de 29.10.1999; RE 191.346/RS, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, “DJ” de 20.11.1998; RE 298.630/SP, Min. Moreira Alves, 1ª Turma, “DJ” de 09.11.2001. II. - RE conhecido e provido. Agravo não provido.

(RE nº 255.682-Agr., Rei. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 10/02/2006)

3. Do exposto, valendo-me do art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98 e pela Lei nº 8.950/94, acolho o agravo e desde logo conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento, para, concedendo a ordem, declarar a não incidência do IPI sobre a importação de veículo, por pessoa física, destinado a uso próprio. Custas *ex lege*.

Publique-se. Int.

Brasília, 05 de outubro de 2006.

Ministro CEZAR PELUSO

Relator

(Decisão monocrática publicada no DJU de 24.10.2006, p. 79).

COFINS. LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91. REVOGAÇÃO. LEI Nº 9.430/96. HIERARQUIA. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 97 DA CF.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 591931

PROCED.: PARANÁ

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - CLAUDIA APARECIDA DE SOUZA TRINIDADE

AGDO.(A/S): CLÍNICA MÉDICA DRA MARILIA BONILHA LTDA

ADV.(A/S): LUIZ ALBERTO GIOMBELLI SIMONI E OUTRO(A/S)

DECISÃO: A controvérsia suscitada em sede recursal extraordinária consiste em saber, considerado o postulado da reserva constitucional de lei complementar, se o art. 56 da Lei nº 9.430/96 subsiste, juridicamente, em face do art. 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70/91.

Como se sabe, a LC nº 70/91, ao instituir a Contribuição para o Financiamento da Segur-

ridade Social (COFINS), isentou, de referida exação tributária, *“as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987 (...)”* (art. 6º, II), vale dizer, concedeu o benefício da exclusão do crédito tributário, sob a modalidade da isenção, às sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada.

A Lei nº 9.430/96, por sua vez, ao dispor sobre a legislação tributária federal, inclusive as contribuições para a seguridade social, estabeleceu, em seu art. 56, que *“As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991”* (grifei).

Mostra-se importante registrar que esta Corte já assinalou, a propósito das contribuições a que se refere o art. 195 da Constituição (RTJ 143/313-314 - RTJ 143/684), que a lei ordinária revela-se tipo normativo juridicamente adequado à veiculação dessa modalidade de tributo, o que permite reconhecer que a regulação de tais espécies tributárias - notadamente dos elementos estruturais que lhes compõem a hipótese de incidência - não se acha incluída no domínio normativo da lei complementar.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento concernente à própria COFINS, deixou assentado - como tive o ensejo de destacar em diversas decisões proferidas nesta Corte (RE 480.156/RJ, Rei. Min. CELSO DE MELLO - RE 481.779/SP, Rei. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - que a Lei Complementar nº 70/91, a despeito de seu caráter formalmente complementar, veiculou matéria não submetida à reserva constitucional de lei complementar, a permitir, por isso mesmo, que eventuais alterações no texto desse diploma legislativo pudessem ser introduzidas mediante simples lei ordinária (RTJ 156/721-722).

Ao assim decidir, esta Corte, capripando a delicada questão concernente às relações entre a lei complementar e a lei ordinária, teve presente o magistério da doutrina (GERALDO ATALIBA, “Lei Complementar na Constituição”, p. 58, 1971, RT; JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, “Lei Complementar Tributária”,

p. 27, 1975, RT/EDUC; HUMBERTO ÁVILA, “Sistema Constitucional Tributário”, p. 134, 2ª ed., 2006, Saraiva; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário”, p. 79, item n. 3.4, 9ª ed., 2005, Forense, v.g.), segundo o qual as normas, formalmente inscritas em lei complementar - mas que dispuserem, no entanto, sobre temas estranhos ao âmbito de incidência material dessa espécie normativa (CF, art. 69) - qualificam-se como regras legais meramente ordinárias, subsumindo-se, em consequência, ao regime constitucional das leis ordinárias (RTJ 113/392, v.g.).

Cumpre assinalar, por relevante, que esse entendimento reconhece inexistir qualquer vínculo hierárquico-normativo entre a lei complementar e a lei ordinária (MICHEL TEMER, “Elementos de Direito Constitucional”, p. 146/148, item n. 4, 20ª ed., 2005, Malheiros; LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO/VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, “Curso de Direito Constitucional”, p. 355/356, item n. 5.2, 9ª ed., 2005, Saraiva; GUILHERME PEÑA DE MORAES, “Direito Constitucional - Teoria da Constituição”, p. 195, item n. 3.2, nota de rodapé n. 33, 2003, Lumen Juris, v.g.), valendo referir, no ponto, a autorizada observação de AIRES F. BARRETO (“ISS na Constituição e na Lei”, p. 105, item n. 6.1, 2005, Dialética): *“A lei complementar não é uma lei hierarquicamente superior à lei ordinária. Como ensina Souto Borges, lei complementar e lei ordinária têm campos de atuação absolutamente diversos; a matéria (o conteúdo) é diferente. Os campos de atuação de uma e outra são absolutamente diversos, mas isso não quer dizer que a lei complementar seja hierarquicamente superior à lei ordinária.”* (grifei)

Impende relebrar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, mediante decisões colegiadas emanadas de sua colenda Primeira Turma, não só tem reafirmado essa diretriz (que afasta a alegação de superioridade da lei complementar em face da lei ordinária), como igualmente tem reconhecido, nos recursos que versam a mesma controvérsia a que se refere o presente agravo de instrumento, que se impõe, ao E. Superior Tribunal de Justiça, resolver, *“incidenter tantum”*, a questão prejudicial de constitucionalidade suscitada em tais processos, cabendo-lhe observar, para esse efeito, o postulado constitucional

da reserva de plenário (CF, art. 97):

" Contribuição social (CF, art. 195, I): legitimidade da revogação pela Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pela Lei Complementar 70/91, dado que essa lei, formalmente complementar, é, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída, materialmente ordinária; ausência de violação ao princípio da hierarquia das leis, cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado às espécies normativas previstas na Constituição Federal. Precedente: ADC 1, Moreira Alves, RTJ 156/721."

(RE 451.988-AgR/RS, Rei. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

RECURSO. Extraordinário. Admissibilidade. Revogação da isenção da COFINS prevista na Lei Complementar nº 70/91 pela Lei nº 9.430/96. Inconstitucionalidade frente ao art. 195, I, da Constituição Federal. Questão incidental. Necessidade de solução 'incidenter tantum' plq Supçner Tribunal de Justiça. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão que fundada em jurisprudência assente na Corte."

(AI 509.53 9.-AgR/BA, Rei. Min. CEZAR PELUSO)

Cumpra ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a propósito de questão rigorosamente idêntica à suscitada no apelo extremo em questão (AI 557.325-AgR/MG, Rei. Min. CEZAR PELUSO - AI 580.000/RS, Rei. Min. CEZAR PELUSO - AI 587.880-AgR/PR, Rei. Min. CEZAR PELUSO - RE 419.629/DF, Rei. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 453.556/RS, Rei. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 488.033/RS, Rei. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Cabe-me registrar, em face dos precedentes que venho de referir, que assiste razão à União Federal, pois o E. Superior Tribunal de Justiça, em acórdão emanado de órgão meramente fracionário, ao decidir que o art. 56 da Lei (ordinária) nº 9.430/96 não poderia derrogar isenção tributária concedida por lei complementar (a LC nº 70/91, no caso), culminou por afastar - com apoio no prin-

cípio da hierarquia das leis (na verdade, com fundamento na reserva constitucional de lei complementar) - a incidência, na espécie, de mencionada norma legal (Lei nº 9.430/96, art. 56), em julgamento que deixou de observar o postulado da reserva de plenário, inscrito no art. 97 da Constituição da República.

É importante acentuar, neste ponto, tendo em vista o próprio conteúdo do v. acórdão impugnado em sede recursal extraordinária, emanado de colenda Turma do E. Superior Tribunal de Justiça (órgão fracionário, portanto), que o Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência (RE 432.597-AgR/SP e AI 473.019-AgR/SP, ambos relatados pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE), considera "declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição" (RTJ 169/756-757, Rei. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei).

Vê-se, desse modo, que o julgamento em questão - como ressaltado pela União Federal - realizou-se sem a necessária observância da exigência contida no art. 97 da Lei Fundamental.

Como se sabe, a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do Tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (Turma, Câmara ou Seção).

É preciso ter presente, neste ponto, que o respeito ao postulado da reserva de plenário

- consagrado pelo art. 97 da Constituição (e introduzido, em nosso sistema de direito constitucional positivo, pela Carta Federal de 1934)

- atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, consoante adverte o magistério da doutrina (LÚCIO BITTENCOURT, "0 Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", p. 43/46, 2ª ed., 1968, Forense; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 2/209, 1992, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada", p. 1424/1440, 6ª ed., 2006, Atlas; JOSÉ AFONSO DA SILVA,

“Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 50/52, item n. 14, 27ª ed., 2006, Malheiros; UADI LAMMÊGO BULOS, “Constituição Federal Anotada”, p. 939/943, 5ª ed., 2003, Saraiva; LUÍS ROBERTO BARROSO, “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 77/81, itens ns. 3.2 e 3.3, 2004, Saraiva; ZENO VELOSO, “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, p. 50/51, item n. 41, 1999, Cejup; OSWALDO LUIZ PALU, “Controle de Constitucionalidade”, p. 122/123 e 276/277, itens ns. 6.7.3 e 9.14.4, 2ª ed., 2001, RT, v.g.).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, Um rciUraçtemenU pro-clamado que a desconsideração do princípio em causa gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada, que, emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal (RTJ 58/499 - RTJ 71/233 - RTJ 110/226 - RTJ 117/265 - RTJ 135/297).

As razões subjacentes à formulação do postulado constitucional do “*full bench*”, excelentemente identificadas por MARCELO CAETANO (“Direito Constitucional”, vol. 11/417, item n. 140, 1978, Forense), justificam a advertência dos Tribunais, cujos pronunciamentos - enfatizando os propósitos teleológicos visados pelo legislador constituinte - acentuam que “A inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público só pode ser decretada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, em sessão plena” (RF 193/131 - RTJ 95/859 - RTJ 96/1188 - RT 508/217).

Não se pode perder de perspectiva, por isso mesmo, o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, cujas decisões assinalam a alta significação político-jurídica de que se reveste, em nosso ordenamento positivo, a exigência constitucional da reserva de plenário:

“Nenhum Órgão fraciOnárioQ de quqlqr Tribunal dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plcitário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de plenário inscrito no art. 97 da Constituição

da República. Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão fracionário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em OQOlcndO a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno.”

(RTJ 150/223-224. Rei. Min. CELSO DE MELLO).

Impunha-se, portanto, ao E. Superior Tribunal de Justiça, considerados os precedentes mencionados (AI 587.880-AgR/PR, Rei. Min. CEZAR PELUSO, v.g.), dirimir, “*incidenter tantum*”, a controvérsia constitucional suscitada em sede de recurso especial, em ordem a reconhecer, ou não, a validade da revogação, mediante simples lei ordinária, do benefício isencional em questão.

É importante enfatizar, neste ponto, na linha do magistério jurisprudencial firmado por esta Suprema Corte, que o E. Superior Tribunal de Justiça, à semelhança dos demais Tribunais e juizes, dispõe de competência para exercer o controle incidental, pela via difusa, da constitucionalidade dos atos estatais em geral (RTJ 158/976, v.g.), ainda que a questão prejudicial de constitucionalidade venha a ser instaurada, como é processualmente lícito, em sede de recurso especial.

Sendo assim, tendo em consideração os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal, conheço do presente agravo, para, desde logo, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 544, § 4º), em ordem a desconstituir o v. acórdão impugnado, determinando que outro seja proferido, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, observado o disposto no art. 97 da Constituição da República.

Publique-se.

Brasília, 05 de outubro de 2006 (18º aniversário da promulgação da Constituição republicana de 1988).

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

(Decisão monocrática publicada no DJU de 26.10.2006, p. 57/58).

TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENO DA MARINHA. DÍVIDA DE NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIZAÇÃO DE SÓCIO. ILEGALIDADE.

PROC.: 2006.03.00.093898-1 AG 280157

ORIG.: 200361820511161 12F Vr SÃO PAULO/SP

AGRTE.: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

AGRDO.: CASSINO SÃO VICENTE ILHA PORCHAT S/A

PARTE R.: ANTONIO AFONSO ALIPERTI FERRAZ DE ANDRADE

ADV.: IVANA LUCY ALCARAZ CINTRA

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

RELATOR: DES. FED. ANDRE NABARRETE/ QUINTA TURMA

Agravo de instrumento contra decisão que, em execução da Lei nº 6.830/80, indeferiu a inclusão dos sócios da executada no pólo passivo.

Sustenta a agravante que o não pagamento da taxa de ocupação constitui infração à lei e a que responsabilidade dos dirigentes pelas dívidas da empresa está prevista no inciso III do art. 135 do Código Tributário Nacional, que é agravado pela forte presunção de dissolução irregular da pessoa jurídica, que não encontrada pelo oficial da justiça.

Recentemente, a Lei nº 11.187/05, de 18 de outubro de 2005, que passou a vigorar em 19/01/2006, determina que os agravos somente serão julgados no momento da apelação, salvo em casos de risco de lesão grave ou 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. No caso concreto, há iminência de dano de difícil reparação que justificasse a apreciação do recurso, porquanto o crédito de interesse público tende a permanecer inadimplido em face de possível esvaziamento patrimonial dos devedores.

Por outro lado, não está configurada a relevância de sua fundamentação, porque se trata de dívida ativa não tributária, pois é cobrada a taxa de ocupação de terreno de marinha, o que impede a aplicação do Código Tributário Nacional e toma impertinente a jurisprudência citada. Na verdade, seu pagamento é retribuição pela utilização de bem público dominical e decorre de lei, apesar de seu nomen juris ser "taxa".

Ressalte-se que o débito refere-se à taxa de ocupação não recolhida no período de 1988 a 2002, conforme consta da certidão de dívida

ativa e seu anexo de fls. 18/28, a qual foi constituída conforme o art. 127 do Decreto-Lei nº 9.760/46, art. 1º do Decreto-Lei nº 2.398/87 e art. V do Decreto-Lei nº 1.561/77, que, respectivamente, dispõem:

"Art. 127. Os atuais ocupantes de terreno da União, sem título outorgado por esta, ficam obrigados ao pagamento anual da taxa de ocupação.

§ 1º - a taxa corresponderá a 1% (um por cento) sobre o valor do domínio pleno do terreno.

§ 2º - a importância da taxa será periodicamente atualizada pelo S.P.U."

"Art. r A taxa de ocupação de terrenos da União, calculada sobre o valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pelo Serviço do Patrimônio da União (SPU), será, a partir do exercício de 1988, de:

I - 2% (dois por cento) para as ocupações já inscritas e para aquelas cuja inscrição seja requerida, ao SPU, até 31 de março de 1988; e

II - 5% (cinco por cento) para as ocupações cuja inscrição seja requerida ou promovida ex officio, a partir de 1º de abril de 1988."

"Art. r - É vedada a ocupação gratuita de terrenos da União, salvo quando autorizada em lei".

Assim, para se aferir a responsabilidade, devem ser observadas a natureza da pessoa executada e a época em que ocorreu a omissão no recolhimento de taxa de ocupação. *In casu*, trata-se de sociedade anônima e a omissão ocorreu no período de 1988 a 2002 (fls. 18/28), durante o qual vigia a Lei nº 6.404/76, cujo art. 158 dispõe:

"Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto. (...)"

Verifica-se que, para sua responsabilização, deve ser provada a infração à lei ou ao estatuto social ou, ainda, o excesso de mandato. Apesar de não haver prova relativa à ocorrência das duas últimas hipóteses, está configurada a infração à lei, pois o não recolhimento da taxa de ocupação viola o art. 1º do Decreto-Lei nº 1561/77.

No entanto, *in casu*, embora não tenha sido

encontrada em sua sede (fl.38), a pessoa jurídica foi citada na pessoa de seu presidente e há notícia de que possui bens imóveis em Santos e São Vicente/SP, conforme afirmado e demonstrado por seu representante legal (fls. 54 e 58/59), os quais não constam terem sido objeto de diligência por parte da exequente. Assim não há fundamento para redirecionamento de cobrança para os dirigentes responsáveis pela constituição do débito.

Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo. Comunique-se o juiz da causa.

Publique-se.

São Paulo, 13 de outubro de 2006.

André Nabarrete

Desembargador Federal relator

(Despacho publicado no *DJUII* de 06.11.2006, p. 301).

PARCELAMENTO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº
303/06. CONDIÇÃO DO PARCELAMENTO.
ADESÃO. FACULDADE.

PROC.: 2006.03.00.095385-4 AG 280605

ORIG.: 200661000186299 26 Vr SÃO PAULO/SP

AGRTE: SINDICATO DOS TRABALHADORES
NO COM. E SERVIÇOS EM GERAL DE HOS-
PEDAGEM, GASTRONOMIA, ALIMENTAÇÃO
PREPARADA E BEBIDA A VAREJO DE SÃO
PAULO

ADV.: MAURÍCIO CESAR PUSCHEL

AGRDO.: Instituto Nacional do Seguro social
-INSS

ADV.: HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA SÃO
PAULO - Sec. Jud. SP

RELATOR: DES. FED. VESNA KOLMAR/PRI-
MEIRA TURMA

Vistos em decisão.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores no Comércio e Serviços em Geral de Hospedagem, Gastronomia, Alimentação Preparada e Bebida a Varejo de São Paulo e Região, por meio do qual pleiteia a reforma da decisão proferida nos autos do processo de Mandado de Segurança autuado sob o n° 2006.61.00.018629-9, em trâmite perante a 26ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, que indeferiu o pedido de liminar (fls. 186/189).

Alega que impetrou o mandamus objetivando assegurar o direito de aderir ao parcelamento dos débitos com vencimento do 1º de março de 2003 a 31 de dezembro de 2005, nos termos do art. 8º da Medida Provisória nº 303/06, sem a exigência imposta pelo art. 46 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 13/2006, consistente na desistência dos processos judiciais e administrativos em andamento, os quais suspenderam a exigibilidade do crédito tributário a ser parcelado, na medida em que a Medida Provisória não fez qualquer menção a esta exigência.

Sustenta que a regulamentação da matéria pela Instrução Normativa fere o princípio da legalidade, consoante art. 5º, inciso II, da Constituição Federal e o disposto no art. 155-A do Código Tributário Nacional, segundo o qual “o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecida em lei específica”. O Princípio da Ampla Defesa, na esfera judicial ou administrativa, ambos previstos no art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal.

É o relatório.

Decido.

A Lei nº 11.187, 19 de outubro de 2005, introduziu nova sistemática para interposição do recurso de agravo, e consagrou em definitivo a excepcionalidade da utilização do agravo de instrumento.

Assim, no novo regime, o relator deverá obrigatoriamente converter o agravo de instrumento em retido, salvo os casos expressamente previstos no art. 522 do Código de Processo Civil.

Aludido dispositivo prevê que será admitida a interposição de agravo pela via de instrumento somente nos casos suscetíveis de causar lesão grave ou de difícil reparação, bem como nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que esta é recebida. O caso em apreço se enquadra nas hipóteses elencadas, razão pela qual conheço do recurso.

Passo à análise do pedido de efeito suspensivo.

Nos termos da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006, o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS III - destina-se a promover a regularização dos créditos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional do Seguro Social.

A adesão ao Parcelamento não é imposta pelo Fisco, mas sim uma faculdade dada à pessoa jurídica que, ao optar pelo Programa, está sujeita às regras e condições especiais, acarretando-lhe alguns benefícios, mas também alguns ônus.

Assim, com objetivo de facilitar a aplicação e execução do ato normativo, o Sr. Secretário da Receita Previdenciária, com autorização conferida pela Lei n° 11.098/2005, editou a Instrução Normativa n° 13, de 21 de julho de 2006, fixando os procedimentos a serem observados e aplicados na formalização dos parcelamentos previstos nos artigos r, 8° e 9° da citada Medida Provisória.

Porém, o Capítulo II da Instrução Normativa, que regula especificamente do parcelamento previsto no art. 8° da Medida Provisória (para os débitos devidos ao INSS com vencimento entre 1° de março de 2003 e 31 de dezembro de 2005), não tratou da necessidade de o requerente requerer a desistência das ações em curso para formalização do parcelamento, tendo, todavia, previsto a questão no art. 46, inserido no Capítulo V, intitulado das disposições Gerais.

Em que pese a ausência esta exigência na Medida Provisória e em capítulo específico da Instituição Normativa que a regula, não assiste razão ao agravante.

Com efeito, o contribuinte, para aderir a qualquer espécie de plano de parcelamento instituído pelo Fisco, está sujeito à confissão irretirável e irrevogável dos débitos fiscais em aberto, vale dizer, reconhece a existência da dívida que pretende, posteriormente, parcelar, sendo ato incompatível com a vontade de discutir sobre a exigência em Juízo ou na via administrativa.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado desta Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO-EXECUÇÃO FISCAL - OPÇÃO DA EXECUTADA PELO REFIS - AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A EXTINÇÃO DO EXECUTIVO FISCAL - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

1. O Poder Executivo criou inteligente programa (REFIS) estimado a regularização fiscal de pessoas jurídicas face a SRF e INSS, mesmo que os créditos públicos já estivessem sob o âmbito da Procuradoria da Fazenda para execução, favorecendo amplamente os relapsos através do uso de TJLP (ao invés de SELIC) e

sem limite máximo de parcelas. Veiculou-se o programa através da Lei 9.964/2000.

2. A opção pelo REFIS é voluntária (art. 2° da Lei 9.964) e feita a opção irradiam-se efeitos derivados da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, permitindo ao devedor desafogar-se de suas obrigações fiscais e continuar tocando seu negócio com menos amarras e em contrapartida, o credor também deve ter a seu favor cautelas.

3. A desistência das ações judiciais onde se discute a validade da cobrança dos tributos (e renúncia ao direito sobre que se funda a demanda) é condição para se incluir no programa débito com exigibilidade suspensa por força de liminar em mandado de segurança (art. 2°, § 6°) e não ofende o princípio constitucional de acesso a jurisdição porque não obsta que o contribuinte se dirija ao Judiciário, obsta, e com razão, que o mesmo se valha do REFIS e continue demandando contra o credor que lhe concedeu parcelamento do crédito que ele mesmo reconheceu como devido. (...)''

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1ª Turma, Agravo de Instrumento n° 2001.03.00.027668-8, DJ 20/10/2005, p. 178, Relator Desembargador Federal Johnsons Di Salvo)

Além disso, tratamento diverso do que ocorre com todos os parcelamentos já concedidos pelo Poder executivo em que a exigência está prevista expressamente, tais como REFIS (art. 3°, inciso I, da Lei n° 9.964/00) ou PAES (art. 4° da Lei n° 10.684/03) ou, ainda, o REFIS III (art. r, § 3°, inciso III, da Medida Provisória n° 303/06, acarretaria violação do Princípio da Igualdade, na medida em que trataria um contribuinte que está na mesma situação jurídica dos demais de forma desigual.

Portanto, mesmo que a Medida Provisória n° 303/2006 não tenha cuidado da aludida exigência de forma expressa, a consequência lógica da confissão da dívida é a desistência das ações e procedimentos administrativos em andamento, nos quais questionam a exigência do crédito tributário.

Por esses fundamentos, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Intime-se a agravada para apresentar contra-minuta.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de outubro de 2006.

MÁRCIO MESQUITA

Juiz Federal Convocado

Relator em substituição regimental

(Despacho publicado no *DJUU* de 17.11.2006, p. 310).

IMUNIDADE. RECONHECIMENTO
ADMINISTRATIVO. NATUREZA
DECLARATÓRIA OU CONSTITUTIVA.

PROC.: 2006.03.00.103040-1 AG 282648

ORIG.: 200661000218598 23 Vr SÃO PAULO/SP

AGRTE.: ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

ADV.: ROQUE MALIZIA

AGRDO.: Instituto Nacional do Seguro social - INSS

ADV: HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 23 VARA SÃO PAULO - Sec. Jud. SP

RELATOR: DES. FED. J0H0NS0M DI SALVO/PRIMEIRA TURMA

Vistos em despacho.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE EDUCAÇÃO E CULTURA contra a decisão de fls. 23/24 proferida pelo Juízo Federal da 23ª Vara de São Paulo/SP que indeferiu liminar em sede de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter a declaração de imunidade dos tributos referentes à contribuição previdenciária a cargo da empresa desde o ano de 1991 em diante, em razão da concessão de certificado de entidade beneficente de assistência social na data de 17 de novembro de 2005. Segundo a tese da agravante, o certificado de reconhecimento da imunidade de que trata o art. 195, § 7ª, da Constituição Federal, regulamentada pelo art. 55, § 1º, da Lei n° 8.212/91, possui efeitos declaratórios, devendo retroagir à data da comprovação das exigências legais, no caso, o ano de 1991.

A liminar foi indeferida por entender a d. magistrada que “preenchidas as hipóteses legais, a autoridade administrativa fiscal deve conceder a imunidade tributária, a qual terá início a partir do ato que reconhecer a imunidade/isenção do contribuinte”.

Requer a agravante a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 18/19) aduzindo em síntese, que teria direito à concessão do certificado de entidade beneficente de as-

istência social desde o ano de 1991, uma vez que preencheu todos os requisitos 3 anos antes do protocolo de seu pedido no ano de 1994, sendo que expedição do certificado deu-se apenas em 2005 por inércia do Poder Público. DECIDO.

A controvérsia noticiada no presente instrumento cinge-se em estabelecer se a concessão do certificado de entidade beneficente de assistência social obtido pela impetrante, ora agravante, possui efeitos declaratórios (retroagindo, portanto, à data do requerimento) ou efeito para o futuro, como deciso na interlocutória recorrida.

Com efeito, o ato administrativo de reconhecimento da imunidade de entidade filantrópica produz efeitos desde o seu requerimento na medida em que referido ato tem natureza eminentemente declaratória.

Nem poderia ser diferente uma vez que, muito freqüentemente, a emissão o referido certificado demanda vários anos, não sendo legítimo impingir ao contribuinte o ônus da demora inerente aos meandros da Administração Pública.

Em relação aos efeitos do certificado de reconhecimento de entidade filantrópica já se manifestou o E. Superior Tribunal da Justiça. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISENÇÃO. ENTIDADE FILANTRÓPICA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM COM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE INFRACONSTITUCIONAL. EXPEDIÇÃO DO CERTIFICADO DE FILANTROPIA. EFEITOS EX TUNC. NATUREZA DECLARATÓRIA.

“Não tendo os pressupostos revelados pelo art. 55 da Lei n° 8212/91 a característica de conferir novo status à entidade de fins filantrópicos, senão de evidenciá-los, em tempo posterior, não há que se falar em existência de crédito tributário oriundo do não pagamento da contribuição patronal, por instituição que lhe é imune” (Resp n° 413.728/RS, *DJU* 02.12.02, Rei. Min. Paulo Medina).

Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 432286, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, Segunda Turma, *DJ* 29.09.2003).

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECRETAÇÃO. ENTIDADE DE FINS FILANTRÓPICOS NATUREZA

DECLARATÓRIA. EFEITOS EX TUNC. ART. 557, CAPUT, DO CPC. APLICAÇÃO.

I - Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que o reconhecimento judicial de que determinada entidade é de fins filantrópicos tem natureza declaratória, retroagindo os seus efeitos à data em que a entidade cumpriu as exigências para o seu reconhecimento como tal.

II - Quando o acórdão recorrido estiver em consonância ou confronto com a jurisprudência dominante do STJ ou do STF, poderá o relator, nos termos do art. 557, caput, do CPC, decidir o recurso monocraticamente.

III - Precedentes: AGREsp nº 382.136/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 03/05/2004, AGA nº 432.286/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 29/09/2003; e Resp nº 413728/RS, Relator Ministro PAULO MEDINA, DJ de 02/12/2002.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Resp 579549/RS, Relator Ministro FRANCISCO FALÇÃO, DJ 30.09.2004)

Pelo exposto, defiro o efeito suspensivo pleiteado a fls. 18/19.

Comunique-se.

Cumpra-se o art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Após, ao Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 25 de outubro de 2006.

JOHNSOM DI SALVO

Desembargador Federal

Relator

(Despacho publicado no DJUII de 17.11.2006, p. 320/321).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.
DECADÊNCIA. ART. 45 DA LEI Nº 8212/91.
INAPLICABILIDADE.

PROC.: 2006.03.OO.103222-7 AG 282812

ORIG.: 20066150110035 6 Vr CAMPINAS/SP

AGRTE.: MGM CONSTRUTORA LTDA.

ADV.: ANDRÉA DE TOLEDO PIERRI

AGRDO.: Instituto Nacional do Seguro social - INSS

ADV.: HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 6 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSI - SP

RELATOR: DES. FED. JOHNSOM DI SALVO/
PRIMEIRA TURMA

Vistos, em decisão.

Trata-se de agravo interposto por MGM CONSTRUTORA LTDA. contra decisão de fls. 73/76 (fls. 78/81 dos autos originais) proferida pelo Juízo Federal da 6ª Vara de Campinas/SP que, em sede de Mandado de Segurança impetrado em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, indeferiu liminar requerida pela impetrante para determinar que a autoridade coatora se abstivesse de praticar quaisquer atos tendentes à cobrança da NFLD nº 35.847.551-1 sob o argumento de ocorrência de decadência do direito de constituir o crédito tributário.

Pleiteia a parte agravante a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo (fls. 17), aduzindo, em síntese, que as regras gerais de tributações sociais são disciplinadas pelo Código Tributário Nacional, que em seu art. 173 subestabelece o prazo decadencial de cinco anos para a Fazenda Pública constituir seus créditos tributários.

Insiste a agravante que os art. 45 e 46 da Lei 8.212/91 são inconstitucionais porquanto não poderiam dispor sobre matéria reservada à Lei Complementar.
DECIDO.

No mandamus originário a empresa impetrante, ora agravante, pleiteava o reconhecimento da decadência do crédito tributário estampado na NFLD nº 35.847.551-1, aduzindo o decurso de prazo superior a cinco anos entre os fatos geradores (dezembro de 1996 a dezembro de 1997) e a constituição do referido crédito tributário (dezembro de 2005) - fls. 18/25.

A r. decisão guerreada não acolheu pedido de liminar por entender que o prazo decadencial das contribuições previdenciárias é aquele previsto no art. 144 da Lei nº 3.807/60, a qual teria sido recepcionada pela Constituição Federal com força de lei complementar.

Sendo as contribuições sociais subespécies do gênero "tributos", devem atender o art. 146, III, 'b' da CF 88 que dispõe caber à Lei Complementar estabelecer "normas gerais" em matéria da legislação tributária, inclusive no tocante a decadência e prescrição. Assim, a matéria atualmente, ou melhor, após o advento da Constituição Federal - que recepcionou o CTN (Lei 5.172/66) - deve ser regrada pelos seus artigos 173 e 174, sendo certo que o prazo é quinquenal e no caso da decadência (direito de constituir o crédito) inicia-se no 1º

dia do exercício seguinte. Não teria substrato de validade a lei ordinária dispondo de modo diverso (art. 45 da Lei 8.212/91).

Assim, verificando a Fazenda Pública não ter havido pagamento, tem cinco anos para constituir seu crédito e em se tratando de tributo cujo pagamento é de ser antecipado em relação a ato administrativo do lançamento, constatado o não pagamento, persistirá o direito de efetuar o lançamento de ofício até que ocorra a decadência.

Dessa forma, conjugando-se o art. 150, § 4º com o art. 173, ambos do Código Tributário Nacional, exsurge que a decadência afeta os créditos não constituídos cujos fatos geradores originam-se em momento anterior ao quinquênio legal.

Pelo exposto, presentes os requisitos do art. 558 do Código de Processo Civil, defiro o efeito suspensivo vindicado a fls. 17.

Comunique-se.

Cumpra-se o art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Após, ao Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 25 de outubro de 2006.

JOHNSOM DI SALVO

Desembargador Federal

Relator

(Despacho publicado no *DJUI* de 17.11.2006, p. 321).

EMENTAS

IMUNIDADE DE ENTIDADE EDUCACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. LEI Nº 8212/91.

REQUISITOS. LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE.

PROC. : 1999.61.00.026549-1 AMS 209473

APTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA E VALDIR SERAFIM

APDO: LIGA DAS SENHORAS CATÓLICAS DE SÃO PAULO

ADV: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

RELATOR: JUIZ CONV. SILVA NETO/TERCEIRA TURMA

Ementa

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE DE ENTIDADE EDUCACIONAL DE ASSISTÊN-

CIA SOCIAL À COFINS. DESNECESSIDADE DE USO DE LEI COMPLEMENTAR. SENTIDO DE FATURAMENTO NÃO TRANSGRECIDO. PRETENSÃO DO CONTRIBUINTE ILEGÍTIMA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. Põe-se o contribuinte a essencialmente debater, em plano teórico, o excedimento praticado pelas Leis 8.212/91 e 9.532/97, ao disciplinar o gozo da isenção das entidades de educação e assistência social com relação à COFINS, já que, sob sua óptica, tal matéria somente poderia ser regulada por lei complementar.

2. Ora, significando a imunidade uma limitação proibitiva ao poder de tributar (em contraposição às limitações afirmativas, em que se traduzem os princípios tributários), uma vedação constitucional ao exercício daquele segmento do Poder Soberano, realmente merece toda mensagem daquela espécie o devido cuidado, em sua delimitação e compreensão.

3. Em angulação formal, ao impor o § 7º do art. 195, CF, devam as entidades beneficiárias de assistência social, destinatárias da vedação, atender aos requisitos de lei, patente se revele ilegítimo o questionamento do papel exercido, no presente caso, como em outros, por meio de leis ordinárias, como assim o são as Leis 8.212/91 e 9.532/97.

4. Também de inteiro equívoco a invocação, amiúde debatida, ao art. 146, CF, este a traduzir um futuro e ainda distante novo CTN, no bojo do qual muitos temas lhe são naturalmente recomendados.

5. Insubsiste o debate, construído quanto à afirmada ilegitimidade do sentido de faturamento, positivado pelo art. 3º da Lei 9.718/98, pois em nada desbordou o legislador do plano de limites para a sua atuação.

6. Provimento ao apelo e à remessa oficial, tida por submetida, para denegação da segurança, reformando-se a r. sentença proferida. Acórdão

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

São Paulo, 27 de julho de 2005 (data do julgamento)

(Ementa publicada no *DJU* II de 23.08.2006, p. 651).

IRPJ. LEI Nº 8.541/92. ARTS. 7º, 8º, 9º, 12 E 29. LEGALIDADE DAS DEDUÇÕES PELO REGIME DE CAIXA. INDEDUTIBILIDADE DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS. TRIBUTAÇÃO DAS APLICAÇÕES FINANCEIRAS EXCLUSIVAMENTE NO REGIME DE FONTES. PREJUÍZOS FISCAIS.

PROC.: 2001.03.99.035039-5 AC 714192
 ORIG.: 9800429921 13 VR SAO PAULO/SP
 APTE.: BANCO FIAT S/A E OUTROS
 ADV.: RUBENS JOSE NOVAKOSKI F. VELLOZO
 ADPO.: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
 ADV.: HUMBERTO GOUVEIA E VALDIR SERAFIM
 RELATOR: JUIZ CONV. ROBERTO JEUKEN / TERCEIRA TURMA
 Ementa

TRIBUTÁRIO. IRPJ. LEI Nº 8.541/92. ARTS. 7º, 8º, 9º, 12 E 29. LEGALIDADE DAS DEDUÇÕES PELO REGIME DE CAIXA. INDEDUTIBILIDADE DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS. TRIBUTAÇÃO DAS APLICAÇÕES FINANCEIRAS EXCLUSIVAMENTE NO REGIME DE FONTES. PREJUÍZOS FISCAIS.

1. Não se verifica inconstitucionalidade/ilegalidade nas alterações promovidas pelos arts. 7º (As obrigações referentes a tributos ou contribuições somente serão dedutíveis, para fins de apuração do lucro real, quando pagas), 8º (Serão consideradas como redução indevida do lucro real, de conformidade com as disposições contidas no artigo 6º, § 5º, alínea "b", do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, as importâncias contabilizadas como custo ou despesas, relativas a tributos ou contribuições, sua respectiva atualização monetária e as multas, juros e outros encargos, cuja exigibilidade esteja suspensa nos termos do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, haja ou não depósito judicial em garantia), 9º (0 percentual admitido para a determinação do valor da provisão para créditos de liquidação duvidosa, previsto no artigo 61, § 2º, da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, passa a ser de até 1,5%), 12 (Os prejuízos fiscais apurados a partir de 1º de janeiro de 1993 poderão ser compensados, corrigidos monetariamente, com o lucro

real apurado em até quatro anos-calendários subsequentes ao ano da apuração) e 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) da Lei nº 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 arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional.
 2. Apelação a que se nega provimento.

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, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de agosto de 2006. (data do julgamento)

(Ementa publicada no *DJU* II de 23.08.2006, p. 666).

STF. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § P, DA LEI Nº 9718/98. INAPLICABILIDADE ÀS LEIS Nº 10.637/02 E Nº 10.833/03.

EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 402.585-0

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

EMBTE.(S): SALUM CONSTRUÇÕES LTDA.

ADV.(A/S): MARCELO DIAS GONÇALVES VILELA E OUTRO(A/S)

EMBD0.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - IARA ANTUNES VIANNA

Decisão: A Turma, preliminarmente, por votação unânime, conheceu dos embargos de declaração como recurso de agravo, a que, também por unanimidade, negou provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 08.08.2006.

EMENTA: Embargos de declaração em recurso extraordinário. 2 - Embargos declaratórios com objetivo infringente: conhecimento e julgamento como agravo regimental. 3

- Declaração de inconstitucionalidade, pelo Pleno, do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Fundamento exclusivo na redação do inciso I do art. 195 da Constituição anteriormente ao advento da EC nº 20/98. Inaplicabilidade do mesmo fundamento às Leis 10.637/02 e 10.833/03. 4 - Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Ementa publicada no DJU de 08.09.2006, p. 61).

LEI Nº 9718/98. ART. 3º § 1». DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PLENO. STF.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 346.084-6 PARANÁ

RECTE. : DIVESA DISTRIBUIDORA CURITIBANA DE VEÍCULOS S/A

ADV.DOS. : MARCELO MARQUES MUNHOZ E OUTROS

ADV.(A/S) : RODRIGO LEPORACE FARRET E OUTROS

RECD.A. : UNIÃO

ADV: PFN - RICARDO PY GOMES DA SILVEIRA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ilimar Galvão, Relator, conhecendo e provendo parcialmente o extraordinário, para fixar, como termo inicial dos 90 (noventa) dias, 1º de fevereiro de 1999, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pela recorrente, o Dr. Helenilson Cunha Pontes, e, pela recorrida, o Dr. Francisco Targino da Rocha Neto, Procurador da Fazenda Nacional. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.12.2002.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ilimar Galvão, Relator, conhecendo e provendo parcialmente o extraordinário, para fixar, como termo inicial dos 90 (noventa) dias, 1º de fevereiro de 1999, e dos votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Presidente, Ministro Maurício Corrêa, que conheciam do recurso, mas negavam-lhe provimento, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Não participou da votação o Senhor Ministro Carlos Britto por suceder ao Senhor Ministro Ilimar Galvão que proferira voto anteriormente. Plenário, 01.04.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência, em exercício, do Senhor Ministro Nelson Jo-

bim, Vice-Presidente. Plenário, 13.05.2004. Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, conhecendo e provendo o recurso, nos termos dos seus respectivos votos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 18.05.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.06.2005.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ilimar Galvão (Relator), Cezar Peluso e Celso de Mello e, integralmente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Maurício Corrêa, Joaquim Barbosa e o Presidente (Ministro Nelson Jobim). Reformulou parcialmente o voto o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Não participaram da votação os Senhores Ministros Carlos Britto e Eros Grau por serem sucessores dos Senhores Ministros Ilimar Galvão e Maurício Corrêa que proferiram voto. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005.

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

- ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998.

O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do art. 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considera-

dos os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do art. 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, juntando-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do art. 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. (Ementa publicada no *DJU* de 01.09.2006, p. 19).

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE CORRENTISTA A REQUERIMENTO DA RECEITA FEDERAL. ILEGALIDADE. ART. 38. LEI Nº 4595/64.

PROC.: 2000.60.02.001373-4 AMS 220846
 ORIG.: 1 VR DOURADOS/MS
 APTÉ.: BANCO ITAÚ S/A E OUTROS
 ADV.: RENATA MALUF
 APOD.: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
 ADV.: HUMBERTO GOUVEIA E VALDIR SERAFIM
 RELATOR: JUIZ CONV. VALDECI DOS SANTOS/TERCEIRA TURMA
 Ementa
 DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. OBRIGAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE PRESTAR INFORMAÇÕES AO FISCO.

1. Cumpre afastar a alegação de nulidade da sentença, uma vez que a matéria comporta solução no âmbito da reforma e não da anulação do julgado, com a adequação da sentença aos limites do pedido.

2. A Constituição Federal de 1988 inscreve, no art. 5º, inciso X, o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada e complementa, no inciso XII, com a garantia da inviolabilidade do sigilo de dados, com o objetivo de proteger a pessoa contra a força do poder público e, principalmente, contra a inexorável

força impositiva do poder político. Contudo, o direito ao sigilo não se reveste de caráter absoluto, podendo ser mitigado em face de interesse público relevante e nem poderia ser diferente, conquanto os direitos e garantias individuais e coletivos hão, necessariamente, de harmonizar-se com o exercício de competências constitucionais atribuídas ao poder público.

3. A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, de aplicação na espécie, dispõe, no art. 38 e §§ 5º e 6º, que o sigilo protege as operações ativas e passivas das instituições financeiras, não estando, em princípio, obrigadas a prestar informações, salvo se presentes dois requisitos essenciais, quais sejam, a existência de procedimento fiscal já instaurado e que as informações sejam indispensáveis para a consecução dos fins visados pelo fisco.

4. O Código Tributário Nacional, no art. 197, não dispensa tais pressupostos, conquanto o que estabelece é a obrigatoriedade de prestação de informações de que disponham as instituições nele listadas, mediante intimação escrita, por evidente emanada de procedimento administrativo fiscal regular.

5. No caso dos autos, evidente que o atendimento da intimação implicaria em quebra do sigilo bancário da parte interessada, pois, as informações obtidas junto à instituição financeira, não seriam oferecidas apenas pelos valores globais das operações, porém, com os detalhes constantes de contratos, extratos ou outros lançamentos, comuns em operações desta natureza. Portanto, a conduta da autoridade coatora não se fez reverente ao princípio da proteção do sigilo, pois este somente se afasta em face de interesse público relevante e após instauração de procedimento administrativo fiscal onde seja assegurado ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa e, na hipótese, não restou provada a existência do referido procedimento, tendo a requisição sido feita mediante simples intimação.

6. Apelação provida e remessa oficial, tida por submetida, a que se nega provimento.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e negar provimento à remessa oficial, tida por submetida, nos termos do

relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de agosto de 2006. (data do julgamento)

VALDECI DOS SANTOS

Juiz Federal Convocado

Relator

(Ementa publicada no *DJU* II de 20.09.2006, p. 576).

ISSQN. SERVIÇO PRESTADO PARA
EMPRESA SITUADA NO EXTERIOR.
EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO-
CARACTERIZAÇÃO.

RECURSO ESPECIAL Nº 831.124 - RJ
(2006/0052272-7)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

RECORRENTE: GE CELMA LTDA

ADVOGADO: TÚLIO FREITAS DO EGITO COELHO E OUTROS

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS

PROCURADOR: FLÁVIA MEDICI PACE E OUTROS

Ementa

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISSQN. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. SERVIÇO DE RETIFICA, REPARO E REVISÃO DE MOTORES E DE TURBINAS DE AERONAVES CONTRATADO POR EMPRESA DO EXTERIOR. EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. SERVIÇO EXECUTADO DENTRO DO TERRITÓRIO NACIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº LC 116/03. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ.

1. Tratam os autos de mandado de segurança preventivo impetrado por GE CELMA LTDA. com a finalidade de obstar eventual ato do Secretário Municipal de Fazenda de Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, que imporia na cobrança de ISSQN sobre prestação de serviços consubstanciada em operações de retificação, reparo e revisão de motores e turbinas de aeronaves, contratadas por empresas aéreas do exterior. Sentença denegou a segurança. Apelação da impetrante, tendo o TJRJ negado-lhe provimento ao entendimento de que: a) o mandado de segurança não alberga pedido genérico; b) não é inconstitucional a regra posta na LC 116/03, tendo incidência o

disposto no seu art. 2º. Recurso especial apontando violação dos seguintes preceitos legais: arts. 535, I e II, 282 e 283 do CPC; arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51; art. 2º, I, da LC nº 116/03. Sustenta que: a) o acórdão é nulo, haja vista não ter suprido as omissões argüidas mesmo após a oposição dos embargos de declaração, mais especificamente em relação à violação dos arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51, 282 e 283 do CPC, bem assim quanto à diferenciação entre o local da prestação dos serviços e o do resultado dos serviços, critério esse eleito pela LC nº 116/03; b) o *decisum* é nulo por omissão quanto à adequação da via eleita, deixando de formular fundamento que legitimaria tal conclusão; c) a assertiva contida no acórdão recorrido (pedido genérico) é manifestamente contrária às provas pré-constituídas que acompanharam a exordial do mandado de segurança, sendo conflitante com o disposto nos arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51. Igualmente se diga do disposto nos arts. 282 e 283 do CPC; d) embora o serviço de retificação de motores seja realizado no território nacional (local da prestação), trata-se de efetiva exportação de serviços, tal qual tratada pelo art. 2º, inciso I, da LC 116/03, na medida em que a prestação de serviços somente se conclui com o pagamento dos valores devidos que, por conseguinte, apenas se perfaz quando os clientes verificam o resultado do serviço encomendado. Interposto concomitantemente recurso extraordinário. Ambos os apelos não foram admitidos, tendo sido manejados agravos de instrumentos para o STJ e STF. O agravo dirigido a esta Corte foi provido.

2. O recurso não merece ser conhecido pela alegada violação dos arts. 282 e 283 do CPC e 1º e 6º da Lei nº 1.533/51, pois não foram prequestionados na instância de origem, não havendo sido objeto de debate nem deliberação. Nem mesmo com a oposição de embargos de declaração, houve pronunciamento a respeito deles, hipótese que atrai a incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

3. Ausência de violação do art. 535, I e II, do CPC: a) quanto à primeira questão (omissão quanto os arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51, e 282 e 283 do CPC) verifica-se que não houve manifestação a respeito de tais preceitos porque utilizou-se o acórdão da apelação de fundamentação diversa para sustentar a assertiva de que o mandado de segurança continha

imprecisão do pedido, entendendo-o genérico e estranho ao conteúdo preventivo da impetração (fl. 443 e fl. 455). Não se trata, pois, de omissão a ausência de manifestação sobre o teor desses dispositivos legais. O aresto recorrido abordou os pontos necessários à composição da lide, oferecendo conclusão conforme a prestação jurisdicional solicitada; b) em relação ao segundo questionamento (ausência de diferenciação entre o local da prestação dos serviços e o local do resultado dos serviços), também não se constata situação omissiva, pois, embora não fazendo essa discriminação, o aresto recorrido reportou-se ao pronunciamento do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que se manifestou a respeito; c) por último, quanto à inadequação da via eleita, constata-se que o Tribunal manifestou-se quando entendeu que o mandado de segurança seria via imprópria para formular pedido genérico. O parecer do Parquet foi além e opinou pela extinção do processo sem julgamento de mérito. Porém, a Corte, apesar de adotar a manifestação do Ministério Público, passou ao exame do mérito da segurança, não resultando prejuízo para o recorrente em relação à preliminar. Assim, não constatados os vícios elencados no art. 535 do CPC, nega-se provimento ao apelo nesse aspecto.

4. Nos termos do art. 2º, inciso I, parágrafo único, da LC 116/03, o ISSQN não incide sobre as exportações de serviços, sendo tributáveis aqueles desenvolvidos dentro do território nacional cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior. *In casu*, a recorrente é contratada por empresas do exterior e recebe motores e turbinas para reparos, retifica e revisão. Inicia, desenvolve e conclui a prestação do serviço dentro do território nacional, exatamente em Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, e somente depois de testados, envia-os de volta aos clientes, que procedem à sua instalação nas aeronaves.

5. A Lei Complementar 116/03 estabelece como condição para que haja exportação de serviços desenvolvidos no Brasil que o resultado da atividade contratada não se verifique dentro do nosso País, sendo de suma importância, por conseguinte, a compreensão do termo “resultado” como disposto no parágrafo único do art. 2º.

6. Na acepção semântica, “resultado” é con-

seqüência, efeito, seguimento. Assim, para que haja efetiva exportação do serviço desenvolvido no Brasil, ele não poderá aqui ter seqüências ou produzir efeitos. A contrário senso, os efeitos decorrentes dos serviços exportados devem-se produzir em qualquer outro País. É necessário, pois, ter-se em mente que os verdadeiros resultados do serviço prestado, os objetivos da contratação e da prestação.

7. O trabalho desenvolvido pela recorrente não configura exportação de serviço, pois o objetivo da contratação, o resultado, que é o efetivo conserto do equipamento, é totalmente concluído no nosso território. É inquestionável a incidência do ISS no presente caso, tendo incidência o disposto no parágrafo único, do art. 2º, da LC 116/03: “*Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior*”.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, indeferir o pedido de sobrestamento do feito formulado pelos advogados e, no mérito, por maioria, vencido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2006 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

(Ementa publicada no DJU de 25.09.2006, p. 239)

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
APOSENTADOS. CARÁTER
TRIBUTÁRIO. PREVISÃO VIA EMENDA
CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA
A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.
CONSTITUCIONALIDADE.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.128-7

PROCED.: DISTRITO FEDERAL
 RELATORA ORIGINÁRIA: MIN. ELLEN GRACIE
 RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. CEZAR PELUSO

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS
 PROCURADORES DA REPÚBLICA - ANPR
 ADVDO.(A/S) : ARTUR DE CASTILHO NETO
 E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. Votou o Presidente. Em seguida, após os votos da Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e Carlos Britto, que julgavam procedente a ação e declaravam a inconstitucionalidade do art. 4º, *caput*, parágrafo único, incisos I e II, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que a julgava improcedente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelas requerentes, Associação Nacional dos Procuradores da República-ANPR, o Dr. Artur Castilho Neto e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pelas *amici curiae*, Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social-FENAFISP; Sindicato dos Policiais Civis de Londrina e Região-SINDIPOL; Associação Nacional dos Advogados da União e dos Advogados das Entidades Federais-ANAJUR; Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior-ANDES; Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social-ANFIP; Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União-FENAJUFE; Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal-UNAFISCO SINDICAL; Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal-SINDJUS-DF, os Drs. Mauro Menezes e José Luiz Wagner; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Presidência, em exercício, do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Plenário, 26.05.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência

do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 23.6.2004.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao *caput* do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por unanimidade, o Tribunal julgou inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, pelo que aplica-se, então, à hipótese do art. 4º da EC nº 41/2003 o § 18 do art. 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma emenda constitucional. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 18.08.2004.

EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Subjeção à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submetta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, parágrafo único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, parágrafo único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40,

§ 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda. (Ementa publicada na *DJU* de 19.09.2006, p. 28).

FORNECIMENTO DE ÁGUA POR
CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO.
ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

RECURSO ESPECIAL Nº 794.984 - RJ
(2005/0183498-4)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

RECORRENTE: JOCKEY CLUB BRASILEIRO

ADVOGADO: ÁLVARO AUGUSTO BRANDÃO
CAVALCANTI FILHO

RECORRIDO: COMPANHIA ESTADUAL DE
ÁGUAS E ESGOTOS - CEDAE

ADVOGADO: HENRIQUE J. VIEIRA FILHO E
OUTROS

RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADORA: DANIELA ALLAM GIACOMETE E OUTROS

Ementa

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA POR CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. NÃO-INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FATO GERADOR.

1. É intributável, por meio do ICMS, o fornecimento de água potável por empresas concessionárias desse serviço público.

2. As águas em estado natural são bens públicos e só podem ser explorados por particulares, mediante concessão, permissão ou autorização.

3. A água, portanto, fornecida à população, após ser tratada pelas empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas, não caracteriza mercadoria.

4. Esse entendimento não se aplica à água mineral engarrafada e vendida por comerciante. No caso, tributa-se a operação mercantil.

5. Na Adin nº 567, o tema foi analisado. O Min. limar Galvão votou pela suspensão liminar de ICMS sobre o fornecimento de água no Estado de Minas Gerais, “por ter se pretendido modificar a natureza jurídica do fornecimento de água potável, encanada, às populações urbanas, transformando-a de serviço público essencial em circulação de mercadoria”.

6. Na Adin nº 2.224-5-DF, o Min. Neri da Silveira, no voto proferido, considerou relevante, para votar pela concessão da liminar,

o mesmo fundamento invocado pelo Min. limar Galvão na Adin 567. A Adin não foi conhecida por problemas processuais. A tese de mérito, contudo, foi acenada para se reconhecer a não-tributação, pelo ICMS, da água fornecida como serviço público.

7. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 05 de setembro de 2006 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

(Ementa publicada no *DJU* de 02.10.2006, p. 232).

EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO IMPUGNADO NA VIA ADMINISTRATIVA. IMOBILISMO ESTATAL. EXTINÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL.

PROC. : 2001.61.82.024126-4 AC 977308

APTE: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR SERAFIM

APDO: NAVEGANTES COM/ IMP/ E EXP/ DE ALIMENTOS LTDA

ADV: RICARDO LACAZ MARTINS

RELATOR: JUIZ CONV. SILVA NETO / TERCEIRA TURMA

Ementa

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE: DOMICÍLIO ATUALIZADO PARA INTIMAÇÃO. SUSPENSÃO A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. PROCEDÊNCIA DA EXCEÇÃO.

1. No âmbito da execução por quantia certa em face de devedor solvente, insta recordar-se traduz-se a execução fiscal em modalidade especial daquela, regida por regras especiais, positivadas por meio da Lei 6.830/80 (LEF), cuja insuficiência - e evidentemente somente quando assim, aliando-se a isso a compatibilidade entre os ordenamentos - então admite a subsidiariedade integradora do CPC, consoante o art. 1º, daquela.

2. Põe-se o título, em execução por quantia certa em face de devedor solvente, a depender, consoante art. 586, CPC, da simultânea presença de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito envolvido: logo, põe-se a depender, a relação processual, em seu desenvolvimento válido e regular, em execução, do atendimento a todos aqueles requisitos, basilares que são.

3. É neste plano e consoante já aqui destacado, que se deve preluzir sobre o abalo, insuperável, no qual envolto o plano da própria existência do título em causa, vez que a parte executada ofereceu elementos sólidos, hábeis a revelar que, antes da inscrição e (assim também) de sua citação em execução, estava sob o evento da suspensão da exigibilidade, com a pertinente impugnação administrativa em curso de julgamento, este tendo sido enviado para endereço diferente do informado, com antecedência, pela parte contribuinte.

4. Regida a figura do domicílio tributário pela primaz escolha contribuinte, conforme "caput" do art. 127, CTN, descuidou o Poder Público de efetuar a intimação com a atualização domiciliar, logo, enquanto não julgada a impugnação ofertada e, assim a tramitar o devido procedimento administrativo, permanece suspensa a exigibilidade do crédito em pauta, máxime porque até recurso voluntário interponível a respeito.

5. Não se admitindo se eternize ou perdue relação processual executiva sob o signo da dúvida, nem que o immobilismo estatal perpetue de incerteza a situação da parte executada, acertado se revela tenha o Judiciário reconhecido o imperativo da extinção terminativa da causa, ausente pressuposto processual fulcral, relacionado ao próprio título, cuja presunção de certeza restou manifestamente abalada.

6. De rigor a extinção terminativa praticada sobre o feito executivo originário, pois fulcral o elemento de certeza sobre o título, pressuposto processual vital, objetivamente ausente.

7. Resulta ausente requisito vital à regular desenvoltura da relação processual, qual seja, o de certeza do afirmado crédito, conforme oposto pela parte contribuinte, como visto, assim fazendo incidir o previsto pelo inciso I do art. 618 do CPC e art. 1º da LEF (c.c. art. 598, CPC, ante a compatibilidade a respeito).

8. Exprime a honorária sucumbencial, como de sua essência e assim consagrado, decorrência do exitoso desfecho da causa, em prol de um dos contedores, de tal sorte a assim se recom-pensar seu patrono, ante a energia processual dispendida, no bojo do feito.

9. O tema da incidência honorária advocacia merece seja recordado deva equivaler o plano sucumbencial, a título de honorária, a um contexto no qual, em razão do desgaste profundo causado pelo dispêndio de energia processual, toma-se merecedor, o patrono do vencedor, da destinação de certa verba a si ressareitoria a respeito, a em nada se confundir (também relembre-se) com os honorários contratuais, previamente avençados em esfera privada de relação entre constituinte e constituído.

10. Bem estabelecem os §§ 3º e 4º do art. 20, Código de Processo Civil, os critérios a serem observados pelo Judiciário, em sua fixação, aquele impondo um mínimo e um máximo a oscilarem entre 10% e 20%.

11. Na espécie, extrai-se assim acertou o E. Juízo sentenciante, atento aos contornos do caso em espécie ao fixar, sim, honorária em importe consentâneo com a estatura da causa (R\$ 3.000,00 para feito de R\$ 395.056,26 em 06/04).

12. De se pontuar se equivoca a Fazenda Pública apelante, ao afirmar elevada a fixação honorária e em descompasso com o CPC: ora, nada mais fez o E. Juízo sentenciador do que dar cumprimento ao disposto pelo art. 20, "caput", CPC, por ocasião do desfecho da demanda, ao prestar a tutela jurisdicional.

13. Nenhum malferimento se observa ao ordenamento, por meio da fixação honorária recorrida: ao contrário, demonstra o E. Juízo "a quo" plena sintonia com o dogma da legalidade processual, conforme art. 5º, II, CF, e art. 126, CPC.

14. Manutenção da r. sentença, improvendo-se ao apelo a respeito, vez que adequada a honorária arbitrada.

15. Improvimento à apelação interposta e ao reexame necessário.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e ao reexame necessário, nos

termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de agosto de 2006. (data do julgamento)

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

Relator

(Ementa publicada no *DJU* II de 04.10.2006, p. 241).

ISS. EMPRESA DE AGENCIAMENTO DE
MÃO-DE-OBRA. BASE DE CÁLCULO DO
IMPOSTO. COMISSÃO.

RECURSO ESPECIAL Nº 821.279 - PR
(2006/0036154-7)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE CURITIBA

ADVOGADO: ROBERTO DE SOUZA M0SC0-
SO E OUTROS

RECORRIDO: BRITTES SERVIÇOS TEMPORÁ-
RIOS LTDA

ADVOGADO: LUCYANNA JOPPERT LIMA
LOPES

Ementa

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EM-
PRESAS QUE AGENCIAM MÃO-DE-OBRA.

1. Há de se compreender, por ser a realidade fática pausada nos autos, que a empresa agenciadora de mão-de-obra temporária atua como intermediária entre a parte contratante da mão-de-obra e terceiro que irá prestar os serviços.

2. Atuando nessa função de intermediação, é remunerada pela comissão acordada, rendimento específico desse tipo de negócio jurídico.

3. O ISS, no caso, deve incidir, apenas, sobre a comissão recebida pela empresa, por ser esse o preço do serviço prestado.

4. Não há de se considerar, por ausência de previsão legal, para fixação da base de cálculo do ISS, outras parcelas, além da taxa de agenciamento, que a empresa recebe como responsável tributário e para o pagamento dos salários dos trabalhadores. Aplicação do princípio da legalidade tributária.

5. Impossível, em nosso regime tributário, subordinado ao princípio da legalidade, um dos sustentáculos da democracia, ampliar a base de cálculo de qualquer tributo por interpretação jurisprudencial.

6. Recurso especial provido, a fim de que o ISS incida, apenas, sobre o valor fixado para

a taxa de agenciamento, excluídas as demais parcelas.

Acórdão

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

Brasília (DF), 26 de setembro de 2006 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

(Ementa publicada no *DJU* de 09.10.2006, p. 265).

EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 13 DA LEI Nº 8.620/93. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SOMENTE ÀS CONTRIBUIÇÕES ADMINISTRADAS PELO INSS.

PROC. : 2006.03.00.006459-2 AG 258803

ORIG.: 200461820274441 7F VR SÃO PAULO/SP

AGRTE.: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX E SÉRGIO AUGUSTO G. P. SOUZA

AGRDO.: NEWPRINT EMBALAGENS FLEXÍVEIS LTDA E OUTROS

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

RELATOR: DES. FED. MAIRAN MAIA / SEXTA TURMA

Ementa

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL. PESSOA JURÍDICA. CITAÇÃO DE SÓCIO NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. REQUISITOS - LEI 8.620/93 - APLICABILIDADE EM CASO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS ADMINISTRADAS PELO INSS.

1. Contribuinte, no caso, é a pessoa jurídica, sendo está sujeito passivo da obrigação tributária e responsável legal pelo seu adimplemento. Desconsiderada pessoa jurídica, de molde a se poder exigir a responsabilidade dos sócios, dos gerentes ou dos diretores, por substituição, somente se admite, por imperativo legal, quando presentes outros elementos

fáticos que impossibilitem a responsabilidade do titular do débito.

2. O sócio, o diretor, o gerente ou o representante são órgãos de que se vale a pessoa jurídica para a realização do seu objeto social. A atribuição de responsabilidade tributária, por substituição, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato, assim consideradas a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente ou a dissolução irregular da sociedade, desde que seja comprovada a conduta irregular.

3. O ônus da prova incumbe ao Fisco. Não se exige, no entanto, que seja demonstrado *quantum satis* a conduta fraudulenta ou atentatória à lei por parte do sócio, mas que sejam apresentados elementos de convicção de molde a possibilitar o convencimento do magistrado quanto ao alegado, como, por exemplo, a utilização de prova indireta: indícios e presunções. Por seu turno, a dissolução irregular da sociedade igualmente deve ser demonstrada ao juízo em requerimento fundamentado e mediante a apresentação, tanto quanto possível, de documentos comprobatórios. Não basta, pois, em qualquer hipótese, a simples menção ao art. 135, III, do CTN.

4. Não merece guarida a alegação de que o tributo objeto da execução, o qual é destinado ao financiamento da Seguridade Social, ensaja a responsabilidade solidária dos sócios, nos termos do art. 13 da Lei nº 8.620/93. Isto porque, a referida responsabilidade solidária alcança tão-somente as contribuições decorrentes de obrigações previdenciárias que, não obstante sejam destinadas à Seguridade Social, abrangendo a Saúde, a Assistência e a Previdência, têm origem em contribuições cuja capacidade tributária é do Instituto Nacional do Seguro Social, órgão criado com finalidade específica para atuar na seara previdenciária, sobretudo para promover arrecadar, fiscalizar e cobrar contribuições incidentes sobre folha de salários e demais receitas a elas vinculadas, gerir os recursos do Fundo de Previdência e Assistência Social, bem como conceder e manter os benefícios e serviços previdenciários, a teor do disposto no art. 3º do Decreto nº 99.350/90.

5. Agravo de instrumento improvido. Agravo regimental prejudicado.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, DECIDE a Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Senhor Desembargador Federal Relator e na conformidade da minuta de julgamento, que fica fazendo parte integrante deste julgado.

São Paulo, 16 de agosto de 2006. (data do julgamento)

MAIRAN MAIA

Desembargador Federal

Relator

(Ementa publicada no *DJU* II de 09.10.2006, p. 443).

ANUALIDADE DA OAB. SOCIEDADE
DOS ADVOGADOS. LEI Nº 8.906/94.
INEXIGIBILIDADE.

RECURSO ESPECIAL Nº 793.201 - SC
(2005/0173627-6)

RELATORA: MINISTRA DENISE ARRUDA
RECORRENTE: ORDEM DOS ADVOGADOS
DO BRASIL - SECCIONAL DE SANTA CATARINA

ADVOGADO: CYNTHIA DA ROSA MELIM E
OUTROS

RECORRIDO: FARAH GOMES E SILVA ADVOGADOS ASSOCIADOS SOCIEDADE SIMPLES S/C E OUTROS

ADVOGADO: RYCHARDE FARAH E OUTROS

Ementa
PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA À ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). REEXAME DE QUESTÃO DECIDIDA COM BASE EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS (CF/88, ARTS. 149 E 150, I). IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA RECURSAL DO STF (CF/88, ART. 102, III, A). DISSÍDIO PRETORIANO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. INADMISSIBILIDADE. RESOLUÇÃO 8/2000 DO CONSELHO SECCIONAL DE SANTA CATARINA (OAB/SC). INSTITUIÇÃO/COBRANÇA DE ANUIDADE DAS SOCIEDADES CIVIS DE ADVOGADOS. OBRIGAÇÃO NÃO-PREVISTA EM LEI. INEXIGIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 535, II, DO CPC, E 15, 46, E 58, IX, DA

LEI 8.906/94 (ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB). NÃO-OCORRÊNCIA. REGISTRO E INSCRIÇÃO. DISTINÇÃO LEGAL E EFEITOS. DOCTRINA. PRECEDENTES.

1. Não se conhece da suposta violação dos arts. 44, da Lei 8.906/94, e 3º do CTN, tampouco da divergência jurisprudencial argüida nesse ponto, porque a natureza jurídica tributária da anuidade devida à OAB foi definida, essencialmente, com base em fundamentos constitucionais (CF/88, arts. 149 e 150, I), cujo reexame insere-se na competência constitucionalmente outorgada ao STF (CF/88, art. 102, III, a).

2. A falta de similitude fática e jurídica entre os julgados confrontados inviabiliza o conhecimento da divergência jurisprudencial, pois não atende aos requisitos legais (CPC, art. 541, parágrafo único; RISTJ, art. 255).

3. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

4. A questão controvertida consiste em saber se o Conselho Seccional da OAB/SC poderia, à luz da Lei 8.906/94, editar resolução para instituir/majorar a cobrança de anuidade das sociedades civis de advogados.

5. O princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II) consubstancia garantia imanente ao Estado Democrático de Direito, e assegura que somente a lei, editada pelos órgãos legislativos competentes de acordo com o processo legislativo constitucional, pode criar direitos e obrigações.

6. O registro das sociedades civis de advocacia não se confunde com a inscrição de advogados e estagiários. A inscrição qualifica o advogado e o estagiário ao exercício da advocacia (Lei 8.906/94, arts. 3º, 8º e 9º); o registro apenas confere personalidade jurídica às sociedades civis de advogados (Lei 8.906/94, art. 15, § 1º), não lhes atribuindo legitimidade para, por si sós, desempenharem atividades privativas de advogados e estagiários regularmente inscritos (Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, art. 42).

7. A Lei 8.906/94 não prevê a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, mas

tão-somente de seus inscritos (advogados e estagiários). Essa conclusão decorre da interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Advocacia e da OAB, pois quando o legislador fez uso do substantivo *inscrição* ou do adjetivo *inscrito(s)*, referiu-se, sempre, ao(s) sujeito(s) *advogado e/ou estagiário*, e não à sociedade civil (pessoa jurídica).

8. O princípio da autonomia da personalidade jurídica não autoriza a extensão, às sociedades civis, de obrigação (pagamento de anuidade) que a lei impôs somente aos inscritos.

9. A competência privativa dos Conselhos Seccionais da OAB, seja para editar o regimento interno e suas resoluções, seja para fixar e receber contribuições obrigatórias, preços de serviços e multas (Lei 8.906/94, art. 58, I e IX), não é ilimitada nem deve ser interpretada literalmente, porquanto esses órgãos estão subordinados à lei e não possuem poderes legislativos, ou seja, não podem criar normatividade que inove a ordem jurídica.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 3 de outubro de 2006 (Data do Julgamento).

MINISTRA DENISE ARRUDA

Relatora

(Ementa publicada no DJU de 26.10.2006, p. 237).

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. IRPJ. IN SRF N° 38/1997. MÉTODO PRL. VEDAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO BEM IMPORTADO NA PRODUÇÃO DE OUTRO BEM. LEGALIDADE.

Processo n°: 10735.000486/2001-34

Recurso n°: 141.424 - EX OFFICIO e VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ E OUTROS

Recorrentes: 3« TURMA/DRJ-RIO DE JANEI-

RO/RJ I e LUBRIZOL DO BRASIL ADITIVOS LTDA.

Sessão de: 19 de outubro de 2005

Acórdão n°: 103-22125

DILIGÊNCIAS - DESNECESSIDADE - Não há necessidade de novas diligências para a solução das controvérsias, diante da fartura de informações existentes no processo, colhidas em outras diligências da autoridade fiscal, agora as provas periciais conclusivas que foram produzidas em primeira instância, visando ao esclarecimento das dúvidas.

PROVAS PERICIAIS - NECESSIDADE DE PROVAS PERICIAIS - O julgador depende da prova técnica quando a atuada, para fins de estabelecer o limite dedutível do custo de importação de produto químico, adquirido de pessoa ligada e não residente, vale-se de parâmetro fornecido por preço independente de outro produto, que a recorrente alega exercer a mesma função química.

PROVAS - PRESUNÇÕES - As presunções devem lastrear-se na certeza da ocorrência do fato indiciário, sobre o qual se constrói o raciocínio dedutivo que conduz o julgador à realização do fato probando. A incerteza que recai sobre o primeiro desmonta tal dedução, por mera lógica.

VERDADE MATERIAL - PRINCÍPIO INFORMADOR DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Em razão do dever de descobrir o fato real, o ordenamento jurídico conferiu amplos poderes de investigação ao Fisco para a formação de sua livre convicção. Não o fez e nem poderia, sob contradição, concedendo mera facilidade aos agentes fiscais e, sim, ordenando o exame de livros, documentos da contabilidade, declarações e balanços, além da realização das demais diligências necessárias ao esgotamento da atividade probatória, tendo em vista os interesses indisponíveis que a lei quer tutelar.

SUBAVALIAÇÃO DE ESTOQUE - Diante da existência de um sistema de contabilidade de custos integrado e coordenado com o restante da escrituração, descabe o lançamento.

IRPJ - GLOSA DE CUSTOS - PREÇO DE TRANSFERÊNCIA - A Instrução Normativa SRF n° 38, de 1997, é norma complementar, nos termos do inciso I do art. 100 do Código Tributário Nacional, tendo como fundamento de validade o disposto nos artigos 18, 21 e 23 da Lei n° 9.430, de 1996. Nesse sentido, é

válida a vedação ao método conhecido como preço de Revenda menos Lucro - PRL, quando o bem importado de pessoa vinculada houver sido adquirido para emprego, utilização ou aplicação na produção de outro bem.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de juros de mora incidentes sobre débitos tributários não pagos no vencimento, diante da existência de lei que determina a sua adoção, com o respaldo do art. 161, § 1º, do CTN.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - Se o Constituinte concedeu legitimação ao Chefe Supremo do Executivo Federal para a propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, não há amparo à tese de que as instâncias administrativas poderiam determinar o descumprimento de atos com força de lei, sob pena de esvaziar o conteúdo do art. 103, 1, da Constituição da República.

EXIGÊNCIAS REFLEXAS - PIS - COFINS - CSSL - 0 decidido quanto ao IRPJ deve ser

estendido às contribuições do PIS, COFINS e CSSL, considerando que os fatos acolhidos ou rejeitados no julgamento da primeira exigência devem ser tratados de forma semelhante no que se refere à apreciação do recurso relativo àquelas contribuições, de forma a evitar decisões incompatíveis entre si.

Por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de realização de diligência suscitada pelo cons. Relator e, no mérito, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso *ex officio* vencido o cons. Maurício Prado de Almeida (Relator) que o provia, e, pelo voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso voluntário, vencidos os conselheiros Aloysio José Percínio da Silva, Alexandre Barbosa Jaguaribe, Paulo Jacinto do Nascimento e Victor Luis de Salles Freire que davam provimento, designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Flávio Franco Corrêa. O conselheiro Aloysio José Percínio da Silva apresentará declaração de voto.

(Ementa publicada no *DOU* de 09.11.2006, p. 35/36).