

Acórdão - inteiro teor

OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.
EXCESSO DE PRAZO PARA A UNIÃO SE
MANIFESTAR A RESPEITO DO REQUE-
RIMENTO DO CONTRIBUINTE. DIREITO
A OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA
DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGA-
TIVA.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
MINUTA DE JULGAMENTO FLS.
TERCEIRA TURMA
2003.61.00.025037-7 258586 AMS-SP
PAUTA: 03/08/2005JULGADO: 03/08/2005
NUM. PAUTA: 00004
RELATOR: DES. FED. MÁRCIO MORAES
PRESIDENTE DO ÓRGÃO JULGADOR:
DES. FED. CARLOS MUTA
PRESIDENTE DA SESSÃO: DES. FED.
MÁRCIO MORAES
PROCURADOR(A) DA REPÚBLICA: Dr(a).
CARLOS FERNANDO DOS SANTOS LIMA

Autuação

APTE: RECKITT BENCKISER BRASIL
LTDA.
APDO: União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO(S)
ADV: HELENILSON CUNHA PONTES e ou-
tros
ADV: HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR
SERAFIM
SUSTENTAÇÃO ORAL
CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia TERCEIRA TUR-
MA, ao apreciar os autos do processo em
epígrafe, em sessão realizada nesta data,
proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provi-
mento à apelação nos termos do voto do(a)
Relator(a). Votaram os(as) DES. FED. NERY
JUNIOR e JUIZ CONV. SILVA NETO.
Ausente justificadamente o(a) DES. FED.
CECÍLIA MARCONDES.
SILVIA SENCIALES SOBREIRA MACHADO
Secretário(a)
PROC.: 2003.61.00.025037-7 AMS 258586

APTE: RECKITT BENCKISER BRASIL LTDA
ADV: HELENILSON CUNHA PONTES e ou-
tros
APDO: União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADV: HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR
SERAFIM
RELATOR: DES. FED. MÁRCIO MORAES /
TERCEIRA TURMA

Relatório

0 EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBAR-
GADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES:

Cuida-se de mandado de segurança
impetrado para que seja reconhecida
a suspensão da exigibilidade dos cré-
ditos inscritos em dívida ativa sob nº
80.7.97.002633-04 e nº 80.6.97.017682-
16, em discussão judicial nos autos das
execuções fiscais nº 98.0528215-5 e nº
98.0505635-0, respectivamente, possibi-
litando, por conseguinte, a expedição da
certidão positiva de débitos, com efeitos
de negativa, e a não-inclusão da impe-
trante no CADIN.

O MM. Juiz a quo denegou a segurança,
sob o fundamento de que, em uma das
execuções, houve apenas a oposição de
exceção de pré-executividade, recurso que
não tem o condão de suspender a exigi-
bilidade do crédito, não cabendo ao juiz
interpretar de maneira ampliativa os dis-
positivos legais.

Inconformada, a impetrante apela, susten-
tando que a exceção de pré-executividade
oposta em uma das execuções demonstra
que a cobrança é indevida, na medida em
que os supostos créditos teriam sido com-
pensados com os valores pagos a título de
contribuição ao PIS nos termos dos De-
cretos-leis 2.445/88 e 2.449/88. Afirma,
ainda, que tal compensação obedeceu aos
ditames da sentença proferida em proces-
so judicial (no qual era discutida) e que já
transitou em julgado. Aduz, por fim, que o
outro débito indicado está sendo execu-
tado e, nos autos da execução, há penhora

suficiente para suspender a exigibilidade do crédito.

Regularmente processado o recurso, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opina pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

PROC.: 2003.61.00.025037-7 AMS 258586

APTE: RECKITT BENCKISER BRASIL LTDA.

ADV: HELENILSON CUNHA PONTES e outros

APD0: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR SERAFIM

RELATOR: DES. FED. MÁRCIO MORAES / TERCEIRA TURMA

Voto

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES: Inicialmente, saliento que deixo de analisar a matéria referente à não-inclusão da impetrante no CADIN, tendo em vista que a sentença não faz referência a ela e, no que tange especificamente a esse ponto, a impetrante não se manifestou no recurso de apelação.

A impetrante requer neste processo a suspensão da exigibilidade de dois débitos inscritos em dívida ativa e que estão sendo executados judicialmente e a expedição de certidão negativa de débitos com efeitos de positiva. (Em sede de apelação ratificou apenas o segundo pedido.)

Em uma das execuções fiscais, o contribuinte ofereceu a penhora de bens como garantia. Noutra, apresentou apenas exceção de pré-executividade, alegando que a cobrança é indevida.

Ambas as hipóteses não dão causa à suspensão da exigibilidade dos créditos, uma vez que não estão previstas dentre o rol taxativo do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A expedição de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, porém, não decorre necessariamente da suspensão da exigibilidade dos créditos, mas também da efetivação de penhora em autos de execução fiscal.

É o que regra o art. 206 do Código Tributário Nacional, quando afirma que a certidão será positiva, com efeitos de negativa, quando, ainda que existentes débitos, estes estiverem com a exigibilidade suspensa ou em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora.

Para a certidão prevista no art. 206, o Código Tributário Nacional garante os mesmos efeitos da certidão negativa de débitos.

No presente caso, como referido, há penhora nos autos da execução fiscal em curso nº 98.0505635-O. Essa situação não impediria, portanto, a expedição da certidão, nos termos do art. 206 do Código Tributário Nacional.

O débito tributário objeto da execução de nº 98.0528215-5, todavia, não foi garantido por penhora, tendo o contribuinte apenas oposto exceção de pré-executividade. E essa situação é que deve ser discutida.

Embora a exceção de pré-executividade não seja causa de suspensão da exigibilidade do crédito nem permissivo para a expedição da certidão nos termos do art. 206 do CTN, devemos observar que, no caso concreto, parece que houve equívoco da Administração quando exigiu do administrado o pagamento do débito em questão, tendo em vista que, conforme documentação trazida aos autos, os valores discutidos na execução foram compensados com outros, em decorrência de permissão do Poder Judiciário, que proferiu decisão nesse sentido já transitada em julgado.

A seu favor, a parte juntou uma decisão judicial que possibilita a compensação dos valores recolhidos a título de contribuição ao PIS com base nos Decretos-lei 2.445/88 e 2.449/88. Confira-se, nesse particular, o pedido do contribuinte de fls. 141 e o acórdão proferido por este Tribunal, juntado à fl. 143.

A compensação que foi deferida por meio de decisão judicial já transitada em julgado (fls. 161) diz respeito ao período no qual foi observada a legislação citada,

judgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e cuja exigibilidade foi suspensa a partir de outubro de 1995, por decisão do Senado Federal que expediu a Resolução 49.

Os valores executados, como se denota do título trazido às fls. 74/78, são relativos a contribuições ao PIS não-quitadas nos meses de agosto a dezembro de 1995, com as quais a impetrante compensou os indébitos tributários do período de junho de 1990 a junho de 1995 (objeto daquela ação).

Nesse mesmo sentido, permitindo a expedição da CND nos casos de compensação realizada pelo contribuinte, pendente de homologação, e relativa a tributos declarados inconstitucionais, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, senão vejamos:

“TRIBUTÁRIO - CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO - TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - COMPENSAÇÃO REALIZADA COM VALORES DO PIS DECLARADO INCONSTITUCIONAL - ILEGALIDADE DA RECUSA - PRECEDENTES.

- Consoante reiterada jurisprudência desta eg. Corte, é ilegal a recusa ao fornecimento da CND se fundada na existência de débito objeto de compensação com exação declarada constitucional, quando não houve o prévio procedimento administrativo de homologação.

- Recurso especial conhecido e provido.”

(STJ, RESP 354154, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, publicado no DJ de 27.09.2004, p. 296).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. INDÉBITO SURGIDO COM A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. RECUSA. ILEGITIMIDADE.

1. Impede o conhecimento do recurso especial a falta de prequestionamento da questão federal não sanada oportunamente pela oposição de embargos de declaração. (Súmulas 282 e 356/STF).

2. A Primeira Seção consolidou posicionamento no sentido de que, se o crédito compensado refere-se à contribuição que teve sua exigência reconhecida como inconstitucional pelo STF, como é o caso do Finsocial, é ilegítima a recusa do Fisco em expedir a Certidão Negativa de Débito. Somente após a verificação de que foi incorreta ou indevida a compensação, e a constituição definitiva do crédito tributário, mediante o lançamento, poderá a Administração recusar-se a fornecer a certidão requerida.

3. Agravo regimental desprovido.”

(STJ, AgRg no RESP 487816, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, publicado no DJ de 13.10.2003, p. 236)

Há nos autos, ainda, um auto de infração anulado pela própria Administração, que entendeu ter sido lavrado em afronta às decisões judiciais obtidas pelo contribuinte-apelante. O auto de infração invalidado se referia aos períodos objeto da execução fiscal ora tratada, além de outros posteriores.

Na decisão administrativa, o Segundo Conselho de Contribuintes reconheceu que “não pode a autoridade fiscal lavrar Auto de Infração por discordar de decisão judicial, sob pena de se inverter (ou subverter) a ordem das coisas” (fls. 169).

O impedimento à expedição das certidões negativas deve ficar restrito aos casos em que houver, evidentemente, a pendência de débitos não quitados, sob pena de impedimento à livre atividade das sociedades empresárias. Do contrário, deve imperar a certificação de uma situação, ainda que transitória, que garanta ao contribuinte o exercício de suas atividades empresariais livremente.

Saliente-se que os administrados são protegidos pelo princípio da eficiência a que deve obediência a Administração Pública. A exceção de pré-executividade foi oposta nos autos da execução fiscal em julho de 2002 (fls. 96), tendo o Juízo determinado a manifestação da exequente no prazo de vinte dias; mas somente em

novembro do mesmo ano é que a União Federal veio aos autos para pedir a prorrogação do prazo por mais 90 (noventa) dias (fls. 172). Note-se pelo despacho anexado às fls. 178 que ao fim do mês de março não havia ainda manifestação da exequente e que, em maio de 2003, a União Federal pediu a suspensão do processo por cento de oitenta dias (fls. 188). Não é razoável que o contribuinte, tendo tomado as providências cabíveis no processo judicial em andamento, aguarde indefinidamente manifestação da União a respeito do seu débito.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, assegurando-se a expedição da certidão positiva de débitos, com efeitos de negativa, se não existirem outros débitos em nome do contribuinte além dos noticiados nestes autos.

É como voto.

PROC.: 2003.61.00.025037-7 AMS 258586

APTE: RECKITT BENCKISER BRASIL

LTDA

ADV: HELENILSON CUNHA PONTES e outros

APD0: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR SERAFIM

RELATOR: DES. FED. MÁRCIO MORAES / TERCEIRA TURMA

Ementa

TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE CND. ARTIGO 206 DO CTN. EXECUÇÕES FISCAIS EM CURSO. OFERECIMENTO DE PENHORA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Tanto o oferecimento de penhora quanto a oposição de exceção de pré-executividade não dão causa à suspensão dos débitos executados.

2. A penhora nos autos da execução fiscal possibilita a expedição da certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos do art. 206 do CTN.

3. Embora a exceção de pré-executividade não seja causa de suspensão da exigibi-

lidade do crédito nem permissivo para a expedição da certidão nos termos do art. 206 do CTN, a compensação de débito com exação recolhida nos termos de norma declarada inconstitucional não obsta o fornecimento de CND.

4. O impedimento à expedição das certidões deve ficar restrito aos casos em que houver, evidentemente, a pendência de débitos não quitados. Do contrário, deve imperar a certificação de uma situação que, apesar de transitória, garanta ao contribuinte o exercício de suas atividades empresariais livremente.

5. A Administração Pública tem o dever de observar em seus atos o princípio da eficiência, analisando com rapidez a situação fiscal dos contribuintes que, do contrário, ficarão impedidos de exercerem livremente suas atividades.

6. Apelação provida.

Acórdão

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

São Paulo, 3 de agosto de 2005.

MÁRCIO MORAES

Desembargador Federal Relator

(Ementa publicada no DJU II de

17/08/3005, p. 261).

TRIBUTÁRIO - CPMF - INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES FEITAS MEDIANTE ENDOSSO - LEI 9.311/96 E CIRCULAR BACEN 3001/2000.

RECURSO ESPECIAL Nº 538.705 - PR (2003/086582-0)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON RECORRENTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL

PROCURADOR: FRANCISCO SIQUEIRA E OUTROS

RECORRIDO: GIAC0B0 E COMPANHIA LTDA.

ADVOGADO: PAULO MORELI E OUTROS
INTERES.: FAZENDA NACIONAL

Ementa

TRIBUTÁRIO - CPMF - INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES FEITAS MEDIANTE ENDOSSO - LEI 9.311/96 E CIRCULAR BACEN 3001/2000.

1. A Lei 9.311/96, após indicar o fato gerador do CPMF no art. 2º, estabelece em *numerus clausus* as hipóteses de não-incidência.

2. A operação de pagamento, em cheque nominal, para utilização posterior pelo portador, mediante endosso, quando realizada via instituição bancária, está sujeita ao pagamento do CPMF.

3. Exata interpretação do art. 3º da Circular/BACEN 3001/2000, que não se atrita com o art. 17 da Lei 9.311/96.

4. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora." Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 1º de setembro de 2005 (Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 538.705 - PR (2003/0086582-0)

RECURSO ESPECIAL Nº 538.705 - PR (2003/0086582-0)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL

PROCURADOR: FRANCISCO SIQUEIRA E OUTROS

RECORRIDO: GIAC0B0 E COMPANHIA LTDA.

ADVOGADO: PAULO MORELI E OUTROS
INTERES.: FAZENDA NACIONAL

Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relator): Trata-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CIRCULAR BACEN 3001/2000. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO DE CHEQUES NOMINAIS EM CONTA-CORRENTE DO BENEFICIÁRIO. ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE UM ÚNICO ENDOSSO PREVISTO NA LEI 9.311/96.

1. Prevendo a Lei 9.311/96 a possibilidade de um único endosso nos cheques nominais, pelo beneficiário, não poderia ter a Circular 3001/2000, do Banco Central do Brasil estabelecido a exigência de depósito dos cheques nas contas dos beneficiários originais. Ilegalidade do normativo, que inviabilizou o endosso, previsto em lei.

2. Apelações e remessa oficial desprovidas.

(fl.137)

Opostos embargos de declaração, restaram assim decididos:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO OU OBSCURIDADE NÃO VERIFICADAS.

1. O acórdão vergastado apreciou detidamente a questão posta em julgamento, contemplando todos os fatos e fundamentos da controvérsia, pertinentes e necessários à formação do convencimento. Portanto, havendo manifestação expressa a respeito da matéria em exame, não prospera a oposição de embargos visando à modificação do julgado, sob alegação de omissão ou obscuridade.

2. Ausentes as irregularidades previstas nos incisos I e II do artigo 535 do CPC no acórdão vergastado, restam desprovidos os embargos.

(fl. 147)

Alega o BANCO CENTRAL DO BRASIL negativa de vigência dos arts. 2º, I, III e IV, e 17,1, da Lei 9.311/96, sustentando que a Circular/BACEN 3001/2000 não criou uma nova hipótese de incidência para o CPMF, mas apenas modificou a maneira de formalização destas operações.

Aduz, ainda, que qualquer transmissão de valores, seja em dinheiro ou cheque, com intervenção da instituição financeira, está sujeita à incidência da CPMF.

Interpretando o art. 17 da Lei 9.311/96, afirma a impossibilidade de uma operação financeira envolver cheque endossado, pela primeira vez, sem a incidência da CPMF.

Com contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

Relatei.

RECURSO ESPECIAL Nº 538.705 - PR (2003/0086582-0)

RECURSO ESPECIAL Nº 538.705 - PR (2003/0086582-0)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL

PROCURADOR: FRANCISCO SIQUEIRA E OUTROS

RECORRIDO: GIAC0B0 E COMPANHIA LTDA.

ADVOGADO: PAULO MORELI E OUTROS
INTERES.: FAZENDA NACIONAL

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relator): - Prequestionados os dispositivos tidos por violados, enfrente o mérito do especial.

Busca-se saber, no presente caso, se o art. 3º da Circular/BACEN 2.535/1995, alterada pelo art. 1º da Circular/BACEN 3001/2000, desbordou do comando contido no art. 17, I, da Lei 9.311/96, que instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF.

Em termos práticos, temos de responder à seguinte indagação: os cheques recebidos de clientes podem ser endossados pelos comerciantes para pagar diretamente a seus fornecedores? A resposta é afirmativa, naturalmente, fazendo-se uma operação direta entre particulares, de modo a não entrar na conta do comerciante a ordem de pagamento que lhe foi dirigida, visto que entregue, com endosso a seu credor, o fornecedor.

Entretanto, na hipótese dos autos, dois aspectos diferem do exemplo; é que a operação de entrega da ordem de pagamento endossada se faz via estabelecimento bancário, registrando-se aí duas operações: primeira, a saída do cheque da conta do cliente para, ficticiamente, a conta do comerciante que endossou o cheque; segunda, a saída fictícia da conta do comerciante para a conta do seu fornecedor.

O legislador, ao instituir a CPMF nos termos da Lei 9.311/96, explicitou no art. 2º o fato gerador da contribuição, deixando claro no seu inciso VI:

VI - qualquer outra movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira que, por sua finalidade, reunindo características que permitam presumir a existência de sistema organizado para efetivá-la, produza os mesmos efeitos previstos nos incisos anteriores, independentemente da pessoa que a efetue, da denominação que possa ter e da forma jurídica ou dos instrumentos utilizados para realizá-la.

Depois de estabelecer quais as hipóteses geradoras da exação, ficou explicitado no artigo seguinte as hipóteses de não-incidência, entendendo doutrina e jurisprudência que a norma não é meramente enunciativa, mas fechada em *numerus clausus*, de tal forma que fora das hipóteses enumeradas há, de forma absoluta, a incidência da contribuição de que se cuida.

Dentro desse raciocínio, vejamos os dispositivos legais questionados neste recurso. O artigo 17 da Lei 9.311/96 é expresso quando só permite um endosso, estando assim redigido:

Art. 17. Durante o período de tempo previsto no art. 20:

I - somente é permitido um único endosso nos cheques pagáveis no País;

Verifica-se, pelo texto transcrito, que não se falou de incidência ou não da CPMF e sim da possibilidade de, por via bancária, tramitarem ordens de pagamento com um só endosso. A determinação é compreen-

sível, na medida em que se tem ciência de que a CPMF tem definidos propósitos extrafiscais, entre eles, o de combater a evasão fiscal.

A Circular BACEN 2535/1995, alterada pela Circular 3002/2000, no papel de detalhamento da regra formal estabelecida em lei, explicitou o *iter* das operações com endosso, deixando claro que só o primeiro seria considerado como tal, pois do segundo em diante tudo se passava como sendo uma operação de depósito e saque posterior, incidindo então a CPMF. Daí a redação dada ao art. 3º da norma:

Art. 3º Devem ser registrados em conta de depósitos à vista do beneficiário os valores correspondentes às seguintes operações:

I - cobrança de créditos de qualquer natureza, direitos ou valores, representados ou não por títulos, inclusive cheques;

II - recebimento de camês, contas ou faturas de concessionárias de serviços públicos e prestações de consórcios, bem como quaisquer outros valores, não abrangidos no inciso anterior;

III - coleta de numerário, inclusive cheques, realizada por meio de serviço especializado mantido ou contratado pela instituição financeira ou pelo próprio interessado;

IV - lançamentos interdependências e outros assemelhados.

Parágrafo 1º O registro contábil das operações de que trata este artigo deve ser efetuado na conta de depósitos à vista do credor dos valores cobrados, arrecadados ou colocados à sua disposição.

Parágrafo 2º Em se tratando de beneficiário não titular de conta de depósitos à vista na instituição, os recursos por essa recebidos na forma do “caput” devem ser transferidos para instituição onde o beneficiário mantenha conta de depósitos à vista, à qual também se aplicam as disposições deste artigo.

Parágrafo 3º Fica dispensada a realização de depósitos nos termos deste artigo quando a instituição estiver atuando na prestação de serviços de administração

de recursos destinados à aplicação e ao resgate de investimentos por conta e ordem de seus clientes, hipótese em que os recursos poderão ser registrados em conta de depósitos à vista de titularidade da instituição, vinculadas a contas-correntes não movimentáveis por cheque abertas em nome dos respectivos clientes, cuja movimentação deve observar as condições estabelecidas na legislação e na regulamentação aplicáveis.

O BANCO CENTRAL argumenta que não há dispensa de registro contábil e de recolhimento da contribuição nessa operação de endosso, na hipótese do artigo 17,1, da Lei 9.311/96, porque qualquer transmissão de valores, em dinheiro ou cheque, com a intervenção da instituição financeira está sujeita à incidência da CPMF, conforme consta do inciso III, art. 2º, daquele estatuto legal.

A razão está com o BANCO CENTRAL, como se pode perceber dentro do raciocínio acima exposto.

Lembro, por oportuno, que esta Corte ostenta um único precedente, da Primeira Turma, no REsp 574.438/RS, julgado em abril deste ano, no qual manifestou-se a Corte julgadora pela incidência da contribuição, ficando assim ementado o julgado:

TRIBUTÁRIO. CPMF. INCIDÊNCIA SOBRE AS OPERAÇÕES DE LIQUIDAÇÃO OU DE PAGAMENTO, POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, DE QUAISQUER CRÉDITOS, DIREITOS OU VALORES, POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS. LEI 9.311/96, ART. 3º, III. CIRCULAR BACEN 3001/2000, ART. 3º. LEGALIDADE. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS.

No julgamento, ficou vencido o relator, Ministro Luiz Fux, o qual pugnava pela tese da não-incidência, mas foi vencido após os votos-vista dos Ministros Teori Zavascki e José Delgado, que foram acompanhados pelos Ministros Francisco Falcão e Denise Arruda.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para reformar o acórdão e

julgar improcedente a ação, condenando o vencido a arcar com as custas e honorários de advogado que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizado.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2003/0086582-0

REsp 538705 / PR

Número Origem: 200070050061280

PAUTA: 01/09/2005

JULGADO: 01/09/2005

Relatora

Exma. Sra. Ministra ELIANA CALMON

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DULCINÉIA MOREIRA DE BARROS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL

PROCURADOR: FRANCISCO SIQUEIRA E OUTROS

RECORRIDO: GIACOB0 E COMPANHIA LTDA.

ADVOGADO: PAULO MORELI E OUTROS

INTERES.: FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: Administrativo - Ato - Resolução - BACEN

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.”

Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 01 de setembro de 2005

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária

(Ementa publicada no DJU de 10/10/3005, p. 285).

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE FATURAMENTO. SUBSTITUIÇÃO POR CARTA DE FIANÇA. POSSIBILIDADE.

RECURSO ESPECIAL Nº 660.288 - RJ (2004/0111233-0)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE: TEXACO BRASIL S/A PRODUTOS DE PETRÓLEO

ADVOGADO: JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTROS

RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADORA: MARÍLIA MONZILLO DE ALMEIDA AZEVEDO E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE FATURAMENTO - EXCEPCIONALIDADE - SUBSTITUIÇÃO POR FIANÇA BANCÁRIA - CABIMENTO.

1. O art. 15, I, da Lei 6.830/80 confere à fiança bancária o mesmo *status* do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal.

2. A penhora sobre o faturamento da empresa somente é admissível em hipóteses excepcionais, quando não há outros meios para garantia da dívida, em razão do que dispõe o art. 620 do CPC, pelo qual a execução deve se dar da forma menos gravosa para o devedor. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.” Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a) MARÍLIA MONZILLO DE ALMEIDA AZEVEDO, pela parte: RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Brasília-DF, 13 de setembro de 2005 (Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 660.288 - RJ
(2004/0111233-0)

RECORRENTE: TEXACO BRASIL S/A PRODUTOS DE PETRÓLEO

ADVOGADO: JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTROS

RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADORA: MARÍLIA MONZILLO DE ALMEIDA AZEVEDO E OUTROS

Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Trata-se de acórdão proferido em agravo de instrumento, impugnando decisão do juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Rio de Janeiro, prolatada na Execução Fiscal 94.019.137-2, que indeferiu pedido de substituição da penhora incidente sobre o faturamento da empresa, no percentual de 30% (trinta por cento), por fiança bancária. Eis o teor da ementa:

Execução Fiscal. Depósito em dinheiro que não deve ser substituído ainda que por Fiança Bancária. Correta e Adequada execução do art. 15, I, da Lei 6830/80. Recurso improvido. (fl. 44)

Segundo o Tribunal, a matéria já fora apreciada no Agravo de Instrumento 5.163/99, com o indeferimento de idêntica postulação. Ponderou, entretanto, que, se considerada a ocorrência de fatos novos capazes de tornar útil o recurso em julgamento, era de reconhecer-se a superioridade da penhora sobre o faturamento, em detrimento da fiança bancária, tendo a primeira maior liquidez. Daí a conclusão no sentido de manter a decisão do juízo de primeiro grau. Formulou o relator em seu voto, que a única hipótese de ser rechaçada a penhora sobre o fa-

turamento era o sucesso da AGRAVANTE no julgamento do Recurso Extraordinário oriundo do agravo de instrumento antecedente, com postulação idêntica à do presente recurso.

Rejeitados os embargos de declaração opostos pela empresa (fls. 51/52), foi interposto recurso especial, com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, alegando-se, preliminarmente, violação dos arts. 458, II e III, e 535, II, do CPC, uma vez que o Tribunal *a quo* não teria sanado as omissões levantadas nos declaratórios.

No mérito, aponta a recorrente contrariedade aos arts. 620 do CPC e 15, I, da Lei 6.830/80, sustentando, em síntese, a possibilidade da substituição da penhora sobre receita por fiança bancária, aduzindo, outrossim, que o AI 5.163/99 e o recurso extraordinário mencionados no acórdão recorrido não tratam de matéria idêntica a dos presentes autos.

Após as contra-razões, foi inadmitido o recurso especial (fls. 93/94).

Dei provimento ao agravo de instrumento interposto pela empresa, determinando a subida do recurso especial (fl. 121).

Atendendo a requerimento da agravante, determinei a convalidação do agravo de instrumento no presente recurso especial (fl. 134).

Relatei.

RECURSO ESPECIAL Nº 660.288 - RJ
(2004/0111233-0)

RECURSO ESPECIAL Nº 660.288 - RJ
(2004/0111233-0)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE: TEXACO BRASIL S/A PRODUTOS DE PETRÓLEO

ADVOGADO: JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTROS

RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADORA: MARÍLIA MONZILLO DE ALMEIDA AZEVEDO E OUTROS

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): - Primeiramente,

da análise dos autos, verifica-se que o Tribunal *a quo* bem fundamentou seu entendimento, rejeitando, ainda que implicitamente, a tese defendida pelo ora recorrente, não havendo de se falar em deficiência na jurisdição prestada. Não restou, pois, configurada qualquer violação dos arts. 458 e 535 do CPC.

Prosseguindo no julgamento, verifico que, conquanto tenha o Tribunal *a quo* consignado que no Agravo de Instrumento 5163/93 foi indeferida idêntica postulação, admitiu-se a ocorrência de fatos novos, de modo que a única fundamentação para o indeferimento da substituição de penhora da receita da empresa por fiança bancária foi a ausência de idêntica liquidez do título.

Contudo, o art. 15,1, da Lei 6.830/80 confere à fiança bancária o mesmo *status* do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal, não se podendo ignorar a efetiva segurança que tem o credor por meio da fiança.

Assim, em consonância com o que estipula o art. 620 do CPC, pela qual a execução deve se dar da forma menos gravosa para o devedor, merece ser acolhida a pretensão recursal, uma vez que a penhora sobre a receita da empresa somente deve ser feita quando não haja outra maneira de garantia da execução, uma vez que interfere diretamente no funcionamento da empresa executada.

A penhora sobre o faturamento da empresa somente deve ser feita em hipótese excepcional, consoante já definido pela Primeira Seção desta Corte:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - FATURAMENTO - MEDIDA EXCEPCIONAL.

É firme a orientação deste Sodalício, esposada em inúmeros julgados desta Corte, no sentido de que a penhora sobre o faturamento da empresa somente poderá ocorrer em hipóteses excepcionais. Dessa forma, a

penhora sobre o faturamento bruto mensal da empresa executada somente pode ocorrer em último caso, ou seja, após tentativas frustradas de penhora sobre outros bens arrolados no art. 11 da Lei de Execução Fiscal.

Na hipótese dos autos, o v. acórdão embargado determinou a penhora sobre o faturamento da embargada ao fundamento de que “os bens oferecidos são insuficientes para garantia do Juízo e de difícil alienação, donde possível a penhora sobre renda de empresa, observados os critérios do art. 678, parágrafo único, CPC” (fl. 114).

Embargos de divergência acolhidos, para determinar a penhora sobre 5% sobre o faturamento mensal da embargada, desde que cumpridas as determinações dos artigos 677 a 679 do Código de Processo Civil.

(EAg 459.940/RJ, Rei. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção, julgado em 09.06.2004, DJ 11.10.2004 p. 220)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - FATURAMENTO - MEDIDA EXCEPCIONAL.

É firme a orientação deste Sodalício, esposada em inúmeros julgados desta Corte, no sentido de que a penhora sobre o faturamento da empresa somente poderá ocorrer em hipóteses excepcionais.

Verifica-se que o v. acórdão embargado, nessa linha de entendimento, ratificou o decisum da Corte de origem sob o fundamento de que “não fica vedada a penhora questionada, em percentual adequado ao valor da dívida objeto da execução, com a observância das cautelas legais (arts. 677 e 678, CPC), apenas afastando a possibilidade de constrição abrupta e direta”.

Dessa linha de pensar não destoa a orientação esposada no v. aresto paradigma no sentido de que a penhora sobre o faturamento bruto mensal da empresa executada somente pode ocorrer em último caso, ou seja, após tentativas frustradas de penhora sobre outros bens arrolados no art. 11 da Lei de Execução Fiscal.

Sustenta a embargante, diversamente, que “ficou evidente que não houve o esgotamento das possibilidades de penhora elencadas na lei de execuções fiscais”. Essa alegação, data venia, contraria a seguinte assertiva do acórdão da Corte de origem: “devedor que busca dificultar o ato de penhora”. Ademais, tal circunstância já não poderia ser objeto de exame em embargos de divergência, cujo escopo é uniformizar eventual dissídio entre as Turmas que compõem a egrégia Primeira Seção e não dar efeitos infringentes ao acórdão embargado.

Embargos de divergência não conhecidos. (EREsp 267.449/SP, Rei. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção, julgado em 28.05.2003, DJ 25.08.2003 p. 258)

Ainda sobre o tema, confira-se o seguinte precedente em que se admitiu a substituição da penhora sobre o faturamento por fiança bancária:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. SUBSTITUIÇÃO IDÔNEA. ART. 620, DO CPC.

- A penhora sobre o faturamento da empresa somente deverá ocorrer em hipóteses excepcionais, quando não existir substituição idônea, em atenção ao princípio insculpido no artigo 620, do CPC, pelo qual a execução deve ser feita do modo menos gravoso para o executado.

- Na hipótese em comento, tendo o executado oferecido à penhora carta de fiança, não tem cabimento a constrição incidir sobre o faturamento da empresa.

- Verificada a conjugação dos pressupostos básicos para a concessão da cautela.

- Medida Cautelar precedente.

(MC 2.775/RJ, Rei. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 02.05.2002, DJ 16.09.2002 p. 137)

Com essas considerações, dou provimento ao recurso.

E o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2004/0111233-0

REsp 660288 / RJ

Números Origem: 200302051184 993302

PAUTA: 13/09/2005

JULGADO: 13/09/2005

Relatora

Exma. Sra. Ministra ELIANA CALMON

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: TEXACO BRASIL S/A PRODUTOS DE PETRÓLEO

ADVOGADO: JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTROS

RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADORA: MARÍLIA MONZILLO DE ALMEIDA AZEVEDO E OUTROS

ASSUNTO: Execução Fiscal - Penhora SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a) MARÍLIA MONZILLO DE ALMEIDA AZEVEDO, pela parte: RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.”

Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 13 de setembro de 2005

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária

(Ementa publicada no DJU de 10/10/2005, p. 311).

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIO. ICMS. EXCLUSÃO DO PIS E COFINS DE SUA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.

RECURSO ESPECIAL Nº 601.741 - CE (2003/0191554-6)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO
RECORRENTE: EMPRESA COMERCIAL E INDUSTRIAL DE PRODUTOS VEGETAIS LTDA.

ADVOGADO: ERICK MACEDO E OUTRO

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: GUSTAVO CÉSAR DE FIGUEIREDO PORTO E OUTROS

Ementa

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.

1. A natureza jurídica da substituição tributária é uma técnica de arrecadação. Nessa modalidade, em que o Fisco e o contribuinte mantêm a relação jurídica, o contribuinte do ICMS faz seu lançamento por homologação e recolhe diretamente o tributo.

2. Na substituição tributária, o terceiro chama a ponta da relação jurídica, assume o posicionamento da atividade estatal e passa a arrecadar o tributo por determinação legal, ou seja, no momento em que o recolhe assume a responsabilidade de responder ao tributo de acordo com o princípio da legalidade. É bem verdade que agora o recolhe em nome do substituído, por isso é chamado de substituto. Ele não é contribuinte vinculado ao fato gerador direto, é contribuinte vinculado ao fato gerador de modo indireto, porque, embora o fato gerador do tributo seja decorrente de uma relação negociai, entre ele e seu verdadeiro contribuinte, passa a ser responsável pelo recolhimento.

3. Todas as vezes em que o Fisco começa a exigir do substituto recolhimento fora das regras fixadas pelo princípio da legalidade, o substituto pode insurgir-se em juízo, pois é parte legítima para discutir tal exigência; se não cumprir a exigência, passa a ser o responsável direto pelo não-cumprimento.

4. Não há como considerar o ICMS retido e recolhido no regime de substituição tributária como receita bruta de vendas ou faturamento, daí decorrendo que a incidência de PIS e Cofins sobre tal valor é absolutamente ilegal, já que se faz sobre base não prevista no texto da Constituição nem das leis que regem a matéria. O ICMS não compõe a receita da contribuinte substituída, uma vez que não se refere às suas próprias vendas, tampouco constitui receita independente da forma como seja contabilizada.

5. Quando o contribuinte vende a mercadoria, está embutido o ICMS, imposto indireto que foi por ele pago. Sua receita bruta é o total do preço da venda e do ICMS pago, pois já está incluído no preço da mercadoria. No caso da substituição tributária, quando efetua a venda, o substituto tributário recolhe o ICMS antecipadamente, e, já com o ICMS que será pago pelo vendedor, porque o Fisco fixa uma espécie de pauta sobre o valor a incidir, presume-se que a venda será efetuada, e nesta presunção já está incluído o ICMS, que, conseqüentemente, será colocado pelo vendedor, pelo substituído.

6. Para fins de determinação da base de cálculo da Cofins, o contribuinte substituído do ICMS pode excluir da receita bruta de vendas o valor do ICMS - substituição tributária paga na aquisição das mercadorias - trigo e seus derivados - desde que o referido valor possa ser devidamente comprovado pelo contribuinte substituído. A exclusão do valor do ICMS incidente no regime de substituição tributária, da base de cálculo da Cofins, é prevista somente para o contribuinte substituído do referido imposto (art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98).

7. Recurso parcialmente provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr.

Ministro Francisco Falcão, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão (voto-vista), Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 601.741 - CE (2003/0191554-6)

Relatório

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): Cuida-se de recurso especial interposto pela EMPRESA COMERCIAL E INDUSTRIAL DE PRODUTOS VEGETAIS LTDA., com fulcro no art. 105, III, “a”, da Carta Magna, contra acórdão assim ementado (fl. 95):

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. LEGALIDADE.

1. A base de cálculo do PIS e da COFINS são todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica de direito privado, não possuindo qualquer relevância, em termos jurídicos, a parcela que vai ser destinada ao pagamento de tributos, dentre os quais o ICMS.

2. O STJ, através das Súmulas 68 e 94, já se posicionou no sentido de ser perfeitamente legal a inclusão das parcelas relativas ao ICMS na base de cálculo do PIS.

3. Apelação improvida.”

Dessa decisão, ofertaram-se embargos de declaração, os quais restaram rejeitados, com a seguinte ementa (fl. 113):

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E OBSCURIDADE. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.

- Reconhecida a obscuridade apontada, há de se esclarecer que o ICMS a que se refere o v. acórdão embargado, é o ICMS que no regime de substituição tributária, nos termos do Decreto do Estado do Ceará

nº 24.464/97, foi desvinculado da operação de venda, para integrar as operações de importação, das empresas importadoras de trigo.

- Embargos conhecidos, mas improvidos.” Sustenta-se, nas razões do recurso, ofensa aos arts. 3º, “b”, da LC nº 07/70, 2º, *caput*, da LC nº 70/91, 2º e 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.715/98, 2º e 3º, §§ 1º e 2º, I, da Lei nº 9.718/98, os quais definem como base de cálculo do PIS e da COFINS o faturamento ou a receita bruta da pessoa jurídica e permitem a exclusão do ICMS substituído da base de cálculo destas contribuições sociais, diferentemente do entendimento esposado pelo acórdão recorrido.

Examinando o apelo extremo, proferi, inicialmente, decisão negando seguimento ao recurso, cuja ementa registrou:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULAS NºS 68 E 94, DO STJ.

1. Pacífico o entendimento nesta Corte de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL (e, consequentemente, da COFINS, tributo da mesma espécie) e também do PIS. Súmulas nºs 68 e 94/STJ, respectivamente: “a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS” e “a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.”

2. Recurso a que se nega seguimento.”

Da decisão acima transcrita, a recorrente opôs agravo regimental, aduzindo, em síntese, que:

a) a decisão do TRF, cuja ementa se transcreveu, continha erro evidente porque a matéria não diz respeito ao ICMS normal, de competência do próprio contribuinte, mas ao ICMS recolhido na condição de substituto tributário;

b) por tal razão, a agravante interpôs embargos de declaração para que fosse esclarecido que o montante que se pretende excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS não é o ICMS devido pela própria empresa, mas aquele pago por substituição tributária, tendo a Corte regional reconhecido a imprecisão do acórdão, afirmando

que “há de se esclarecer que o ICMS a que se refere o v. acórdão embargado, é o ICMS que no regime de substituição tributária, nos termos do Decreto do Estado do Ceará n° 23.464/97, foi desvinculado da operação de venda, para integrar as operações de importação, das empresas importadoras de trigo”;

c) se a decisão *a quo* tratasse de ICMS normal estaria correta porque o próprio STJ já decidiu que essa parcela do imposto estadual deve integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS (Súmulas 68 e 94);

d) tratando-se, todavia, de ICMS por substituição tributária, como de fato o é, essa parcela não deve integrar a base de cálculo daqueles tributos, por expressa disposição legal (art. 3º, § 2º, I, da Lei n° 9.718/98).

Em face dos aspectos apresentados, dei provimento ao agravo regimental, assim me pronunciando:

“De fato, o recurso especial não foi apreciado em todos os seus aspectos reclamados, aplicando as Súmulas n°s 68 e 94, do STJ, de maneira ampla, sem analisar o caso concreto com mais afinco. Há que se impor um melhor exame ao apelo, o qual deverá ser efetivado por meio do colegiado da Primeira Turma.

Assim, dou provimento ao agravo regimental e revogo a decisão de fls. 186/188, tomando-a sem efeito.”

E o relatório.

RECURSO ESPECIAL N° 601.741 - CE (2003/0191554-6)

Ementa

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.

1. A natureza jurídica da substituição tributária é uma técnica de arrecadação. Nessa modalidade, em que o Fisco e o contribuinte mantêm a relação jurídica, o contribuinte do ICMS faz seu lançamento por homologação e recolhe diretamente o tributo.

2. Na substituição tributária, o terceiro chama a ponta da relação jurídica, assu-

me o posicionamento da atividade estatal e passa a arrecadar o tributo por determinação legal, ou seja, no momento em que o recolhe assume a responsabilidade de responder ao tributo de acordo com o princípio da legalidade. É bem verdade que agora o recolhe em nome do substituído, por isso é chamado de substituto. Ele não é contribuinte vinculado ao fato gerador direto, é contribuinte vinculado ao fato gerador de modo indireto, porque, embora o fato gerador do tributo seja decorrente de uma relação negociai, entre ele e seu verdadeiro contribuinte, passa a ser responsável pelo recolhimento.

3. Todas as vezes em que o Fisco começa a exigir do substituto recolhimento fora das regras fixadas pelo princípio da legalidade, o substituto pode insurgir-se em juízo, pois é parte legítima para discutir tal exigência; se não cumprir a exigência, passa a ser o responsável direto pelo não-cumprimento.

4. Não há como considerar o ICMS retido e recolhido no regime de substituição tributária como receita bruta de vendas ou faturamento, daí decorrendo que a incidência de PIS e Cofins sobre tal valor é absolutamente ilegal, já que se faz sobre base não prevista no texto da Constituição nem das leis que regem a matéria. O ICMS não compõe a receita da contribuinte substituída, uma vez que não se refere às suas próprias vendas, tampouco constitui receita independente da forma como seja contabilizada.

5. Quando o contribuinte vende a mercadoria, está embutido o ICMS, imposto indireto que foi por ele pago. Sua receita bruta é o total do preço da venda e do ICMS pago, pois já está incluído no preço da mercadoria. No caso da substituição tributária, quando efetua a venda, o substituto tributário recolhe o ICMS antecipadamente, e, já com o ICMS que será pago pelo vendedor, porque o Fisco fixa uma espécie de pauta sobre o valor a incidir, presume-se que a venda será efetuada, e nesta presunção já está incluído o ICMS,

que, conseqüentemente, será colocado pelo vendedor, pelo substituído.

6. Para fins de determinação da base de cálculo da Cofins, o contribuinte substituído do ICMS pode excluir da receita bruta de vendas o valor do ICMS - substituição tributária paga na aquisição das mercadorias - trigo e seus derivados - desde que o referido valor possa ser devidamente comprovado pelo contribuinte substituído. A exclusão do valor do ICMS incidente no regime de substituição tributária, da base de cálculo da Cofins, é prevista somente para o contribuinte substituído do referido imposto (art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98).

7. Recurso parcialmente provido.

Voto

0 SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): Sr. Presidente, começo meu voto afirmando que devemos buscar a natureza jurídica de qualquer entidade, especialmente de Direito Tributário.

Já está mais do que cristalizado que a natureza jurídica da substituição tributária é uma técnica de arrecadação. Nessa modalidade, em que o Fisco e o contribuinte mantêm a relação jurídica, o contribuinte do ICMS faz seu lançamento por homologação e recolhe diretamente o tributo.

Na técnica da substituição tributária, o terceiro chama a ponta da relação jurídica, assume o posicionamento da atividade estatal e passa a arrecadar esse tributo por determinação legal, ou seja, no momento em que o recolhe, assume a responsabilidade de responder a esse tributo de acordo com o princípio da legalidade. É bem verdade que agora o recolhe em nome do substituído, por isso é chamado de substituído. Ele não é contribuinte vinculado ao fato gerador direto, é contribuinte vinculado ao fato gerador de modo indireto, porque, embora o fato gerador do tributo seja decorrente de uma relação negociada entre ele e seu verdadeiro contribuinte, passa a ser responsável pelo recolhimento.

Todas as vezes em que o Fisco começa a

exigir do substituído recolhimento fora das regras fixadas pelo princípio da legalidade, esse substituído pode insurgir-se em juízo, pois é parte legítima para discutir tal exigência; se não cumprir a exigência, passa a ser o responsável direto pelo não-cumprimento.

Valho-me de um pensamento de Antônio Roque Carraza para dizer que as palavras e expressões em Direito Tributário, embora sejam meros rótulos, são empregadas nas coisas e realidades que nos cercam.

Cita o autor, dizendo que qualquer palavra ou expressão é conveniente à medida que nos colocamos de acordo com ela, utilizando-a de maneira adequada e congruente, tudo em face do princípio da legalidade tributária. Não há como considerar o ICMS retido e recolhido no regime de substituição tributária como receita bruta de vendas ou faturamento, daí decorrendo que a incidência de PIS e Cofins sobre tal valor é absolutamente ilegal, já que se faz sobre base não-prevista no texto da Constituição nem das leis que regem a matéria. O ICMS não compõe a receita do contribuinte substituído, visto que não se refere às suas próprias vendas, tampouco constitui receita independente da forma como for contabilizada.

Quando o contribuinte vende a mercadoria, está embutido o ICMS, imposto indireto que foi pago por ele. Então, sua receita bruta é o total do preço da venda e do ICMS pago, pois já está incluído no preço da mercadoria. No caso da substituição tributária, quando efetua a venda, o substituído tributário está recolhendo o ICMS antecipadamente, e, já com o ICMS que será pago pelo vendedor, porque o Fisco fixa uma espécie de pauta sobre o valor a incidir, presume-se que a venda será efetuada e, nesta presunção, já está incluído o ICMS, que, conseqüentemente, será colocado pelo vendedor, pelo substituído.

A meu ver, a exigência feita no Ceará, com a concordância da Fazenda Nacional à época, é ilegal e dupla, tanto é que a COSIT - Coordenação Geral do Sistema de Tributação - decidiu o seguinte:

“COORDENAÇÃO-GERAL DE TRIBUTAÇÃO/COSRR

SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIA Nº 1, DE 15 DE JANEIRO DE 2003

ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

EMENTA: BASE DE CÁLCULO - EXCLUSÃO - *Para fins de determinação da base de cálculo da Cofins, o contribuinte substituto do ICMS, nos termos do Parágrafo único da Cláusula primeira do Protocolo ICMS n° 46, de 2000, pode excluir da receita bruta de vendas o valor do ICMS - substituição tributária pago na aquisição das mercadorias - trigo em grão, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, importados do exterior ou de Estado não signatário do aludido Protocolo - desde que o referido valor possa ser devidamente comprovado pelo contribuinte substituto.* A exclusão do valor do ICMS incidente no regime de substituição (tributária, da base de cálculo da Cofins, é prevista somente para o contribuinte substituto do referido imposto.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei n° 9.718, de 1998, arts. 2° e 3°, §§ 1° e 2°; Decreto n° 4.524, de 2002, art. 22, inciso IV; Parecer Normativo CST n° 77, de 1986.

ASSUNTO: Contribuição para o PIS/Pasep
 EMENTA: BASE DE CÁLCULO - EXCLUSÃO - *Para fins de determinação da base de cálculo do PIS/Pasep, o contribuinte substituto do ICMS, nos termos do Parágrafo único da Cláusula primeira do Protocolo ICMS n° 46, de 2000, pode excluir da receita bruta de vendas o valor do ICMS - substituição tributária pago na aquisição das mercadorias - trigo em grão, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, importados do exterior ou de Estado não signatário do aludido Protocolo - desde que o referido valor possa ser devidamente comprovado pelo contribuinte substituto.* A exclusão do valor do ICMS incidente no regime de substituição tributária, da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep, é prevista somente para o contribuinte substituto do referido imposto.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei n° 9.718, de 1998, arts. 2° e 3°, §§ 1° e 2°; Decreto n° 4.524, de 2002, art. 22, inciso IV, Parecer Normativo CST n° 77, de 1986.”

Em face disso, a própria Secretaria da Receita Federal reconhece que não seria devida essa base de cálculo, apenas faz um condicionamento.

Nesse particular, dou provimento parcial ao recurso especial desde que o referido valor possa ser devidamente comprovado pelo contribuinte substituto. Não posso dar uma carta em branco. Dou provimento ao recurso especial porque entendo que os órgãos tributários não estão extrapolando a legalidade no momento em que impuseram essa condição. Repito:

“Para fins de determinação da base de cálculo da Cofins, o contribuinte substituto do ICMS, nos termos do parágrafo único da cláusula primeira do Protocolo ICMS n° 46/2000, pode excluir da receita bruta de vendas o valor do ICMS, substituição tributária paga na aquisição das mercadorias trigo em grão e misturas de farinha de trigo importadas do exterior ou de Estado não signatário deste Protocolo, desde que o referido valor possa ser devidamente comprovado pelo contribuinte substituto.”
 O contribuinte substituto tributário tem que se relacionar com o substituído para demonstrar que esse controle pode ser feito.

Dou provimento parcial ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
 PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2003/0191554-6

RESP 601741 / CE

Números Origem: 200005000128262
 9800235213

PAUTA: 17/06/2004

JULGADO: 26/04/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DELGADO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRI-
NHO

Secretária

Bela. MARIA DO SOCORRO MELO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: EMPRESA COMERCIAL E
INDUSTRIAL DE PRODUTOS VEGETAIS
LTDA

ADVOGADO: ERICK MACEDO E OUTRO

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: GUSTAVO CÉSAR DE FI-
GUEIREDO PORTO E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - Contribuição - So-
cial - COFINS

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente o Dr. Erick Macedo,
pela recorrente.

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator dan-
do parcial provimento ao recurso especial,
pediu vista o Sr. Ministro Francisco Fal-
cão. Aguardam os Srs. Ministros Luiz Fux,
Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de junho de 2004.

MARIA DO SOCORRO MELO

Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 601.741 - CE
(2003/0191554-6)

Voto-vista

0 EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FAL-
CÃO: Para melhor exame das questões em
debate.

Trata-se de recurso especial interposto
com o objetivo de excluir o ICMS da base
de cálculo do PIS e da COFINS.

Explicitou o Relator que a hipótese não
cuida do ICMS normal, de competência do
próprio contribuinte, mas do ICMS reco-
lhido na condição de substituto tributário.
Nesta hipótese, não prevaleceria a juris-
prudência desta Corte Superior, pela inci-
dência da exação.

Entendeu o nobre Relator que o ICMS re-
colhido no regime de substituição tributá-
ria não pode ser considerado como receita
bruta de vendas ou faturamento, não ten-
do o substituto tributário vinculação dire-
ta com o fato gerador.

Desenvolveu a seguinte consideração:

“Quando o contribuinte vende a mercadori-
a, está embutido o ICMS, imposto indire-
to que foi pago por ele. Então, sua receita
bruta é o total do preço da venda e do
ICMS pago, pois já está incluído no pre-
ço da mercadoria. No caso da substituição
tributária, quando efetua a venda, o subs-
tituto tributário está recolhendo o ICMS
antecipadamente, já com o ICMS, que será
pago pelo vendedor, porque o Fisco fixa
uma espécie de pauta sobre o valor a inci-
dir, presume que a venda será efetuada
e, naquela presunção, já está incluído o
ICMS, que conseqüentemente, será colo-
cado pelo vendedor, pelo substituído”.

De fato a hipótese em tela se diferencia da-
quela referente ao ICMS normal de com-
petência do próprio contribuinte. Nesta
hipótese, já restou pacificado pelas súmu-
las nºs 68 e 94 do STJ que o ICMS inclui-se
na base de cálculo do PIS e da COFINS.

No caso dos autos, o ICMS é recolhido a
título de substituição tributária, devendo,
então, ser observado o contido na Lei nº
9.718/98, que no artigo 3º, § 2º, assim dis-
põe, *verbis*:

“Art 3º O faturamento a que se refere o
artigo anterior corresponde à receita bruta
da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a tota-
lidade das receitas auferidas pela pessoa
jurídica, sendo irrelevantes o tipo de ati-
vidade por ela exercida e a classificação
contábil adotada para as receitas.

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

I - as vendas canceladas, os descontos
incondicionais concedidos, o Imposto
sobre Produtos Industrializados - IPI e o
Imposto sobre Operações relativas à Cir-
culação de Mercadorias e sobre Prestações

de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário” (grifei)

Resta explicitada, então, a expressa determinação legal no sentido de se excluir a parcela relativa ao ICMS por substituição tributária da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Tais as razões expendidas, acompanho integralmente o voto do nobre ministro Relator.

É o voto-vista.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2003/0191554-6
RESP 601741 / CE
Números Origem: 200005000128262
9800235213
PAUTA: 17/06/2004
JULGADO: 26/04/2005
Relator
Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DELGADO
Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX
Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA
DELGADO
Secretária

Bela. MARIA DO SOCORRO MELO
AUTUAÇÃO
RECORRENTE: EMPRESA COMERCIAL E INDUSTRIAL DE PRODUTOS VEGETAIS LTDA.

ADVOGADO: ERICK MACEDO E OUTRO
RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: GUSTAVO CÉSAR DE FIGUEIREDO PORTO E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - Contribuição Social - COFINS

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Falcão, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 26 de abril de 2005.

MARIA DO SOCORRO MELO
Secretária

(Ementa publicada no DJU de 24/10/2005, p. 178).

Despachos

ICMS. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. NEGATIVA DE APROVEITAMENTO DE CRÉDITO. CONSTITUCIONALIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 334.819-1
PROCED.: SÃO PAULO
RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
RECTE.: REDE BARATEIRO DE SUPERMERCADOS S/A
ADVD0S.: MAURÍCIO JOSÉ BARROS FERREIRA E OUTROS
RECDO.: ESTADO DE SÃO PAULO
ADV: PGE-SP - PAULO DE TARSO NERI

DECISÃO: RE, a, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (f. 157/160), assim ementado:

“Ação Declaratória - ICMS - Redução da base de cálculo para produtos que integram a cesta básica - Pretendido crédito pela diferença - inadmissibilidade - Constitucionalidade do Decr. N° 41.498/96, em especial de sua Nota 2 - Apelo improvido, mantendo-se a sentença de improcedência”.

Em seu voto, salienta o Relator:

“No caso, ainda que o contribuinte tenha pago o tributo pela alíquota de 12%, a

redução na base de cálculo que levou o imposto a apenas 7% quando da venda do produto ao consumidor final, não implica em direito ao crédito da suposta diferença de 5%. O princípio em discussão garante que, em cada etapa desse ciclo econômico, a parcela correspondente ao ICMS não ultrapassará a alíquota máxima permitida em Lei. E no caso, a toda evidência, isto não ocorreu. A autora pretende creditar-se de imposto calculado sobre a base integral, o que se afigura inviável, pois o ICMS devido pela última operação foi calculado pela alíquota reduzida. O certo é que a compensação só pode ser admitida até o limite estabelecido na última operação (de 7%) porque a Constituição manda compensar o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores isto é, vale o cálculo da operação posterior e não da anterior como quer a acionante.”

E acrescenta:

“Nem se pode falar em inconstitucionalidade da vedação do crédito, pois o texto constitucional só a admitiria nos casos de isenção e de não incidência. É preciso notar, aqui, que se cuida, exatamente, de uma isenção parcial do imposto a que se chegou por meio de redução da base de cálculo. Sendo assim, aludida redução equipara-se à isenção prevista na L.C. n° 24/75, não se configurando a afirmada violação à Carta.

De resto, o já mencionado Convênio n° 66/88 estipulava que acarretará a anulação do crédito “a operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional à redução”. Na mesma linha, nada obstava que o legislador bandeirante, como fez na guerreada Nota 2, dissesse ser “vedado o crédito proporcionalmente à parcela correspondente à redução da base de cálculo, nos termos do inciso V do artigo 63”.

Aduz a recorrente, em resumo, que:

a) O legislador paulista fixou a alíquota de 12% para o ICMS, incidente nas operações

com arroz, feijão, sal e produtos comestíveis resultantes do abate de ave, de coelho ou de gado, em estado natural, resfriados ou congelados.

b) As Unidades da Federação foram autorizadas a estabelecer, mediante convênios, a carga tributária mínima (7%) para produtos que compõem a cesta básica, firmando, em outubro de 1996, o Protocolo ICMS, aprovado, em São Paulo, pelo Dec. 41.498/96 (que alterou o Regulamento do ICMS no Estado - D. 33.118/91), o qual, embora mantendo a redução da alíquota do ICMS sobre os produtos que compõem a cesta básica, de 12% para 7%, proibiu, em sua nota 2, o crédito proporcional à parcela correspondente à redução da base de cálculo (art. 63, V).

c) Dessa forma, ao adquirir os produtos relacionados no D. 41.498/96, o contribuinte paga a mercadoria integralmente e recebe, no momento da aquisição, 12% de crédito do ICMS; a venda, no mercado interno, é feita com redução na base de cálculo, caindo a alíquota para 7%, mas a Fazenda Estadual só permite o crédito de 7% e não de 12%.

d) Essa vedação, contida na nota 2 do D. 41.498/96, infringiu o princípio da não-cumulatividade, previsto no artigo 155, § 2º, I, da Constituição, passando os valores nominais do imposto da recorrente, não corrigidos, a ser compensados com valores corrigidos do Estado.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se, mediante o parecer do então Procurador-Geral, Geraldo Brindeiro, pelo conhecimento do recurso (f. 204/206), com base em precedente do STF (RE 161.031, Marco Aurélio).

DECIDO: Ao concluir pela constitucionalidade do Dec. 41.498/96 - que vedou à recorrente o aproveitamento integral do crédito relativo ao ICMS incidente sobre os produtos que compõem a cesta básica - e afirmar que, no caso, ocorreu “uma isenção parcial do imposto a que se chegou por meio de redução da base de cálculo”, o acórdão recorrido não divergiu da orien-

tação recentemente adotada pelo Plenário desta Corte, no julgamento do RE 174.478. rei. orig. Min. Marco Aurélio, rei. p/ acórdão Min. Cezar Peluso (17.3.2005), que, revendo Jurisprudência anterior - firmada a partir da decisão plenária no RE 161.031, Marco Aurélio, DJ 6.6.97 -, concluiu pela inexistência do direito ao crédito decorrente da redução da alíquota do ICMS, por entender tratar-se, na espécie, “de um favor fiscal que, mutilando o aspecto quantitativo da base de cálculo, corresponderia à figura da isenção parcial, sendo aplicável, dessa forma, o art. 155, § 2º, II, b, da CF/88, determinou a anulação do crédito relativo às operações anteriores na hipótese de isenção ou não-incidência nas subseqüentes”. (IN/STF 380, de 23.3.2005). Na linha precedente e com fundamento no art. 557, do C. Pr. Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário.

Brasília, 5 de abril de 2005.

Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator

(Despacho publicado no DJU 06.05.2005, p. 68).

LUCRO ARBITRADO. PRESUNÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO AOS SÓCIOS. PRESUNÇÃO LEGAL. DECRETO Nº 85.450/80.

RECURSO ESPECIAL Nº 674.236 - PR (2004/0109481-0)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: MARCELO COLETTI PÖHLMANN E OUTROS

RECORRIDO: PEDRO DE ALMEIDA

ADVOGADO: RONALDO JOSÉ FERREIRA
Decisão

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, com esteio no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que restou assim ementado, *verbis*:

“IRPF. ARBITRAMENTO DE LUCRO NA PESSOA JURÍDICA. TRIBUTAÇÃO REFLEXA DA PESSOA FÍSICA.

Não estando comprovado que o lucro arbitrado sobre a pessoa jurídica tenha sido efetivamente transferido para o sócio, não lhe pode ser exigida a correspondente tributação” (fls. 106).

Os embargos declaratórios opostos pela recorrente foram rejeitados (fls. 114).

Sustenta a recorrente violação aos arts. 35 e 403 do Decreto 85.450/80, aduzindo, em síntese, que “no caso de lucro arbitrado, ocorre presunção legal de distribuição de lucros aos sócios, cabendo a eles, para afastá-la, a prova inequívoca, de que nada receberam da quantia arbitrada contra a sociedade” (fls. 118).

Relatados. Decido.

O presente recurso especial merece provimento, eis que o acórdão recorrido está dissonante da Jurisprudência desta Corte, no sentido que o contribuinte, em face do arbitramento do lucro em pessoa jurídica da qual é sócio, deve provar que não recebeu os lucros supostamente distribuídos pela empresa, uma vez que o art. 403 do Decreto 85.450/80 presume, neste caso, ter ocorrido a distribuição, *in verbis*:

“O lucro arbitrado se presume distribuído em favor dos sócios ou acionistas de sociedades não anônimas, na proporção da participação no capital social ou ao titular da empresa individual”.

Nesse sentido, os seguintes precedentes, *litteris*:

“TRIBUTÁRIO. ARBITRAMENTO DO LUCRO DA PESSOA JURÍDICA. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. SÓCIO-COTISTA. ÔNUS DA PROVA.

Nos precisos termos do art. 403, do RIR/80, o lucro arbitrado da pessoa jurídica se presume distribuído em favor dos sócios na proporção da participação no capital social.

Tratando-se de presunção legal estabelecida em benefício do Fisco, o afastamento da tributação não prescinde de prova inequívoca a ser produzida pelos sócios-cotistas.

Ausente esta, sofrem as conseqüências do arbitramento.

Recurso especial provido” (REsp nº 388.337/RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 10/06/2002, p. 00148).

“TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - TRIBUTAÇÃO REFLEXA - QUADRO QUE EXPÕE OMISSÃO DE RECEITA POR PARTE DOS INTEGRANTES DA PESSOA JURÍDICA - ARBITRAMENTO DO LUCRO - LEGISLAÇÃO QUE VISA EVITAR PRÁTICAS EVASIVAS - DETRIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO - IMPOSSIBILIDADE.

A legislação tributária permite o arbitramento do lucro quando a escrituração contábil se afigure imprestável aos fins de apuração do lucro real.

A presunção, com força na fiscalização da Administração Tributária, de que os lucros auferidos foram distribuídos aos sócios, ou ex-sócios, da pessoa jurídica, é presunção *juris tantum*. Entretanto, em nenhum momento processual houve impugnação da prova apresentada no tocante à omissão de receita.

A interpretação isolada do art. 43 do CTN não pode ser levada a efeito de forma a infirmar que visa a evitar práticas evasivas. Recurso desprovido” (REsp nº 397.992/RS, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ de 03/06/2002, p. 00159).

Tais as razões expendidas, com efeito no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil *c/c* o artigo 34, XVIII, do RISTJ, e artigo 38 da Lei nº 8.038/90, NEGOCÍO SEGUIMENTO ao presente recurso especial.

Publique-se.

Brasília, (DF), 02 de maio de 2005.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO.

Relator

(Despacho publicado no DJU de 13.05.2005, p. 162).

EXCLUSÃO DO REFIS. AUSÊNCIA DE
CONTRADITÓRIO. PODER DE POLÍCIA.
LIMITAÇÕES.

PROC.: 2005.03.00.013394-9 AG 230472
ORIG.: 200560000007416/MS

AGRTE: SANTA FÉ AGROPASTORIL LTDA.

ADV.: SILVIO LUIZ DE COSTA

AGRDO: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: ELYADIR F BORGES E MÍRIAM APARECIDA P DA SILVA

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPO GRANDE-MS

RELATOR: DES. FED. ALDA BASTO / QUARTA TURMA

VISTOS EM DECISÃO.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão que indeferiu pedido liminar, em autos de ação mandamental proposto com o fim de suspender os efeitos da Portaria CG/REFIS nº 502/2004, que determinou a exclusão da empresa agravante do REFIS, bem como qualquer sanção fiscal, mormente à execução das garantias oferecidas.

A agravante sustenta, em síntese, que foi excluída do REFIS sem que lhe tenha sido proporcionado o direito de sanar eventuais irregularidades formais, bem como oportunidade de defesa e observância ao contraditório.

Decido.

Busca o agravante através da estreita via da liminar seja reformada a decisão proferida pelo Juiz *a quo* para determinar a permanência do contribuinte no REFIS.

Depreende-se dos autos que a empresa agravante aderiu às regras do Programa de Recuperação Fiscal-REFIS, sujeitando-se à aceitação plena e irretirável de todas as condições estabelecidas pelo Fisco.

Posteriormente, o beneficiário deixou de cumprir o acordo fiscal, ficando sujeito à exclusão do parcelamento.

Os motivos de convicção do Juiz *a quo* estão fundamentados, contudo, as razões trazidas pela agravante são relevantes e demonstram, ao menos em sede de cognição sumária, alguma plausibilidade do direito invocado.

Assim, tem-se presente o requisito ensejador da requerida antecipação dos efeitos da tutela, pois o exercício antecipado do

direito somente se justifica se ultimado de forma eficaz a garantir o resultado final da demanda.

Conforme preceitua o § 5º, do Art. 15, do Decreto nº 3.431, de 24.04.2000, a exclusão do REFIS será precedida de representação fundamentada da Secretaria da Receita Federal, do INSS ou da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Por sua vez, a Resolução CG/REFIS nº 20/2001, em seu artigo 5º, determina a exclusão do contribuinte do REFIS de forma sumária, posterga o direito do contraditório para depois da aplicação da punição e, ainda, conclama que eventual impugnação do contribuinte será apreciada em única instância.

A Constituição Federal não permite que sanção administrativa, decorrente do Poder de Polícia, possa ser aplicada previamente à defesa administrativa e, além disto, é cabalmente questionável a criação monocrática irrecorrível, sem respaldo em lei.

Se a administração fazendária atesta a mora de pagamentos do contribuinte dentro do REFIS, deve lhe conceder a oportunidade de apresentar defesa antes de aplicar a exclusão do programa, preservando os efeitos suspensivos até a decisão administrativa final.

Não se olvide, outrossim, que, na forma do Direito Tributário, os recursos administrativos têm efeito suspensivo, o que obsta qualquer sanção antes do devido processo de defesa.

Assim, a Portaria nº 502, de 1º/06/2004, do Comitê Gestor do programa de REFIS, ao excluir várias pessoas jurídicas inadimplentes, por meio de um único ato administrativo, sem a específica imputação da infração cometida, dos tributos devidos e seus respectivos valores, viola o princípio da legalidade e da necessidade de fundamentação, bem como o princípio do contraditório, em vista de ausência de defesa prévia.

Por estes argumentos, a agravante deve ser reintegrada ao REFIS, assegurando-lhe o direito de impugnar administrativamente a decisão e ao recurso inerente.

O perigo de dano está latente porque a exclusão da agravante do REFIS implica na imediata cobrança executiva dos débitos parcelados.

Evidentemente, a concessão da liminar permite a agravante retomar ao REFIS, contudo, não pode o judiciário se substituir à administração, pois o Fisco tem o direito de excluir o impetrante, desde que o faça através de processo administrativo, com decisão fundamentada, onde se assegure o contraditório e a ampla defesa.

Ante o exposto, defiro a pleiteada antecipação dos efeitos da tutela recursal, para reintegrar a empresa agravante no REFIS, determinando à autoridade administrativa que intime a autora através de decisão fundamentada sobre as razões da eventual possibilidade de exclusão do REFIS, abrindo-lhe prazo para a impugnação administrativa e lhe assegure o direito de recorrer à instância superior, ficando, enquanto isto, suspensa qualquer exigibilidade dos débitos ou sanções fiscais.

Comunique-se ao MM. Juízo *a quo*.

Intime-se a agravada, nos termos do inc. V, do art. 527, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 28 de abril de 2004.

ALDA BASTO

Desembargadora Federal

Relatora

(Despacho publicado no DJU II de 13.05.2005, p. 598).

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. JUROS.
CONTAGEM A PARTIR DO TRÂNSITO
EM JULGADO.

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 437.710-1
PROCED.: RIO GRANDE DO SUL
RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO
AGTE.(S): INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - IPERGS

ADV.(A/S): PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM E OUTROS(A/S)
AGDO.(A/S): DALILA GONÇALVES DA ROSA
ADV.(A/S): TELMO RICARDO SCHORR E OUTROS(A/S)
Decisão:

I. Com razão o agravante.

Já não havendo nenhuma dúvida de que é tributária a natureza jurídica da contribuição providencial dos inativos (cf. ADI nº 3.128-7/DF, Rei. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUSO, DJ de 18.02.2005), não pode subsistir a decisão que mandou, na restituição da verba, contar juros de mora desde a citação, quando, nos termos do art. 167, § único, do Código Tributário Nacional, e da Jurisprudência asentada pela Corte a respeito, devem fluir a partir do trânsito em julgado da sentença, como se vê à seguinte ementa exemplar:

“CONSTITUCIONAL. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. CTN, art. 167, pará. único.

I - Restituição do que foi pago indevidamente, com correção monetária e juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado da decisão que determina a restituição. CTN, art. 167, parágrafo único.

II - Precedentes ao STF.

III - Agravamento não provido” (RE nº 250.609, Rei Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 21.03.03).

2. Ante o exposto, atendo ao agravo e reconsidero a decisão de fls. 152/153, para, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98, conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe parcial provimento, para julgar indevidas as contribuições vencidas no interstício entre a vigência da EC nº 20/98 e a EC nº 41/03, devendo, caso tenham sido pagas pela parte recorrente, ser restituídas em execução, com valores atualizados desde a data de cada pagamento, mais juros de mora, contados estes desde o trânsito em julgado da sentença, compensando-se proporcionalmente os ônus da sucumbência, salva hipótese de benefício da justiça gratuita.

Publique-se. Int.

Brasília, 29 de abril de 2005.

Ministro CEZAR PELUSO

Relator

(Despacho publicado no DJU de 17.05.2005, p. 49).

COFINS. LEI Nº 10.833/2003. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. ONERAÇÃO EXACERBADA DO PATRIMÔNIO DO CONTRIBUINTE. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO.

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA - SP
PROCESSO Nº: 2717

REGISTRO Nº: 2004.03.00.066142-1

REQUERENTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

REQUERIDO: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA/SP

INTERESSADO SINDICON - SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: RICARDO ARO

RELATORA: DES. FEDERAL PRESIDENTE DECISÃO

A União Federal (Fazenda Nacional), com fundamento nos arts. 4º da Lei nº 4.348/64 e 279 do RITRF-3º Região, e sob motivação de grave lesão à ordem (jurídica e administrativa) e economia públicas, pugnou pela neutralização dos efeitos de sentença, proferida pelo MM. Juiz Federal da 9ª Vara/SP, que, nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 2003.61.00.035094-3, ajuizado pelo Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado de São Paulo - Sindicon, contra atos do Superintendente da Receita Federal em São Paulo e do Delegado da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo - Derat, julgou extinto o processo, com relação à primeira autoridade impetrada, por ilegitimidade passiva *ad causam*, e quanto ao mais, concedeu parcialmente, a ordem, para afastar a cobrança das diferenças de valores a título de Cofins, nos moldes da Lei nº 10.833/2003, fruto da conversão da MP nº 135/2003, devendo,

a demandante, apurar e recolher tal contribuição, segundo a sistemática até então vigente, em relação aos seus filiados, afetos às atribuições do Derat.

A prol de sua pretensão, a postulante coligiu os seguintes argumentos: *a)* a via mandamental coletiva não se destina à defesa de direitos individuais e disponíveis; *b)* a exordial do *mandamus* não indicou os endereços dos associados e filiados do impetrante (art. 5º, inc. XXI, da CR/88 e art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.494/97), o frustraria o cumprimento da ordem judicial, com pertinência às empresas não domiciliadas no âmbito da competência do Delegado da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo - Derat, *c)* inaplicável, na espécie, o art. 246 da CR/88, porquanto a Lei nº 10.833/2003 não objetivava regulamentar o art. 195, inc. I, alínea “a”, da CR/88, tratando-se de exercício regular de competência tributária; *d)* vige, entre nós, o princípio da presunção da constitucionalidade das leis;

e) impede a alegação de ocorrência, *in casu*, de confisco, visto que as associadas e filiais do impetrante não estarão impedidas de executarem suas atividades profissionais, posto consistirem em contribuintes de direito, não suportando a eventual majoração do tributo em foco;

f) o decisório alterado implica em grave lesão à economia pública, decorrente da perda de recurso ao Erário, à ordem de R\$ 772 mil no Município de São Paulo e R\$ 44 milhões no Estado de São Paulo, no período de um ano, reforçando lesão em eventual efeito multiplicador, oriundo da repetição de demandas similares.

Com vista dos autos, o ilustre representante ministerial, a fls. 199/203, opinou pelo deferimento da medida, frente à demonstração de materialismo aos valores insertos na norma de regência, invocando, ainda, o princípio da presunção de constitucionalidade das normas.

Passo a decidir.

Por primeiro, consoante venho, reiteradamente, frisando, o excepcional juízo em

torno de pedido de suspensão, seja de liminar, tutela antecipada ou de sentença, destina-se, propriamente, à avaliação da possibilidade e efetiva demonstração de sobreviver grave lesão a interesses privilegiados, consistentes na ordem, saúde, segurança ou economia públicas, em decorrência de provimento exarado pelo órgão jurisdiccionamente singular.

Vale atentar, ainda, que o conceito de ordem pública vem sendo elástico, de molde a compreender a ordem administrativa em geral, é falar, a normal execução do serviço público e o regular exercício das funções da Administração Pública.

Conforme se vê, tais feitos não se constituem no foro adequado a indagações acerca da legalidade ou juridicidade do *decisum* impugnado, descabendo analisar, com profundidade, as questões de fundo envoltas na lide, comportando, somente, e se as especificidades do caso assim exigirem, juízo de deliberação acerca do mérito da questão envolvida.

Pois bem. Examine-se, à partida, a arguição da proponente, dando conta da impropriedade do emprego de mandado de segurança coletivo, para preservar direitos individuais e disponíveis.

Consoante agasalhado na doutrina, aludida ação tem por objetivo a defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, tutelando direitos coletivos em sentido estrito, interesses individuais homogêneos e interesses difusos, contra ato ou omissão ilegais ou perpetrados com abuso de poder de autoridade, desde que presentes os atributos da liquidez e certeza.

Nesse contexto, vê-se que a questão posta a desate subsume-se à hipótese de interesse individual homogêneo, o qual se erige em espécie de direito coletivo, de origem comum, com titulares, plenamente, determináveis.

De outro vértice, conforme entendimento pacificado na doutrina e Jurisprudência, em sede de *mandamus* coletivo, falece necessidade de constar, na petição inicial, os nomes de todos os associados ou filiados,

uma vez não se tratar de litisconsórcio ativo, em mandado de segurança individual. Todavia, no momento da execução da sentença, imperiosa se toma a análise da situação individual dos representados, tocando, à autoridade impetrada, ao cumprir a decisão judicial, exigir que cada beneficiário comprove pertencer à entidade beneficiária, bem assim enquadrar-se na situação fática descrita na petição inicial. Dessa feita, não parece proceder a alegação da demandante, quanto à imprescindibilidade da indicação do endereço dos beneficiados, no momento da propositura da ação.

Por outro lado, alega-se a constitucionalidade da MP nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.883/2003, pendendo controvérsia acerca de ter regulamento, no que tange à Cofins o art. 195, inc. I, alínea “b”, da CR/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Considerando que o art. 246 da CR/88 veda a adoção de medida provisória, na regulamentação de artigo da Constituição, cuja redação tenha sido alterada por emenda promulgada a partir de 1º de janeiro de 1995, até a sobrevinda da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, discussão se faz relevante, porém na sede própria, e não neste foro, onde se admite, quando muito, cognição sumária.

Sucedendo que há dissídio jurisprudencial acerca da problemática, a qual não se acha pacificada nas Cortes Superiores, e o juízo monocrático esposou, em conformidade com o princípio do livre convencimento motivado, uma das orientações encontradas na Jurisprudência, qual seja, a de que a aludida medida provisória está eivada de inconstitucionalidade, lesionando o disposto no art. 246 do Texto Excelso, ao inserir modificação substancial, no critério material de hipótese de incidência da Cofins, quando da instituição de contribuição sobre a receita.

Na medida em que a questão nem sequer chegou a ser ventilada nas Superiores Instâncias, e não se prestando a excepcional

via do pedido de suspensão à sedimentação de posicionamentos, não se pode antever lesão à ordem jurídica, no aspecto enfocado.

Porém, respeitada a estreiteza da cognição admitida nessa via, algumas ponderações ainda se fazem mister.

Como se sabe, a Cofins, instituída, originalmente, pela Lei Complementar nº 70/91, é tributo devido pelo empregador, vocacionando ao financiamento da Seguridade Social, lançando raízes no art. 195 da CR/88.

E cediço, também, que, em se cuidando de Seguridade Social, vigoram os princípios da solidariedade e da equidade, na forma de participação no custeio.

Objetivando garantir a equidade, conceito, umbilicalmente, ligado à isonomia ou igualdade tributária, inadmissível, ao legislador, tratar os contribuintes iguais de forma desigual, sendo-lhe defeso estabelecer qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou (CR/88, art. 150, II).

Contudo, atento às desigualdades existentes nas categorias de contribuintes, pode, sim, discriminar pessoas, fatos e situações, elegendo, para tanto, critério lógico e razoável, sempre ao lume dos valores prestigiados pela ordem constitucional.

Destarte, ainda por força do princípio da isonomia, e de molde a assegurar a Justiça Fiscal, toma-se de rigor a graduação das exações, simetricamente ao poder econômico do particular, vale dizer, à sua capacidade contributiva (CR/88, art. 145, § 1º). Ora, o § 9º do art. 195 da CR/88, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/98, é claro e textual ao prever, em tema de contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da Lei, a possibilidade de instituição de contribuições diferenciadas, até mesmo pela alíquota, em atenção à atividade econômica exercida ou utilização intensiva de mão-de-obra, como aparenta ser o caso

das empresas prestadoras de serviços de asseio e conservação.

Preceitua o reportado dispositivo:

“As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou base de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra.”

Nessa vereda, não se divisa, num mero juízo deliberatório, imanente à sede eleita, qual a razão do *discrimen* aplicado às empresas particulares, exploradoras de serviços de asseio e conservação, diante das demais prestadoras de serviços.

Com efeito, o aumento da alíquota em questão não parece consentâneo com precitado cânone constitucional, já que as empresas abarcadas pela sentença monocrática utilizam, intensivamente, mão-de-obra, bem assim com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais pressupõem que reportado aumento não deve ser infimo ou excessivo.

Sobremais, não pode o Estado criar tributo a ser utilizado com efeito de confisco, onerando, de forma exacerbada, o patrimônio do contribuinte, consoante o disposto no art. 150, inc. IV, da CR/88.

No que respeita à grave lesão à economia pública, também não assiste sorte à de mandante.

Destarte, verificar-se-á prejuízo aos cofres da Previdência Social, na hipótese de inviabilidade do exercício da profissão, pelas empresas em foco, em decorrência da grande quantidade de mão-de-obra que tais prestadoras de serviço soem empregar.

A par disso, a decisão hostilizada manteve a alíquota, anteriormente, assinalada, garantindo a continuidade do recebimento do valor antes recolhido aos cofres públicos, não se vislumbrando, assim, prejuízo de relevo, apto a supedanear a concessão da medida propugnada.

Nesse juízo sumário, afigura-se que a manutenção do aumento da alíquota da exação em comento, nos moldes especificados, poderia prejudicar outros segmentos

da sociedade, como comércio e indústria, haja vista a tendência de incremento da utilização, pelas empresas, de funcionários terceirizados, culminando no repasse da diferença aos consumidores. Inverte-se, assim, a meu ver, a situação de perigo: o deferimento da suspensão pleiteada é que teria aptidão a configurá-lo.

Em arremate, apenas a título ilustrativo, deixo consignado que, a meu sentir, não recai, ao caso em estudo, o contido na Súmula nº 276 do C. STJ (“As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas de Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”), porquanto o enunciado nesse verbete respeita, tão-apenas, às sociedades prestadoras de serviços profissionais, relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, o que não corresponde à espécie em comento.

Diante do exposto, indeferir a medida vindicada.

Dê-se ciência.

Em, 19 de abril de 2005.

ANNA MARIA PIMENTEL

Relatora

(Despacho publicado no DJU II de 26.05.2005, p. 171).

EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE OFÍCIO AO BANCO CENTRAL. BLOQUEIO DE CONTAS E APLICAÇÕES FINANCEIRAS. INDEFERIMENTO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.04.01.027576-7/PR

RELATOR: Des. Federal WELLINGTON M DE ALMEIDA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVOGADO: Mauro Luciano Hauschild

AGRAVADO: IND. E COM. DE CARNES LÍDER LTDA.

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento que assenta contra decisão indeferitória de pleito no sentido de que fosse expedido ofício ao Banco Central solicitando o bloqueio, até

o limite do crédito em execução, das contas, depósitos ou aplicações financeiras titularizadas pelo agravado.

Esgri-me que, por força do Convênio de Cooperação Técnico Institucional celebrado entre o STJ/CJF e o Bacen, e tendo em vista a inexistência de bens passíveis de constrição em nome do executado, requereu a expedição de ofício e a conseqüente penhora do numerário encontrado, medida que se ultimou indeferida.

O agravante reverbera ter esgotado os recursos persecutórios de créditos e haveres dos recorridos suscetíveis de penhora. Decido.

Com efeito, a jurisprudência pátria, capitaneada pelo c. STJ, vem-se firmando no sentido de que as medidas por demais invasivas na privacidade e intimidade dos particulares devem responder a anseios de ordem pública, justificadas não apenas em interesses creditícios, ainda que sejam estes atrelados ao Erário, o que, em princípio, repeliria a pretensão esposada no presente processo, por força da reverência que se há de prestar à Constituição, artigo 5o, incisos X e XII. Insta consignar, outrossim, que o exequente detém o ônus de localizar os bens do devedor, sendo que a requisição de informações acerca da existência de bens passíveis de penhora somente é dada ao magistrado em raras hipóteses, quando se fizer necessária sua intervenção para a plena satisfação jurisdicional, proibindo-lhe substituir-se à parte exequente na procura dos aludidos bens, sob o grave risco de instaurar desequilíbrio entre as partes litigantes. À míngua de comprovação do exaurimento dos esforços tendentes a encontrar bens servíveis à penhora, não se há de acolher a pretensão do INSS.

Insta aclarar, outrossim, que a legislação apontada pela autarquia parte de premissa dissociada da pretensão de direito material incrustada no feito executivo, porquanto as espécies normativas que executam o sigilo das operações financeiras dizem com medidas protetivas à higidez do sistema tributário desde uma perspectiva holística,

o que se exprime, quanto ao suscitado art. 5º da LC 105/01, por exemplo, pelo conteúdo do seu parágrafo 2º, que preconiza:

“§ 2º. As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.”

Dentro dessa ótica há de ser interpretado, portanto, o artigo 8º da Lei 8.021/90, exigindo a existência de procedimento fiscal mercê de afastar o sigilo das movimentações financeiras dos administrados, não se desgarrando dos comandos permissivos contidos nas estritas hipóteses articuladas pela LC 105/01.

Quanto ao propalado artigo 38 da Lei 4.595/64, encontra-se o mesmo expressamente revogado por força do art. 13 da LC 105/01, não cabendo debruçar-se sobre a sua aplicação no caso concreto.

De todo o exposto, impende relatar que *inexiste arrolamento legal tipificando causa excludente do sigredo bancário em se tratando de abordagem tendente à identificação de patrimônio penhorável*. Nesse diapasão, de ser rechaçada a pretensão deduzida no agravo.

Trago à baila aresto deveras elucidativo proferido pelo c. STJ, que bem ilustra a *questio vexata*:

“PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO DETRAN. SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE VEÍCULO DO EXECUTADO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. NÃO ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS PARA LOCALIZAR BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. PRECEDENTES.

1. Não tem qualquer amparo legal pedido para que se notifique o DETRAN para que se proceda à anotação da existência da execução nos registros de veículo do executado junto àquele órgão, posto que

apenas tem-se por cabível tal procedimento após formalizada a penhora (art. 14, II, da Lei nº 6.830/80).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica e remansosa no sentido de que:

- “A requisição judicial à Receita Federal, à Telesp, ao Detran para que informem sobre a declaração de bens do executado somente se admite em casos excepcionais, demonstrado que a exequente esgotou os esforços possíveis para obtê-los, com resultado infrutífero.” (RESP nº 191961/SP, 4ª Turma, DJ de 05/04/1999, Rei. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR)

- “A jurisprudência do STJ acolhe entendimento no sentido de que não se justifica pedido de expedição de ofício a órgãos públicos para obter informações sobre bens de devedor, no exclusivo interesse do credor, mormente quando não demonstrado qualquer esforço de sua parte nesse sentido, devendo prevalecer o sigilo de que aquelas são revestidas.”

(AgReg no AG nº 189288/AL, 3ª Turma, DJ de 18/12/1998, Rei. Min. WALDEMAR ZVEITER)

- “A requisição judicial, em matéria deste jaez, apenas se justifica desde que haja intransponível barreira para a obtenção dos dados solicitados por meio da via extrajudicial e, bem assim, a demonstração inequívoca de que a exequente envidou esforços para tanto, o que se não deu na espécie, ou, pelo menos, não foi demonstrado.

Falecendo demonstração cabal de que foram exauridas, sem êxito, as vias administrativas para obtenção de informações referentes aos bens dos sócios, não há demonstração de vulneração aos arts. 399 do CPC e 198 CTN, que conferem ao magistrado a possibilidade de requisita-las.” (RESP nº 204329/MG, 2ª Turma, Rei. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 19/06/2000)

- “As informações sobre a movimentação bancária do executado só devem ser expostas em casos de grande relevância para a prestação jurisdicional. In casu, a varre-

dura das contas em nome do executado, visando posterior penhora, não justifica a quebra do sigilo bancário.” (AgReg no AG nº 225634/SP, 2ª Turma, Rei. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 20/03/2000)

- “Não merece trânsito recurso especial que discute questão já superada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a impossibilidade de quebra de sigilo bancário como forma de possibilitar, no interesse exclusivo da instituição credora e não da Justiça, a expedição de ofício ao Banco Central para obtenção de dados acerca de depósitos em nome do devedor passíveis de penhora pela exequente.” (RESP nº 181567/SP, 4ª Turma, Rei. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 21/02/2000)

3. Inexistência de esgotamento de todos os meios para localizar bens em nome do executado.

4. Recurso não provido.

(RESP 499949/MG, 1T, julg. 06/05/2003, pub. DJ 02/06/2003, pág. 219, Relator Min. José Delgado, unânime)

E, no âmbito desta Casa, merece aplausos o seguinte aresto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE RETENÇÃO DE VALORES PORVENTURA EXISTENTES EM CONTA DOS EXECUTADOS. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA.

1. A LC 105/2001 estabelece no art. 1º que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. O art. 2º da lei reza: o dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

2. Estaria a exclusiva informação sobre existência de contas-correntes excluída do âmbito do direito à intimidade? A LC 105 esclarece que não. Basta interpretar-se o § 1º do art. 2º, onde dispõe-se que o sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil. Disso

deflui a conclusão evidente no sentido de que a existência de contas de depósitos e aplicações financeiras ficam resguardados pelo sigilo, só não oponível ao BACEN.

3. A quebra do sigilo somente pode ser autorizada nas hipóteses taxativamente disciplinadas na LC 105 (art. 1º, § 4º, art. 3º e art. 6º). Descobrir bens penhoráveis não constitui motivo para autorizar a quebra do sigilo bancário. Essa foi opção política do legislador ao formular a regra.

4. Dessa maneira, não se poderá ignorar os limites impostos pela LC 105, o que até pode tipificar o crime do art. 10 da lei em questão.

5. Enquanto não houver lei que tutele o erário, expondo a vida econômica dos devedores, pela relativização de seu direito à intimidade, não se pode quebrar sigilo bancário por sistema algum. É ilícito administrativo e penal.

6 . Agravo de instrumento improvido.

(AG 200304010389090/RS, 2T, julg. 11/11/2003, pub. DJU 26/11/2003, p. 576, Relator Juiz Fábio Rosa, unânime)

Assim sendo, nego provimento ao presente agravo.

Intimem-se.

Publique-se.

Porto Alegre, 01 de agosto de 2005.

Des. Federal Wellington Mendes de Almeida

Relator

(Despacho publicado no DJU II de 08.08.2005, p. 467).

LEI Nº 8212/91. ART. 45. PRAZO DE 10 ANOS PARA LANÇAMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.04.01.027466-0/PR

RELATOR: Des. Federal WELLINGTON M DE ALMEIDA

AGRAVANTE: FUNBEP - FUNDO DE PENSÃO MULTIPATRÓCINADO

ADVOGADO: Marcus Bechara Sanchez e outros

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVOGADO: Mauro Luciano Hauschild e Rubia Akemi Hirayama Gheller

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão indeferitória de antecipação de tutela na qual o autor pleiteava a suspensão da exigibilidade do crédito tributário encartado na NFLD nº 35.582.217-2.

Sustenta, em síntese, a decadência do direito da autarquia agravada em proceder ao lançamento dos créditos em questão, pois inaplicável o art. 45 da Lei 8.212/91. Registra que a notificação, relativa a contribuições da seguridade social incidentes sobre a remuneração devida a seus trabalhadores empregados, competências de janeiro a maio de 1993, somente foi lavrada em 25.09.2003, tendo a agravante recebido a ciência do lançamento em 23.10.2003. Postula seja imprimido efeito suspensivo ao recurso, forte no art. 558 do CPC, em virtude do perigo consubstanciado na negativa de CND e na inscrição no CADIN.

Decido.

Enceto por consignar a inaplicabilidade do prazo decadencial vertido no art. 45 da Lei 8.212/91, conforme arguição de inconstitucionalidade nº 2000.04.01.092228-3/PR, que mereceu acolhida no âmbito desta Corte, em virtude cuja decisão, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, c/c art. 151 do RITRF4, é vinculativa aos órgãos fracionários da Corte. Eis a ementa do precedente citado:

“ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - CAPUT DO ART. 45 DA LEI Nº 8.212/91. É inconstitucional o caput do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 que prevê o prazo de 10 anos para que a Seguridade Social apure e constitua seus créditos, por invadir área reservada à lei complementar, vulnerando, dessa forma, o art. 146, III, b, da Constituição Federal. (Corte Especial, julg. 22/08/2001, pub. DJU 05/09/2001, pág. 510, Relator Juiz Amir Sarti).”

D’outra banda, verifico que a tese envergada pelo MM. magistrado *a quo*, ao

propugnar pela incidência conjugada e sucessiva dos artigos 150, § 4º, e 173, inc. I, do CTN, não está consentânea à jurisprudência tranqüila deste Tribunal, ilustrada pelo aresto seguinte:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CTN, ART. 173, I. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 DA LEI Nº 8.212/91. RELAÇÃO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA DE PROVA CONCRETA E INEQUÍVOCA. TRABALHADOR AUTÔNOMO. SERVIÇO DE FRETE.

1. É absolutamente inviável a aplicação conjunta dos arts. 150, § 4º, e 173, I, do CTN, somando-se o prazo da homologação tácita com o prazo propriamente dito de decadência, por implicar a aplicação cumulativa de duas causas de extinção do crédito tributário. ... 3. É inconstitucional o caput do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 que prevê o prazo de 10 anos para que a Seguridade Social apure e constitua seus créditos, por invadir área reservada à lei complementar.... (AC 200404010029650, DJU 06/04/2005, de minha pena).

Quanto às contribuições sociais submetidas ao regime de lançamento por homologação, aplica-se o prazo do art. 150, § 4º, do CTN no caso de o contribuinte efetuar o pagamento antecipado, correndo a partir do fato gerador o prazo quinquenal para que o Fisco efetue o lançamento de ofício relativamente a valores não declarados, findos os quais opera-se a homologação tácita e tem início a fluência do prazo prescricional.

Se o contribuinte declara em GFIP o montante do tributo devido, mas não efetua o pagamento antecipado, incide o art. 173, I, do CTN, deflagrando-se o prazo, também quinquenal, para que o Fisco proceda ao lançamento de ofício no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, os prazos dos artigos em destaque são excludentes.

Do *periculum in mora*, justifica-se a concessão da tutela recursal antecipada sobre duplo aspecto:

a) Quanto ao agravante, manifesta-se na possibilidade de negar-se-lhe certidões de quitação de tributos que já se encontram, de há muito, fulminados pela caducidade, bem assim na probabilidade de inscrição de seu nome junto aos cadastros de inadimplentes. Socorre-lhe, outrossim, o favor da ameaça de sobrevir execução fiscal, exigindo-se-lhe, então, para o exercício do direito de defesa, nomeie bens à penhora e os surpreenda constrictos.

b) Na perspectiva do INSS, não se olvida que sua função precípua consiste na tutela dos interesses públicos. Se, trazida a questão ao Poder Judiciário, percebe-se vício flagrante na formalização do crédito, lancinado pela decadência, obvia-se deva ser suspensa a sua exigibilidade, ao temor de envidarem-se atos administrativos de total inocuidade, ao que se repara dinheiro público esgotado em medidas de futura e certa anulação.

Não há perigo em mora reverso, porquanto, a se manter suspensa a exigibilidade do crédito (art. 151, V, do CTN), igualmente embaraçada restará a prescrição contrária à Fazenda Pública.

Do exposto, defiro a antecipação da tutela recursal, a fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário embutido na NFLD nº 35.582.217-2.

Intimem-se.

Publique-se.

Comunique-se.

Porto Alegre, 01 de agosto de 2005.

Des. Federal Wellington Mendes de Almeida

Relator

(Despacho publicado no DJU II de 08.08.2005, p. 468/469).

IMUNIDADE. FASCÍCULOS EDUCATIVOS
RELATIVOS A CURSO DE ELETRÔNICA.
NÃO-ABRANGÊNCIA.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 424.819-1
PROCED.: RIO DE JANEIRO
RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S): NOVA LENTE EDITORA LTDA.

ADV.(A/S): MARIA CAROLA GUDIN E

OUTRO(A/S)

RECD0.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - RONALDO JOSÉ DE SANTANNA

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, em face de acórdão assim ementado:

"CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, "d", DA CF/88. IMPORTAÇÃO DE FASCÍCULOS EDUCATIVOS RELATIVOS A CURSO DE ELETRÔNICA. ACOMPANHADOS DE MATERIAL DEMONSTRATIVO.

- Em se tratando de norma tributária qualificada pelo atributo da objetividade, impõe-se exegese restritiva, a impedir o uso de extensão do preceito nela contido ou de analogia.

- A referida imunidade, embora constitucionalmente assegurada, não alcança todos os insumos utilizados na impressão de livros, jornais e periódicos, mas somente aqueles compreendidos na expressão "papel destinado a sua impressão".

- Material importado, ainda que vendido junto com fascículos, não se encontra amparado da aludida imunidade."

Alega-se violação ao art. 150, VI, "d", da Constituição Federal.

O Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, em seu parecer de fls. 252/254, manifestou-se pelo desprovimento do presente recurso, nos seguintes termos:

"Recurso Extraordinário. Tributário.

Imunidade. Interpretação que só encontra limite no objetivo constitucional. Afronta à Carta Magna não vislumbrada. Pelo desprovimento do recurso."

O acórdão recorrido está em consonância com orientação desta Corte, firmada no julgamento do AgRRE 324.600, 1ª T, Rei, Ellen Gracie, DJ 25.10.02, assim ementado:

"Tributário. Imunidade conferida pelo art. 150, VI, "d" da Constituição. Impossibi-

lidade de ser estendida a outros insumos não compreendidos no significado da expressão "papel destinado à sua impressão". Precedentes do Tribunal.

- Incabível a condenação em honorários advocatícios na ação de mandado de segurança, nos termos da Súmula 512/STF. Agravos regimentais desprovidos."

Assim, nego seguimento ao recurso (art. 557, caput, do CPC). Publique-se.

Brasília, 23 de junho de 2005.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

(Despacho publicado no DJU de 12.08.2005, p. 113).

CONTRIBUIÇÃO AO SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO. INCIDÊNCIA SOBRE REMUNERAÇÃO PAGA A AVULSOS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 530.577-7

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. EROS GRAU

AGTE.(S): A B B NANSEN MEDIDORES DE ÁGUA S/A

ADV.ÍA(S): GUILHERME PIERUCCEH DE LIMA E OUTRO(A/S)

AGD0.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV.(A/S): REGINA CELIA S. ALVES

DECISÃO: Trata-se de agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento, sob o fundamento de que a pretensão deduzida no recurso extraordinário está em manifesto confronto com a jurisprudência desta Corte.

2. Inconformada, a agravante alega que, no precedente citado na decisão recorrida, não foi explorada a questão referente à incidência da contribuição social destinada ao custeio do Seguro de Acidente de Trabalho-SAT sobre as retribuições pagas aos trabalhadores avulsos. Sustenta que a orientação desta Corte é no sentido de que as retribuições pagas a esses trabalhadores não integram a "folha de salários".

3. Não restam dúvidas a respeito da constitucionalidade da contribuição para o

custeio do SAT, tendo em vista que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 343.446, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 4.4.2004, declarou a constitucionalidade da contribuição, bem como sua regulamentação, refutando, dessa maneira, a alegação de inconstitucionalidade do artigo 3º, II, da Lei n. 7.787/89, e do artigo 22, II, da Lei n. 8.212/91, que adotaram como base de cálculo o total das remunerações pagas aos empregados.

4. Nesse julgamento o Tribunal rejeitou a alegação de exigência de lei complementar para a instituição da nova contribuição, por encontrar-se a exação expressamente prevista no artigo 201, § 4º, da Constituição do Brasil, redação anterior à EC n. 20/98. Foi declarada a improcedência da arguição de ofensa ao princípio da isonomia, dado que a alíquota única de 2% foi fixada independentemente da atividade empresarial exercida, uma vez que o artigo 4º da Lei n. 7.787/89 previa que, havendo índice de acidentes de trabalho superior à média setorial, a empresa se sujeitaria a uma contribuição adicional, não sendo o caso de falar-se em tratamento igual entre contribuintes em situação desigual.

5. Quanto aos decretos regulamentares (Decreto n. 612/92 e posteriores alterações pelos Decretos n. 2.173/97 e n. 3.048/99), que estabeleceram os conceitos de “atividade preponderante” e “grau de risco leve, médio ou grave”, a Corte repeliu a argumentação de contrariedade do princípio da legalidade tributária (CB, artigo 150, I), uma vez que a lei fixou padrões e parâmetros, deixando para o regulamento a delimitação dos conceitos necessários à aplicação concreta da norma.

6. Ocorre, entretanto, que no julgamento do RE n. 166.772, Relator o Ministro Marco Aurélio, esta Corte decidiu que não se compreendem no artigo 195, I, da Constituição do Brasil, quando se refere a “folha de salários”, as retribuições pagas aos que não se encontram em situação de empregados, em sentido estrito, relativamente aos empregadores, previstos no texto normativo.

7. É notório que a Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, alterou a redação do inciso I do artigo 195 da Constituição do Brasil e incluiu no referido inciso a alínea “a”, preceituando que a contribuição social incidirá sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. Como no caso concreto os fatos geradores são anteriores à EC n. 20, assiste razão, em parte, à empresa recorrente, uma vez que, em respeito ao princípio de que o tempo rege o ato, são indevidas as prestações recolhidas, à época, sobre a remuneração dos trabalhadores avulsos.

Dessa forma, torno sem efeito a decisão de fls. 128/129 e determino a subida dos autos principais para melhor exame.

Publique-se.

Brasília, 15 de agosto de 2005.

Ministro Eros Grau Relator

(Despacho publicado no DJU de 26.08.2005, p. 91).

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ALÍQUOTAS DIFERENCIAIS. AUSÊNCIA DE PRECEDENTES.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 223.652-8
PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO

RECTES.: BANCO MULTIPLIC S/A E OUTROS

ADVDOs.: LEO KRAKOWIAK E OUTRO(A/S)

RECDO.: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV: ADÉLIA LEAL RODRIGUES

DECISÃO: - Vistos. Trata-se de agravo regimental, interposto por BANCO MULTIPLIC S/A E OUTROS, da decisão (fls. 164-170) que negou seguimento ao recurso extraordinário, ao entendimento de que não viola o princípio da isonomia a instituição da alíquota diferenciada, nos ter-

mos do art. 19 da Lei 9.249/95, referente a Contribuição Social Sobre o Lucro das instituições financeiras elencadas no art. 22, § 1º, da Lei 8.212/91.

Sustentam os agravantes, em síntese, o seguinte:

a) as precedentes utilizados na decisão agravada (RE 299.435/PR; RE 197.790/MG; RE 209.013/RS), não se aplicam ao caso presente, dado que, o RE 299.235/PR analisa a possibilidade de estabelecer alíquotas diferenciadas da contribuição social sobre o lucro líquido instituída pelo art. 19 da Lei 9.249/95, e no caso presente pretende-se a inconstitucionalidade do art. 3º, § 2º, da Lei 7.787/89, que trata do estabelecimento de alíquotas diferenciadas na contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, e os RE 209.013/RS e RE 197.617/MG tratam da não-violação aos princípios da anterioridade e irretroatividade no caso de elevação de alíquota da CSL para as pessoas jurídicas não-financeiras de 8% para 10 %, nos termos do art. 2º da lei 7.856/89;

b) violação ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CF), qualquer que seja a natureza jurídica do tributo sob exame, porquanto não há fundamento válido para o estabelecimento da discriminação, quanto ao de adicional de 2,5% sobre a base de cálculo da contribuição social ao INSS estabelecida para as demais empresas em geral imposta às empresas referidas no art. 3º, § 2º, da Lei 7.787/89, mormente porque "(...) a discriminação efetuada é absolutamente gratuita e arbitrária, posto que não existe qualquer correlação lógica entre o fator diferenciador eleito pelo legislador e o tratamento diferenciado daí resultante" (fl. 180). Ademais, o adicional só existira "se as entidades discriminadas causassem um maior encargo à seguridade social ou dela auferissem um especial benefício (contribuição), ou então se possuísem maior capacidade contributiva (imposto)" (fl. 181);

c) violação ao princípio da equidade do custeio da seguridade social, uma vez que

as instituições financeiras contribuem também por meio do pagamento ao PIS, COFINS, CSL, e sendo assim, a carga tributária das instituições "já é proporcionalmente maior do que daqueles contribuintes que apresentem menor faturamento, receita, ou lucro que estes" (fl. 185);

d) inaplicabilidade do art. 557 do CPC, porquanto inexistente jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade do art. 3º, § 2º, da Lei 7.787/89, reproduzido no art. 2º, § 1º, da Lei 8.212/91 (fl. 186).

Autos conclusos em 10.6.2005.

Decido.

Nos termos do decido no RE 439.880-AgR/CE, reconsidero a decisão agravada de fls. 164-170.

Publicada esta decisão, venham-me os autos conclusos.

Brasília, 15 de agosto de 2005.

Ministro CARLOS VELLOSO

Relator

(Despacho publicado no DJU de 26.08.2005, p. 91).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ALÍ-
QUOTAS DIFERENCIAIS. AUSÊNCIA DE
PRECEDENTES.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 260.18
8-8

PROCED.: CEARÁ

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO

RECTE.(S): BANFORT - BANCO FORTALEZA S/A (EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL)

ADV.(A/S): JOSÉ PERDIZ DE JESUS E OUTRO(A/S)

RECD0.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV.(A/S): MARIA FABIANNA RIBEIRO DO VALLE ESTIMA

DECISÃO: - Vistos. Trata-se de agravo regimental, interposto por BANFORT - BANCO FORTALEZA S/A (em liquidação extrajudicial), da decisão (fls. 143-145)

que negou seguimento ao recurso extraordinário, ao entendimento de que não viola o princípio da isonomia a exigência da contribuição adicional de 2,5% para seguridade social sobre a folha de salários das instituições financeiras, nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei 7.787/89 e art. 22, § 1º, da Lei 8.212/91.

Sustenta o agravante, em síntese, o seguinte:

a) inaplicabilidade do fundamento do art. 195, § 9º, da CF, uma vez que o dispositivo foi inserido na Constituição pela EC 20/98 de 15.12.98, em data posterior ao ajuizamento do mandado de segurança (22.10.98) e, conforme jurisprudência do Eg. STF (MS 2.924/DF, Relator Ministro Nelson Hungria e RE 117.323-ED/DF, Relator Ministro Maurício Corrêa) é inaplicável dispositivo de lei superveniente à impetração do mandado de segurança. Ademais, não houve o necessário debate sobre o referido dispositivo constitucional nas instâncias ordinárias (fls. 149-150);

b) antes da EC 20/98, não havia amparo constitucional para o tratamento diferenciado para as instituições financeiras com aplicação de uma alíquota maior de contribuição previdenciária;

c) violação ao princípio da isonomia e da capacidade contributiva, porquanto nada justifica a discriminação tributária sofrida pelas instituições financeiras que contribuem com um adicional de 2,5% sobre a folha de salários, enquanto que a contribuição social para as demais empresas é de 20% (fl. 150).

Autos conclusos em 16.5.2005.

Decido.

Nos termos do decido no RE 439.880-AgR/CE, reconsidero a decisão agravada de fls. 143-145.

Publicada esta decisão, venham-me os autos conclusos.

Brasília, 15 de agosto de 2005.

Ministro CARLOS VELLOSO

Relator

(Despacho publicado no DJU de 26.08.2005, p. 91/92).

RECEITA FEDERAL. FISCALIZAÇÃO.
SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES POR
AUTORIDADE DE DIFERENTE REGIÃO
FISCAL. LEGALIDADE.

PROC.: 2005.03.00.063331-4 AG 242052

ORIG.: 200561000141366/SP

AGRTE: REFINARIA DE PETRÓLEOS DE MANGUINHOS S/A e outro

ADV: EDUARDO CARVALHO CAIUBY

AGRDO: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX e SÉRGIO AUGUSTO G P SOUZA

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA SAO PAULO Seção Judiciária de SP

RELATOR: DES. FED. MAIRAN MAIA / SEXTA TURMA

Vistos.

Insurgem-se as agravantes contra decisão que, em mandado de segurança com o objetivo de não-sujeição aos atos administrativos decorrentes dos mandados de procedimento fiscal expedidos pela Superintendência Regional da Receita Federal da 8ª Região - São Paulo, indeferiu a liminar.

Alegam as agravantes estarem sujeitas à fiscalização tributária da Superintendência Regional da Receita Federal do Rio de Janeiro - 7ª Região Fiscal.

Aduzem terem recebido os mandados de procedimento fiscal nº 08.1.90.00-2005-1362-2 e 08.1.90.00-2005-1363-0, expedidos pela Superintendência Regional da Receita Federal de São Paulo - 8ª Região Fiscal, órgão que não dispõe de atribuições administrativas de fiscalização tributária capaz de determinar às agravantes a entrega de informações sobre sua rotina fiscal e contábil.

Inconformadas, requerem a concessão nesta instância da medida postulada *in itinere* indeferida pelo Juízo de primeiro grau.

DECIDO.

Para a concessão da medida liminar em mandado de segurança, a lei exige cumulativamente a presença de dois pressupos-

tos: a relevância do fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida a segurança.

O fundamento jurídico deve ser relevante, vale dizer, que seja apto a formar o convencimento do julgador de que a tese esposada tem possibilidade de provimento favorável por ocasião do julgamento definitivo. Desta forma, a relevância do fundamento não é apenas fumaça de direito. Consiste na plausibilidade do direito invocado, valorada à vista da prova pré-constituída carreada aos autos pelo impetrante.

O segundo pressuposto, ineficácia da medida caso procedente o pedido ao final, nada mais é do que o periculum in mora. Tem por escopo dotar de eficácia provável sentença de procedência do pedido, permitir que o seu comando não esteja esvaziado pelo decurso do tempo.

Por sua vez, o recurso interposto contra decisão que defere ou indefere pedido de liminar devolve ao órgão julgador apenas o exame da presença ou ausência destes pressupostos legais ensejadores da concessão.

As agravantes impetraram mandado de segurança com o objetivo de não-sujeição aos atos administrativos decorrentes dos mandados de procedimento fiscal expedidos pela Superintendência Regional da Receita Federal da 8ª Região - São Paulo. A Secretaria da Receita Federal, órgão desconcentrado da administração direta da União, possui atribuições e limites para a prática de seus atos no universo da Administração Pública. Esta competência se mostra como um dos requisitos ou condições de validade para os atos administrativos em geral. Por competência entende-se a fixação pela norma das atribuições e limites para seu exercício.

Nesse sentido, compete à Secretaria da Receita Federal, dentre outras atribuições, fiscalizar o recolhimento dos tributos que administra. Para melhor atender ao princípio constitucional da eficiência, houve a subdivisão deste órgão em regiões, o que

por si só não cinge a competência da Secretaria como um todo.

Por outro lado, a Portaria SRF nº 3.007/01, que trata do planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, dispõe:

“Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela SRF serão executados, em nome desta, pelos Auditores - Fiscais da Receita Federal (AFRF) e instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal (MPF).

Parágrafo único. Para o procedimento de fiscalização será emitido Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F), no caso de diligência, Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D).

Art. 3º Para os fins desta Portaria, entende-se por procedimento fiscal:

I - de fiscalização, as ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos e contribuições administrados pela SRF, bem assim da correta aplicação da legislação do comércio exterior, podendo resultar em constituição de crédito tributário ou apreensão de mercadorias;

II - de diligência, as ações destinadas a coletar informações ou outros elementos de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual.” (grifei)

Por seu turno, prevê o artigo 904, §§ 2º e 3º do Decreto nº 3.000/99, que regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza:

“Art. 904. A fiscalização do imposto compete às repartições encarregadas do lançamento e, especialmente, aos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional, mediante ação fiscal direta, no domicílio dos contribuintes (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, e Decreto-Lei nº 2.225, de 10 de janeiro de 1985).

§ 1º...

§ 2º A ação do Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional poderá estender-se além dos limites jurisdicionais da repartição em que servir, atendidas as instruções baixadas pela Secretaria da Receita Federal.

§ 3º A ação fiscal e todos os termos a ela inerentes são válidos, mesmo quando formalizados por Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo (Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, art. 1º).”

O fato dos mandados de diligências fiscais serem expedidos pela Secretaria da Receita Federal de São Paulo, por si só, não desnatura a atribuição geral desse órgão em solicitar informações por meio dos procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições que administra já que as suas atribuições não se encerram em critérios regionais.

Deve-se assinalar, ainda, que a fiscalização a cargo da Receita Federal envolve a possibilidade de requisitar documentos essenciais para a verificação da obediência à legislação tributária, não implicando a diligência em qualquer lançamento fiscal. Nesse sentido, destaco que o poder fiscalizatório do Estado previsto nos artigos 194 e seguintes do Código Tributário Nacional é amplo a fim de atender à sua própria finalidade. Entende-se que a criação de

mecanismos de fiscalização e apuração do crédito tributário deve ser exercida a fim de permitir a verificação da aplicação da lei.

Considerando a cognição sumária desenvolvida na via estreita do agravo de instrumento, mormente neste momento de apreciação de efeito suspensivo ao recurso, tenho que a agravante não logrou demonstrar a presença dos requisitos ensejadores da concessão da medida pleiteada, pois os expedientes administrativos em questão se formalizaram de acordo com as disposições contidas nos artigos 904 e seguintes do Decreto 3.000/99 e artigos 2º e 3º da Portaria nº 3.007/01, da Secretaria da Receita Federal.

Destarte, indefiro a medida postulada.

Comunique-se ao juízo de origem, o teor dessa decisão.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de agosto de 2005.

MIGUEL DI PIERRÔ Juiz Federal Convocado, em Substituição Regimental (Despacho publicado no DJU II de 05.09.2005, p. 398).

Ementas

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.
VISTA DOS AUTOS POR ADVOGADO.
DIREITO DO ADVOGADO.

PROC.: 91.03.032836-8 REOMS 50942
ORIG.: 0009060723/SP
PARTE A: EDUARDO SILVEIRA ARRUDA
ADV: EDUARDO SILVEIRA ARRUDA
PARTE R: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADV: HERMES ARRAIS ALENCAR
INTERES.: RAMIRES E BONI LTDA.
REMTE.: JUÍZO FEDERAL DA 18ª VARA
SÃO PAULO SEC JUD SP

RELATOR: DES. FED. LAZARANO NETO /
SEXTA TURMA

Ementa

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA - VISTA DE AUTOS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FORA DA REPARTIÇÃO - PRERROGATIVA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO - ART. 89, XVII, E OAB (LEI 6.215/63), VIGENTE À ÉPOCA DA IMPETRAÇÃO.

1 - Prevalência do direito do advogado de reiterar os autos de processo administrativo da repartição competente, justificando-se a exceção quando ocorrerem

circunstâncias relevantes que justifiquem a permanência dos autos em secretaria, entre as quais a existência de documentos de difícil restauração, devendo ser reconhecida essa circunstância em despacho motivado da autoridade administrativa.

2 - Inexistência de despacho motivado nesse sentido. Não há necessidade de se impedir o acesso do advogado aos documentos originais constantes do processo administrativo, uma vez que a permanência e integridade dos mesmos são de interesse do próprio contribuinte, para a defesa de seus direitos.

3 - Remessa oficial a que se nega provimento. Acórdão

Vistos, discutidos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas DECIDE a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de abril de 2005.

(Ementa publicada no DJUII de 06.05.2005, p. 393).

CONTRIBUIÇÃO AO PIS. EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 10/96. VIOLAÇÃO
AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. MP
Nº 727/94. ALÍQUOTAS DIFERENCIA-
DAS. POSSIBILIDADE.

PROC.: 98.03.038370-1 AMS 184253

ORIG.: 9600071071 /SP

APTE: BANCO CITIBANK S/A e outros

ADV: LEO KRAKOWIAK e outros

APDO: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX e SÉRGIO AUGUSTO G P SOUZA

RELATOR: DES. FED. LAZARAN0 NETO / SEXTA TURMA

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS. EMENDA CONSTITUCIONAL DE REVISÃO Nº 10/96. DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. PRINCÍPIO

DA LEGALIDADE. EXCLUSÕES DETERMINADAS PELA MP 727/94. VALIDADE. REGULACÃO POR MEIO DE MEDIDA PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. ARTIGO 195 § 6º. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

1. Remessa oficial tida por interposta, nos termos do parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 1.533/51, eis que se trata de sentença concessiva da segurança.

2. A base de cálculo da contribuição ao PIS foi definida, pelo art. 72, do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1/94, como sendo a receita bruta operacional, tal como definida na legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

3. Interpretando-se conjuntamente o art. 44, da Lei 4.506/64, com os artigos 12, 17 e 18, do Decreto-Lei 1.598/77, chega a definição da base de cálculo da exação em foco, não havendo que se falar em violação ao princípio da legalidade, por ausência de fixação legal daquele elemento da obrigação tributária.

4. Prevendo os artigos 17 e 18, do Decreto-Lei 1.598/77, que não só o preço dos serviços prestados, como também os juros, o lucro na operação de reporte, o prêmio de resgate de títulos ou debêntures, as contrapartidas das variações monetárias, os ganhos cambiais, entre outros, compõem a base de cálculo do PIS, perfeitamente válidas são as exclusões estabelecidas pela MP 727/94 (reedição da MP 517/94).

5. Nos exatos termos do art. 73, do ADCT, a medida provisória não é instrumento adequado apenas para a regulação do Fundo Social de Emergência, não existindo qualquer vedação para disciplinar a contribuição ao PIS.

6. Aplica-se a regra da anterioridade nonagesimal, instituída pelo § 6º, do art. 195, da CF, em função de seu caráter de contribuição destinada ao financiamento do sistema de seguridade social. Isto, aliás, já foi observado pelo § 1º do art. 72 das disposições transitórias.

7. Os recursos carregados para o Fundo de Estabilização Fiscal pela EC nº 10/96, inclusive os oriundos da parcela do “PIS”, têm aplicação prioritária no custeio de ações governamentais destinadas a atender a necessidades condizentes com os objetivos da Seguridade Social fixados no artigo 194, caput, do Texto Constitucional, pelo que não perdeu a contribuição para o “PIS”, em razão dessa Emenda, a sua natureza de contribuição social, para transformar-se em imposto novo, sujeito à observância do artigo 154, I da mesma Constituição.

8. Havendo dita Emenda restabelecido para o período de 01/01/1996 a 30/06/1997, o aumento de alíquota para 0,75% e a alteração da base de cálculo anteriormente introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão nº 01/94, para vigorar apenas até 31/12/1995, está sujeita à observância do princípio da anterioridade nonagesimal, estabelecido no artigo 195 § 6º da Carta Constitucional, revelando-se inconstitucional a exigência da exação “PIS” nos moldes ali estabelecidos no período de 01/01/1996 a 03/06/1996.

9. Considerando que a Emenda Constitucional nº 10/96 foi publicada em 07 de março de 1996 e pretendeu retroagir para alcançar fatos ocorridos em janeiro do mesmo ano, flagrante sua inconstitucionalidade, por violar o artigo 195 § 6º da Carta Magna.

10. O artigo 60 § 4º, inciso IV da Constituição Federal prevê a impossibilidade de ser objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir direito ou garantia individual. O princípio da anterioridade, que no caso das contribuições sociais, é o de 90 dias, artigo 195 § 6º da Carta Constitucional, não pode ser abolido, nem sequer por Emenda Constitucional.

11. No período entre janeiro de 1996, quando extinto o Fundo Social de Emergência, até 90 dias após a publicação da Emenda Constitucional nº 10/96, a contribuição ao PIS deve ser recolhida na for-

ma da Lei Complementar nº 07/70 e suas alterações.

12. A fixação de alíquota maior para os bancos e instituições de crédito em geral não configura situação antiisonômica, vedado Texto Constitucional.

13. Não há que se falar em desigualdade pois todas as entidades regidas pelo Sistema Financeiro devem recolher a exação de forma majorada, ou seja, não há diferenciação entre aqueles que se encontram em situação semelhante.

14. Improvimento da remessa oficial, tida por interposta.

(Ementa publicada no DJUII de 20.05.2005, p. 496).

CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA EXIGIDA DE PRODUTOR RURAL. ADQUIRENTE NÃO SUPORTA O VALOR DO TRIBUTO. ILEGITIMIDADE.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 626.046 - RS (2004/0119211-3)

Relator: Ministro Luiz Fux

Agravante: Elegê Alimentos S/A

Advogado: Ricardo Josué Puntel e outro

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Sibebe Regina Luz Grecco e outros

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNRURAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EMPRESA ADQUIRENTE. ILEGITIMIDADE.

I. A jurisprudência hodierna da Primeira Turma reconhece a legitimidade ativa ad causam da empresa adquirente, consumidora ou consignatária e da cooperativa tão-somente para discutir a legalidade da contribuição para o Funrural, carecendo-lhes condição subjetiva da ação para repetir o indébito respectivo:

“ 1. A legitimidade para postular em juízo a restituição de valores indevidamente reco-

lhidos, em princípio, é do sujeito passivo da obrigação tributária, isto é, daquele a quem a lei impõe o dever de pagar o tributo, seja ele contribuinte (CTN, art. 121, I) ou responsável (CTN, art. 121, II).

2. Moderando essa orientação, a fim de evitar enriquecimento ilícito de quem não suportou de fato o ônus financeiro da tributação, o art. 166 do CTN e a Súmula 546/STF preconizam que somente cabe a restituição quando evidenciado que o contribuinte de direito não recuperou do contribuinte de fato o valor recolhido.

3. Na hipótese da contribuição previdenciária exigida do produtor rural (Lei 8.212/91, art. 25, I e II) incumbe ao adquirente de sua produção destacar do preço pago o montante correspondente ao tributo e repassá-lo ao INSS (Lei 8.212/91, art. 30, III e IV). Evidencia-se, nessa sistemática, que o adquirente não sofre diminuição patrimonial pelo recolhimento da exação, pois separou do pagamento ao produtor rural o valor do tributo.

4. Hipótese em que o adquirente não detém legitimidade ad causam para postular a repetição de valores indevidamente recolhidos a título da referida contribuição. Permite-se-lhe, de outro lado, discutir a legalidade da exigência, caso a entenda descabida, de modo a obter provimento jurisdicional que lhe autorize a recolhê-la da forma que entende conforme à lei.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.” (RESP 554203/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 24.05.2004).

2. Ressalva do ponto de vista do relator no sentido de que a contribuição para o FUNRURAL, através da técnica de desconto na nota fiscal do produtor quando da alienação do produto à cooperativa, caracteriza-se como exação indireta, motivo pelo qual, em princípio, a repetição caberia ao contribuinte de fato. Por conseguinte, tendo em vista que a relação entre produtor e o adquirente ou cooperativa é de direito privado e, *res inter alios* em relação ao fisco e suas entidades arrecadadoras a Fazenda não pode eximir-se de restituir o que

percebeu indevidamente, figurando a sub-rogação legal como a autorização a que se refere o art. 166, do CTN, muito embora, no plano privatístico, possa haver regresso do produtor em face do adquirente ou da cooperativa, por força do princípio que veda o enriquecimento sem causa.

3. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada.

4. Agravo regimental desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Brasília, 3 de maio de 2005.

(Ementa publicada no DJU de 30.05.2005, p. 225).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.
PRAZO DECADENCIAL. LEI Nº 8212/91.
INAPLICABILIDADE FACE AO CTN.

PROC.: 2005.03.99.012950-7 AC 1016720
ORIG.: 0300000677 /SP

APTE: Instituto Nacional do Seguro Social
- INSS

ADV: HILTON PLÁCIDO DE OLIVEIRA
ADV: HERMES ARRAYS ALENCAR
APD0: VALENTIM LUCIETTO NETTO
ADV: DERCY ANTONIO DE MACEDO
RELATOR: DES. FED. RAMZA TARTUCE /
QUINTA TURMA

Ementa

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - PRAZO DECADENCIAL
- ART. 173 DO CTN - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

1. A emissão de certidão negativa de débito, no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por

homologação, não impede que a autoridade administrativa lance, de ofício, débito com fato gerador anterior a sua expedição, desde que o faça dentro do prazo previsto na lei, o que não ocorreu na hipótese.

2. O art 45 da Lei 8.212/91, em vigor, que dispõe sobre o prazo de decadência, fixando-o em 10 (dez) anos, é ineficaz por ter sido veiculado por lei ordinária, não podendo alterar o Código Tributário Nacional, que é materialmente uma lei complementar.

3. Reconhecida a ocorrência de decadência do direito, vez que o crédito previdenciário foi constituído após o decurso previsto no art. 173 do CTN.

4. Recurso improvido. Sentença mantida. Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, ACORDAM os Desembargadores da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos termos do relatório e voto da Senhora Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

São Paulo, 04 de julho de 2005. (data de julgamento)

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE Relatora

(Ementa publicada no DJUII de 17.08.2005, p. 301).

IRPJ. DEDUÇÕES DE ROYALTIES. LEI Nº 4.506/64. AUSÊNCIA DE REVOGAÇÃO DA LEI Nº 3.470/58.

RECURSO ESPECIAL Nº 204.696 - RJ (1999/0015757-5)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

RECORRENTE: POSTES CAVAN S/A
ADVOGADO: ÁLVARO LEITE GUIMARÃES E OUTROS

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: MARIA DA GRAÇA SANTIAGO DE ALMEIDA E OUTROS

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MARCAS E PATENTES. DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS. ROYALTIES. ARTS. 122 DO CÓDIGO COMERCIAL E 129 DO CÓDIGO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. ART. 74 DA LEI N. 3.470/58. REVOGAÇÃO PELA LEI N. 4.506/64. NÃO-OCORRÊNCIA. ARTS. 174 E 175 DO REGULAMENTO DO IR. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Ressente-se o recurso do indispensável prequestionamento, se os dispositivos infraconstitucionais apontados como violados não foram objeto de específico exame na instância ordinária. (Súmulas n. 282 e 356/STF).

2. “A Lei n. 4.506/1964, embora haja estabelecido modificações, no que concerne a dedutibilidade de despesas como ‘royalties’, não revogou o art. 74, da Lei n. 3.470/1958. R.I.R. de 1966, arts. 174 e 175” (STF, RE n. 104.368-7-SP, Primeira Turma, rei. Min. NÉRI DA SILVEIRA).

3. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha

Brasília, 19 de maio de 2005.

(Ementa publicada no DJU de 22.08.2005, p. 175).

LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. PRAZO PRESCRICIONAL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESNECESSIDADE.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 665.289 - DF (2004/0086357-3)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: MÁRCIO MENEZES DE CARVALHO E OUTROS

AGRAVADO: AFONSO PIRES FARIA E OUTROS

ADVOGADO: IVO EVANGELISTA DE ÁVILA E OUTROS

Ementa

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. TESE DOS “CINCO MAIS CINCO”. LC N. 118/2005. NORMA AINDA SEM EFICÁCIA. OBSERVÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE QUE SE FAZ NECESSÁRIA, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

I - Na esteira da jurisprudência deste colendo Tribunal, o prazo prescricional observado no tocante aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação opera-se em cinco anos, contados da data do fato gerador, acrescidos de mais cinco, na hipótese de homologação tácita. Tal asserção é objeto de resignação, na peça recursal ora examinada.

II - Em verdade, funda-se o regimental em nova argumentação jurídica, relativa à interpretação que concedeu o art. 3º da LC n. 118/2005 ao inc. I do art. 168 do Código Tributário Nacional. Todavia, tal norma entrará em vigor somente 120 dias após a sua publicação a qual, por sua vez, deu-se em 9 de fevereiro último. Noutras palavras, invoca a agravante norma ainda sem eficácia para sustentar a sua posição.

III - No particular, convém lembrar, ainda, que a norma pode mesmo sequer gozar de eficácia, caso haja modificação legislativa antes de findo o prazo mencionado, de maneira que, também sob o pálio da segurança jurídica, a jurisprudência deste Sodalício há de ser observada, *in casu*.

IV- Agravo regimental desprovido.

Acórdão

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

maioria, rejeitar a preliminar do Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI suscitando incidente de inconstitucionalidade e, no mérito, unanimemente, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros LUIZ FUX, TEORI ALBINO ZAVASCKI, DENISE ARRUDA e JOSÉ DELGADO votaram com o Sr. Ministro Relator. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 15 de março de 2005. (data do julgamento)

(Ementa publicada no DJU de 29.08.2005, p. 168).

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS.
EMPRESA CONSTITUÍDA PELOS MESMOS SÓCIOS DE EMPRESA DEVEDORA.
CARACTERIZAÇÃO DE SIMULAÇÃO.
NEGATIVA DE FORNECIMENTO.

RECURSO ESPECIAL Nº 650.852 - MG (2004/0040557-0)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

RECORRENTE: DISTRIBUIDORA ISAGAM LTDA.

ADVOGADO: ILDEU DA CUNHA PEREIRA E OUTROS

RECORRIDO: ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR: ALBERTO GUIMARÃES ANDRADE E OUTROS

Ementa

TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. EXPEDIÇÃO. DESCABIMENTO. EMPRESA CRIADA PELOS MESMOS SÓCIOS DA EMPRESA DEVEDORA DO FISCO. SIMULAÇÃO.

I - Verificada pelo Tribunal *a quo* a irregularidade na constituição de nova pessoa jurídica, com o mesmo objeto social e os mesmos sócios de sociedade devedora do fisco, restando assente o intuito simulatório da medida, tem-se como legítimo o óbice da Fazenda para a emissão da certidão negativa de débito.

II - Na hipótese vertente, conforme demonstrado pelo Tribunal *a quo*, a simples mudança de sociedade, no mesmo ramo de comércio e com os mesmos sócios da sociedade devedora, implica em verdadeira transformação societária, remanescendo clarividente a tentativa de se eximir das dívidas fiscais.

III - Conceder certidão negativa na hipótese presente implica em prestigiar a fraude contra o Fisco, em verdadeira quebra da isonomia em detrimento de milhões de contribuintes que com dificuldade operam suas empresas com regularidade.

IV - Recurso especial improvido.

Acórdão

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros TEORI ALBINO ZAVASCKI, DENISE ARRUDA e JOSÉ DELGADO votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro LUIZ FUX. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 07 de junho de 2005. (data do julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator

(Ementa publicada no DJU de 05.09.2005, p. 233).

ISS. ALTERAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO POR DECRETO. INCONSTITUCIONALIDADE.

AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 523.423-1 PARANÁ
RELATOR: MIN. EROS GRAU
AGRAVANTE(S): MUNICÍPIO DE CURITIBA
ADVOGADO(A/S): JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL E OUTRO(A/S)

ADVOGADO(A/S): ROBERTO DE SOUZA M0SC0S0

AGRAVADO(A/S): FEDERAÇÃO PARANAENSE DE TÊNIS E OUTRO(A/S)

ADVOGADO(A/S): SANDRO MARCELO KOZIKOSKI E OUTRO(A/S)

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. ALTERAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. DECRETO MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE.

O acórdão recorrido encontra-se em sintonia com o entendimento desta Corte de que somente por lei o Município pode introduzir alterações na base de cálculo que importem em majoração do imposto.

Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de agosto de 2005.

(Ementa publicada no DJU de 09.09.2005, P. 37).

IPI. CRÉDITOS DE MATERIAIS UTILIZADOS NA FABRICAÇÃO DE PRODUTOS ISENTOS, NÃO-TRIBUTADOS OU TRIBUTADOS À ALÍQUOTA-ZERO. CORREÇÃO MONETÁRIA.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 530.182 - RS (2004/0161426-3)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

EMBARGANTE: FRIGORÍFICO FAMILIE S/A
ADVOGADO: ANGÉLICA SANSON DE ANDRADE

EMBARGADO: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: ARTUR ALVES DA MOTA E OUTROS

Ementa

TRIBUTÁRIO. IPI. MATERIAIS UTILIZADOS NA FABRICAÇÃO DE PRODUTO ISENTO, NÃO TRIBUTADO OU SUJEITO À ALÍQUOTA ZERO. CRÉDITOS ESCRITURAI. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA, JÁ QUE O APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS NA ÉPOCA PRÓPRIA FOI IMPEDIDO PELO FISCO.

1. A jurisprudência do STJ e do STF é no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escriturais de IPI, relativos operações de compra de matérias-primas e insumos empregados na fabricação de produto isento ou beneficiado com alíquota zero.

2. Todavia, é devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em virtude da resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco. É forma de se evitar o enriquecimento sem causa e de dar integral cumprimento ao princípio da não-cumulatividade. Não teria sentido, ademais, carregar ao contribuinte os ônus que a demora do processo acarreta sobre o valor real do seu crédito escriturai. Precedentes do STJ e do STF. Precedentes da 1ª Seção: ERESP 468.926/SC, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005; EREsp 614660/PR, Min. Castro Meira, DJ de 06.06.2005; EREsp 490660 / RS, Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.05.2005.

3. Embargos de divergência a que se dá provimento, para autorizar a correção monetária dos créditos escriturais durante o período compreendido entre (a) a data em que o crédito poderia ter sido aproveitado e não o foi por óbice estatal e (b) a data do trânsito em julgado da decisão judicial, que afasta o referido óbice.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arru-

da, Eliana Calmon, Franciulli Netto, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e José Delgado.

Brasília, 24 de agosto de 2005.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

Relator

(Ementa publicada no DJU de 12.09.2005, p. 199).

EMPRESA SEM EMPREGADOS. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DA COFINS ANTES DA EC Nº 20/98. POSSIBILIDADE.

PROC.: 2000.03.99.001559-0 AMS
197567

ORIG.: 9700357074 / SP

APTE: CARLISA S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES

ADV: PAULO SÉRGIO MENDONÇA CRUZ e outro

APD0: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR SERAFIM

RELATOR: DES. FED. MÁRCIO MORAES / TERCEIRA TURMA

Ementa

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DA COFINS. ARTIGO 195, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REDAÇÃO ANTERIOR À EC 20/1998. EMPRESA QUE NÃO POSSUI EMPREGADOS. POSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 166.772-9/RS, firmou o entendimento de que a definição do termo “empregadores” veiculado no artigo 195, I, do texto constitucional original é a mesma daquela utilizada no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

2. Indevida a afirmação de que a citada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por tratar da não-incidência da contribuição social de autônomos e administradores, não se aplica ao caso presente, eis que o voto condutor do acórdão da Suprema

Corte, cuidou da questão sob o aspecto da hermenêutica, da exata interpretação do conceito de empregador como sujeito passivo de qualquer contribuição social estribada no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal.

3. A expressão “...pessoas jurídicas...” constante da Lei Complementar n. 70/1991 deve ser entendida, na redação original do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, como abrangendo aquelas que tinham empregados, já que eles é que foram beneficiados com o custeio da previdência social.

4. Não há que se cogitar em ofensa aos princípios da solidariedade ou equidade no custeio da seguridade social, que não têm pertinência à espécie diante da clara e direta dicção do texto constitucional.

5. Infundado o raciocínio pelo qual os conceitos de faturamento e lucro independentem da relação de emprego e da figura do empregador para se concluir pela incidência da COFINS a qualquer empresa.

6. Inexiste na CLT a figura do “empregador em potencial”, eis que seu artigo 2º conceitua como empregador aquele que pratica o ato de admitir, assalarar e dirigir a prestação pessoal de serviço.

7. A EC n. 20/1998, ao incluir no artigo 195, I, a empresa e a entidade equiparada como sujeitos passivos da COFINS, apenas evidenciou que, anteriormente à sua edição, era impossível a cobrança deste tributo daqueles que não possuíam empregados, e, portanto não eram empregadores.

8. Ainda que se admitisse emenda constitucional interpretativa, dotada de efeito retroativo, teria a EC n. 20/1998 que conter tal previsão de maneira expressa.

9. Indevida ainda a afirmação de que o termo “empregador” deveria ser haurido no direito previdenciário, já que sob tal ótica, o que justificava a participação do empregador no custeio da previdência social, mesmo antes da EC n. 20/1998, era o vínculo antecedente do contrato de trabalho.

10. Apelação provida.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por maioria, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, vencido o Desembargador Federal Nery Júnior que lhe negava provimento.

São Paulo, 3 de agosto de 2005.

MÁRCIO MORAES

Desembargador Federal Relator

(Ementa publicada no DJUII de 14.09.2005, p. 227).

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA PESSOA FÍSICA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO.

PROC.: 93.03.108191-9 AC 148215

ORIG.: 9000000163 /SP

APTE: SÉRGIO TOMITSUGU YAMADA

ADV: ADELIA MIYUKI YANO e outro

APD0: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR SERAFIM

RELATOR: JUIZ FEDERAL CONVOCADO

RENATO BARTH / TERCEIRA TURMA

Ementa

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO SOBRE A RENDA - PESSOA FÍSICA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A falta de comprovação de que o aumento de patrimônio tenha sido decorrente da alienação de imóvel, cujo valor de escritura é várias vezes superior ao do compromisso de compra e venda, justifica o lançamento tributário.

2. Apresentação de recibo do valor das diferenças encontradas, relativo a benfeitorias que teriam sido realizadas pelos vendedores. Alegação inverossímil e descharacterizada pela prova testemunhal e documental produzida.

3. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

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

São Paulo, 24 de agosto de 2005. (data do julgamento)

RENATO BARTH

Juiz Federal Convocado

Relator

(Ementa publicada no DJUII de 14.09.2005, p. 236).

DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA DE DÉBITO. OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA. CONCESSÃO.

PROC.: 2004.61.00.012831-0 AMS 267873
APTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA E VALDIR SERAFIM

APD0: APLIGRAF APLICATIVOS E GRÁFICOS LTDA.

ADV: ALEXANDRA FONTES EUZEBIO

RELATOR: JUIZ CONV. SILVA NETO / TERCEIRA TURMA

Ementa

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA OU CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITO DE NEGATIVA. REJEITADAS AS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PROCURADOR CHEFE DA FAZENDA NACIONAL E AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DISCUSSÃO REVISIONAL ADMINISTRATIVA EM TRAMITAÇÃO COMO CAUSA SUSPENSIVA DA EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ADEQUAÇÃO AO ART. 206, CTN. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. Preliminar de ilegitimidade passiva do Procurador Chefe da Fazenda Nacional superada. Após inscrição dos débitos, incum-

bência da Procuradoria da Fazenda Nacional a expedição da certidão buscada.

2. Ainda em sede preliminar, a ausência de liquidez do direito pertine, verdadeiramente, ao “meritum causae”.

3. Discussão revisional administrativa em tramitação coaduna-se com as hipóteses previstas nos arts. 151 e 206, ambos do CTN.

4. Insustentabilidade dos óbices administrativos inicialmente firmados. Adequação ao art. 206, CTN.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.

6. Concessão da Segurança.

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, rejeitar as preliminares argüidas e, por maioria, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado, vencida a Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES, que lhe dava provimento.

São Paulo, 10 de agosto de 2005. (data do julgamento)

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

Relator

(Ementa publicada no DJU II de 14.09.2005, p. 252).

COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS DE DIFERENTES ESPÉCIES. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INADMIÇÃO DE ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDER.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 215.837 - SP (2003/0230561-1)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO FRANCIULLI NETTO

EMBARGANTE: ADBRAS ADMINISTRADORA BRASIL S/C

ADVOGADO: ANDRÉ KESSELRING DIAS GONÇALVES E OUTROS

EMBARGADO: FAZENDA NACIONAL
 PROCURADOR: OLÍVIA DA ASCENÇÃO
 CORRÊA FARIAS E OUTROS

Ementa

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS DE DIFERENTES ESPÉCIES - SUPERVENIÊNCIA DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA AUTORIZADORA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DIREITO SUPERVENIENTE EM GRAU DE RECURSO ESPECIAL - ENTENDIMENTO SUFRAGADO EM JULGADO UNÂNIME DA COLETA 1ª SEÇÃO (EREsp 488.992-MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 7/6/2004).

- E incabível, nesta instância especial, a aplicação retroativa de novel diploma legal acerca de compensação de tributos, ou seja, o exame de recurso especial com espeque em direito superveniente não se compatibiliza com o preenchimento do requisito específico do questionamento prévio, inerente a esse recurso, sob pena de se admitir a alteração da causa de pedir nesta instância excepcional.

- Embargos de divergência improvidos.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça “Prosseguindo no julgamento, após o voto de desempate da Sra. Ministra Eliana Calmon, a Seção, por maioria, rejeitou os embargos, vencidos os Srs. Ministros José Delgado (Relator), Luiz Fux e Castro Meira.” Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Eliana Calmon (voto-desempate) votaram com o Sr. Ministro Franciulli Netto que lavrará o acórdão.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2004. (data do Julgamento)

MINISTRO FRANCIULLI NETTO, Relator.

(Ementa publicada no DJU de 15.09.2005, p. 210).

ISS. CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE.
 BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS
 VALORES ENTREGUES A TERCEIROS
 PRESTADORES DE SERVIÇOS. POSSIBILIDADE.

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 227.293 - RJ (1999/0074596-5)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

EMBARGANTE: GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE

ADVOGADO: ANTÔNIO VILAS BOAS TEIXEIRA DE CARVALHO E OUTROS

EMBARGADO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

EMBARGADO: LUÍS CLÁUDIO MIRALDES E OUTROS

Ementa

PROCESSUAL CML E TRIBUTÁRIO. CONTRATO DE SEGURO SAÚDE. ISS. BIBUTAÇÃO.

I - Nas operações decorrentes de contrato de seguro-saúde, o ISS não deve ser tributado com base no valor bruto entregue à empresa que intermediava a transação, mas sim pela comissão, ou seja, pela receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para os terceiros, efetivamente prestadores dos serviços.

II - Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, a fim de permitir à empresa-recorrente a dedução dos valores correspondentes aos repasses entregues aos terceiros prestadores de serviço.

Acórdão

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Relator, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, acolher os embargos de declaração para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto-vista do Sr.

Ministro FRANCISCO FALCÃO, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO (voto-vista) os Srs. Ministros LUIZ FUX, TEORI ALBINO ZAVASCKI (voto-vista) e DENISE ARRUDA. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 09 de agosto de 2005. (data do julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator p/Acórdão

(Ementa publicada no DJU de 19.09.2005, p. 184).

IMPOSTO DE RENDA. INCORPORAÇÃO DE BENS IMÓVEIS DE PESSOA FÍSICA AO CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA ACRÉSCIMO PATRIMONIAL INCIDÊNCIA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 569.009 - RS (2003/0213982-7)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

AGRAVANTE: ANTÔNIO CHIAMULERA

ADVOGADO: OLÍVIO SANTIN E OUTROS

AGRAVADO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: DOLZETE FÁTIMA MICHELIN E OUTROS

Ementa

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INCORPORAÇÃO DE BENS IMÓVEIS DE PESSOA FÍSICA AO CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL TRIBUTÁVEL. TAXA SELIC. LEGALIDADE. LEI N. 9.250/95. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83 DO STJ.

1. É legítima a incidência do imposto de renda na transferência de bens imóveis do patrimônio de pessoa física, a título de integralização do capital social, por se constituir acréscimo patrimonial tributável.

2. O art. 161 do CTN, ao ressaltar, expressamente, no seu § 1º, “se a lei não dispuser de modo diverso”, elide o suposto vício de ilegalidade na aplicação da taxa SELIC, por se encontrar devidamente prevista no art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95.

3. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do

Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” - Súmula n. 83 do STJ.

4. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 2 de agosto de 2005. (data do julgamento)

(Ementa publicada no DJU de 19.09.2005, p. 259).

CISÃO PARCIAL. ELABORAÇÃO DE BALANÇO. APRESENTAÇÃO DE DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS.

Processo nº: 10880.001006/90-83

Recurso nº: 134.934

Matéria: IRPJ - EX.: 1985

Recorrente: CARGILL AGRÍCOLA S/A

Recorrida: 3ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO/SP I

Sessão de: 13 de abril de 2005

Acórdão nº: 105-15.008

CISÃO PARCIAL - APURAÇÃO DOS RESULTADOS - Nos casos de cisão parcial, o lucro líquido apurado no período-base da sociedade cindida, cujo imposto, na data da cisão, ainda não tiver sido pago, será tributado na pessoa jurídica que absorver o seu patrimônio, proporcionalmente a essa absorção, no exercício-financeiro correspondente ao período-base da sociedade cindida, nos termos do art. 150, do RIR/80.

BALANÇO ELABORADO NA DATA DO EVENTO - Salvo se efetuado exatamente ao final do exercício social da sociedade cindida, o demonstrativo contábil não

produz efeitos tributários e fiscais, uma vez que não corresponde a procedimento do qual derive diretamente o lucro real, caracterizando-se como mero balancete, ou 'balanço intermediário', ou, ainda, o balanço da cisão.

DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS NOS CASOS DE CISÃO - A sociedade remanescente, no caso de cisão, em relação ao período-base completado antes da cisão, ainda não submetido a tributação, deve apresentar declaração de rendimentos que indique como imposto a pagar parte proporcional ao patrimônio que nela tiver permanecido. O resultado referente ao período compreendido entre o encerramento do exercício social anterior e a data da cisão, será apurado segundo as normas relativas à apuração anual, ao final de seu período-base sujeito à declaração no exercício financeiro respectivo.

IRPJ - LUCRO DA EXPLORAÇÃO - LUCRO DA EXPLORAÇÃO NEGATIVO - GLOSA DE EXCLUSÃO - Constatada pelo Fisco, após revisão da DIRPJ, a ocorrência de lucro da exploração negativo, incabível a exclusão na apuração do lucro real do lucro da exploração.

Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso.

José Clóvis Alves - Presidente

Daniel Sahagoff - Relator

5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

(Ementa publicada no DOU I de 29.09.2005, p. 19.)

FINSOCIAL. PRESTADORAS DE SERVIÇOS. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE QUANDO A NORMA É DECLARADA CONSTITUCIONAL.

RECURSO ESPECIAL Nº 449.828 - DF

(2002/0089048-4)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON

R.P./ACÓRDÃO: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: FABIOLA INES GUEDES DE CASTRO SALDANHA E OUTROS
RECORRIDO: JOFER REPRESENTAÇÕES LTDA. - MICROEMPRESA
ADVOGADO: EDUARDO GOMES M. SIQUEIRA

Ementa

AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. CONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA N. 343/STF. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. É cabível ação rescisória para desconstituir acórdão que tenha deixado de aplicar determinado dispositivo de lei por considerá-lo inconstitucional, sobrevindo decisão do STF que atesta sua constitucionalidade. Hipótese que não se subsume no enunciado da Súmula n. 343/STF.

2. É devida a contribuição para o Finsocial pelas empresas dedicadas exclusivamente à prestação de serviços nos moldes previstos nos arts. 7º da Lei n. 7.787/89, 1º da Lei n. 7.894/89 e 1º da Lei n. 8.147/90.

3. Recurso especial provido.

Acórdão

Os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, acordam, por maioria, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão. Vencida a Sr. Ministra Relatora. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Castro Meira e Francisco Peçanha Martins.

O Sr. Ministro Franciulli Netto, nos termos do art. 162, § 2º, do RI, não participou do julgamento.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 1º de setembro de 2005. (data do julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator

(Ementa publicada no DJU de 19.09.2005, p. 166).

PRESCRIÇÃO. CONTAGEM DE PRAZO
A PARTIR DA DATA DE VENCIMENTO
DO TRIBUTO E NÃO DA ENTREGA DA
DECLARAÇÃO.

RECURSO ESPECIAL Nº 647.721 - SP
(2004/0039327-0)

RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA

RECORRENTE: FAZENDA DO ESTADO DE
SÃO PAULO

PROCURADOR: MARCOS NARCHE LOU-
ZADA E OUTROS

RECORRIDO: INDÚSTRIAS MATARAZZO
DE PAPÉIS S/A

ADVOGADO: GUILHERME ESCUDERO JU-
NIOR

Ementa

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA
INFORMADA EM DECLARAÇÃO. DÉBITO
DECLARADO E NÃO PAGO. PRESCRIÇÃO
QUINQUÊNAL. TERMO INICIAL. VENCI-
MENTO DA OBRIGAÇÃO.

1. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte, por GIA, e na falta de pagamento da exação no vencimento, mostra-se incabível aguardar o decurso do prazo decadencial para o lançamento. Tal declaração elide a necessidade da constituição formal do débito pelo Fisco, podendo este ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tomando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte.

2. O termo inicial do lustro prescricional, em caso de tributo declarado e não pago, não se inicia da declaração, mas da data estabelecida como vencimento para o pagamento da obrigação tributária constante da declaração. No interregno que medeia a declaração e o vencimento, o valor declarado a título de tributo não pode ser exigido pela Fazenda Pública, razão pela qual não corre o prazo prescricional da pretensão de cobrança nesse período.

3. Recurso especial improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acor-

dam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de setembro de 2005. (data do julgamento)

Ministro Castro Meira

Relator

(Ementa publicada no DJU de 19.09.2005, p. 188.)

ICMS. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO
NA OPERAÇÃO ANTERIOR. APROVEI-
TAMENTO DO CRÉDITO INTEGRAL.
VEDAÇÃO. ISENÇÃO FISCAL PARCIAL.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 174.478-2
SÃO PAULO

RELATOR ORIGINÁRIO: MIN. MARCO
AURÉLIO

RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. CE-
ZAR PELUSO

RECORRENTE: MÔNSANTO DO BRASIL
S/A

ADVOGADOS: HAMILTON DIAS DE SOU-
ZA E OUTROS

RECORRIDO: ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: PGE-SP - ELEONORA LUC-
CHESI MARTINS FERREIRA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, negou-lhe provimento, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator). Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Cezar Peluso. Falou pelo recorrido o Dr. Aylton Barbosa da Silva, Procurador do Estado. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministro Carlos Velloso, Carlos Britto e, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. Plenário, 17.03.2005.

TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. ICMS. Créditos relativos à entrada de insumos usados em industrialização

de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Caso de isenção fiscal parcial. Previsão de estorno proporcional. Art. 41, inc. IV, da Lei estadual nº 6.374/89, e art. 32, inc. II, do Convênio ICMS nº 66/88. Constitucionalidade reconhecida. Segurança denegada. Improvimento ao recurso. Aplicação do art. 155, § 2º, inc. II, letra “b”, da CF. Voto vencido. São constitucionais o art. 41, inc. IV, da Lei nº 6.374/89, do Estado de São Paulo, e o art. 32, incs. I e II, do Convênio ICMS nº 66/88 (Ementa publicada no DJU de 30.09.2005, p. 5).

TAXA DE FISCALIZAÇÃO DO IBAMA.
LEI Nº 10.165/2000. CONSTITUCIONALIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 416.601-1
DISTRITO FEDERAL
RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE(S): ASSOCIAÇÃO GAÚCHA
DE EMPRESAS FLORESTAIS - AGEFLOR

ADVOGAD0(A/S): AN NA MARIA DA TRINDADE DOS REIS E OUTRO(A/S)
RECORRID0(A/S): INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
ADVOGAD0(A/S): LIRIA H. I. ESPÍNDOLA
O Tribunal, por unanimidade, nos termos do voto do relator, conhecer, em parte, do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento. Votou a Presidente. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) e, neste julgamento, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Plenário, 10.08.2005.
EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUNATÁRIO. IBAMA: TAXA DE FISCALIZAÇÃO. Lei 6.938/81, com a redação da Lei 10.165/2000, artigos 17-B, 17-C, 17-D, 17-G. C.F., art. 145, II.
I. - Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA - do IBAMA: Lei 6.938, com a redação da Lei 10.165/2000: constitucionalidade.
D. - R.E. conhecido, em parte, e não provido. (Ementa publicada no DJU de 30.09.2005, p. 5.)