

ACORDÃO - INTEIRO TEOR

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº  
616.348- MG (2003/0229004-0)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

AGRAVANTE: COMPANHIA MATERIAIS  
SULFUROSOS - MATSULFUR

ADVOGADO: CLÁUDIA HORTA DE QUEIROZ E OUTROS

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO  
SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ANDRÉ GUSTAVO B. MOTA  
E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO  
DECLARATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE.  
INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PARA  
A SEGURIDADE SOCIAL. PRAZO DECA-  
DENCIAL PARA O LANÇAMENTO. IN-  
CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 DA  
LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART.  
146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. Não há, em nosso direito, qualquer disposição normativa assegurando a imprescritibilidade da ação declaratória. A doutrina processual clássica é que assentou o entendimento, baseada em que (a) a prescrição tem como pressuposto necessário a existência de um estado de fato contrário e lesivo ao direito e em que (b) tal pressuposto é inexistente e incompatível com a ação declaratória, cuja natureza é eminentemente preventiva. Entende-se, assim, que a ação declaratória (a) não está sujeita a prazo prescricional quando seu objeto for, simplesmente, juízo de certeza sobre a relação jurídica, quando ainda não transgredido o direito; todavia, (b) não há interesse jurídico em obter

tutela declaratória quando, ocorrida a desconformidade entre estado de fato e estado de direito, já se encontra prescrita a ação destinada a obter a correspondente tutela reparatória.

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

3. Instauração do incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial (CF, art. 97; CPC, arts. 480-482; RISTJ, art. 200).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher a arguição de inconstitucionalidade, deteminando a instauração do incidente perante a Corte Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 14 de dezembro de 2004.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI  
Relator

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº  
616.348 - MG (2003/0229004-0)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

AGRAVANTE: COMPANHIA MATERIAIS SULFUROSOS - MATSULFUR

ADVOGADO: CLÁUDIA HORTA DE QUEIROZ E OUTROS

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ANDRÉ GUSTAVO B. MOTA E OUTROS

RELATÓRIO

0 EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI(RELATOR):

Cuida-se de agravo regimental (fls. 242/245) contra decisão que negou seguimento ao recurso especial interposto em demanda em que, fundada na alegação de ilegitimidade da cobrança de valores recolhidos a título de contribuição social incidente sobre a remuneração dos trabalhadores autônomos, avulsos e administradores, com base na Lei n. 7.787/89, nos meses de julho a setembro de 1989, a ora agravante postulou sentença de “declaração de inexistência jurídica (sic) entre as partes, desobrigando a Autora do pagamento da contribuição social...” nos referidos meses, “bem como condenar o INSS a promover a devolução dos respectivos valores, suportando a sua compensação (...) ou (...) a sua restituição em espécie” (fls. 12). Considerando que a demanda foi proposta em novembro de 2000, o acórdão recorrido considerou prescrita a ação, e o fez ao argumento de que “em se tratando de tributo sujeito a homologação, o prazo prescricional para pleitear a compensação da contribuição incidente

sobre a remuneração de autônomos, avulsos e administradores ocorrerá após cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco, a partir da homologação tácita” (fl. 167). Os embargos declaratórios, provocando a questão relacionada com o prazo previsto no art. 45 da Lei 8.212/91, foram rejeitados (fls. 175/8). Interposto recurso especial, a ele foi negado seguimento por decisão monocrática (art. 557, *caput*, do CPC), assim ementada:

“TRIBUTÁRIO, REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO DO STJ, NA APRECIÇÃO DO ERESP 435.835/sc.

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

2. Recurso especial a que se nega seguimento (CPC, art. 557, *caput*)” (fl. 234).

Daí o presente agravo regimental. Alega a agravante, em síntese, que (a) “a ação declaratória é imprescritível” e (b), ainda que assim não fosse, no caso, o prazo prescricional não teria ocorrido porque:

“A r. decisão fundamenta que tratando-se de tributo lançado por homologação, o prazo de 05 (cinco) anos para repetir começa a fluir do término do prazo de 05 (cinco) anos estabelecido para a homologação tácita.

Contudo, no caso específico das contribuições sociais arrecadadas e fiscalizadas pelo INSS, a Lei n° 8.212/1991 dispôs que o prazo para homologação tácita é de 10 (dez) anos:

*Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;*

*(...)' (Lei n° 8.212).*

Desse modo, não obstante o Cód. Tributário Nacional prescrever o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para a homologação tácita, o INSS desconsidera esse prazo, reservando o seu direito de promover a fiscalização no prazo de 10 (dez) anos.

Melhor explicando, o INSS impõe que a homologação tácita de contribuições de sua competência somente ocorre após findo o prazo de 10 (dez) anos, é o que a decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social, a seguir transcrita expressa:

‘Considerando que ao Instituto compete arrecadar e fiscalizar a arrecadação e o recolhimento das

contribuições previdenciárias, nos termos do inciso I do art. 48 do Decreto n° 612/1992;

Considerando que as contribuições previdenciárias sujeitam-se a decadência decenal, nos termos do art. 45 da Lei n. 8.212/91, hipótese que não se verifica no presente caso posto tratar-se de contribuições apuradas a partir da competência 01/89;’ (CRPS n° 4386370).

Assim sendo, uma vez que o INSS considera o prazo de 10 (dez) anos para complementar a homologação tácita, ficando a Agravante nesse período sujeita a fiscalização, se o recolhimento da contribuição social ocorreu em out/1989, o INSS considerou a homologação tácita desse recolhimento em out/1999, iniciando-se daí o prazo de mais cinco anos, nos termos do art. 168,1, do Cód. Tributário Nacional, para o pedido de restituição que findará somente em out/2004, o mesmo se aplicando as competências anteriores mencionadas no pedido jul/1989 e ago/1989.

Portanto, a r. decisão equivocou-se quanto ao prazo de homologação tácita, que no caso das contribuições sociais de competência do INSS, este ente tributante impõe seja de 10 (dez) anos, e conseqüentemente, o prazo de 05 (cinco) anos não fluiu integralmente, merecendo ser afastada a prescrição” (fls. 243/4).

Pleiteia o provimento do agravo, para viabilizar o julgamento recurso especial interposto, que espera seja também conhecido e provido.

É o relatório.

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº  
616.348 - MG (2003/0229004-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 DA LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. Não há, em nosso direito, qualquer disposição normativa assegurando a imprescritibilidade da ação declaratória. A doutrina processual clássica é que assentou o entendimento, baseada em que (a) a prescrição tem como pressuposto necessário a existência de um estado de fato contrário e lesivo ao direito e em que (b) tal pressuposto é inexistente e incompatível com a ação declaratória, cuja natureza é eminentemente preventiva. Entende-se, assim, que a ação declaratória (a) não está sujeita a prazo prescricional quando seu objeto for, simplesmente, juízo de certeza sobre a relação jurídica, quando ainda não transgredido o direito; todavia, (b) não há interesse jurídico em obter tutela declaratória quando, ocorrida a desconformidade entre estado de fato e estado de direito, já se encontra prescrita a ação destinada a obter a correspondente tutela reparatória.

2. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, *b*, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor

sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o art. 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

3. Instauração do incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial (CF, art. 97; CPC, arts. 480-482; RISTJ, art. 200).

VOTO

O EXMº. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI(RELATOR):

1. Não há, em nosso direito, qualquer disposição normativa assegurando a imprescritibilidade da ação declaratória. A tese da imprescritibilidade constitui, na verdade, criação da doutrina processual clássica, baseada no pressuposto de que (a) a prescrição tem como fundamento lógico necessário a ocorrência de lesão ao direito e (b) em ação declaratória, não se cogita de lesão a direito, nem se busca, direta ou indiretamente, qualquer satisfação do direito e muito menos uma prestação ou uma reparação. É nesse contexto, portanto, que a tese deve ser compreendida e aplicada.

Realmente, segundo Chiovenda (a quem se atribui a formulação da doutrina da imprescritibilidade), “o autor que requer uma sentença declaratória não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado, seja que consista na modificação do estado jurídico atual (...);

pleiteia no processo a certeza jurídica e nada mais” (*Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 1, Bookseller, 1998, p. 260). Justamente por isso, a doutrina clássica acentua o caráter tipicamente preventivo das ações declaratórias. Não são lides de dano, mas de probabilidade de dano, dizia Carnellutti (*Derecho Y Proceso*, trad. Santiago Sentis Melendo, Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, vol. I, p. 67). Nessas ações, ensinava Calamandrei, a declaração de certeza refere-se ao preceito primário, “ainda não transgredido, mas incerto”, e não ao mandado sancionatório, que supõe a ocorrência da lesão; é, portanto, ação destinada a “prevenir os atos ilegítimos” e “dar às partes uma regra para sua conduta futura” (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Ed. Bibliográfica Argentina, 1945, vol. I, p. 152/3 e 168). Assim, segundo os padrões tradicionais, nas lides que fazem surgir interesse de mera declaração fica caracterizado o caráter preventivo da correspondente tutela jurisdicional. Sua origem está, não no descumprimento da obrigação, mas sim na dúvida a respeito da existência da relação jurídica, ou do seu modo de ser ou, quem sabe, do conteúdo da prestação ou da sanção que, no futuro, poderá ser exigida.

Ora, esclarecia Chiovenda, “de ordinário no hay prescripción donde no hay un estado de hecho, en sentido estricto, diverso de aquel que corresponde al derecho, a consolidar, o un estado jurídico imperfecto a sanar (...) Así se comprende también por qué las acciones de declaración de

mera certeza son imprescriptibles” (*Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol 1, Bosch y Cia. Editores, 1949, p. 32). O mesmo raciocínio veio em outro de seus textos: “Há, todavia, ações imprescritíveis. Assim, (...) em geral as ações de mera declaração, porquanto não se destinam a fazer cessar um estado de fato contrário, em sentido próprio, mas a declarar qual é o estado de fato conforme ao direito, fazendo cessar a propósito o estado de incerteza (...). No silêncio da lei deve reputar-se imprescritível, ou não, uma ação, consoante se proponha ou não fazer cessar um estado de fato contrário ao direito ou um estado jurídico viciado (por exemplo, por vício da vontade, de forma ou outro)” (*Instituições, cit.*, p. 50).

Foi nesse ambiente que a tese da imprescritibilidade da ação declaratória aportou em nosso sistema. Ilustrativa, no particular, a resenha de Agnelo Amorin Filho, em texto publicado em 1960, (*Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, Revista dos Tribunais, vol. 300, out./1960, p. 7-37), segundo a qual “os vários autores que se dedicaram à análise do termo inicial da prescrição fixam esse termo, sem discrepância, no nascimento da ação (*actio nata*), determinado, tal nascimento, pela violação de um direito. Savigny, por exemplo, no capítulo da sua monumental obra dedicada ao estudo das condições da prescrição inclui, em primeiro lugar, a *actio nata*, e acentua que esta se caracteriza por dois elementos: a) existência de um direito atual, suscetível de ser reclamado

em juízo; e b) violação desse direito (...) Opinando no mesmo sentido, podem ser citados vários outros autores, todos mencionando aquelas duas circunstâncias, que devem ficar bem acentuadas (o nascimento da ação como termo inicial da prescrição, e a lesão ou violação de um direito como fato gerador da ação): De Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, v. 1º, p. 324-5; Carpenter, *Da Prescrição*, p. 269 da 1ª ed.; Von Tuhr, *Derecho Civil*, v. 3º, tomo 2º, p. 202, da trad. cast.; Ennecerus-Kipp e Wolf, *Tratado de Derecho Civil*, tomo 1º, v. 2º, p. 510 da trad. cast; Ebert Chamoun, *Instituições de Direito Romano*, p. 68; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. VI, p. 114; Lehmann, *Tratado de Derecho Civil*, v. 1º, p. 510, da trad.castelhana” (p. 18-9). “Desse modo”, prossegue Agnelo Amorin Filho, “fixada a noção de que a violação do direito e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos formulada por Chiovenda, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria (isto é, os ‘direitos a uma prestação’), conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, conforme ficou amplamente demonstrado. (...) Por via de consequência, chegar-se-á, então, a uma segunda conclusão importante: só as ações condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos suscetíveis de lesão, isto é, os da primeira categoria da classificação

de Chiovenda” (p. 19-20). E conclui o mesmo autor, mais adiante: “Ora, as ações declaratórias nem são meio de proteção ou restauração de direitos lesados, nem são, tampouco, meio de exercício de quaisquer direitos (criação, modificação ou extinção de um estado jurídico) (...). Daí é fácil concluir que o conceito de ação declaratória é visceralmente inconciliável com os institutos da prescrição e da decadência: as ações desta espécie não estão, e nem podem estar, ligadas a prazos prescricionais ou decadenciais. Realmente, como já vimos, o objetivo da prescrição é liberar o sujeito passivo de uma prestação, e o da decadência, o de liberá-lo da possibilidade de sofrer uma sujeição. Ora, se as ações declaratória não têm o efeito de realizar uma prestação, nem tampouco o de criar um estado de sujeição, como ligar essas ações a qualquer dos dois institutos em análise?” (p. 25-6).

Compreensível, portanto, à luz de tais padrões clássicos, a doutrina da imprescritibilidade da ação declaratória. Entretanto, é importante dar à tese os seus adequados limites, a fim de torná-la compatível com o atual sistema processual brasileiro. Como se sabe, o Código de 1973, no parágrafo único do art. 4º, traz dispositivo segundo o qual “é admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito”. Ao assim estabelecer, dá ensejo a que a sentença, agora, possa fazer juízo, não apenas sobre o “mandado primário ainda não transgredido”, como restringia a doutrina clássica, mas também sobre o do “mandado sancionatório”, permitindo

juízo de definição inclusive a respeito da *exigibilidade* da prestação devida. Isso representa, sem dúvida, um comprometimento do padrão clássico de tutela puramente declaratória (especialmente com seu caráter de tutela tipicamente preventiva), circunstância que não pode ser desconsiderada pelo intérprete do Código. Quando isso ocorre (ou seja, quando a ação declaratória diz respeito à relação jurídica decorrente de lesão a direito, ou de descumprimento da obrigação ou de outro qualquer estado de fato desconforme ao direito), é insustentável a tese da imprescritibilidade. Ocorrida a lesão, desencadeia-se o curso de prazo prescricional da ação, qualquer que seja a natureza da pretensão que nela se formula. Nosso atual Código Civil traz esse enunciado de modo expresso, em seu art. 189: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Aliás, essa circunstância não passou despercebida nem mesmo para a doutrina clássica, valendo repetir o que escreveu Chiovenda: “No silêncio da lei deve reputar-se imprescritível, ou não, uma ação, consoante se proponha ou não fazer cessar um estado de fato contrário ao direito ou um estado jurídico viciado (por exemplo, por vício da vontade, de forma ou outro)” (*Instituições, cit.*, p. 50). Conforme referiu Agnelo Amorin Filho, levando em consideração a possibilidade de ação declaratória ter por objeto direitos “de uma das outras duas categorias de ações (condenatórias ou constitutivas) (...) acentuam Chio-

venda (*Ensayos de derecho procesal civil*, 1/129 da trad. cast.) e Ferrara (*A simulação dos negócios jurídicos*, p. 458 da trad. port.), que quando a ação condenatória está prescrita, não é razão para se considerar também prescrita a correspondente ação declaratória, e sim para se considerar que falta o interesse de ação para a declaração para a declaração da certeza” (*op. cit.*, p. 26).

Em suma, a tese da imprescritibilidade deve ser compreendida nos seguintes termos: a ação declaratória não está sujeita a prazo prescricional se o seu objeto for, simplesmente, juízo de certeza sobre a relação jurídica, quando ainda não transgredido o direito. Todavia, não há interesse jurídico em obter tutela declaratória quando, ocorrida a violação (= a desconformidade entre estado de fato e estado de direito), já se encontra prescrita a ação destinada a obter a correspondente tutela reparatória.

Esse é também o posicionamento histórico da nossa jurisprudência: “Processual Civil. Ação declaratória. Imprescritibilidade. Prescrição da ação condenatória fundada na mesma relação jurídica. Falta de interesse de agir.

Tributário. Estímulos fiscais. Decreto-Lei nº 491, de 5.3.69, arts. 1º e 5º. Inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.724, de 7.12.1979.

I - Firmado o princípio da imprescritibilidade da declaratória, prescrita a ação condenatória fundada na mesma relação jurídica cuja declaração se pretende, resulta faltar à parte interesse de agir para a declaratória. Prescrição, no caso, não caracterizada.

II - (RTFR 144/221, Apelação Cível 109.896-DF, 4ª Turma, TFR, 3.12.86)

“Declaratória. Interesse de agir - Falta - Direito a futura ação condenatória prescrito - Carência de ação - Recurso não provido.

(...)

Ensina Celso Agrícola Barbi em *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I, v. 1/87-88 que: Autores de nomeada, como Chiovenda, Liebman e Ferrara fizeram essa afirmação (da imprescritibilidade da ação declaratória), mas sem pretenderem afirmar que qualquer ação declaratória possa prosperar com independência da questão da prescrição. Mais adiante continua: ‘Firmado o princípio da imprescritibilidade, nota-se que o problema é transferido para outro campo, qual seja, o do interesse de agir’. Seguindo aí a lição transcrita na respeitável sentença recomendando a proclamação da falta de interesse de agir quando para efeito de ação condenatória o direito já estiver prescrito, hipótese em que a declaratória deixaria de ter finalidade útil, e foi exatamente o que reconheceu o MM. Juiz sentenciante (...)” (RJTJESP 109/70 - Apelação Cível 83.424, 3ª Câmara Cível, TJ/SP, 28.4.87).

“Processual civil. A ação declaratória e a pretensão prescrita. Se a eficácia da pretensão prescrita encontra-se peremptoriamente encoberta, não adianta declarar a sua existência somente por declarar, pois a ação declaratória corre a mesma sorte da relação de direito material. O tempo e o trabalho dos órgãos jurisdicionais não devem ser gastos quando a sua

atividade não for necessária à proteção do direito.” (RTFR 135/103, Apelação Cível 80.221-RJ, 2º Turma, TFR, 10.12.85.)

Em linha assemelhada é a jurisprudência atual do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO  
- CONTRIBUIÇÃO PARA A PREVIDÊNCIA SOCIAL URBANA - TRABALHADOR RURAL - INCIDÊNCIA - AÇÃO DECLARATÓRIA - CONTEÚDO CONDENATÓRIO  
- CONSTITUTIVO - PRESCRIÇÃO.

A ação visando à declaração de inexistência de relação jurídico-tributária consistente na inexigibilidade do pagamento de contribuições à previdência social urbana não tem conteúdo meramente declaratório.

A ação declaratória pura é imprescritível, mas quando ela é também condenatória-constitutiva, está sujeita a prescrição.

Embargos parcialmente conhecidos e, nesta parte, rejeitados” (ERESP 235.364, 1ª Seção, Min. Rei. Garcia Vieira, DJ de 19.08.2002).

“PROCESSUAL CIVIL - ACÓRDÃO PARADIGMA - PRECEDENTES - PRESCRIÇÃO  
- NATUREZA DA AÇÃO.

(*omissis*)

2. Ação declaratória pura é imprescritível, mas quando também há pretensão condenatória, restituição do indevido, sujeita-se ao fenômeno da prescrição.

3. Embargos de divergência acolhidos”. (ERESP 96.560/AL, 1ª Seção, Rei. Min. Eliana Calmon, DJ de 25.2.2004).

No caso concreto, depreende-se da causa de pedir que a relação jurídica creditícia a ser reconhecida decorre de um estado de fato contrário ao direito,



ou seja, a ocorrência de um indevido pagamento de tributo. A ação, portanto, não é tipicamente declaratória. Ademais, há nela, cumuladas, pretensões de natureza reparatória (compensação de crédito ou restituição de valores). Cabível, destarte, como fez o demandado, invocar a prescrição dessas pretensões, como elemento para afastar o interesse de agir pela via declaratória.

2. Cumpre, assim, enfrentar a segunda questão trazida pela agravante, que diz respeito ao termo inicial do prazo prescricional da ação de repetição de indébito de contribuições para a seguridade social. Segundo afirmado na decisão recorrida, a jurisprudência da 1ª Seção é firme no sentido de que, quando se trata de repetir tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a repetição de indébito (de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN), tem início, não na data do indevido pagamento, mas na data em que ocorreu o lançamento definitivo (expresso ou tácito) do tributo. Ora, no caso concreto, não tendo ocorrido lançamento expresso, questiona-se em que prazo veio ele a ocorrer de forma tácita, marco inicial de contagem da prescrição da pretensão restitutória. Segundo a decisão embargada, o lançamento tácito se deu no prazo de cinco anos, nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Mas a recorrente sustenta que, em se tratando de contribuição para a seguridade social, o prazo é de dez anos, conforme estabelece o art. 45 da Lei 8.212, de 1991, a saber:

“Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos

extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.”

Mantenho o entendimento da decisão agravada, já que o art. 45, acima transcrito, padece de insuperável inconstitucionalidade formal. Com efeito, no regime da Constituição de 1988, as contribuições sociais, entre as quais as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm natureza tributária. A doutrina, praticamente unânime nesse sentido (Geraldo Ataliba, *Hipótese de incidência tributária*, Malheiros, 1996, p. 116; Ives Gandra da Silva Martins, *As contribuições no sistema tributário brasileiro*, coord. Hugo de Brito Machado, Dialética, 2003, p. 339; Wagner Balera, *As contribuições no sistema tributário brasileiro*, coord. Hugo de Brito Machado, Dialética, 2003, p. 563; Hugo de Brito Machado, *Curso de Direito Tributário*, 18. ed., Malheiros, 2000, p. 339; Roque Antonio Carazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 19. ed., Malheiros, 2003, p. 461; José Eduardo Soares de Melo, *Contribuições sociais no sistema tributário*, 3. ed., Malheiros, 2000, p. 72), ganhou a chancela da jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURÍDICAS. LEI 7.689/88. Não é inconstitucional a instituição da contribuição social

sobre o lucro das pessoas jurídicas, cuja natureza é tributária. Constitucionalidade dos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 7.689/88. Refutação dos diferentes argumentos com que se pretende sustentar a inconstitucionalidade desses dispositivos legais. (...)” (RE 146733-6/SP, Tribunal Pleno, Min. Moreira Alves, DJ de 6.11.1992)

“Imunidade tributária. Contribuições para o financiamento da seguridade social. Sua natureza jurídica. Sendo as contribuições para o FINSOCIAL modalidade de tributo que não se enquadra na de imposto, segundo o entendimento desta Corte em face do sistema tributário da atual Constituição, não estão elas abrangidas pela imunidade tributária prevista no art. 150, VI, d, dessa Carta Magna, porquanto tal imunidade só diz respeito a impostos. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 141715-3/PE, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ 25.8.95)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91. EMPRESA DE MINERAÇÃO. ISENÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. DEFICIÊNCIA NO TRASLADO. SÚMULA 288. AGRAVO IMPROVIDO. 1. As contribuições sociais da seguridade social previstas no art. 195 da Constituição Federal que foram incluídas no capítulo do Sistema Tributário Nacional, poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b, do Sistema Tributário, posto que excluídas do regime dos

tributos. 2. Sendo as contribuições sociais modalidades de tributo que não se enquadram na de imposto, e por isso não estão elas abrangidas pela limitação constitucional inserida no art. 155, § 3º, da Constituição Federal. 3. Deficiência no traslado. A ausência da certidão de publicação do aresto recorrido. Peça essencial para se aferir a tempestividade do recurso interposto e inadmitido. Incidência da Súmula 288.

Agravo regimental improvido.” (AI 174540 AgR/AP, 2ª T., Min. Maurício Corrêa, DJ 26.4.96)

Ao votar no RE 146733-6/SP, o Min. Moreira Alves, relator, observou:

“Sendo, pois, a contribuição instituída pela Lei 7.689/88 verdadeiramente contribuição social destinada ao financiamento da seguridade social, com base no inciso I do art. 195 da Carta Magna, segue-se a questão de saber se essa contribuição tem, ou não, natureza tributária em face dos textos constitucionais em vigor. Perante a Constituição de 1988, não tenho dúvida em manifestar-me afirmativamente.”

Pois bem, afirmada a natureza tributária da contribuição social, está ela, inquestionavelmente, sujeita ao que dispõe o art. 146, III, b, da CF:

“Art. 146. Cabe à lei complementar: (...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”.

Não há dúvida, portanto, que a matéria disciplinada no art. 45 da Lei

8.212/91 (bem como no seu art. 46, que aqui não está em causa) somente poderia ser tratada por lei complementar, e não por lei ordinária, como o foi. Poder-se-ia argumentar que o dispositivo não tratou de “normas gerais” sobre decadência, já que simplesmente estabeleceu um prazo. É o que defende Roque Antonio Carazza (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, 19. ed., Malheiros, 2003, p. 816-7), para quem “a lei complementar, ao regular a prescrição e a decadência tributárias, deverá limitar-se a apontar diretrizes e regras gerais. Não poderá, por um lado, abolir os institutos em tela (que foram expressamente mencionados na Carta Suprema) nem, por outro, descer a detalhes, atropelando a autonomia das pessoas políticas tributantes (...) Não é dado, porém, a esta mesma lei complementar entrar na chamada ‘economia interna’, vale dizer, nos assuntos de peculiar interesse das pessoas políticas (...) Eis por que, segundo pensamos, a fixação dos prazos prescricionais e decadenciais dependem de lei da própria entidade tributante. Não de lei complementar. Nesse sentido, os arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional, enquanto fixam prazos decadenciais e prescricionais, tratam de matéria reservada à lei ordinária de cada pessoa política. Portanto, nada impede que uma lei ordinária federal fixe novos prazos prescricionais e decadenciais para um tipo de tributo federal. No caso, para as ‘contribuições previdenciárias’”.

Acolher esse argumento, todavia, importa, na prática, retirar a própria

substância do preceito constitucional. É que estabelecer “normas gerais (...) sobre (...) prescrição e decadência” significa, necessariamente, dispor sobre prazos, nada mais. Se, conforme se reconhece, a abolição desses institutos não é viável nem mesmo por lei complementar, outra matéria não poderia estar contida nessa cláusula constitucional que não a relativa a prazos (seu período e suas causas suspensivas e interruptivas).

Tem-se presente, portanto, no art. 45 da Lei 8.212, de 1991, inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 146, III, b, da Carta Magna. Sendo inconstitucional, o dispositivo não operou a revogação da legislação anterior, nomeadamente os arts. 150, § 4º e 173 do Código Tributário Nacional, que fixam em cinco anos o prazo de decadência para o lançamento de tributos.

3. Nas circunstâncias do caso, o enfrentamento da questão constitucional é indispensável para o julgamento do recurso. Não há como manter a decisão recorrida sem afastar a incidência do art. 45 da Lei 8.212/91, e não há outro modo de afastá-la senão pela declaração de sua inconstitucionalidade. Conforme já decidiu o STF, “a declaração de inconstitucionalidade de norma *incidenter tantum*, e, portanto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o juiz ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida por inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica *incidenter*

*tantum* quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por Tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro” (RE 179.170, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 30.10.98).

4. Ante o exposto, reconhecido o vício de inconstitucionalidade formal do preceito normativo acima referido, proponho seja suscitado o respectivo incidente perante a Corte Especial (CF, art. 97; CPC, art. 480-482 do CPC), procedendo-se na forma estabelecida no art. 200 do Regimento Interno. É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA TURMA

AgRg

Número Registro: 2003/O229004-O  
RESP 616348 / MG

Número Origem: 200038000408207

EM MESA

JULGADO: 14/12/2004Relator

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGARIOS

Secretária

Bela. MARIA DO SOCORRO MELO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: COMPANHIA MATERIAIS  
SULFUROSOS - MATSULFUR

ADVOGADO: CLÁUDIA HORTA DE QUEIROZ E OUTROS

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO  
SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ANDRÉ GUSTAVO B. MOTA  
E OUTROS

ASSUNTO: TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO  
- SOCIAL - PREVIDENCIÁRIA - VERBA  
REMUNERATÓRIA

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: COMPANHIA MATERIAIS  
SULFUROSOS - MATSULFUR

ADVOGADO: CLÁUDIA HORTA DE QUEIROZ E OUTROS

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO  
SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ANDRÉ GUSTAVO B. MOTA  
E OUTROS

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, acolheu a arguição de inconstitucionalidade, determinando a instauração do incidente perante a Corte Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Denise Arruda e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília, 14 de dezembro de 2004

MARIA DO SOCORRO MELO

Secretária

(Ementa publicada no DJU de  
14.2.2005, p. 143).

## DESPACHOS

### IMUNIDADE. ENTIDADE BENEFICENTE. VENDA DE BENS POR ELA PRODUZIDOS. RECONHECIMENTO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.

295.072-6

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

RECTE.(S): INST. BENEFICENTE LAR DE  
MARIA

ADV.(A/S): MARCOS FERREIRA DA SILVA  
E OUTROS

RECD.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): PGE-SP - JOSÉ MAURÍCIO

CAMARGO DE LAET E OUTROS

DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que não reconheceu a imunidade tributária de entidade beneficente, relativa a tributo incidente sobre bens por ela produzidos.

2. Examinando questão idêntica, o Plenário, ao julgar os embargos de divergência no RE nº 210.251 (relator para o acórdão Ministro GILMAR MENDES, DJ de 28.11.2003), “reconheceu que a imunidade tributária prevista pelo art. 150, VI, c, da Constituição Federal, abrange o ICMS sobre comercialização de bens produzidos por entidade beneficente”. Naquela ocasião, assentou-se que “o objetivo da referida norma constitucional é assegurar que as rendas oriundas das atividades que mantêm as entidades filantrópicas sejam desoneradas exatamente para se viabilizar a aplicação e desenvolvimento dessas atividades, e que a cobrança do referido imposto desfalaria o

patrimônio, diminuiria a eficiência dos serviços e a integral aplicação das rendas de tais entidades” (Boletim Informativo n. 299, p. 1).

Afastou-se, na oportunidade, o argumento de que o verdadeiro destinatário da imunidade seria apenas o consumidor final, que é quem arca de fato com o tributo, e não a entidade beneficente, que não seria afetada de forma alguma pelo recolhimento do ICMS.

3. Adotando, pois, os fundamentos dos precedentes e valendo-me do disposto nos arts. 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei 8.038/90, e 557 do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário para julgar procedente o pedido formulado nos embargos à execução, invertidos os ônus da sucumbência.

Publique-se. Int.

Brasília, 01 de fevereiro de 2005.

Ministro CEZAR PELUSO

Relator

(Despacho publicado no DJU 2.3.2005, p. 66).

### COFINS. LEI Nº 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. RECEITA BRUTA. VIOLAÇÃO AO ART. 110 DO CTN.

RECURSO ESPECIAL Nº 706.555 - MS  
(2004/0169548-5)

RELATOR: MINISTRO FRANCIULLI NETTO

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: ROSA METTIFOGO E OUTROS

RECORRIDO: COMÉRCIO DE BEBIDAS GR AN

DOURADOS LTDA

ADVOGADO: INIO ROBERTO COALHO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL - COFINS - LEI N.  
9.718/98 - CONCEITO DE FATURAMENTO

- BASE DE CÁLCULO - ALTERAÇÃO DE CONCEITO DE DIREITO PRIVADO - FATURAMENTO EQUIVALE À RECEITA BRUTA COMO PRODUTO DAS VENDAS DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - SEGUIMENTO NEGADO.

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal, contra v. acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que firmou entendimento segundo o qual “a lei tributária não pode desnaturar os institutos colhidos do direito privado (art. 110, CTN)” (fl. 155).

Alega a recorrente violação do 3º da Lei n. 9.718/98 e 110 do CTN, além de divergência jurisprudencial.

É o relatório.

Primeiramente, registre-se que a matéria trazida para deslinde encontra-se hospedada em fundamentos constitucionais e infraconstitucionais.

É cediço que à luz da competência constitucional cabe a este colendo Superior Tribunal de Justiça examinar o tema sob o prisma eminentemente infraconstitucional.

No intuito de melhor analisar a controvérsia, é de bom conselho trazer à colação os dispositivos legais relativos à matéria. Permita-se reproduzir o art. 195 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998: “Art. 195 - A seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenien-

tes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes 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; receita ou o faturamento; o lucro.”

O art. 2º da Lei n. 9.718/98 dispõe que “as contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento”, o qual “corresponde à receita bruta da pessoa jurídica”, nos termos do art. 3º da referida Lei.

A Lei n. 9.718/98 estabelece, ainda, em seu art. 3º, § 1º, que receita bruta deve ser entendida como “a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”.

O art. 110 do Código Tributário Nacional, que preconiza a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado. A Lei n. 9.718/98 alterou o conceito de faturamento ao equipará-lo à receita bruta, na forma prevista no art. 3º, § 1º, ao incluir também outras receitas além das providas do faturamento.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 150.755/PE, Relator para acórdão Min.

Sepúlveda Pertence, DJ 22.10.93, equiparou os conceitos de faturamento e receita bruta como base de cálculo do PIS e da COFINS, considerada esta como estabelecida no Decreto-lei n. 2.397/87, art. 22, “a”, ou seja, receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

A Suprema Corte corroborou esse pensar ao apreciar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.1-I/DF, in DOU de 16.06.95. Vale, por oportuno, transcrever trecho do abalizado voto do eminente Ministro Moreira Alves sobre a matéria:

“Note-se que a Lei Complementar n. 70/91, ao considerar o faturamento como ‘a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e serviços de qualquer natureza’ nada mais fez do que lhe dar a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o eminente Ministro limar Galvão, no voto que proferiu no RE 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços ‘coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas as vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei n. 187/36)’”.

Verifica-se, portanto, que, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça, o faturamento é sinônimo de receita bruta, sendo esta o resultado da venda de bens e serviços. A Lei n. 9.718/98, contudo, ampliou o conceito de faturamento ao equipará-lo à

totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, com as exclusões do § 2º do art. 3º, *in verbis*:

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

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

II - as reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo curso de aquisição, que tenham sido computados como receita;

III - os valores que, computados como receita, tenha sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo;

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.”

Dessa maneira, o resultado das operações financeiras, por exemplo, não está incluído no conceito de faturamento, mas não consta do rol de exclusões acima transcrito, de modo que se torna inequívoca a ampliação da base de cálculo na forma como prevista na Lei n. 9.718/98.

Assim, a Lei n. 9.718/98, ao estender o conceito de faturamento para todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente da classificação contábil, incluiu outras receitas além daquelas advindas de vendas e serviços, circunstância a evidenciar afronta do disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional.

A propósito, nessa linha, cumpre trazer à colação a ementa do RESP 501.628-SC, relatado pela doutra Ministra Eliana Calmon, DJ 24/5/2004: “TRIBUTÁRIO - PIS - COFINS - LEI 9.718/98 - RECURSO ESPECIAL: FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL - ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FATURAMENTO - VIOLAÇÃO AO ART. 110 DO CTN.

1. (...)

2. A Lei 9.718/98, buscando tributar outras receitas além daquelas representativas da atividade operacional da empresa, criou novo conceito para o termo ‘faturamento’, afrontando, assim, o art. 110 do CTN.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.”

No mesmo sentido, confira-se o REsp 617.642/PE, da relatoria deste Magistrado, j. em 3.8.2004.

Cumpra asseverar, por fim, que a incidência da COFINS ou do PIS sobre o resultado das operações financeiras implicaria em verdadeiro *bis in idem*. O sistema não se compraz com a superposição de cobrança de impostos, sob a assertiva de que as hipóteses de incidência são distintas, pois há de prevalecer a incongruência de cobrança de impostos ou contribuições em escala piramidal.

Ante o exposto, com arrimo no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso especial.

P. ei.

Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2005.

MINISTRO FRANCIULLI NETTO, Relator (Despacho publicado no DJU de 2.3.2005, p. 285).

IMPOSTO DE RENDA. TABELA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO IMPÔ-LA.

Recurso Extraordinário 393.349-3  
 Proced.: Minas Gerais

Recte.(s): Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Crédito e Financiamentos de Divinópolis e Região

Adv.(a/s): Gláucia da Silva Borges e outro(a/s)

Recdo.(a/s): União

Adv.(a/s): PFN - Cívara Ribeiro Silva Kichel

DECISÃO: RE, a, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO, IMPOSTO DE RENDA, CORREÇÃO DA TABELA. LEI Nº 9250/95. MATÉRIA DE RESERVA LEGAL. PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DO NÃO CONFISCO. 1. A correção das tabelas do imposto de renda e das respectivas deduções é matéria de reserva legal. Não pode o Judiciário, que não tem função legislativa, estabelecer regras a esse respeito. 2. A não atualização da tabela do imposto de renda não configura, por si só,



ofensa aos princípios da capacidade contributiva e do não-confisco. 3. Apelação improvida.”

Alega-se violação aos arts. 146, III, a, e 150, II e IV, da Constituição Federal.

O art. 146, III, a, da Constituição Federal em nenhum momento foi analisado pelo acórdão recorrido e nem foi objeto de embargos de declaração opostos: incidem as Súmulas 282 e 356.

Ademais, correto o Tribunal *a quo*; não havendo previsão legal de correção monetária, está vedado ao Poder Judiciário impô-la, nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte, *v.g.* RREE 291.487, Moreira Alves, 1ª T, DJ 26.10.2001; 309.381-AgR, Ellen Gracie, 2ª T, DJ 06.08.2004; 344.671-AgR, Maurício Corrêa, 2ª T, DJ 26.10.2001.

Nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, *caput*, C.Pr.Civil). Brasília, 1º de dezembro de 2004.

Ministro Sepúlveda Pertence

Relator

(Despacho publicado no DJU de 03.02.2005, p. 93).

**CSSL. RECEITAS ORIUNDAS DE EXPORTAÇÃO. IMUNIDADE. ABRANGÊNCIA. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO.**

PROC.: 2004.03.00.066356-9 AGA 223211

ORIG.: 200461000285104/SP

AGRTE: ITAUTEC COM. SERV. S/A GRUPO ITAUTEC PHILCO E OUTROS

ADV.: MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR AGRDO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV.: HUMBERTO GOUVEIA E VALDIR SERAFIM

ORIGEM: JUÍZO FED. DA 3ª VARA SÃO PAULO SEC JUD SP

RELATOR: DES. FED. MÁRCIO MORAES / 3ª TURMA

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Itautec Com. Serviços S/A - Grupo Itautec Philco e outros, em face de decisão que, em ação ordinária objetivando afastar a exigência da contribuição social sobre lucro líquido - CSLL, sobre as receitas advindas de exportação, indeferiu a antecipação da tutela pleiteada.

O MM. Juízo *a quo* entendeu que a imunidade firmada pela Emenda Constitucional nº 33/2001, que incidiu o § 2º, inciso I ao seu art. 149, não abrange a CSLL, pois o fundamento constitucional desta contribuição não é o art. referido, mas sim o art. 195 da Carta Magna.

Alegam as agravantes, em síntese, que: i) a CSLL, contribuição para a seguridade social prevista no art. 195 da CF/1988, é espécie a que alude o art. 149 da Carta Magna, devendo ser a ela aplicadas as normas princípios gerais inerentes a todas as contribuições sociais; ii) o lucro nada mais é do que uma receita depurada, após extirpados os valores relativos às despesas, razão pela qual devem ser abatidas as receitas decorrentes de exportação na apuração do lucro, para efeito de incidência da CSLL, em decorrência da imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição; iii) à norma imunizante não se aplicam as disposições do art. 111 do CTN, cujo teor determina a interpretação literal das normas concessoras de isenção.

Requer a antecipação da tutela recursal, reformando-se a decisão agravada.

Aprecio.

Neste primeiro e provisório exame inerente ao momento processual, vislumbro a presença dos pressupostos necessários à concessão do efeito pleiteado, previstos no art. 558 do CPC. Vejamos.

Pretende a agravante estender a regra imunizante de que trata o inc. I, do § 2º, do art. 149 da Constituição Federal, acrescentado pela EC nº 33/2001, à CSLL, mediante o abatimento do lucro obtido com as operações de exportação de sua base de cálculo.

Vejamos o que dispõem os dispositivos constitucionais referidos.

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos art. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 2º. As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I. não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação.

A Constituição vigente estampou genericamente em seu art. 149 todas as contribuições, que podem ser classificadas em três espécies: contribuições sociais (inclusive as prescritas no art. 195), contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições de categorias profissionais ou econômicas (corporativas).

A regra imunizante prevista no inciso I do § 2º do art. 149 da Constituição, deve ser interpretada de

forma ampla, conferindo-lhe a maior eficácia possível, razão pela qual tem o condão de cobrir a incidência de qualquer contribuição social sobre as receitas decorrentes de exportação.

A controvérsia a ser enfrentada, portanto, diz respeito à base de cálculo da CSLL: o lucro. É certo que o conceito de “lucro” não é o mesmo de “receita”, dentro da acepção econômica dos termos. Entretanto, o termo “receita” aplicado na Constituição deve ser interpretado de maneira mais ampla, de forma a considerar o lucro uma modalidade qualificada dela.

A respeito do tema, Roque Antonio Carrazza e Eduardo Botallo lecionam que “as diferenças entre receita e lucro, conquanto existam, não sustentam a assertiva de que se estaria diante de realidades reciprocamente excludentes. Isto porque, a receita não exclui o lucro, e vice-versa. Assim, há perfeita compatibilidade entre estes dois conceitos, já que o lucro - sob os ângulos econômicos, contábil e, sobretudo, tributário - nada mais é do que a receita depurada, isto é, a receita que teve expungidos os custos e despesas necessários à sua obtenção.” (*Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 91, p. 109/115).

Portanto, sendo o lucro uma parcela que está contida no conceito amplo de “receita”, entendo ser possível o cômputo da base de cálculo da CSLL com a exclusão dos lucros advindos das operações de exportação, a fim de assegurar a aplicação da imunidade constitucional em tela.

Neste sentido destaco, a seguir, julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quinta Região:

“TRIBUTÁRIO, CSSL. BASE DE CÁLCULO. RECEITAS ORIUNDAS DE EXPORTAÇÃO.

As receitas decorrentes de exportação não compõem a base de cálculo da CSSL. Inteligência do art. 149, § 2º, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 33/01. Precedente da Turma”. (Terceira Turma, AG nº 2004.05.00.013212-0, Rei. Des. Fed. Ridalvo Costa, j. 9.9.2004, v.u., DJ 8.10.2004)

Ante o exposto, defiro a antecipação da tutela recursal, para suspender a exigibilidade da CSSL incidente sobre os lucros auferidos pela agravante a partir das receitas decorrentes de operações de exportação.

Publique-se. Intimem-se, inclusive a agravada para contraminutar.

Após, ao Ministério Federal.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2005.

MÁRCIO MORAES

Desembargador Federal Relator  
(Despacho publicado no DJU II de 7.2.2005, p. 305-6).

PROCESSO ADMINISTRATIVO.  
RECURSO SEM EFEITO SUSPEN-  
SIVO. LEI Nº 9.784/99, ART. 61.  
CTN. ART. 151, III. HIERARQUIA.

PROC.: 2005.03.00.005265-2 AG

227752

ORIG.: 200461 140079057/SP

AGRTE: STARSEG SEGURANÇA EMPRE-  
SARIAL LTDA.

ADV: MARCO ANTONIO VAEQUEZ RODRIGUEZ

AGRDO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NA-  
CIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX E SÉR-  
GIO A. G. P. SOUZA

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE  
S. B. DO CAMPO SP

RELATOR: DES. FED. LAZARANO NETO /  
SEXTA TURMA

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por STARSEG - SEGURANÇA EMPRESARIAL LTDA. Contra decisão do Juízo Federal da 3ª Vara de São Bernardo do Campo/SP que, em mandado de segurança, deferiu parcialmente a medida liminar, para determinar o recebimento de recurso administrativo pela autoridade dita coatora, mas sem efeito suspensivo, nos termos da Lei 9784/99, art. 61. Alega a agravante, em síntese, que o inciso III, do art. 151, do CTN, confere às reclamações e aos recursos administrativos a eficácia suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, devendo prevalecer sobre o art. 61, da Lei 9784/99, haja vista sua hierarquia de Lei Complementar. Sustenta, ainda, que o mencionado art. 61, da Lei 9784 remete à disposição legal em contrário, a possibilidade de concessão de efeito suspensivo aos recursos administrativos, sendo que a disposição lega em contrário é, justamente, o art. 151, do CTN e que não haveria lógica a previsão no sentido de que meras reclamações sejam dotadas de efeito suspensivo, e não se atribuir tal eficácia aos recursos. Defende, outrossim, seu direito à obtenção de certidão negativa de débito, enquanto não definitivamente constituído o crédito tributário pela homologação do lançamento. Por fim, aponta potencial violação ao inciso LIV, do art. 5º, da CF.

Após breve relatório, decido.

Em uma análise primária, diviso os requisitos autorizados da concessão da antecipação da tutela recursal de

que trata o art. 527, inciso III, do Código de Processo Civil.

Com efeito, assim dispõe o art. 151, III, do CTN:

“Art. 151. Suspendeu a exigibilidade do crédito tributário:

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.”  
 Ante à peremptoriedade do comando supra, vê-se que os recursos e as reclamações administrativas, uma vez interpostos, suspenderão, necessariamente, a exigibilidade do crédito tributário, remetendo-se à legislação reguladora do processo administrativo tributário, unicamente, a regulamentação da aplicação desse efeito suspensivo mas, em hipótese alguma, a possibilidade de sua denegação.

Por outro lado, é de se salientar que a Lei 9784/99 trata, em caráter genérico, do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ressaltando de forma explícita, em seu art. 61, que os recursos administrativos não serão dotados de efeito suspensivo, salvo disposição legal em contrário.

Ora, no caso concreto, há norma específica a tratar da eficácia recursal em sede de processo administrativo tributário, qual seja, o art. 151, III, do CTN.

Sendo certo, ademais, que a norma geral não tem o condão de revogar a especial (LICC, art. 2º, § 2º), mormente porque o CTN ocupa hierarquia de Lei Complementar, não podendo ser modificado por meio de Lei Ordinária, impede reconhecer que o recurso administrativo interposto pela ora

agravante há de ser recebido pela d. autoridade administrativa com efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário discutido.

Isto posto, concedo o efeito suspensivo pretendido.

Comunique-se.

Intime-se a agravada para os fins do art. 527, inciso V, do CPC.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2005.

LAZARANO NETO

Desembargador Federal

Relator

(Despacho publicado no DJU II de 23.02.2005, p. 299).

**ISS. LOCAÇÃO DE AUTOMÓVEL. NÃO-INCIDÊNCIA. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO JÁ ADMITIDO NA ORIGEM.**

AÇÃO CAUTELAR N. 661-9

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

REQTE.(S): LOCALIZA RENT A CAR S/A E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): HAMILTON DIAS DE SOUZA E OUTRO(A/S)

REQD0.(A/S): MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

ADV.(A/S): HERCÍLIA MARIA PORTELA PROCÓPIO FRIGO

DECISÃO: Trata-se de “medida cautelar”, com pedido de provimento liminar, na qual se busca atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto contra decisão, que, proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, acha-se

consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 85):

“ISSQN. Incidência sobre locação de veículos automotores. Legitimidade da exigência. Decreto-lei nº 406/68 e Lei municipal nº 5.641/89 Item 79 da Lista de serviços. Locação de móveis.” (grifei).

O acórdão em questão, a que se opuseram os pertinentes embargos de declaração (fls. 191/194), sofreu a interposição de recurso extraordinário, já admitido pelo eminente Presidente daquela E. Corte estadual (fls. 137/138).

A decisão emanada da Presidência do Tribunal de origem, consubstanciadora de juízo positivo de admissibilidade do apelo extremo, tem o seguinte conteúdo (fls. 137/138):

“Cuidam os autos de mandado de segurança, impetrado por Localiza Rent a Car S.A. e outra, contra ato do Gerente de Tributos Mobiliários do Município de Belo Horizonte, pleiteando a declaração de que indevido o ISS incidente sobre sua atividade de locação de veículos realizadas a partir de 2001.

Em primeiro grau de jurisdição, a segurança foi denegada e, neste Tribunal, Turma da Segunda Câmara Cível negou provimento ao recurso, vencido o vogal.

Após a interposição de embargos declaratórios, que se viram rejeitados, deduziram as vencidas oportuno recurso extraordinário, com fincas no art. 102, inciso III, alíneas ‘a’ e ‘c’, da Constituição da República.

Sustentam que o Colegiado, ao rejeitar os embargos declaratórios interpostos, teria violado o disposto nos arts. 5º, XXXV, LIV e LV e 156, III.

Afirmam que a locação de bens móveis não pode configurar hipótese de incidência para o ISS, posto que a base constitucional vincula o tributo à obrigação de fazer.

Registra, ainda, que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal já declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão ‘locação de bens móveis’, constante do item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-lei 406, de 1968, na redação dada pela Lei Complementar 56, de 1987.

Preparo regular.

Foram oferecidas contra-razões.

O apelo, a meu ver, merece prosseguir. E isso porque, tem o Supremo Tribunal Federal reconhecido a inconstitucionalidade da cobrança do ISS sobre contrato de locação de bens móveis, afirmando que:

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

(RE 116.121/SP, rei. originário Ministro Octávio Gallotti e para o acórdão Min. Marco Aurélio, DJU de 25.10.01, Tribunal Pleno).

Admito o recurso, deixando de analisar as demais questões, eis que automaticamente devolvidas ao exame do Tribunal de destino.” (grifei)

Passo a apreciar o pedido de medida liminar formulado na presente sede processual (fls. 12).

Como se sabe, a outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário reveste-se de excepcionalidade absoluta, especialmente em face do que dispõe o art. 542, § 2º, do CPC, na redação que lhe deu a Lei nº 8.950/94.

O Supremo Tribunal Federal, bem por isso, e atento ao caráter excepcional da medida cautelar cujo deferimento importe em concessão de eficácia suspensiva ao apelo extremo (RTJ 110/458 - RTJ 111/957 - RTJ 112/957, v.g.), somente tem admitido essa possibilidade processual, quando satisfeitas determinadas condições que a jurisprudência desta Corte assim define:

“O recurso extraordinário somente dispõe de efeito devolutivo (CPC, art. 542, § 2º, na redação dada pela Lei nº 8.950/94). Por isso mesmo, a outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário - embora processualmente viável em sede cautelar - reveste-se de excepcionalidade absoluta.

A concessão de eficácia suspensiva ao apelo extremo, para legitimar-se, supõe a conjugação necessária dos seguintes requisitos: (a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem), (b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas da tempestividade, do questionamento explícito

da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e (d) que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora*.

Precedentes.”

(RTJ 174/437-438, Rei. Min. CELSO DE MELLO).

Assentadas tais premissas, cabe verificar se a fundamentação jurídica em que se apóia a pretensão deduzida pela parte requerente atende, ou não, ao requisito da relevância.

Entendo, neste ponto, que as próprias razões constantes do recurso extraordinário interposto pelas empresas locadoras de veículos automotores revelam-se aptas, ao menos em juízo de estrita delibação, a conferir plausibilidade jurídica à tese ora suscitada na presente sede processual.

A pretensão de ordem cautelar, ora deduzida nesta sede processual, reveste-se de inegável densidade jurídica, porque amparada pelo magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame, como resulta claro das decisões proferidas no julgamento do RE 116.121/SP, Rei. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO (RTJ 178/1265), e, mais recentemente, do AI 485.707-AgR/DF, Rei. Min. CARLOS VELLOSO. Registre-se, por necessário, que, em outro processo (RE 425.281/RO), no qual se discutia questão idêntica à que emerge desta causa, o eminente Ministro CARLOS VELLOSO, Relator, proferiu decisão cujo teor vale reproduzir:

“(…) O acórdão recorrido, em mandado de segurança, negou provimento à apelação interposta pelo contribuinte, ao entendimento de que a locação de veículo automotor insere-se na conceituação de serviço de qualquer natureza, incidindo, portanto, o ISS (…).

Rejeitaram-se os embargos de declaração opostos.

Dáí o RE, interposto por AMOCAR LOCADORA DE AUTOMÓVEIS LTDA, fundado no art. 102, III, a e c, da Constituição Federal, sustentando-se, em síntese, violação ao art. 156, III, da mesma Carta, porquanto o Supremo Tribunal Federal no RE 116.121/SP decidiu pela não-incidência do ISS sobre locação de bens móveis.

Admitido o recurso, subiram os autos, que me foram conclusos em 28.5.2004.

Decido.

O acórdão recorrido está em testilha com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Menciono, inter plures: RE 116.121/SP, Plenário, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio e AI 485.707-AgR/DF, 2ª Turma, por mim relatado (“DJ” de 25.5.2001 e 10.12.2004, respectivamente).

Do exposto, forte nos precedentes acima mencionados, conheço do recurso e dou-lhe provimento (art. 557, § 1º-A, do CPC).” (grifei).

Cumpré destacar, finalmente, que as ora requerentes justificaram, de maneira inteiramente adequada, as razões que caracterizam a concreta ocorrência, na espécie, da situação configuradora do *periculum in mora* (fls. 10/12). Sendo assim - e considerando, ainda, que também concorrem, na espécie, os

demais requisitos necessários à concessão da medida cautelar requerida (RTJ 174/437-438, Rei. Min. CELSO DE MELLO) -, defiro, *ad referendum* da Colenda Segunda Turma desta Corte (RISTF, art. 21, V), o pedido de outorga de eficácia suspensiva ao recurso extraordinário interposto pelas requerentes, nos precisos termos formulados a fls. 12, item n. 5.1.2.

Deixo de ordenar a citação da parte fun-ora requerida, pelo fato de a outorga da medida cautelar em referência

- por se exaurir em si mesma - não depender do ulterior ajuizamento de qualquer ação cautelar, consoante tem enfatizado, em sucessivas decisões, o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (RTJ 167/51, Rei. Min. MOREIRA ALVES - AC 175-QO/SP, Rei. Min. CELSO DE MELLO - Pet 1.158-AgR/SP, Rei. Min. FRANCISCO REZEK - Pet 2.246-QO/SP, Rei. Min. MOREIRA ALVES - Pet 2.267/PR, Rei. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Pet 2.424/PR, Rei. Min. ILMAR GALVÃO - Pet 2.466-QO/PR, Rei. Min. CELSO DE MELLO - Pet. 2.514/PR, Rei. Min. CARLOS VELLOSO, V.g.):

“MEDIDA CAUTELAR INOMINADA E DESCABIMENTO DA CITAÇÃO.

A outorga ou recusa de eficácia suspensiva a recurso extraordinário, em sede de medida cautelar inominada, constitui provimento jurisdicional que se exaure em si mesmo, não dependendo, por tal motivo, da ulterior efetivação do ato citatório, posto que incabível, em tal hipótese, o oferecimento de contestação, eis que a providência cautelar em referência não guarda - enquanto mero incidente peculiar ao julgamento do

apelo extremo - qualquer vinculação com o litígio subjacente à causa.

O procedimento cautelar, instaurado com o objetivo de conferir efeito suspensivo ao apelo extremo, rege-se, no Supremo Tribunal Federal, por norma especial, de índole processual (RISTF, art. 21, V), que, por haver sido recebida, pela nova Constituição da República, com força e eficácia de lei (RTJ 167/51), afasta a incidência - considerado o princípio da especialidade - das regras gerais constantes do Código de Processo Civil (art. 796 e seguintes). Precedentes.”

(RTJ 181/960, Rei. Min. CELSO DE MELLO).

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao M.M. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública Municipal da comarca de Belo Horizonte/MG (Processo nº 024.01.078.718-2/SP) e ao E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação cível nº 000.301.103-8/00).

Publique-se.

Brasília, 03 de março de 2005.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

(Despacho publicado no DJU de 09.03.2005, p. 10).

**PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 102/2000. CRÉDITOS DA ENTRADA, NO ESTABELECIMENTO, DE BENS MÓVEIS DESTINADOS AO USO, CONSUMO OU ATIVO FIXO. APROVEITAMENTO FRAZIONADO. CONSTITUCIONALIDADE.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO 502.292-5  
PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

AGTE.(s): EXPRESSO VALE REAL LTDA.

ADV.(A/S): NOELI DE FÁTIMA CONRADO

DOS REIS E OUTRO (A/S)

AGDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

DECISÃO

ICMS - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - CRÉDITO - PERÍODO POSTERIOR À LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 - LEI COMPLEMENTAR Nº 102/2000 - PRECEDENTE - AGRAVO DESPROVIDO.

1. Afasto o sobrestamento anteriormente determinado. Na espécie, a Corte de origem concluiu pela possibilidade de a Lei Complementar nº 102/2000 poder prever condição intertemporal para a utilização dos créditos decorrentes da entrada, no estabelecimento, de bens móveis destinados ao uso, consumo ou ativo fixo, bem como de energia elétrica e serviços de comunicação necessários à atividade da empresa.

Em 23 de setembro de 2004, o Pleno concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325-0/DF, que versa sobre matéria idêntica. Como relator, proferi voto no sentido da inviabilidade de o princípio da não-cumulatividade - de estatura constitucional - pode-se mitigado por lei complementar, ante o disposto no art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal. Consignei que o aproveitamento fracionado do crédito, sem atualização da moeda, implicaria verdadeiro empréstimo compulsório, fora da hipóteses do art. 148 da



Carta da República. Todavia, fui voz isolada, tendo sido designado redator para o acórdão o ministro Carlos Velloso. A tese alfim prevalecte foi a de que a modificação do sistema de créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS por meio de lei complementar não ofende o princípio da não-cumulatividade, ressalvado o direito adquirido à apropriação dos créditos em fase da legislação anterior. Assentou ainda o Tribunal que referida alteração no sistema de compensação dos créditos, quer consubstancie a redução de um benefício fiscal, quer a majoração do tributo, configura uma carga para o contribuinte, devendo, portanto, sujeitar-se ao princípio da anterioridade. Protrai-se o início da eficácia das inovações introduzidas pela Lei Complementar<sup>0</sup> 102/2000 para 1º de janeiro de 2001.

2. Curvando-me ao entendimento da sempre douta maioria, conheço deste agravo, mas o desprovejo.

3. Publique-se

Brasília, 25 de fevereiro de 2005

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator

(Despacho publicado no DJU de 14.03.2005, p. 48).

DCTF RETIFICADORA. MEDIDA LIMINAR. DETERMINAÇÃO PARA QUE A AUTORIDADE COATORA EXAMINE O DOCUMENTO EM 10 DIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

PROC.: 2004.03.00.051040-6 AG 216974

ORIG.: 200461000215783/SP

AGRTE: União Federal ( Fazenda Nacional)

ADV.: ELYADIR F BORGES E MÍRIAM AP. P DA SILVA

AGRDO: BERTIN LTDA.

ADV: FERNANDO DANTAS CASILLO GONÇALVES

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA SP SEC JUD SP

RELATOR: DES. FED. ALDA BASTO / QUARTA TURMA

Vistos em decisão.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão que, em autos de ação mandamental, deferiu parcialmente o pedido liminar para determinar a análise dos pedidos de revisão de débitos - DCTS Retificadoras, tão somente em relação à matriz da impetrante (CNPJ 01.597.168/0001-99), no prazo de 10 (dez) dias e indeferiu pedido de autorização para a impetrante participar de licitações.

DECIDO.

Neste instante de cognição sumária, cabe a aferição da existência de relevância e urgência no pedido de suspensão dos efeitos da r. decisão recorrida.

O Art. 65 da Lei nº 9.784/99 dispõe da possibilidade de revisão de débitos, mesmo findo o processo administrativo, nos seguintes termos:

“Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou officio, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada”.

Apresentando o pedido de revisão, a Administração deve analisá-lo

no prazo legal de 05 (cinco) dias (parágrafo único do art. 24 da Lei nº 9.784/99). A extrapolação desse prazo, ou não apreciação do pedido pelo Fisco, afronta o princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, inserto no art. 37 da Constituição Federal, com a Relação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98.

Isso porque não está o contribuinte obrigado a se ver em eterna pendência com a Administração, devendo dispor de meios eficazes de ver reconhecida a existência, ou não, de obrigação tributária, mesmo após a inscrição em dívida ativa.

Cabe à autoridade administrativa imbuída de seu ofício fiscalizatório, analisar a documentação apresentada pelo contribuinte, dentro de prazo razoável, decidindo pela subsistência, modificação ou extinção do débito, expedindo certidão compatível com a situação concreta apreciada.

Como exemplo, o art. 13 da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, autoriza a administração fazendária federal a atribuir o efeito de negativa de débitos à certidão expedida quanto a tributos e contribuições administrados pela SRF e à dívida da União, em relação aos quais o interessado tenha apresentado pedido de revisão fundado em alegação de pagamento integral, anterior à inscrição, e pendente de apreciação há mais de 30 (trinta) dias.

No mesmo cunho liberatório, o art. 74 da Lei nº 9.430/96 (alterado pelas Leis nº 10.637/02, 10833/03 e 11.051/04), em seu § 4º, estabelece que os pedidos de compensação pendentes de apre-

ciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, sendo que esta extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação (§ 2º).

Por esse prisma, havendo até mesmo a possibilidade de expedição de certidão positiva, com efeitos de negativa, não vislumbro irregularidade na r. decisão que fixa prazo para a apreciação do pedido de revisão pelo Fisco, pois não pode o contribuinte ficar à mercê da mora administrativa.

Ante o exposto, indefiro o pleito inicial de suspensão da r. decisão agravada, feito nos autos do recurso.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo. Intime-se a agravada (art. 527, V, do CPC).

Oportunamente, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 28 de janeiro de 2005.

Alda Basto

Desembargadora Federal  
Relatora

(Despacho publicado no DJU II de 14.03.2005, p. 437).

**IMPOSTO DE RENDA. LANÇAMENTO EFETUADO COM BASE EM EXTRATO BANCÁRIO FORNECIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE.**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO 443.415-3  
PROCED.r RIO DE JANEIRO**

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

AGTE.(s): UNIÃO

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

AGDO.(A/S): HAROLDO RODRIGUES NUNES

ADV.(A/S): WALTER CARLOS CONCEIÇÃO E OUTROS (A/S)

DECISÃO: 1. Trata-se agravo de instrumento contra decisão que indeferiu processamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão preferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região e assim ementado:

“CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - IMPOSTOS DE RENDA - LANÇAMENTO COM BASE EM FATOS FORNECIDOS POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.

I - Restando caracterizado que o único elemento em que se baseou o fisco para o lançamento do tributo foi obtido de modo ilícito, há que se ter como nulo o respectivo procedimento fiscal;

II - Recurso e remessa oficial desprovidos” (fl. 24)

Sustenta a recorrente, com base no art. 102, III, a e b, a ocorrência de violação aos arts. 5º X e XII, da Constituição Federal.

2. Inviável o recurso.

O acórdão impugnado decidiu a causa apenas com base no exame da legislação infraconstitucional e do conjunto fático-probatório, de modo que eventual ofensa à Carta Magna seria, aqui, apenas indireta.

Nele Consta:

“Analisando os autos, verifica-se que, em nenhum momento, a Ré demonstra ter havido a necessária autorização judicial para o fornecimento das informações bancárias por ela utilizadas.

Outrossim, não obstante alegar em seu recurso que não se baseou somente nos depósitos bancários para

efetuar o lançamento em questão, a verdade é que ela não logrou demonstrar quais outros elementos teriam sido utilizados, sendo certo que da apreciação do processo administrativo, juntado por cópia às fls. 38/91, verifica-se exatamente o contrário.

Conforme se lê no auto de infração lavrado a efeito quanto ao contribuinte-autor, consta expressamente da descrição dos fatos e enquadramentos legais”. Omissão de rendimentos em depósitos bancários em contas correntes e de aplicações financeiras de origem não comprovadas” (fls. 45) Ora, estando caracterizado que a única prova em que se baseou o fisco para o lançamento do tributo foi obtida de modo ilícito, há que se ter como nulo o respectivo procedimento fiscal.” ( fl. 22)

Ora, é pacífica a Jurisprudência desta Corte, no sentido de não tolerar, em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou até, de inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República, e, muito menos, de reexame de provas (súmula 279). E, bem por isso, pretensões idênticas têm sido aqui repelidas. Cite-se, a título de exemplo, a ementa do AI nº 417.161

- AgRg, Rei. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 21.03.03:

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. QUEBRA DE SIGILO. REQUISITOS. QUESTÃO DE FATO. C.F., art. 93, IX. I.

- No caso, a verificação da presença ou não dos requisitos autorizadores de quebra de sigilo dos agravantes não prescinde do exame de matéria

de fato, o que não é possível em sede de recurso extraordinário”.

...  
Impertinente é a invocação da alínea b do art. 102, III da Constituição, pois não houve declaração de inconstitucionalidade pelo acórdão recorrido.

3. Do exposto, nego seguimento ao agravo (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC).

Publique-se. Int.

Brasília, 18 de fevereiro de 2005

Ministro CEZAR PELUSO

Relator

(Despacho publicado no DJU de 15.03.2005, p. 16/17).

IMPRESSÃO DE DOCUMENTOS  
FISCAIS. EXIGÊNCIA DE AUSÊN-  
CIA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS.  
INCONSTITUCIONALIDADE DO  
PROCEDIMENTO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.  
428.354-9

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

RECTE.(s): IRMÃOS PETROLL E CIA.  
LTDA.

ADV.(A/S): RUI EDUARDO VIDAL FALCÃO  
E OUTRO (A/S)

RECDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE  
DO SUL

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

EMENTA: SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREI-  
TO TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA  
UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE  
TRIMÉDIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COER-  
ÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR  
CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR  
TRIBUTOS (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO

STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUN-  
DADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRI-  
DEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE  
E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO  
ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR,  
SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO,  
PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO  
TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA  
OU PROFISSIONAL LÍCITA. LIMITAÇÕES  
ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IM-  
POSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE  
EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO  
“SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW”.  
IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O  
ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU  
IMODERADO (RTJ 160/140-141 - RTJ  
173/807-808 - RTJ 178/22-24). O  
PODER DE TRIBUTAR - QUE ENCONTRA  
LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO  
TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS  
EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - “NÃO  
PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER  
DE DESTRUIR” (MIN. OROSIMBO NONATO,  
RDA 34/132). A PRERROGATIVA ESTA-  
TAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO  
EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A  
LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉR-  
CIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE.  
A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOS-  
SO SISTEMA JURÍDICO, DO “ESTATUTO  
CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE”.  
DOCTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EX-  
TRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.  
DECISÃO: O litígio em causa envolve  
discussão em torno da possibilidade  
constitucional de o Poder Público  
impor restrições, ainda que fundadas  
em lei, destinadas a compelir o con-  
tribuinte inadimplente a pagar o tri-  
buto e que culminam, quase sempre,  
na decorrência do caráter gravoso  
indireto da coerção utilizada pelo  
Estado, por inviabilizar o exercício,

pela empresa devedora, de atividade econômica lícita.

No caso ora em análise, põe-se em destaque o exame da legitimidade constitucional de exigência estatal que erigiu a prévia satisfação de débito tributário em requisito necessário à outorga, pelo Poder Público, de autorização para a impressão de documentos fiscais.

A E. Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao admitir o recurso extraordinário interposto pela empresa ora requerente, ressaltou, de modo bastante expressivo, esse aspecto da controvérsia (fls. 203/204).

Cabe acentuar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, tendo presentes os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômicas lícitas (CF, art. 170, parágrafo único), de um lado, e a liberdade de exercício profissional (CF, art. 5º, XIII), de outro - e considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários - firmou orientação jurisprudencial, hoje consubstanciada em enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rei. Min. OCTAVIO GALLOTTI).

Esse entendimento - cumpre enfatizar - tem sido observado em sucessivos julgamentos proferidos por esta Suprema Corte, quer sob a égide do

anterior regime constitucional, quer em face da vigente Constituição da República (RTJ 33/99, Rei. Min. EVANDRO LINS - RTJ 45/859, Rei. Min. THOMPSON FLORES - RTJ 47/327, Rei. Min. ADAUCTO CARDOSO - RTJ 73/821, Rei. Min. LEITÃO DE ABREU - RTJ 100/1091, Rei. Min. DJACI FALCÃO - RTJ 111/1307, Rei. Min. MOREIRA ALVES - RTJ 115/1439, Rei. Min. OSCAR CORRÊA - RTJ 138/847, Rei. Min. CARLOS VELLOSO - RTJ 177/961, Rei. Min. MOREIRA ALVES - RE 111.042/SP, Rei. Min. CARLOS MADEIRA, v.g.):

“CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO, ICMS: REGIME ESPECIAL. RESTRIÇÕES DE CARÁTER PUNITIVO. LIBERDADE DE TRABALHO. CF/67, art. 153, § 23; CF/88, art. 5º, XIII.

I. - Regime especial de ICM, autorizado em lei estadual: restrições e limitações, nele constantes, à atividade comercial do contribuinte, ofensivas à garantia constitucional da liberdade de trabalho (CF/67, art. 153, § 23; CF/88, art. 5º, XIII), constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre repeliu (Súmulas nºs 70, 323 e 547).

II. - Precedente do STF: ERE 115.452-SP, Velloso, Plenário, 04.10.90, ‘DJ’ de 16.11.90.

III. - RE não admitido. Agravo não provido.” (RE 216.983-Agr/SP, Rei. Min. CARLOS VELLOSO - grifei).

É certo - consoante adverte a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal - que não se reveste de natureza absoluta a liberdade de atividade empresarial, econômica ou profissional, eis que inexistem,

em nosso sistema jurídico, direitos e garantias impregnados de caráter absoluto:

“os DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS incidam.

**NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.** Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”

(RTJ 173/807-808, Rei. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

A circunstância de não se revelarem absolutos os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional não significa que a Administração Tributária possa frustrar o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas, que, não obstante as prerrogativas extraordinárias que (já) garantem o

crédito tributário, visem, em última análise, a constranger o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre o fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acerto da relação tributária, para, em função deles - e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional - constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso.

Esse comportamento estatal - porque arbitrário e inadmissível - também tem sido igualmente censurado por autorizado magistério doutrinário (MACHADO, Hugo de Brito. *Sanções Políticas no Direito Tributário. Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 30, p. 46-7):

“Em Direito Tributário a expressão sanções políticas corresponde a restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição do estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial de fiscalização, entre outras. Qualquer que seja a restrição que implique cerceamento da liberdade de exercer atividade lícita é inconstitucional, porque contraria o disposto nos arts. 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, do Estatuto Maior do País.

.....  
São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias

sem que a presença física destas seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta como ilícito; o denominado regime especial de fiscalização; a recusa de autorização para imprimir notas fiscais; a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes; a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte; a suspensão e até o cancelamento da inscrição do contribuinte no respectivo cadastro, entre muitos outros.

Todas essas práticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência é ou não legal.” (grifei).

Cabe referir, a propósito da controvérsia suscitada no recurso extraordinário em questão - recusa de autorização estatal para impressão de notas fiscais -, a lição de EDISON FREITAS DE SIQUEIRA, em obra monográfica que versou o tema das chamadas “sanções políticas” impostas ao contribuinte inadimplente (*Débito Fiscal: análise crítica e sanções políticas*, p. 61-2, item 2.3, 2001, Sulina):

“Portanto, emerge incontroverso o fato de que uma empresa, para que possa exercer suas atividades, neces-

sita de sua inscrição estadual, bem como de permanente autorização da expedição de notas fiscais, sendo necessário obter nas Secretarias da Fazenda de cada estado da federação onde vendam seus produtos, o respectivo reconhecimento de direito à utilização de sistemas especiais de arrecadação, bem como na transferência de créditos acumulados, além da obtenção da respectiva Autorização para Impressão de Documentos Fiscais (AIDF), em paralelo às notas fiscais.

Salienta-se que qualquer ação contrária do Estado, quanto à concessão e reconhecimento dos direitos inerentes às questões no parágrafo anterior referendadas, constitui ‘sanção política’, medida despótica e própria de ditadores, porque subverte o sistema legal vigente.

Nesse sentido, vale tecer algumas considerações do efetivo SIGNIFICADO DA NOTA FISCAL para uma empresa ou profissional que mantenha a atividade lícita ‘trabalho’, até porque, o instrumento alternativo posto à disposição do contribuinte, notas fiscais avulsas, é situação equivalente à marginalidade, além de tratar-se de meio absolutamente inviável a uma atividade econômica significativa (volumosa).

A importância da nota fiscal ou AIDF para o desenvolvimento das atividades comerciais de uma empresa seja ela de indústria ou comércio, decorre do fato de que somente por meio destas é que se torna possível oficializar e documentar operações de circulação de mercadorias, a ponto de que sem essas, a circulação de mercadoria é



atividade ilícita, punível, inclusive, com a respectiva apreensão das mesmas.

Neste sentido, revela-se, pois, totalmente imprópria à figura da nota fiscal avulsa, solução muito justificada por fiscais de ICMS e Procuradores de Estado em audiências que solicitam ao Poder Judiciário, mas que, na prática, constitui artimanha muito maliciosa que só serve para prejudicar o contribuinte, em circunstância totalmente defesa em lei, como adiante ficará elucidado.

Não raro, a fiscalização aponta, como recurso em situações de desagrado ao contribuinte, o uso das chamadas 'notas fiscais avulsas'. Fazem-no, por certo, por desconhecimento de toda a gama de obtusa burocracia que envolve a sua expedição, ou pretendendo iludir os órgãos do Poder Judiciário, caso esses sejam chamados a impor 'poder de controle' contra exacerbação do exercício do poder de tributar, por parte do Poder Executivo." (grifei).

Cumprе assinalar, por oportuno, que essa percepção do tema, prestigiada pelo saudoso e eminente Ministro ALIOMAR BALEEIRO (*Direito Tributário Brasileiro*, p. 878-80, item n. 2, 11. ed., atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi, 1999, Forense), é também compartilhada por autorizado magistério doutrinário que põe em destaque, no exame dessa matéria, o direito do contribuinte ao livre exercício de sua atividade profissional ou econômica, cuja prática legítima - qualificando-se como limitação material ao poder do Estado - inibe a Administração Tributária, em face do

postulado que consagra a proibição de excesso (RTJ 176/578-580, Rei. Min. CELSO DE MELLO), de impor, ao contribuinte inadimplente, restrições que configurem meios gravosos e irrazoáveis destinados a constringer, de modo indireto, o devedor a satisfazer o crédito tributário (HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p. 324 e 326, 2004, Saraiva; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, *Infração Tributária e Sanções*, in *Sanções Administrativas Tributárias*, p. 420-44, 432, 2004, Dialética/ICET; HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, *Processo Tributário*, p. 93-5, item n. 2.7, 2004, Atlas; RICARDO LOBO TORRES, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, p. 270, item n. 7.1, 1995, Renovar, v.g.).

A censura a esse comportamento inconstitucional, quando adotado pelo Poder Público em sede tributária, foi registrada, com extrema propriedade, em precisa lição, por HELENILSON CUNHA PONTES (0 *Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, p. 141-3, item n. 2.3, 2000, Dialética):

"O princípio da proporcionalidade, em seu aspecto necessidade, torna inconstitucional também grande parte das sanções indiretas ou políticas impostas pelo Estado sobre os sujeitos passivos que se encontrem em estado de impontualidade com os seus deveres tributários. Com efeito, se com a imposição de sanções menos gravosas, e até mais eficazes (como a propositura de medida cautelar fiscal e ação de execução fiscal), pode o Estado realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária,



nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas como a negativa de fornecimento de certidões negativas de débito, ou inscrição em cadastro de devedores, o que resulta em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica, que vão da impossibilidade de registrar atos societários nos órgãos do Registro Nacional do Comércio até a proibição de participar de concorrências públicas.

O Estado brasileiro, talvez em exemplo único em todo o mundo ocidental, exerce, de forma cada vez mais criativa, o seu poder de estabelecer sanções políticas (ou indiretas), objetivando compelir o sujeito passivo a cumprir o seu dever tributário. Tantas foram as sanções tributárias indiretas criadas pelo Estado brasileiro que deram origem a três Súmulas do Supremo Tribunal Federal. Enfim, sempre que houver a possibilidade de se impor medida menos gravosa à esfera jurídica do indivíduo infrator, cujo efeito seja semelhante àquele decorrente da aplicação de sanção mais limitadora, deve o Estado optar pela primeira, por exigência do princípio da proporcionalidade em seu aspecto necessidade.

As sanções tributárias podem revelar-se inconstitucionais, por desatendimento à proporcionalidade em sentido estrito (...), quando a limitação imposta à esfera jurídica dos indivíduos, embora arrimada na busca do alcance de um objetivo protegido pela ordem jurídica, assume uma dimensão que inviabiliza o exercício de outros direitos e garantias indivi-

duais, igualmente assegurados pela ordem constitucional.

Exemplo de sanção tributária claramente desproporcional em sentido estrito é a interdição de estabelecimento comercial ou industrial motivada pela impontualidade do sujeito passivo tributário relativamente ao cumprimento de seus deveres tributários. Embora contumaz devedor tributário, um sujeito passivo jamais pode ver aniquilado completamente o seu direito à livre iniciativa em razão do descumprimento do dever de recolher os tributos por ele devidos aos cofres públicos.

O Estado deve responder à impontualidade do sujeito passivo com o lançamento e a execução céleres dos tributos que entende devidos, jamais com o fechamento da unidade econômica.

Neste sentido, revelam-se flagrantemente inconstitucionais as medidas aplicadas, no âmbito federal, em consequência da decretação do chamado 'regime especial de fiscalização'. Tais medidas, pela gravidade das limitações que impõem à livre iniciativa econômica, conduzem à completa impossibilidade do exercício desta liberdade, negligenciam, por completo, o verdadeiro papel da fiscalização tributária em um Estado Democrático de Direito e ignoram o entendimento já consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca das sanções indiretas em matéria tributária. Esta Corte, aliás, rotineiramente afasta os regimes especiais de fiscalização, por considerá-las verdadeiras sanções indiretas, que se chocam frontalmente

com outros princípios constitucionais, notadamente com a liberdade de iniciativa econômica.” (grifei).

É por essa razão que EDUARDO FORTUNATO BIM, em excelente trabalho dedicado ao tema ora em análise (A Inconstitucionalidade das Sanções Políticas Tributárias no Estado de Direito: Violação ao *Substantive Due Process of Law* (Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade in *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, vol. 8/67-92, 83, 2004, Dialética), conclui, com indiscutível acerto, “que as sanções indiretas afrontam, de maneira autônoma, cada um dos subprincípios da proporcionalidade, sendo inconstitucionais em um Estado de Direito, por violarem não somente este, mais ainda o *substantive due process of law*” (grifei).

Cabe lembrar, neste ponto, consideradas as referências doutrinárias que venho de expor, a clássica advertência de ROSIMBONO NONATO, consubstanciada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 18.331/SP), em acórdão no qual aquele eminente e saudoso Magistrado acentuou, de forma particularmente expressiva, à maneira do que já o fizera o Chief Justice JOHN MARSHALL, quando do julgamento, em 1819, do célebre caso “McCulloch v. Maryland”, que “o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir” (RF 145/164 - RDA 34/132), eis que - como relembra BILAC PINTO, em conhecida conferência sobre “Os Limites do Poder Fiscal do Estado” (RF 82/547-562, 552) - essa extraordinária prerrogativa estatal traduz, em essência, “um poder que

somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade” (grifei).

Daí a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, que, muitas vezes deslembradas da existência, em nosso sistema jurídico, de um “estatuto constitucional do contribuinte”, consubstanciador de direitos e garantias oponíveis ao poder impositivo do Estado (Pet 1.466/PB, Rei. Min. CELSO DE MELLO, in *Informativo STF* n° 125), culminam por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo da obrigação tributária, inviabilizando-lhe, injustamente, o exercício de atividades legítimas, o que só faz conferir permanente atualidade às palavras do Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. (“*The power to tax is not the power to destroy while this Court sits*”), em *dictum* segundo o qual, em livre tradução, “o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema”, proferidas, ainda que como “*dissenting opinion*”, no julgamento, em 1928, do caso “Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rei. Knox” (277 U.S. 218).

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no

processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141

- RTJ 178/22-24, v.g.):

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade

- que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.” (RTJ 176/578-580, Rei. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Em suma: a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos por este editados.

A análise dos autos evidencia que o acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul diverge da orientação prevalente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, reafirmada em julgamentos recentes emanados desta Suprema Corte (RE 413.782/SC, Rei. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno - RE 409.956/RS, Rei. Min. CARLOS VELLOSO - RE 409.958/RS, Rei. Min. GILMAR MENDES - RE 414.714/RS, Rei. Min. JOAQUIM BARBOSA - RE 424.061/RS, Rei. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 434.987/RS, Rei. Min. CEZAR PELUSO, v.g.). Sendo assim, e considerando as razões expostas, conheço e dou

provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º - A), em ordem a conceder o mandado de segurança impetrado pela parte ora recorrente. No que concerne à verba honorária, revela-se aplicável a Súmula 512/STF.

Publique-se.

Brasília, 31 de março de 2005.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

(Despacho publicado no DJU de

18.04.2005, p. 96).

PAGAMENTO DE LICENÇA DE  
USO DE SOFTWARE. NÃO CA-  
RACTERIZAÇÃO COMO ROYAL-  
TIES. NÃO-INCIDÊNCIA DE CIDE.  
PROC.: 2005.03.00.016609-8 AG  
231771

ORIG.: 200561000022377/SP

AGRTE: SUN MICROSYSTEMS DO BRASIL  
IND/ E COM/ LTDA.

ADV.: CIRO CESAR SORIANO DE OLIVEI-  
RA

AGRDO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NA  
CIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX E SÉ-  
RÍAS.

GIO AUGUSTO G. P. SOUZA

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA  
SÃO PAULO SEC JUD SP

RELATOR: DES. FED. LAZARANO NETO /  
SEXTA TURMA

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do Juízo Federal da 3ª Vara de São Paulo/SP que, em mandado de segurança, indeferiu pedido de liminar que objetivava suspender a exigibilidade da contribuição de intervenção no domínio econômico - CIDE, instituída

pela Lei 10.168/00, incidente sobre a remessa de *royalties* decorrentes de contratos de distribuição e licença de uso de *software*.

Alega a agravante, em síntese, a existência de vícios de inconstitucionalidade a macular a instituição da contribuição disciplinada pelas Leis 10.168/00 e 10.332/01. Pleiteia a concessão de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Após breve relato, decido.

Tenho firmado entendimento no sentido de que, em se tratando de contribuição de intervenção no domínio econômico, cuja instituição é de alçada exclusiva da União, nos termos do art. 149 do Texto Constitucional, despicienda sua instituição por Lei complementar. A Carta Magna, por ausência normativa a respeito, não exige para a instituição da contribuição de intervenção no domínio econômico pode se dar por lei ordinária.

Saliento que a remissão feita pelo art. 149 ao art. 146, inciso III, ambos da Constituição Federal, diz respeito tão-somente às normas gerais tribu-

árias. Todavia, a questão posta nos autos não se resume em saber qual o meio legislativo adequado para a instituição da contribuição interventiva no domínio econômico. Vai além para referir-se à sujeição passiva, na relação jurídico-tributária, de empresa que tem por objeto societário o comércio e o desenvolvimento de *software*, vale dizer, se ausente previsão normativa a esse respeito.

Dispõe o art. 2º e § 2º da Lei nº 10.168/00, com a redação dada pela Lei nº 10.332/01, verbis:



Art. 2º. Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.

(...) § 2º. A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o caput deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem royalties, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.

Da exegese legislativa, tem-se que o financiamento da atividade de fomento à tecnologia será efetuado pelo produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico - CIDE, que não tem outro escopo senão o de incentivar o desenvolvimento da tecnologia nacional.

Nesse sentir, a norma (art. 2º) cuida de estabelecer, num primeiro plano, para fins de incidência do tributo, como sujeito passivo, frise-se, a pessoa jurídica detentora de licença de uso.

No caso dos autos, cuida-se de contrato de distribuição e de licença de uso de produtos de software e hard-

ware dos computadores fabricados pela empresa norte-americana SUN MICROSYSTEMS OF CALIFÓRNIA INC. Assim, o pagamento decorrente de uso de programa de computador - software - deve ser entendido como adimplemento de direito autoral e, portanto, amparado pela legislação aplicável ao direito do autor, não se confundindo com pagamentos decorrentes de royalties.

O inciso V do art. 10 da Lei nº 9.279/96 excluiu o software do patenteamento e do regime jurídico da propriedade intelectual. Fê-lo também o art. 2º da Lei nº 9.609/98 (Lei de Informática) ao estabelecer que o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é aquele conferido pela legislação de direitos autorais vigentes no País.

Nesse diapasão é o escólio de Fábio Ulhoa Coelho:

“Os direitos titularizados pelo criador de um logiciário (*software*) não são tutelados pela propriedade industrial, mas pelo direito autoral.

Esta foi a alternativa seguida pela lei brasileira ao disciplinar a propriedade e comercialização de programas de computador (Lei 7.646, de 1987), o que redundou em importante conseqüências no tocante à extensão e natureza desta tutela, em razão das diferenças existentes entre ambos os regimes jurídicos”. (*Manual de Direito Comercial*, Saraiva, p. 461/462).

Concluindo, o envio de valores ao exterior em virtude de pagamento de licença de uso de software não se traduz em adimplemento de royalties e não se confunde com o pagamento decorrente da cessão de marcas e

patentes, eis que o programa de computador - software - encontra proteção no direito autoral.

Destarte, a cobrança da exação importa em *munus* descabido e viola o princípio da legalidade estrita.

Importante ressaltar que o art. 22 da Lei nº 4.506/94, que classifica como *royalties*, para fins de incidência do Imposto sobre a Renda, os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos, tais como exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra, não tem o condão de complementar ou suprir a norma material tributária, que deve definir todos os elementos do tributo.

Isto posto, concedo o pedido de antecipação de tutela recursal.

Comunique-se.

Intime-se a agravada para os fins do art. 527, V, do CPC.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

São Paulo, 15 de abril de 2005.

LAZARANO NETO

Desembargador Federal

Relator

(Despacho publicado no DJU II de 27.04.2005, p. 455/456).

ICMS. IMPORTAÇÃO. IMPOSTO DEVIDO PARA O ESTADO ONDE ESTIVER O ESTABELECIMENTO IMPORTADOR.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 405.654-7  
PROCED.: RIO GRANDE DO SUL  
RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO  
AGRTE: COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA

ADVVDOS.: ÚRSULA RIBEIRO FIGUEIREDO TEIXEIRA E OUTROS

AGD0.: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVVDOS.: PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM E OUTROS

DECISÃO: 1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu processamento de recurso extraordinário contra acórdão que entendeu que o ICMS sobre a importação é devido ao Estado em que ocorre a entrada física, e não àquele em que se encontra o importador-comprador.

Sustenta a recorrente, com fundamento no art. 102, III, a, ter havido violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal.

2. Consiste o recurso.

A tese do acórdão impugnado está em desconformidade com assentada orientação da Corte, que, em casos idênticos, tem decidido que “o sujeito ativo do ICMS é o Estado onde estiver situado o estabelecimento importador, sendo irrelevante se o produto ingressou em Estado diverso ou se a empresa do destino final do produto esteja localizada no Estado em que houve o desembaraço aduaneiro. Cite-se a título de exemplo a decisão do RE nº 396.859/RJ (Rei. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, decisão de DJ 21.9.04):

“Convertei agravo de instrumento em recurso extraordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que tem a seguinte ementa: “TRIBUNÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE ÁLCOOL CARBURANTE. ENTRADA DA MERCADORIA EM ESTADO DIVERSO DAQUELE DO ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. SUJEITO ATIVO. ESTADO EM QUE

LOCALIZADO O ADQUIRENTE IMPORTA- inícia no exterior, o ICMS é devido DOR. LEI COMPLEMENTAR 87/96, ART. 11, INC. I, ALÍNEAS 'ü' E 'E', - O sujeito ativo do ICMS é o Estado onde estiver situado o estabelecimento importador, sendo irrelevante se o produto ingressou em Estado diverso ou se a empresa do destino final do produto esteja localizada no Estado em que houve o desembaraço aduaneiro. - Mesmo sem que tenha a mercadoria ingressado em estabelecimento do adquirente, tendo sua circulação ocorrido inteiramente no Estado onde ocorreu sua chegada do exterior, ainda sim, por imposição legal, o Estado importador é o que tem direito ao ICMS, pois apesar de fisicamente interna, a operação deve ser considerada, por ficção, como interestadual. Nesse diapasão o ICMS incidente sobre a saída do produto em razão da venda subsequente feita para a Petrobrás é igualmente devido àqueles mesmos Estados importadores. - Precedentes (RESP 256.814/RJ, Relatora Ministra Nancy Adrighi, DJ de 11.09.2000, pg.248). - Recurso especial provido. " Alega-se violação aos arts. 5º, XXXV, LIV e LV e 155, § 2º, IX, a, da Constituição. O acórdão limitou-se a aplicar a legislação infraconstitucional pertinente (LC 87/96): incide a Súmula 282. Ainda que não fosse a ausência de prequestionamento de matéria constitucional, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal julgou, recentemente, o RE 299079 (Carlos Brito; 30.06.2004; DJ da decisão em 03.08.2004), no qual se confirmou a orientação - contrária à pretensão do recorrente - no sentido de que quando a operação se

ao Estado em que está localizado o destinatário jurídico do bem, isto é, o importador. Nego seguimento ao recurso extraordinário."

Publique-se. Int.

Brasília, 19 de abril de 2005.

Ministro CEZAR PELUSO

Relator

(Despacho publicado no DJU de 03.05.2005, p. 53).

DÉBITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA. PEDIDO DE REVISÃO DO CONTRIBUINTE. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. PERDA DE LIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO.

PROC.: 2005.03.00.019320-0 AG 232222

ORIG.: 200461820092430/SP

AGRTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX E SÉRGIO A G P SOUZA

AGRDO: SYLINK COM/ IMP/ E EXP/ LTDA.

ADV: ANTONIO MÁXIMO DAID

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

RELATOR: DES. FED. CONSUELO YOSHIDA / SEXTA TURMA

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão de fls. 45/50 dos autos originários (fls.61/66 destes autos), que, em sede de execução fiscal, determinou o sobrestamento do feito executivo, até que a Administração esgote sua atribuição

de responder o “pedido de revisão” do contribuinte, bem como assegurou que a presente decisão valerá, em favor do executado, como documento que, para todos os fins de direito “negativará” sua posição nos cadastros dos devedores fiscais, valendo tal efeito, evidentemente, apenas em relação ao crédito tributário de que cuida o presente processo, sob o fundamento de que o pedido de revisão apresentado pelo contribuinte, pendente de apreciação pela autoridade administrativa, interfere na presunção de liquidez e certeza que recobre o título executivo.

Pleiteia o regular prosseguimento da execução fiscal e a manutenção do nome da agravada nos cadastros de inadimplentes, pelas razões que aduz.

Neste juízo de cognição sumária, entendendo não evidenciada a relevância da fundamentação, a ensejar a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso (CPC, art. 558).

Com efeito, dispõe o art. 3º, da Lei 6.830/80 que A dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

A respeito, escrevem Maury Angelo Bottesini et al.:

A certeza a que se refere o art. 3º da LEF diz respeito à inexistência de dúvida razoável quanto à legalidade do ato ou fato que deu origem à obrigação posta na CDA, que é título executivo extrajudicial, segundo a definição do art. 585, VI, do CPC.

A liquidez diz respeito ao montante exigido, que deve ser claro e definido, podendo o juiz a quem for apresentada a petição inicial de cobrança

determinar a substituição do título. (Lei de Execução Fiscal comentada e anotada, 3ª ed. SP, RT, 2000, p. 81).

No caso vertente, verifica-se que há dúvidas quanto à liquidez de referido título executivo, uma vez que a agravada peticionou ao Juízo informando o pagamento do débito (fls. 27/29), bem como haver apresentado Pedido de Revisão de Débitos junto à Secretaria da Receita Federal ainda pendente de apreciação (fl. 44).

Constam dos autos cópias de guias Darf’s pagas (fls. 40/42).

E, da análise dos autos, infere-se que a exequente, intimada, não se manifestou sobre referidas alegações.

Dessa forma, considerando que somente a agravante poderá se manifestar, conclusivamente, a respeito da quitação ou não do débito exequendo e havendo incerteza em relação à sua exigibilidade, agiu com acerto o MM. Juiz de primeiro grau, dentro do poder geral de cautela conferido ao magistrado, pelos arts. 798 do CPC, ao sobrestar a execução fiscal e assegurar à agravada a “negativação” de sua posição nos cadastros dos devedores fiscais, exclusivamente em relação ao débito em questão, de modo a lhe evitar prejuízos desnecessários. Em razão desta incerteza em relação à existência do débito tributário e ante a pendência de manifestação conclusiva da agravante, não vislumbro que a decisão agravada tenha sido *ultra petita*.

Por outro lado, entendo que a decisão guerreada não acarreta prejuízos para a agravante, Fazenda Pública, tendo em vista que, assim que esta se manifeste sobre o débito, a execu-



ção prosseguirá normalmente, se for o caso; do mesmo modo, o nome da agravada poderá ser incluído novamente dos cadastros de inadimplentes na hipótese de não pagamento de eventual débito.

Nesse sentido, é o julgado da E. 6ª Turma desta Corte Regional:

PROCESSUAL CIVIL - SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO FISCAL - EXCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO DO CADIN.

1. Havendo incerteza acerca da liquidez e exigibilidade do título executivo, a prudência recomenda que se mantenha o processo suspenso até manifestação conclusiva da executante. Por consequência, em relação ao débito objeto da execução em tela, enquanto não selecionada a controvérsia, não deve permanecer constando o nome do executado em cadastros de inadimplentes.

2. Agravo improvido.

(Ag. nº 2002.03.OO.051953-O, Rei. Des. Fed. Mairan Maia, DJU 11/04/03).

Em face de todo o exposto, INDEFIRO o efeito suspensivo pleiteado.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do Código de Processo Civil, para que responda, no prazo legal.

Comunique-se ao MM. Juízo *a quo*, dispensando-o de prestar informações, nos termos do art. 527, IV, do mesmo Código.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de abril de 2005.

CONSUELO YOSHIDA

Desembargador Federal

Relatora

(Despacho publicado no DJU II de 11.05.2005, p. 153).

## EMENTAS

### HABILITAÇÃO. TELEFONIA CELULAR. NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS.

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 11.368 - MT (1999/0105143-6)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

RECORRENTE: TELEMAT CELULAR S/A

ADVOGADO: SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTROS

T. ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO

IMPETRADO: SECRETÁRIO DE FAZENDA

DO ESTADO DE MATO GROSSO

RECORRIDO: ESTADO DE MATO GROSSO

ADVOGADO: JOSÉ ANTÔNIO BEZERA FILHO E OUTROS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE A HABILITAÇÃO DE TELEFONES CELULARES. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE QUE NÃO SE CONSTITUI EM SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. ANALOGIA EXTENSIVA. EXIGÊNCIA DE TRIBUTO SOBRE FATO GERADOR NÃO PREVISTO EM LEI. PROIBIÇÃO. ART. 108, § 1º, DO CTN.

I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular incorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS nº 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel

celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN.

IV - Recurso Ordinário provido.

Acórdão

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros FRANCIULLI NETTO, LUIZ FUX, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TEORI ALBINO ZAVASCKI, CASTRO MEI-

RA, DENISE ARRUDA, FRANCISCO PEÇA-NHA MARTINS e JOSÉ DELGADO votaram com o Sr. Ministro Relator. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 13 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator

(Ementa publicada no DJU de 09.02.2005, p. 182).

**SUSPENSÃO DE IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE. NOTIFICAÇÃO FISCAL PARA EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.**

PROC.: 90.03.000674-1 REOMS

37874

ORIG.: 8800108920 /SP

PARTE A: FAZENDA BURACAO AGRÍCOLA E PECUARIA LTDA

ADV: JOSE EDUARDO SOARES DE MELO E OUTRO

PARTE R: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX E SÉRGIO AUGUSTO G P SOUZA

REMETE: JUÍZO FEDERAL DA 6 VARA SAO PAULO SEC JUD SP

RELATOR: JUIZ FEDERAL CONV: MIGUEL DI PIERRÓ / SEXTA TURMA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESEMBARAO ADUANEIRO DE ANIMAIS PARA EXPOSIÇÃO EM FEIRAS. REGIME DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. SUSPENSÃO DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. NOTIFICAÇÃO FISCAL ANTES DO ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Admissão temporária constitui regra aduaneira especial que permite a importação de bens com prazo determinado de permanência no País e com a suspensão de tributos, expressamente prevista nos arts. 290 e seguintes do Decreto nº 91.030/85 (Regulamento Aduaneiro).

2. O art. 307 do Regulamento Aduaneiro prevê as hipóteses de extinção do regime de admissão temporária, com a liberação da garantia oferecida e baixa do termo de responsabilidade.

3. Comprovação de ter se procedido a reexportação apenas com relação a um animal, não tendo sido demonstrado o cumprimento das demais providências com relação aos demais. Notificação expedida pela autoridade, para o recolhimento do valor das penalidades tributárias correspondentes. Impugnação oferecida tempestivamente pelo contribuinte não acolhida. Interposição de recurso administrativo.

4. Ilegalidade da notificação fiscal de exigência do crédito tributário antes de encerrado o procedimento administrativo e enquanto pendente recurso naquela seara.

5. Em regra, os recursos administrativos suspendem a exigibilidade do crédito tributário. Exegese dos arts. 129 do Decreto-lei nº 97/66 e 33 do Decreto nº 70.235/72. No mesmo sentido o disposto no art. 151, III, do CTN.

6. Impossibilidade de ser expedida notificação, para a exigência do crédito tributário, antes de apreciado tempestivo recurso administrativo, recebido no efeito suspensivo. Insustentabilidade da notificação e de seus efeitos.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, DECIDE a Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Senhor Juiz Federal Convocado Relator e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte integrante deste julgado. São Paulo, 26 de janeiro de 2005. (data do julgamento)

MIGUEL DI PIERRÔ Juiz Federal Convocado, Relator em Substituição Regimental (Ementa publicada no DJU II de 11.02.2005, p. 184).

ICMS. TELEFONIA CELULAR.  
SERVIÇO DE HABILITAÇÃO.  
NAO-INCIDÊNCIA.

RECURSO ESPECIAL Nº 596.812 - RR  
(2003/0175138-5)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

RECORRENTE: TELAIMA CELULAR S/A  
ADVOGADO: SÉRGIO SANTOS SETTE CÂMARA E OUTROS

RECORRIDO: ESTADO DE RORAIMA

PROCURADOR: ANASTASE VAPTISTIS PAPOORTZIS E OUTROS

#### EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. SERVIÇO DE HABILITAÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. A atividade de habilitação de telefone móvel celular não se enquadra no conceito de serviço de telecomunicação do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96 para fins de incidência de ICMS, sendo ilegítima a inserção dos valores pagos a esse título na base de cálculo do tributo, como o fez o Convênio ICMS 69/98. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

2. Recurso especial provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão (voto-vista) e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de dezembro de 2004.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI  
Relator

(Ementa publicada no DJU de 14.02.2005, p. 144).

**VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA QUE EXCEDE O COMANDO LEGAL.**

Recurso Especial nº 144.792 - RS (1997/0058361-9)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Fazenda Nacional

Recorrido: DHB Componentes Automotivos S/A

Advogado: Cláudio Otávio M. Xavier

EMENTA  
DIREITO TRIBUTÁRIO. INSTRUÇÃO NORMATIVA QUE EXCEDE OS TERMOS DA LEI.

1. Versando o art. 4º do Decreto-Lei n. 2227/85 sobre a exclusão do crédito tributário, não pode o Poder Executivo, por meio de instrução normativa, ampliar os termos da Lei, sob pena de invadir a esfera de competência reservada exclusivamente ao Poder Legislativo.

2. Recurso especial conhecido, mas 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 recurso 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 Presidente.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília, 7 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

(Ementa publicada no DJU de 21.02.2005, p. 118).

**IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. VITAMINA A. ALÍQUOTA ZERO. GATT. ACORDO INTERNACIONAL. PREVALÊNCIA SOBRE A LEGISLAÇÃO INTERNA.**

PROC.: 94.03.029984-3 AMS

148010

ORIG.: 9106270425 /SP

APTE: UNI AO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX E SÉRGIO AUGUSTO G P SOUZA

APDO: PRODUTOS ROCHE QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS S/A

ADV: HERMANO DE VILLEMOR AMARAL NETO

REMETE: JUÍZO FEDERAL DA 20 VARA SAO PAULO SEC JUD SP

RELATOR: DES. FED. CONSUELO YOSHIDA / SEXTA TURMA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. VITAMINA "A-I" E DERIVADOS. ALÍQUOTA ZERO. ACORDO INTERNACIONAL DO GATT. RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. PREVALÊNCIA EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNA.

1. O Decreto nº 78.887/76, que retificou a Lista III do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), fixou a alíquota zero para o imposto de importação referente à vitamina "A-I" (Axerofol), não fazendo qualquer restrição quanto à forma que se apresenta esse produto - álcool, acetato ou palmitato - para a obtenção do referido benefício.

2. O tratado internacional devidamente recepcionado pelo ordenamento jurídico, mediante o citado Decreto, prevalece sobre a legislação tributária interna, ainda que superveniente, nos termos do art. 98, do CTN.



3. Precedentes do extinto TFR, E. STJ e 6ª Turma desta Corte.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores Federais da Sexta Turma do Tribunal Regional da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto da Senhora Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. São Paulo, 2 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

CONSUELO YOSHIDA

Desembargadora Federal

Relatora

(Ementa publicada no DJU II de 25.02.2005, p. 475).

ITR. IPTU. FATO GERADOR. CTN.  
DECRETO-LEI Nº 57/66. RECEPÇÃO COMO LEI COMPLEMENTAR. NÃO-INCIDÊNCIA DO IPTU.

RECURSO ESPECIAL Nº 492.869 - PR

(2003/0011619-3)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

RECORRENTE: OSCAR DIEDRICHS E CÔNJUGE

ADVOGADO: ROBERTO A BUS ATO E OUTROS

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

ADVOGADO: SUELI MARIA ZDEBSKI E OUTROS

EMENTA

TRIBUTÁRIO.

IPTU. ITR. FATO GERADOR.

IMÓVEL SITUADO NA ZONA URBANA.

LOCALIZAÇÃO. DESTINAÇÃO. CTN, ART. 32. DECRETO-LEI N. 57/66. VIGÊNCIA.

1. Ao ser promulgado, o Código Tributário Nacional valeu-se do critério topográfico para delimitar o fato gerador do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR): se o imóvel estivesse situado na zona urbana, incidiria o IPTU; se na zona rural, incidiria o ITR.

2. Antes mesmo da entrada em vigor do CTN, o Decreto-Lei nº 57/66 alterou esse critério, estabelecendo estar sujeitos à incidência do ITR os imóveis situados na zona rural quando utilizados em exploração vegetal, agrícola, pecuária ou agro-industrial.

3. A jurisprudência reconheceu validade ao DL 57/66, o qual, assim como o CTN, passou a ter o *status* de lei complementar em face da superveniente Constituição de 1967. Assim, o critério topográfico previsto no art. 32 do CTN deve ser analisado em face do comando do art. 15 do DL 57/66, de modo que não incide o IPTU quando o imóvel situado na zona urbana receber quaisquer das destinações previstas nesse diploma legal.

4. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma/Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de fevereiro de 2005.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

Relator

(Ementa publicada no DJU II de 25.02.2005, p. 475).

GATT. ACORDO INTERNACIONAL. ART. 98 DO CTN. PREVALÊNCIA EM RELAÇÃO À ORDEM JURÍDICA INTERNA.

Proc.: 1999.03.99.053426-6 REOMS 190192

Orig.: 9802046884/SP

Parte A: BASF Brasileira S/A Indústrias Químicas

Adv.: Paulo Augusto Greco e outros

Parte R: União Federal (Fazenda Nacional)

Adv.: Fernando Netto Boiteux e Sérgio Augusto G. P. Souza

Remte.: Juízo Federal da 4ª Vara de Santos/Sec. Jud. SP

Relator: Des. Fed. Consuelo Yoshida/Sexta Turma

Ementa  
TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. VITAMINA 'E' E DERIVADOS. ALÍQUOTA ZERO. ACORDO INTERNACIONAL DO GATT. RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. PREVALÊNCIA EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO INTERNA.

1. O Decreto nº 78.887/76, que retificou a Lista III do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), fixou a alíquota zero para o imposto de importação referente à vitamina 'E' (Tocoferol), não fazendo qualquer restrição quanto à forma que se apresenta esse produto - álcool ou acetato - para a obtenção do referido benefício.

2. O tratado internacional devidamente recepcionado pelo ordenamento

jurídico prevalece sobre a legislação tributária interna, ainda que superveniente, nos termos do art. 98, do CTN.

3. Precedentes do extinto TFR, E. STJ e 6ª Turma desta Corte.

4. Remessa oficial desprovida.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores Federais da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto da Senhora Desembargadora Federal Relatora, constante dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

(Ementa publicada no DJU II de 11.03.2005, p. 347).

IOF. OPERAÇÃO DE TRANSMISSÃO DE AÇÕES NOMINATIVAS DE EMPRESA.

Proc.: 93.03.034503-7 MAS 118072

Orig.: 9100888613/SP

Apte.: União Federal (Fazenda Nacional)

Adv.: Fernando Netto Boiteux e Sérgio Augusto G. P. Souza

Apdo.: Varga S/A

Adv.: José Roberto Pisani e outros

Remte.: Juízo Federal da 21ª Vara São Paulo/Sec. Jud. SP

Relator: Des. Fed. Lazarano Neto/Sexta Turma

Ementa

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - IOF - TRANSMISSÃO DE AÇÕES DE

COMPANHIAS ABERTAS - INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DO ART. 1º DA LEI Nº 8033/90.

1 - Inconstitucionalidade do inciso IV, do art. 1º, da Lei nº 8.033/90, que instituiu a incidência do IOF sobre a transmissão de ações de companhias abertas, declarada pelo Órgão Especial desta E. Corte, no julgamento da arguição de inconstitucionalidade na AMS 164.856/SP (re. 95.03.056130-2), rei. J. Lúcia Figueiredo.

2 - Mantida a sentença concessiva da segurança, a qual declarou a inexistência de recolhimento do IOF sobre operações de transmissão de ações nominativas da empresa.

3 - Remessa oficial e apelação 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 e à apelação, nos termos do voto e do relatório, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (Ementa publicada no DJU II de 22.03.2005, p. 394).

TRIBUTO DECLARADO E NÃO PAGO. PRAZO PRESCRICIONAL.

AC - 128389/PB - 97.05.42452-7

Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Origem:

Apte.: Fazenda Nacional

Apdo.: Usina Santa Maria S/A - massa falida

Adv/proc.: Gilvan Siqueira de Sá

EMENTA: TRIBUTÁRIO, PRESCRIÇÃO, DÉBITO TRIBUTÁRIO DECLARADO E NÃO PAGO.

I - Tratando-se de débito tributário declarado via DCTF - Declaração de Contribuições e Tributos Federais, tendo o contribuinte deixado de efetuar o respectivo pagamento, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos começa a correr a partir da data seguinte ao vencimento.

II - Apelação e remessa oficial às quais se nega provimento.

Acórdão

Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida como interposta, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 09 de novembro de 2004

Desembargador Federal Manuel Maia

Relator (Convocado)

(Ementa publicada no DJU II de 23.03.2005, p. 334.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 9711/98. RETENÇÃO SOBRE O VALOR DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONSTITUCIONALIDADE.

Recurso Extraordinário 393.946-7

Origem: Minas Gerais

Relator: Ministro Carlos Velloso

Recorrente: PETM Instalações Ltda.

Advogado (a/s): Múcio Ricardo Caleiro Acerbi e outro (a/s)

Recorrido(a/s): Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Advogado(a/s): Paulo Sérgio de C. Costa Ribeiro

EMENTA: CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL.\* SEGURIDADE. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. Lei 8.212/91, art. 31, com a redação da Lei 9.711/98.

1 - Empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra: obrigação de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia

2 do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra: inoção de ofensa ao disposto no art. 150, § 7º, art. 150, IV, art. 195, § 4º, art. 154, I, e art. 148 da CF.

II - RE conhecido e improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do recurso extraordinário e, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 03 de novembro de 2004.

(Ementa publicada no DJU de 01.04.2005, p. 7/8).

## DEPÓSITO JUDICIAL PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DO TRIBUTO. DESNECESSIDADE.

RECURSO ESPECIAL Nº 615.303 - PR (2003/0216139-1)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: RICARDO PY GOMES DA SILVEIRA E OUTROS

RECORRIDO: RIO PRETO REFRIGERANTES S/A E OUTROS

ADVOGADO: ROMEU SACCANI E OUTROS  
Ementa

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. DESPROVIMENTO. LEVANTAMENTO DOS VALORES CONSIGNADOS EM JUÍZO PELAS CONTRIBUENTES. IMPOSSIBILIDADE. CABIMENTO DA CONVERSÃO EM RENDA, A FAVOR DA UNIÃO, DA IMPORTÂNCIA EM DEPÓSITO.

1. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de a Fazenda Nacional converter em renda depósitos vinculados à ação anulatória de débitos fiscais que restou desprovida, porquanto reconhecida a legalidade do empréstimo compulsório de energia elétrica. O acórdão recorrido adotou a exegese de que, em tributos sujeitos a lançamento por homologação, a realização de depósitos judiciais não extingue a obrigação tributária, sendo necessária a realização do lançamento pela autoridade fazendária, o que na espécie entendeu não efetuado, sendo que a conversão do depósito ocorreu mais de 6 (seis) anos após o trânsito em julgado do feito.

2. A única razão do depósito foi a intenção de os contribuintes suspenderem



a exigibilidade dos valores tributários controversos enquanto julgada a ação anulatória. Essa, como antes indicado, foi desprovida, e a decisão denegatória transitou em julgado. Com esse resultado, reconheceu-se que a resistência apresentada pelas empresas era indevida e, de outro lado, que era legal o percentual tributado, tornando-se patente que o crédito consignado em juízo, em razão do indeferimento do pleito, deixou de pertencer às contribuintes e passou, por direito, a ser destinado à Fazenda.

3. As contribuintes, ao disponibilizarem essa importância ao Juízo, para garantir eventual insucesso no pleito formulado, indubitavelmente tornaram explícito o *quantum* que não foi pago à Fazenda e, assim sendo, findaram por declarar e identificar a obrigação tributária pendente de solução judicial. Não havendo, portanto, como se desconhecer tal evidência jurídica, e reclamar da autoridade tributante a prática de ato expresso que consubstanciasse o lançamento do crédito objeto de controvérsia, isto porque se apresenta notório o direito à conversão do depósito em renda em favor do fisco.

4. Recurso especial conhecido e provido.

Acórdão

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.  
Brasília (DF), 02 de dezembro de 2004 (Data do Julgamento)  
MINISTRO JOSÉ DELGADO - Relator  
(Ementa publicada no DJU de 04.04.2005, p. 183).

APRESENTAÇÃO DE DCTF.  
COMPENSAÇÃO INFORMADA.  
AUSÊNCIA DE DIREITO DE OBTENÇÃO DE CND. HIPÓTESE EM QUE NÃO HÁ SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 641.516 - SC (2004/0022071-2)

Relator: Ministro José Delgado

Relator p/acórdão: Ministro Luiz

Fux

Agravante: Fazenda Nacional

Procurador: Deysi Cristina Da Rolt e outros

Agravado: Canguru Embalagens S/A e outros

Advogado: Emilia Pereira Capella e outros

EMENTA

TRIBUTÁRIO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO. NASCIMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO.

1. A DCTF constitui o crédito tributário que nela se declara. O fato de haver indicação e postulação de compensação não se equipara às hipóteses estritas de expedição de certidão positiva com efeito de negativa (art. 206 do CTN).

2. O pleito de compensação de crédito fiscal não deferido, não se equipara a

nenhuma das hipóteses do art. 151 do CTN, maxime à luz da legislação estrita que informa o direito tributário, formalizando, inclusive, o lançamento tributário, atitude vinculadora, o que contraria a exegese sobre ser possível, analogicamente, estender hipótese assemelhada de expedição de certidão negativa, fora dos casos legais.

3. Agravo Regimental provido.

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, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencido parcialmente o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 3 de fevereiro de 2005(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Presidente e Relator p/ Acórdão

(Ementa publicada no DJU de

04.04.2005, p. 200).

INTIMAÇÃO DO REPRESENTANTE LEGAL DA FAZENDA PÚBLICA. IGUALDADE DAS PARTES. OFENSA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 531.308 - PR (2003/0070943-0)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON

EMBARGANTE: MARLI ARLETE BURAS SKORA

ADV.: JULIO ASSIS GEHLEN E OUTROS

EMBARGADO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: RÔMULO PONTICELLI

GIORGI JUNIOR E OUTROS

Ementa

PROCESSO CIVIL - INTIMAÇÃO - PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA - IGUALDADE DAS PARTES - ASSIMETRIA DE RELAÇÕES - LEI 11.033/2004.

1. Dentre os princípios constitucionais que regem a relação processual está o da igualdade entre as partes, o qual não afasta as prerrogativas de partes em circunstâncias especiais, tais como: Ministério Público, Defensoria Pública e Fazenda Pública, abrangendo também as autarquias e as fundações públicas.

2. A intimação pessoal instituída para estas entidades não desequilibra a relação, na medida em que representam elas a coletividade ou o interesse público.

3. A Corte Especial, em recente decisão, interpretando a regra que ordena a intimação da Fazenda Pública, deixou sedimentado que tal ato processual se realiza por oficial de justiça, contando-se o prazo da juntada do mandado, devidamente cumprido.

4. A Lei 11.033/2004, reguladora do mercado financeiro, em seu art. 20, introduziu sorrateiramente dispositivo que privilegia os Procuradores da Fazenda, estabelecendo que eles são intimados com vista aos autos.

5. A sistemática do novo tipo de intimação, além de desigualar o tratamento das partes, estabelecendo o odioso privilégio em favor de uma ca-

tegoria de representantes da Fazenda Pública, os Procuradores da Fazenda, desorganiza e dificulta a atividade cartorária.

6. Dispositivo legal, (art. 20 da Lei 11.033/2004) que se choca com o princípio constitucional da igualdade das partes.

7. Incidente de inconstitucionalidade acolhido.

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, acolheu a arguição de inconstitucionalidade, determinando a instauração do incidente perante a Corte Especial, 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, 8 de março de 2005 (Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON

Relatora

(Ementa publicada no DJU de 04.04.2005, p. 262).

EMPRESAS PRESTADORAS DE  
SERVIÇOS TEMPORÁRIOS. PIS.  
COFINS. BASE DE CÁLCULO. FA-  
TURAMENTO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº  
2004.04.01.051384/PR

RELATOR: Des. Federal Álvaro Eduar-  
do Junqueira

AGRAVANTE: União Federal (Fazen-  
da Nacional)

ADVOGADO: Dolizete Fátima Michelin  
AGRAVADO: Rurícola Agenciamento  
de Mão-de-obra Rural Ltda.

ADVOGADO: Renato Oliveira de  
Araújo e outro

Ementa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO.  
PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATU-  
RAMENTO. EMPRESAS PRESTADORAS DE  
SERVIÇOS TEMPORÁRIOS. IRPJ E CSLL.

1. A base de cálculo do PIS e da CO-  
FINS não integra todas as entradas da  
contabilidade das empresas prestado-  
ras de serviços temporários, apenas  
aquelas com caráter de receita auferi-  
da, sendo irrelevante a classificação  
contábil adotada. Lei nº 9.718/98, art.  
3º, § 1º.

2. Os valores transferidos pelas em-  
presas tomadoras às empresas pres-  
tadoras de serviços temporários,  
cuja destinação é a remuneração dos  
empregados/trabalhadores, não integ-  
ram a base de cálculo do PIS e da  
COFINS, porquanto não são apropria-  
dos pela empresa prestadora de ser-  
viços, não sendo alcançados pelo art.  
3º, § 1º da Lei 9.718/98, diferentemen-  
te da taxa de administração inclusa  
na fatura de serviços, porquanto se  
trata da receita auferida pela empre-  
sa, em sua prestação de serviços, ou  
seja, na realização de seu aspecto te-  
leológico.

3. Para fins de CSLL e de IRPJ, deve  
ser observado o regramento aplicável  
a estes tributos, possuindo forma de  
apuração de base de cálculo diversa  
do PIS e da COFINS, por serem de-  
terminados com base no lucro, com  
ajustes em razão das despesas da pes-  
soa jurídica.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 16 de março de 2005.  
(Ementa publicada no DJU II de 06.04.2005, p. 409).

**ISS. LOCAÇÃO DE AUTOMÓVEIS. NÃO-INCIDÊNCIA. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO.**

QUEST. ORD. EM AÇÃO CAUTELAR

661-9

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

REQTE. (s): LOCALIZA RENT A CAR S/A E OUTRO (A/S)

ADV.(A/S): HAMILTON DIAS DE SOUZA E OUTRO (A/S)

REQD0.(A/S) : MUNICÍPIO DE BELO

HORIZONTE

ADV.(A/S): HERCÍLIA MARIA PORTELA PROCÓPIO FRIGO

DECISÃO: A Turma, por votação unânime, resolvendo questão de ordem, referendou, integralmente, por seus próprios fundamentos, a decisão proferida pelo Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Gilmar Mendes. 2ª Turma, 8.3.2005.

EMENTA: IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS)

- LOCAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

- INADMISSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DESSE TRIBUTO MUNICIPAL - DISTINÇÃO ENTRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS (OBRIGAÇÃO DE DAR OU ENTREGAR) E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (OBRIGAÇÃO DE

FAZER) - IMPOSSIBILIDADE DE A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL ALTERAR A DEFINIÇÃO E O ALCANCE DE CONCEITOS DE DIREITO PRIVADO (CTN, ART. 110) - INCONSTITUCIONALIDADE DO ITEM 79 DA ANTIGA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68

- PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ATENDIMENTO, NA ESPÉCIE, DOS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA CONCESSÃO DE PROVIMENTO CAUTELAR (RTJ 174/437-438) - OUTORGA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA A RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUE, INTERPOSTO POR EMPRESAS LOCADORAS DE VEÍCULOS AUTOMOTORES, JÁ FOI ADMITIDO PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL RECORRIDO

- DECISÃO REFERENDADA PELA TURMA.  
(Ementa publicada no DJU de 08.04.2005, p. 26).

**ICMS. LIMITAÇÃO TEMPORAL AO APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. LC 102/2000. CONSTITUCIONALIDADE.**

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 402.027-1

AGTE.(s): ALL - AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA DO BRASIL S/A

ADV.(A/S): ANETE MAIR MEDEIROS DE PONTES VIEIRA

AGDO.(A/S): ESTADO DO PARANÁ

ADV.(A/S): PGE-PR - MÁRCIA DIEGUEZ LEUZINGER

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 29.03.2005.



EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI COMPLEMENTAR N. 87/96. SUPERVENIÊNCIA DA LC N. 102/2000. CRÉDITO DE ICMS. LIMITAÇÃO TEMPORAL À SUA EFETIVAÇÃO. VULNERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. Impos- to sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Crédito. Compensação. Aproveitamento integral do crédito decorrente das aquisições para o ativo permanente. Superveniência da Lei Complementar n. 102/2000. Limitação temporal para o aproveitamento ao longo do período de 48 meses. Restrição à possibilidade de o contribuinte recuperar o imposto pago, como contribuinte de fato, na aquisição de bens para o ativo fixo dentro do período de vida útil. Vulneração ao princípio da não-cumulatividade. Inexistência. Precedente: ADI n. 2.325, Relator o Ministro Marco Aurélio, Sessão Plenária do dia 23.9.2004. Agravo regimental não provido. (Ementa publicada no DJU de 29.4.2005, p. 27).

**CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PRETENSÃO PUNITIVA.**

Habeas Corpus 81.611-8  
 Proced.: Distrito Federal  
 Relator: Min. Sepúlveda Pertence  
 Pacte.: Luiz Alberto Chemin  
 Imptes.: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro  
 Advdos.: Paulo José da Costa Júnior e outros

Coator: Superior Tribunal de Justiça  
 Decisão: Após os votos dos Senhores  
 Decisão: Após os votos dos Senhores  
 Ministros

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie e os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que o indeferiam. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 22.10.2003.

EMENTA: I. CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (L. 8137/90, ART. 1º): LANÇAMENTO DO TRIBUTO PENDENTE DE DECISÃO DEFINITIVA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL, SUSPENSO, PORÉM, O CURSO DA PRESCRIÇÃO ENQUANTO OBSERVADA A SUA PROPOSITURA PELA FALTA DO LANÇAMENTO DEFINITIVO.

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o

Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Relator, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie e os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que o indeferiam.

Brasília, 10 de dezembro de 2003  
(Ementa publicada no DJU de 13.05.2005, p. 6).

ART. 35 DA LEI Nº 8212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9538/97. VIOLAÇÃO AO ART. 146, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Recurso Extraordinário nº 407.190-8

Origem: Rio Grande do Sul

Relator: Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Advogado(a/s): Jaqueline Maggioni Piazza

Recorrido(a/s): Calçados Pôr-do-Sol Ltda. e outro(a/s)

Advogado(a/s): Erli Terezinha dos Santos e outro(a/s)

TRIBUTO - REGÊNCIA - ART. 146, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NATUREZA. O princípio revelado no inciso III do art. 146 da Constituição Federal há de ser considerado em face da natureza exemplificativa do texto, na referência a certas matérias.

MULTA - TRIBUTO - DISCIPLINA. Cumprida a legislação complementar dispor sobre os parâmetros da aplicação da multa, tal como ocorre no art. 106 do Código Tributário Nacional.

MULTA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - RESTRIÇÃO TEMPORAL - ART. 35 DA LEI Nº 8.212/91. Conflita com a Carta da República - art. 146, inciso III - a expressão "para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1977", constante do art. 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação decorrente da Lei nº 9.528/97, ante o envolvimento de matéria cuja disciplina é reservada à lei complementar.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do recurso extraordinário e negar provimento ao recurso, declarando a inconstitucionalidade da expressão "para fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1997", constante do caput do art. 35 da Lei nº 8212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997.

Brasília, 27 de outubro de 2004.

(Ementa publicada no DJU de 13.05.2005, p. 6/7).