



Segunda Turma

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO
EM RECURSO ESPECIAL N. 892.042-SC (2016/0079530-0)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Embargante: Fazenda Nacional

Embargado: MKJ Importação e Comércio Ltda

Embargado: Mário Kenji Irie

Advogado: Adilson José Frutuoso e outro(s) - SC019419

Interes.: Elizeu Machado de Lima

Interes.: MR Global Participações e Empreendimentos Ltda

Interes.: Regina Celi Zaguini Irie

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração no agravo interno. Submissão à regra prevista no Enunciado Administrativo n. 03/STJ. Ausência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material. Embargos rejeitados.

1. É certo que o novo Código de Processo Civil estabelece que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento” (art. 85, § 11). A análise desse dispositivo permite exegese no sentido de que a fixação da sucumbência recursal abrange a majoração dos honorários antes fixados (na hipótese de o recurso não prosperar) e o arbitramento de nova verba, com redistribuição dos honorários antes fixados (na hipótese de provimento do recurso), considerando-se, em ambos os casos, o trabalho adicional realizado em grau recursal.

2. Por outro lado, conforme abalizado entendimento doutrinário, a majoração dos honorários advocatícios, a título de sucumbência recursal, pressupõe que tenha havido a fixação de honorários na instância *a quo*, ou seja, só é cabível nos feitos em que for admissível a condenação em honorários na instância *a quo*.

3. No caso concreto, o recurso especial origina-se de decisão interlocutória proferida em sede de medida cautelar fiscal, na qual não houve a fixação de honorários advocatícios, sobretudo porque se trata de hipótese em que não é admissível a condenação em verba honorária. Nesse contexto, revela-se descabida a fixação de honorários advocatícios, a título de sucumbência recursal.

4. Além disso, em se tratando de recurso especial julgado por meio de decisão monocrática, na qual não foi estabelecida a sucumbência recursal em razão do Enunciado Administrativo 7/STJ (no caso, a publicação do acórdão impugnado por meio do recurso especial ocorreu em dezembro/2015), não é possível a fixação da sucumbência recursal em sede de agravo interno. Isso porque, embora o agravo interno seja previsto como recurso próprio (art. 994, III, do CPC), a sua finalidade principal é a obtenção de um pronunciamento colegiado (formação de um acórdão) sobre a questão controversa, especialmente para fins de exaurimento de instância. Ressalte-se que, em regra, não é possível suscitar questão nova em sede de agravo interno, pois o objeto do recurso (recurso especial, agravo em recurso especial, embargos de divergência etc.) é delimitado no ato de sua interposição. Da mesma forma, caso não seja cabível a fixação da sucumbência recursal no momento em que proferida a decisão monocrática (por força do enunciado mencionado), não é possível ao Relator inovar e fixar a sucumbência recursal em sede de agravo interno.

5. Em suma, em se tratando de recurso julgado por meio de decisão monocrática, na qual foi estabelecida a sucumbência recursal, não é possível nova majoração em sede de agravo interno. *A contrario sensu*, em se tratando de recurso julgado por meio de decisão monocrática, na qual não foi estabelecida a sucumbência recursal em razão do Enunciado Administrativo 7/STJ, não é possível a fixação da sucumbência recursal em sede de agravo interno.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte

resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 8.2.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de embargos de declaração (fl. 9.099) apresentados contra acórdão sintetizado na seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Medida cautelar fiscal. Suspensão dos efeitos de decisões no bojo da ação principal. Fundamentos não impugnados. Artigo 1.021, § 1º, do CPC/2015. Inteligência da Súmula 182/STJ. Agravo interno não conhecido.

1. A falta de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada inviabiliza o conhecimento do agravo interno, nos termos do artigo 1.021, § 1º, do CPC/2015 e da Súmula 182/STJ.

2. Agravo Interno não conhecido.

A embargante alega, em síntese, que há omissão no acórdão embargado, tendo em vista que:

Este Superior Tribunal de Justiça não conheceu do *agravo interno* do sujeito passivo. Omitiu-se, no entanto, no tocante à fixação dos honorários recursais, previstos no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Requer sejam acolhidos os embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): O recurso não merece prosperar.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente recurso submete-se à regra prevista no Enunciado Administrativo n. 3/STJ, *in verbis*: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

É certo que o novo Código de Processo Civil estabelece que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento” (art. 85, § 11).

A análise desse dispositivo permite exegese no sentido de que a fixação da sucumbência recursal abrange a majoração dos honorários antes fixados (na hipótese de o recurso não prosperar) e o arbitramento de nova verba, com redistribuição dos honorários antes fixados (na hipótese de provimento do recurso), considerando-se, em ambos os casos, o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Por outro lado, conforme abalizado entendimento doutrinário, a majoração dos honorários advocatícios, a título de sucumbência recursal, pressupõe que tenha havido a fixação de honorários na instância *a quo*, ou seja, só é cabível nos feitos em que for admissível a condenação em honorários na instância *a quo*.

Nesse sentido, destaco a lição de Fredie Didier Jr.:

Não há honorários recursais em qualquer recurso, mas só naqueles em que for admissível condenação em honorários de sucumbência na primeira instância. Assim, não cabe, por exemplo, sucumbência recursal em agravo de instrumento interposto contra decisão que versa sobre tutela provisória, mas cabe em agravo de instrumento interposto contra decisão que versa sobre o mérito da causa. A sucumbência recursal consiste, como já visto, em majoração de honorários já fixados.

(Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 13. ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. v. 3, pág. 157)

No caso concreto, o recurso especial origina-se de decisão interlocutória proferida em sede de medida cautelar fiscal, na qual não houve a fixação de honorários advocatícios, sobretudo porque se trata de hipótese em que

não é admissível a condenação em verba honorária. Nesse contexto, revela-se descabida a fixação de honorários advocatícios, a título de sucumbência recursal.

Além disso, em se tratando de recurso especial julgado por meio de decisão monocrática, na qual não foi estabelecida a sucumbência recursal em razão do Enunciado Administrativo 7/STJ (no caso, a publicação do acórdão impugnado por meio do recurso especial ocorreu em dezembro/2015), não é possível a fixação da sucumbência recursal em sede de agravo interno.

Isso porque, embora o agravo interno seja previsto como recurso próprio (art. 994, III, do CPC), a sua finalidade principal é a obtenção de um pronunciamento colegiado (formação de um acórdão) sobre a questão controversa, especialmente para fins de exaurimento de instância. Ressalte-se que, em regra, não é possível suscitar questão nova em sede de agravo interno, pois o objeto do recurso (recurso especial, agravo em recurso especial, embargos de divergência etc.) é delimitado no ato de sua interposição. Da mesma forma, caso não seja cabível a fixação da sucumbência recursal no momento em que proferida a decisão monocrática (por força do enunciado mencionado), não é possível ao Relator inovar e fixar a sucumbência recursal em sede de agravo interno.

Em suma, em se tratando de recurso julgado por meio de decisão monocrática, na qual foi estabelecida a sucumbência recursal, não é possível nova majoração em sede de agravo interno. *A contrario sensu*, em se tratando de recurso julgado por meio de decisão monocrática, na qual não foi estabelecida a sucumbência recursal em razão do Enunciado Administrativo 7/STJ, não é possível a fixação da sucumbência recursal em sede de agravo interno.

A corroborar esse entendimento, *mutatis mutandis*, destaco novamente o entendimento de Fredie Didier Jr.:

De igual modo, não há majoração de honorários anteriormente fixados no julgamento do agravo interno. Quando o relator inadmitte ou nega provimento ao recurso por decisão isolada, ele já aplica o § 11 do art. 85 do CPC e majora os honorários de sucumbência fixados pelo juiz contra a parte. Rejeitado o agravo interno, o colegiado apenas confirma a decisão do relator, não incidindo novamente o § 11 do art. 85 do CPC. O relator ao decidir, antecipa provável entendimento do colegiado. Este, ao ser provocado pelo agravo interno, confirma ou não a decisão do relator. Ao confirmar, mantém o que o relator decidiu, inclusive na parte relativa aos honorários sucumbenciais recursais. Não há outra majoração. A majoração já foi determinada pelo relator em sua decisão isolada.

(*Op. cit.* pág. 158)

No mesmo sentido:

Processual Civil. Honorários. Recurso em mesmo grau. Não cabimento. Omissão inexistente.

1. Os preceitos do art. 85, § 11, do CPC/2015, claramente estabelecem que a majoração dos honorários está vinculada ao trabalho desenvolvido em cada grau recursal, e não em cada recurso interposto no mesmo grau.

2. “Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)” (Enunciado 16 da ENFAM).

3. No caso dos autos, o grau inaugurado com a interposição de recurso especial ocorreu em momento anterior à vigência da nova norma, o que torna sua aplicação indevida, sob pena de retroação de seus efeitos. Ressalte-se que até o agravo regimental, ao contrário do que aduz a embargante, foi interposto antes da vigência do novo CPC.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.461.914/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02.08.2016, DJe 10.08.2016)

Previdenciário. Agravo interno no recurso especial. Acumulação de benefícios. Auxílio-acidente concedido antes da vigência da Lei n. 9.528/1997 e aposentadoria concedida após a sua vigência. Recurso Especial 1.296.673/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos. Impossibilidade. Súmula 507/STJ. Aplicação de multa e majoração de honorários advocatícios, no agravo interno. Descabimento. Agravo interno improvido.

I. Agravo interno interposto em 04.07.2016, contra decisão monocrática publicada em 27.06.2016, que, por sua vez, julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/1973.

II. Conforme decidido pela Primeira Seção desta Corte, “a acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.213/1991 (‘§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria; § 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.’), promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei n. 9.528/1997” (STJ, REsp 1.296.673/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Primeira Seção, DJe de 03.09.2012, julgado em 22.08.2012, sob a sistemática do art. 543-C do CPC).

III. Nos termos da Súmula 507 desta Corte, “a acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria pressupõe que a lesão incapacitante e a aposentadoria sejam anteriores a 11.11.1997, observado o critério do art. 23 da Lei n. 8.213/1991 para definição do momento da lesão nos casos de doença profissional ou do trabalho”.

IV. No caso, a autora recebe o auxílio-acidente desde 16.06.1993. Porém, a aposentadoria por idade foi concedida em 08.07.2003, motivo pelo qual não há falar em acumulação dos benefícios.

V. O mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a necessária imposição da multa, prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015, quando não configurada a manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso, por decisão unânime do colegiado.

VI. Na linha do decidido pelo STJ, “deixa-se de aplicar honorários sucumbenciais recursais nos termos do Enunciado 16 da ENFAM: ‘Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)’ (...)” (STJ, AgInt no AgRg no REsp 1.200.271/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 17.05.2016).

VII. Agravo Regimental improvido.

(AgInt no REsp 1.504.429/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 20.09.2016, DJe 28.09.2016)

Processual Civil. Embargos declaratórios no agravo interno no recurso especial. Inexistência de vícios. Embargos de declaração acolhidos para fins de esclarecimentos quanto aos honorários, sem efeitos modificativos.

1. De início, impõe-se ressaltar que os presentes Embargos de Declaração foram opostos contra acórdão publicado já na vigência do novo Código de Processo Civil, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado Administrativo 3/STJ).

2. Nestes Aclaratórios, a embargante sustenta que o acórdão embargado “omitiu-se, no entanto, no tocante à fixação dos honorários recursais, previstos no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil” (fl. 685, e-STJ).

3. Na verdade, não verifico na espécie os pressupostos necessários, e exigidos pelo art. 1.022 do CPC/2015, para acolhimento dos Aclaratórios, visto que nenhuma omissão, obscuridade, contradição ou erro material existe no corpo do decisum que justifique o oferecimento desse recurso.

4. Contudo, para evitar novos questionamentos, acolhem-se os Embargos Declaratórios para prestar esclarecimentos, sem, no entanto, emprestar-lhes efeitos infringentes.

5. O pedido de arbitramento/majoração da verba honorária de sucumbência no Agravo Interno, formulado pela embargante, deve ser rejeitado em razão do entendimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de

Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Enfam, adotado no seminário “O Poder Judiciário e o Novo CPC”, no qual se editou o enunciado 16, com o seguinte teor: “Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)”.

6. Dito de outro modo, como se trata (o Agravo Interno) de recurso que apenas prorroga, no mesmo grau de jurisdição, a discussão travada no Recurso Especial, o caso concreto não comporta a aplicação do art. 85, § 11, do CPC/2015.

7. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito modificativo, apenas para prestar esclarecimentos.

(EDcl no AgInt no REsp 1.585.765/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25.10.2016, DJe 17.11.2016)

Assim, não há falar em omissão, pois a questão foi apreciada de modo adequado, e o mero inconformismo com a conclusão do julgado não enseja a utilização da via de embargos de declaração, que é limitada às hipóteses elencadas no art. 1.022 do CPC/2015.

Diante do exposto, *rejeito* os embargos de declaração.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.026.401-SE (2008/0020405-6)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Recorrente: Estado de Sergipe

Procurador: Flávio Augusto Barreto Medrado e outro(s) - SE000194B

Recorrido: Samam Veículos Ltda

Advogado: João Santana Filho e outro(s) - SE001664

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Recurso especial em ação rescisória. ICMS. Substituição tributária para frente. Fato gerador presumido. Diferença a menor do tributo devido, em relação ao fato gerador presumido. Direito à restituição. Matéria controvertida nos Tribunais,

à época da prolação do acórdão rescindendo. Inadmissibilidade da ação rescisória, mesmo em se tratando de matéria constitucional. Incidência da Súmula 343/STF. Precedente do STF, em regime de repercussão geral. RE 590.809/RS. Acórdão rescindendo, ademais, em consonância com o atual entendimento firmado pelo STF sobre a matéria de fundo, em julgamento realizado sob o regime da repercussão geral. RE 593.849/MG. Juízo de retratação. Art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015). Recurso especial desprovido, em juízo de retratação.

I. Recurso Especial, interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/1973, anteriormente provido, pela Segunda Turma desta Corte, para julgar procedente a Ação Rescisória, ao fundamento de que a Súmula 343/STF não se aplica em matéria constitucional – pelo que entendeu cabível a Ação Rescisória, no caso –, e de que “a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 87/1996 somente autorizam o ressarcimento de ICMS em regime de substituição tributária quando o fato jurídico presumido não se realizar”.

II. O Recurso Especial, interposto pela parte autora da Ação Rescisória, retornou – por determinação da Vice-Presidência do STJ, para julgamento pelo Órgão colegiado, com fundamento no disposto no art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015), após a interposição de Recurso Extraordinário, pelo sujeito passivo da obrigação tributária –, para juízo de retratação, em face de julgado do STF, proferido no RE 590.809/RS, em sede de repercussão geral da questão constitucional.

III. Em 22.10.2014 o Plenário do STF, no julgamento do RE 590.809/RS, sob a relatoria do Ministro *Marco Aurélio Mello* e sob o regime de repercussão geral, pacificou o entendimento no sentido de que deve ser refutada “a assertiva de que o Enunciado 343 da Súmula do STF (‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’) deveria ser afastado, aprioristicamente, em caso de matéria constitucional” (STF, RE 590.809/RS, Rel. Ministro *Marco Aurélio*, *Tribunal Pleno*, DJe de 24.11.2014).

IV. O acórdão proferido pela Segunda Turma do STJ admitiu que a matéria de fundo era controvertida, à época do julgamento do acórdão rescindendo, mas afastou a incidência da Súmula 343/STF, por se tratar de matéria constitucional. Necessidade de ajustar o julgado da Segunda Turma do STJ ao decidido pelo STF, em regime de repercussão geral, no aludido RE 590.809/RS, para concluir pelo descabimento da Ação Rescisória, em face da Súmula 343/STF.

V. Ademais, quanto à controvérsia acerca da matéria de fundo versada na petição inicial da Ação Rescisória, o Plenário do STF, ao julgar, sob o regime da repercussão geral, o RE 593.849/MG (Rel. Ministro *Edson Fachin*, DJe de 31.03.2017), fixou, em 19.10.2016, a tese de que “é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. Assim, a atual jurisprudência do STJ realinhou o seu posicionamento sobre a matéria de fundo, diante do novo entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 593.849/MG, sob a relatoria do Ministro *Edson Fachin* e sob regime de repercussão geral, pelo que o acórdão rescindendo, no mérito, encontra-se em sintonia com o novel entendimento do STF e do STJ. Nesse sentido: STJ, EDcl na AR 4.640/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, DJe de 19.12.2016.

VI. Estando o acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de origem, em consonância com a atual jurisprudência do STF e do STJ, deve ele ser mantido.

VII. Recurso Especial desprovido, em razão do juízo de retratação, previsto art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015).

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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 26.4.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo *Estado de Sergipe*, em 09.03.2007, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, assim ementado:

Embargos infringentes - Decisão embargada. Ação Rescisória. Violação a literal disposição de lei. Inciso V, art. 485, do CPC. Não identificada. Ocorrência. Convênio ICMS n. 13/1997. Cláusula Segunda. À época, incidência afastada. Medida liminar do STF. Interpretação do § 7º do art. 150 da CF abrangente. Interpretação constitucional em consonância com a jurisprudência à época. Atualmente, ADIn 2.777-8/SP. Mesma matéria sob discussão. Prova da divergência interpretativa. Homenagem ao princípio da segurança jurídica. Ação julgada procedente. Inversão do ônus da sucumbência.

- Não cabe a ação rescisória se não existe violação à literal disposição de lei quando se verifica que à época, por conta de decisão liminar do STF na ADIn n. 1.851, afastando a aplicação da Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13/1997, se obteve interpretação abrangente em relação ao art. 150, § 7º da CF, mesmo que posterior decisão final confirmasse sua constitucionalidade, resultando que atualmente pende de julgamento a ADIn n. 2.777-8/SP onde se reitera idêntica discussão acerca da compensação tributária nos moldes delineados na ADIn n. 1.851, portanto, confirmando que a questão se dá pela divergência de interpretação de norma constitucional devendo-se na espécie homenagear o princípio da segurança jurídica.

- Voto pela procedência dos embargos.

- Ônus da sucumbência invertido (fl. 287e).

No Recurso Especial, o Estado recorrente apontou contrariedade ao art. 485, V, do CPC/1973, e defendeu o cabimento da Ação Rescisória, ao argumento de que não se aplicaria ao caso a Súmula 343/STF, uma vez que, após a prolação do acórdão rescindendo, sobreveio decisão de mérito do STF, na ADI 1.851-4/AL, no sentido da constitucionalidade do Convênio ICMS n. 13/1997.

Após as contrarrazões (fls. 318/338e), o Recurso Especial, a princípio inadmitido, na origem (fls. 340/342e), foi encaminhado a esta Corte, por força de Agravo de Instrumento provido (fl. 347e).

Em 06.08.2009, a Segunda Turma deu provimento ao Recurso Especial, por acórdão da lavra da Ministra *Eliana Calmon*, assim ementado:

Processual Civil. Ação rescisória. ICMS. Substituição tributária. Base de cálculo efetiva menor que a presumida. ADIn n. 1.851-4. Convênio ICMS n. 13/1997. Constitucionalidade. Súmula 343/STF. Incidência. Violação à literal disposição de lei. Matéria controvertida nos Tribunais.

1. *A jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que cabe ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, quando se tratar de matéria de índole constitucional, hipótese em que deve ser afastada a Súmula 343/STF.*

2. *Violação da Cláusula Segunda do Convênio n. 13/1997 pelo acórdão rescindendo, na medida em que a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 87/1996 somente autorizam o ressarcimento de ICMS em regime de substituição tributária quando o fato jurídico presumido não se realizar.*

3. *Tese quanto à necessidade provimento inibitório e condenatório contra o autor da rescisória não questionada na origem. Aplicação da Súmula 282/STF.*

4. *Recurso especial provido (fl. 385e).*

Inconformada, a parte vencida interpôs Embargos de Divergência (fls. 392/414e), os quais foram rejeitados, em 07.08.2014, por decisão monocrática mantida, pela Primeira Seção do STJ, por acórdão publicado em 16.09.2015.

Em 28.09.2015, foi interposto Recurso Extraordinário (fls. 603/622e), do qual se destaca o seguinte trecho: “Há duas questões centrais a serem dirimidas neste Recurso Extraordinário: a) possibilidade de rescisão de sentença transitada em julgado em decorrência de mudança de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal em face da garantia da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI); b) direito à restituição de ICMS pago a maior no regime de substituição tributária (art. 150, § 7º da Constituição Federal). O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral das duas matérias. A primeira no RE 590.809 (Tema 136) e a segunda no RE 593.849 (Tema 201)”.

Contrarrazões a fls. 631/633e.

Em 06.11.2015, sobreveio a decisão de fls. 636/639e, proferida pela então Vice-Presidente do STJ, Ministra *Laurita Vaz*, determinando a remessa dos autos ao Relator, para os fins do § 3º do art. 543-B do CPC/1973.

Em 09.03.2017, o presente Recurso Especial foi incluído em pauta, para julgamento, nos termos do § 3º do art. 543-B do CPC, em sessão ordinária designada para o dia 21.03.2017. Contudo, nessa data, a parte recorrente protocolou a petição de fl. 651e, na qual requereu “que o referido recurso seja retirado da pauta e posteriormente reincluído em uma nova, providenciando, desta feita, a Coordenadoria responsável a intimação pessoal do representante legal do Estado de Sergipe desse ato processual, assegurando, assim, ao ente público, via escoreita intimação pessoal de nova pauta, o direito de apresentar memoriais e realizar sustentação oral, sob pena de nulidade”.

Pelo despacho de fl. 653e, a par do adiamento do julgamento deste Recurso Especial, foi determinado que a Coordenadoria da Segunda Turma informasse sobre a alegada ausência de intimação regular da inclusão do feito na pauta de julgamento de 21.03.2017.

Em cumprimento ao aludido despacho, sobreveio, em 23.03.2017, a certidão de fl. 654e, da Coordenadoria da Segunda Turma, *in verbis*: “Certifico que, em atendimento ao despacho exarado à fl. 653, esta Coordenadoria ao gerar os mandados da pauta de julgamento do dia 21.3.2017, por erro no sistema justiça do STJ, não identificou processo relacionado à Procuradoria do Estado de Sergipe. De fato, a citada procuradoria não foi intimada pessoalmente da pauta e tão somente do Diário de Justiça Eletrônico. Esclareço que foi aberto o chamado de n. 1652874, junto à Seção de Atendimento Remoto, para identificar e corrigir a falha apontada”.

Em 27.03.2017, o presente Recurso Especial foi novamente incluído em pauta, para julgamento, nos termos do § 3º do art. 543-B do CPC, em sessão ordinária designada para o dia 06.04.2017, tendo sido juntado aos autos, em 30.03.2017, o mandado de intimação pessoal do representante processual do Estado de Sergipe, com ciência em 29.03.2017.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Como relatado, cuida-se de Recurso Especial, interposto pelo *Estado de Sergipe*, que retornou – por determinação da Vice-Presidência do STJ, para julgamento por esta Segunda Turma, com fundamento no art. 543-B, § 3º, do CPC/1973, após a interposição de Recurso Extraordinário, por *Samam Veículos Ltda* –, para juízo de retratação,

em face de julgado proferido pelo STF, no *RE 590.809/RS*, sob o regime da repercussão geral.

Passo, assim, a reapreciar o Recurso Especial, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (atualmente, art. 1.040, II, do CPC/2015).

Em 11.10.2002, o *Estado do Sergipe* ajuizou, perante o Tribunal de origem, a presente Ação Rescisória, na qual apontou manifesta violação aos arts. 150, § 7º, da Constituição Federal e 10 da Lei Complementar n. 87/1996, bem como à Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13/1997, ao argumento de que o acórdão rescindendo – transitado em julgado em 15.11.2000, ao conceder o Mandado de Segurança 0024/2000, para assegurar a compensação dos valores recolhidos a maior, a título de ICMS, sob o regime de substituição tributária, nas operações de venda de veículos por preços inferiores aos sugeridos pela montadora, em tabela própria – acabou por divergir da decisão proferida pelo STF, em 08.05.2002, na ADI 1.851-4/AL (Rel. Ministro *Ilmar Galvão*, DJU de 22.11.2002).

Em 23.06.2004, após regular processamento do feito, o Tribunal de origem, por maioria, preliminarmente, afastou a Súmula 343/STF, e, no mérito, julgou procedente a Ação Rescisória, pelo acórdão de fls. 89/134e.

Entretanto, em 13.12.2006, o Tribunal de origem, por maioria, deu provimento aos Embargos Infringentes, pelo acórdão ora recorrido (fls. 285/296e), assim ementado:

Embargos infringentes - Decisão embargada. Ação Rescisória. Violação a literal disposição de lei. Inciso V, art. 485, do CPC. Não identificada. Ocorrência. Convênio ICMS n. 13/1997. Cláusula Segunda. À época, incidência afastada. Medida liminar do STF. Interpretação do § 7º do art. 150 da CF abrangente. Interpretação constitucional em consonância com a jurisprudência à época. Atualmente, ADIn n. 2.777-8/SP. Mesma matéria sob discussão. Prova da divergência interpretativa. Homenagem ao princípio da segurança jurídica. Ação julgada procedente. Inversão do ônus da sucumbência.

- Não cabe a ação rescisória se não existe violação à literal disposição de lei quando se verifica que à época, por conta de decisão liminar do STF na ADIn n. 1.851, afastando a aplicação da Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13/1997, se obteve interpretação abrangente em relação ao art. 150, § 7º da CF, mesmo que posterior decisão final confirmasse sua constitucionalidade, resultando que atualmente pende de julgamento a ADIn 2.777-8/SP onde se reitera idêntica discussão acerca da compensação tributária nos moldes delineados na ADIn n. 1.851, portanto, confirmando que a questão se dá pela divergência de interpretação de norma constitucional devendo-se na espécie homenagear o princípio da segurança jurídica.

- Voto pela procedência dos embargos.
- Ônus da sucumbência invertido (fl. 287e).

Em 09.03.2007, o *Estado de Sergipe* interpôs o presente Recurso Especial, no qual indicou contrariedade ao art. 485, V, do CPC/1973 e defendeu o cabimento da Ação Rescisória, ao argumento de que não se aplicaria ao caso a Súmula 343/STF, uma vez que, após a prolação do acórdão rescindendo, sobreveio decisão de mérito do STF, na ADI 1.851-4/AL, no sentido da constitucionalidade do Convênio ICMS n. 13/1997.

Em 06.08.2009, a Segunda Turma deu provimento ao Recurso Especial do *Estado de Sergipe*, pelo acórdão de fls. 377/385e, da lavra da Ministra *Eliana Calmon*, assim redigido:

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea 'a' do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe assim ementado (fl. 281):

Embargos infringentes - Decisão embargada. Ação Rescisória. Violação a literal disposição de lei. Inciso V, art. 485, do CPC. Não identificada. Ocorrência. Convênio ICMS n. 13/1997. Cláusula Segunda. À época, incidência afastada. Medida liminar do STF. Interpretação do § 7º do art. 150 da CF abrangente. Interpretação constitucional em consonância com a jurisprudência à época. Atualmente, ADIn 2.777-8/SP. Mesma matéria sob discussão. Prova da divergência interpretativa. Homenagem ao princípio da segurança jurídica. Ação julgada procedente. Inversão do ônus da sucumbência.

- Não cabe a ação rescisória se não existe violação à literal disposição de lei quando se verifica que a à época, por conta de decisão liminar do STF na ADIn n. 1851, afastando a aplicação da Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13/1997, se obteve interpretação abrangente em relação ao art. 150, § 7º da CF, mesmo que posterior decisão final confirmasse sua constitucionalidade, resultando que atualmente pende de julgamento a ADIn 2.777-8/SP onde se reitera idêntica discussão acerca da compensação tributária nos moldes delineados na ADIn n. 1.851, portanto, confirmando que a questão se dá pela divergência de interpretação de norma constitucional devendo-se na espécie homenagear o princípio da segurança jurídica.

- Voto pela procedência dos embargos.
- Ônus da sucumbência invertido.

Aponta a Fazenda Pública estadual violação do art. 485, V, do CPC pela indevida aplicação da Súmula 343/STF pelo Tribunal de origem, que ao dar provimento

aos embargos infringentes manteve acórdão transitado em julgado que afastou por inconstitucionalidade a norma constante da Cláusula Segunda do Convênio n. 13/1997, pela qual se vedava o ressarcimento de ICMS quando a operação mercantil se materializasse por base de cálculo menor que a presumida.

Defende a aplicação do entendimento adotado por esta Corte, segundo o qual se afasta a aplicação da Súmula 343/STF quando o tema detiver expressão constitucional e a decisão rescindenda tiver declarado a inconstitucionalidade de norma jurídica posteriormente declarada constitucional pela Suprema Corte.

Alega ser imperativo do princípio da isonomia, da força normativa da Constituição e da segurança jurídica a reforma do acórdão recorrido. (fls. 292/304)

Em contrarrazões (fls. 309/327) o particular pleiteia a aplicação do art. 557 do CPC por entender que o recurso especial manejado contraria expressamente enunciado sumular de Tribunal Superior; que havia jurisprudência pacífica no sentido do acórdão rescindendo, inclusive com pronunciamento liminar e de caráter vinculante da Suprema Corte na ADIn 1.851-4/AL; que inexistente norma violada pelo acórdão rescindendo, pois quando do julgamento do feito a Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13/1997 encontrava-se com os efeitos suspensos por decisão naquela ADIn; que os atos jurídicos ocorridos na vigência do acórdão rescindendo devem ser resguardados, de modo que *se impeça qualquer restituição de valores ao Erário e garantindo à Embargante o direito de compensar os valores apurados no período em que o Estado desobedeceu à segurança.*

Recurso especial inadmitido às fls. 331/333.

No Agravo de Instrumento 928.639/SE, dei provimento ao agravo de instrumento para melhor exame da irrisignação. (fl. 336).

É o relatório.

A matéria, devidamente prequestionada na origem, já encontrou resposta satisfatória na jurisprudência desta Casa.

Discute-se inicialmente o cabimento de ação rescisória quando o acórdão rescindendo afastou por inconstitucionalidade cláusula de convênio de ICMS posteriormente declarada constitucional, sendo a matéria controversa na época, embora com jurisprudência expressiva desta Corte no sentido do acórdão recorrido.

*A matéria indubitavelmente tem expressão constitucional, na medida em que se discutiu se a cláusula restritiva do convênio era compatível com o art. 150, § 7º, da Constituição Federal. Em outras palavras, discutiu-se o alcance e o sentido da expressão **caso não se realize o fato gerador presumido.***

A ação rescisória é cabível na espécie porque o julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade de norma jurídica afastada por acórdão rescindendo afasta a aplicação da Súmula 343/STF, na medida em que visa concretizar a força normativa da Constituição Federal, consoante expressão de seu órgão jurisdicional máximo. A existência de controvérsia na aplicação das

normas jurídicas é normalmente fator inibitório da viabilidade de ação rescisória com arrimo em violação à literal disposição de lei, como corolário do princípio da segurança jurídica e necessidade de estabilização das relações sociais. *Contudo, quando se está defronte a eficácia normativa da norma ápice do sistema, admite-se a relativização da coisa julgada para concretizar o comando constitucional. Assim, sempre que o acórdão rescindendo contrariar a norma constitucional exteriorizada da interpretação da Suprema Corte é cabível a ação rescisória por violação à literal disposição de lei.*

Nesse sentido colho alguns precedentes:

Processo Civil e Tributário. Contribuição previdenciária sobre proventos de inatividade de servidor público estadual. Lei Estadual n. 7.672/1982, art. 42, "o". Inconstitucionalidade. Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Matéria constitucional. Afastamento da Súmula 343/STF. Posicionamento recente da Primeira Seção do STJ. Fundamentos do acórdão recorrido. Possibilidade. Orientação da Corte Especial (REsp 476.665/SP).

1. *O enunciado da Súmula 343 não é aplicável quando a questão verse sobre "texto" constitucional, hipótese em que cabível ação rescisória mesmo diante da existência de controvérsia interpretativa nos Tribunais, em face da "supremacia" da Constituição, cuja interpretação "não pode ficar sujeita à perplexidade", e da especial gravidade de que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o "vício" da inconstitucionalidade das leis (Precedente: EREsp 608.122/RJ). "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais" (Súmula 343 do STF).*

2. O Recurso Especial interposto contra acórdão proferido em sede de ação rescisória pode veicular os mesmos dispositivos legais que ensejaram a propositura da ação rescisória, por violação literal a disposição de lei.

3. A Corte Especial, revendo anterior posicionamento jurisprudencial, decidiu que: "(...) Se o autor da rescisória afirma violado certo artigo de lei e vê sua pretensão julgada em seu desfavor, o recurso especial pode envolver o tema da contrariedade do mesmo dispositivo que na ação se alegou malferido" (Corte Especial - REsp 476.665-SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 20.06.2005).

4. Precedentes jurisprudenciais do STJ: AgRg no Ag 580.593/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 21.02.2006 e REsp 746.301/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 23.05.2006.

5. Recurso especial provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, de forma que seja apreciado o mérito da ação rescisória (REsp 896.728/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02.10.2008, DJe 16.10.2008).

Ação rescisória. Previdenciário. Afastada a aplicação da Súmula 343 do STF. Prazo para o ajuizamento. Termo inicial. Trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos pensão por morte concedida antes do advento da Lei n. 8.213/1991. Revisão indevida. Princípio do *tempus regit actum*. Não restituição de verba alimentar recebida de boa-fé. Pedido procedente.

1. *Tendo a matéria tratada nos autos já sido objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, afigura-se a sua natureza constitucional, devendo ser afastada a aplicação da súmula 343 do STF.*

(...).

5. Ação rescisória julgada procedente para acompanhar o recente entendimento exarado pela Terceira Seção, com a ressalva do ponto de vista da Relatora (AR 3.809/AL, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 15.12.2008, DJe 06.02.2009).

Processual Civil. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Ação rescisória. Matéria constitucional. Súmula 343/STF. Inaplicabilidade.

1. Aplica-se a Súmula 211/STJ na hipótese em que carecem de prequestionamento teses articuladas no recurso especial em torno da natureza do prazo para propositura da ação rescisória - e a repercussão desta característica na sua suspensão ou não durante o recesso forense - e da impossibilidade do Tribunal julgar procedente na íntegra a ação rescisória, ou mesmo dela conhecer, em razão da existência de outros fundamentos lançados no mandado de segurança originário e não enfrentados pelo acórdão rescindendo.

(...)

4. *Conforme iterativa jurisprudência desta Corte, a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal não obsta o ajuizamento de ação rescisória nos casos que versam sobre matéria de jaez constitucional.*

5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido (REsp 894.517/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 14.04.2009, DJe 04.05.2009).

Portanto, *na trilha dos precedentes desta Corte afasto a incidência da Súmula 343/STF e analiso o recurso sob a ótica da violação do art. 485, V, do CPC.*

As cláusulas de convênios normativos de ICMS são leis em sentido amplo, na medida em que veiculam normas nacionais de direito tributário aplicáveis por todos os Estados-membros da Federação como forma de uniformização da cobrança tributária deste tributo e racionalização da concessão de benefícios fiscais, de modo a minorar a guerra fiscal.

O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a norma jurídica do Convênio ICMS 13/1997, que assim se encontra disposta:

Cláusula Segunda. Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996.

O acórdão rescindendo concedeu a segurança para compelir o ressarcimento do tributo também quando o fato jurídico tributário se efetivar por operação mercantil com base de cálculo menor que a presumida, o que, consoante a dicção constitucional, não se encontra contida na expressão **caso não se realize o fato gerador presumido**.

Portanto, ao declarar inconstitucional tal preceito, posteriormente declarado constitucional pela Suprema Corte a Corte de origem prolatora do decisor rescindendo acabou por violar a expressão literal da cláusula convencional.

Nesse sentido é o REsp 819.545/PB, rel. Min. Herman Benjamin, DJ 04.6.2009 que afirma:

Toda essa discussão está intimamente ligada à cláusula segunda do Convênio ICMS 13/1997, subscrito pelo Estado da Paraíba, e parte, também, da interpretação conferida ao § 7º do art. 150 da CF/1988.

Dessa forma, evidente que a questão tem cunho constitucional, sendo admissível, pois, a ação rescisória.

(...)

Dessa forma, a decisão proferida na ADIN n. 1.851-5, sendo de observância obrigatória para o Estado da Paraíba, só permite restituição do ICMS se o fato gerador presumido não ocorrer no mundo prático, não tendo que se falar, portanto, em aplicação de qualquer orientação que venha a ser trilhada nas outras ADINs (2.675 e 2.777).

(...)

Assim, o acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência desta Corte, razão pela qual deve ser mantido.

Cito, ainda, outros precedentes pela ausência de violação à legislação federal pela negativa de ressarcimento de ICMS quando o fato gerador presumido não se concretizar com a base de cálculo presumida no regime de substituição tributária:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. ICMS. Regime de substituição tributária. Fato gerador presumido. Recolhimento a maior do tributo. Valor de venda menor. Impossibilidade de restituição.

Entendimento firmado pelo STF. ADI 1.851/AL. Não-aplicação do art. 165, II, do CTN. Recurso desprovido.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851/AL (Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 22.11.2002), entendeu que o contribuinte somente teria direito à restituição do imposto pago no caso de a venda presumida não se realizar, atribuindo ao fato gerador presumido a característica de definitivo, e não de provisório.

2. Adotando essa orientação, o Superior Tribunal de Justiça alterou o entendimento anteriormente firmado, para declarar a impossibilidade de restituição de eventuais excessos decorrentes da venda realizada por preço inferior ao da base de cálculo presumida.

3. Na hipótese dos autos, trata-se de recolhimento a maior de ICMS no regime de substituição tributária, e não de erro na base de cálculo do tributo, inexistindo, assim, o direito à restituição. Com efeito, o fato gerador presumido é definitivo, não havendo falar, portanto, em erro na base de cálculo a legitimar a repetição nos termos do art. 165, II, do Código Tributário Nacional.

4. Recurso ordinário desprovido (RMS 21.881/GO, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 17.12.2008).

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. ICMS. Substituição tributária para frente. Fato gerador presumido. Venda por preço inferior. Restituição indevida. ADI 1.851/AL.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.851/AL, ao interpretar o art. 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional n. 3/1993, entendeu que o contribuinte somente tem direito à repetição dos valores recolhidos, no regime de substituição tributária para frente, na hipótese de não-ocorrência do fato gerador, sendo irrelevante o fato do preço de venda ser superior ou inferior à base de cálculo presumida.

2. As ADIs 2.777/SP e 2.685/PE, por ainda não terem sido julgadas, não possuem força vinculante para afetar o caso em comento. Precedente: AgRg no REsp 596.896/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 17.3.2008.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 762.746/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23.04.2009, DJe 13.05.2009).

Portanto, patente a violação da norma contida na Cláusula Segunda do Convênio 13/1997.

Deixo de conhecer da pretensão formulada quanto ao conteúdo inibitório e condenatório da pretensão de não ser sancionada pelas compensações já

realizadas, bem como para que se determine as compensações não realizadas por óbice do Fisco por não terem sido prequestionadas na origem. Aplicação da Súmula 282/STF.

Com estas considerações, *dou provimento ao recurso especial.*

É o voto (fls. 377/383e).

Inconformada, a parte vencida interpôs Embargos de Divergência, e, após mantida a rejeição destes, pela Primeira Seção do STJ, interpôs Recurso Extraordinário (fls. 603/622e), do qual se destaca o seguinte trecho: “Há duas questões centrais a serem dirimidas neste Recurso Extraordinário: a) possibilidade de rescisão de sentença transitada em julgado em decorrência de mudança de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal em face da garantia da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI); b) direito a restituição de ICMS pago a maior no regime de substituição tributária (art. 150, § 7º da Constituição Federal). O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral das duas matérias. A primeira no RE 590.809 (Tema 136) e a segunda no RE 593.849 (Tema 201)”.

Primeiramente, quanto à controvérsia acerca do cabimento da Ação Rescisória, em 22.10.2014 o Plenário do STF, no julgamento do RE 590.809/RS, sob a relatoria do Ministro *Marco Aurélio Mello* e sob o regime de repercussão geral, pacificou o entendimento no sentido de que deve ser refutada “a assertiva de que o Enunciado 343 da Súmula do STF (‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’) deveria ser afastado, aprioristicamente, em caso de matéria constitucional”.

A ementa desse julgado subsistiu assim redigida:

Ação rescisória versus uniformização da jurisprudência. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”.

Ação rescisória. Verbete n. 343 da Súmula do Supremo. *O Verbetes n. 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma,* mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda (STF, RE 590.809 RG/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 21.11.2014).

Do acórdão referente ao retromencionado RE 590.809/RS, colhe-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Relator, Ministro *Marco Aurélio*, *in verbis*:

Não comungo da opinião, linear, consoante a qual, cuidando-se de matéria constitucional, deva ser afastada, aprioristicamente, a pertinência do Verbete n. 343. Votei nesse sentido nas Ações Rescisórias n. 1.409/SC e n. 1.578/PR, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, versada a majoração de alíquotas da contribuição ao Finsocial. Na ocasião, ressaltando que os pronunciamentos das Turmas eram no mesmo sentido das decisões rescindendas, tendo o Pleno definido a controvérsia, com envergadura maior, em momento apenas posterior à formação da coisa julgada, não acolhi os pleitos formulados com base em violência à literalidade de lei. Não me impressionou o fato de estar envolvida interpretação constitucional. Mantenho-me fiel à posição então assumida.

A rescisória deve ser reservada a situações excepcionalíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada. Disso decorre a necessária interpretação e aplicação estrita dos casos previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil, incluído o constante do inciso V, abordado neste processo. Diante da razão de ser do verbete, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental a rescisória presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, *mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional*, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica. Esta é a lição do professor Luiz Guilherme Marinoni:

Imaginar que a ação rescisória pode servir para unificar o entendimento sobre a Constituição é desconsiderar a coisa julgada. Se é certo que o Supremo Tribunal Federal deve zelar pela uniformidade na interpretação da Constituição, isso obviamente não quer dizer que ele possa impor a desconsideração dos julgados que já produziram coisa julgada material. Aliás, se a interpretação do Supremo Tribunal Federal pudesse implicar na desconsideração da coisa julgada como pensam aqueles que não admitem a aplicação da Súmula 343 nesse caso -, o mesmo deveria acontecer quando a interpretação da lei federal se consolidasse no Superior Tribunal de Justiça (MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 657).

A observância do verbete se mostra ainda mais imperiosa, na situação concreta, se considerada a natureza do pronunciamento do Supremo tomado como novo paradigma.

Na origem, o acórdão foi rescindido para conformá-lo à decisão deste Tribunal no sentido de o alcance do princípio da não cumulatividade não autorizar o lançamento

de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados IPI em decorrência da aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Vê-se não se tratar de referência a ato por meio do qual o Supremo assentou, com eficácia maior, a inconstitucionalidade de norma. Estivesse envolvida declaração da espécie, poderia até cogitar, com muitas reservas, do afastamento do verbete em favor do manejo da rescisória apenas para evitar a vinda à balha indiscriminada de decisão judicial, transitada em julgado, fundada em norma proclamada inconstitucional, nula de pleno direito. Mas não é este o caso ora examinado. Pretende-se, na realidade, utilizar a ação rescisória como mecanismo de uniformização da interpretação da Carta, particularmente, do princípio constitucional da não cumulatividade no tocante ao Imposto sobre Produtos Industrializados IPI, olvidando-se a garantia constitucional da coisa julgada material.

Como afirmado pela mestre Ada Pellegrini Grinover, eventual afastamento do Verbetes n. 343, por envolvimento de matéria constitucional, não pode ter razão genérica, e sim específica para as situações em que, no ato rescindendo, determinada lei foi proclamada constitucional, vindo, posteriormente, o Supremo a concluir pela inconstitucionalidade, com efeitos abrangentes, a repercutirem fora das balizas subjetivas do processo. Para a processualista, em caso contrário, como na espécie, posterior declaração incidental de constitucionalidade nada nulifica, não se caracterizando a categoria da inexistência, pelo que devem ficar a salvo da rescisória decisões, tomadas em dissídio jurisprudencial, em sentido oposto à nova posição do Supremo (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. Revista de Processo n. 87, São Paulo: RT, 1997, p. 37/47).

Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete, como se a rescisória pudesse conformar os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação da norma constitucional. Neste processo, ainda mais não sendo o novo paradigma ato declaratório de inconstitucionalidade, assento a possibilidade de observar o Verbetes n. 343 da Súmula se satisfeitos os pressupostos próprios.

A título de *obiter dictum*, o Ministro *Marco Aurélio*, no aludido aresto, ressaltou que, com muitas reservas, poder-se-ia cogitar do afastamento da Súmula 343/STF, em favor do manejo da rescisória, para evitar decisão judicial transitada em julgado fundada em norma posteriormente proclamada inconstitucional, por aquele Tribunal, se a declaração tivesse efeito *erga omnes*, hipótese que, entretanto, não corresponde àquela tratada no RE 590.809/RS (RE 590.809/RS, Rel. Ministro *Marco Aurélio*, *Tribunal Pleno*, DJe de 24.11.2014).

Portanto, de acordo com o novel entendimento do STF, não cabe ação rescisória, sob a alegação de ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão

rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, nos termos da Súmula 343 do STF, cuja aplicabilidade foi recentemente ratificada, pelo Pretório Excelso, no aludido RE 590.809/RS, *inclusive quando a controvérsia de entendimentos basear-se na aplicação de norma constitucional.*

No caso, o acórdão rescindendo concedeu o Mandado de Segurança, para assegurar a compensação, pela impetrante, de valores recolhidos a maior, a título de ICMS, em regime de substituição tributária, quando o fato gerador ocorrer em valor inferior ao fato gerador presumido, sugerido pela montadora, entendendo que a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/1997, que vedava tal compensação, era inconstitucional, em face do art. 150, § 7º, da CF/1988 e ante a liminar então concedida pelo STF, que suspendera a aludida cláusula.

O acórdão rescindendo transitou em julgando em 15.11.2000, antes do julgamento de mérito da ADI 1.851-4/AL, em 08.05.2002, pelo STF, dando pela inconstitucionalidade da referida cláusula.

O acórdão recorrido que, em sede de Embargos Infringentes, em 2º Grau, deu pelo descabimento da Ação Rescisória, concluiu que, à época do julgado rescindendo, a jurisprudência do STF e do STJ entendia que cabível a pretendida compensação, e se, após, ao julgar o mérito da ADI 1.851-4/AL, o STF deu pela constitucionalidade da aludida cláusula segunda do Convênio ICMS 13/1997, não ocorreu violação a literal disposição de lei, mas mudança de interpretação da matéria, pela Corte Suprema. Aplicou, assim, a Súmula 343/STF, destacando que havia outra ADI, de n. 2.777-8/SP, discutindo a mesma matéria de fundo, pendente de julgamento, no STF.

O acórdão proferido pela Segunda Turma do STJ, de relatoria da Ministra *Eliana Calmon*, admitiu que a matéria de fundo era controvertida, à época do julgamento do acórdão rescindendo, mas afastou a incidência da Súmula 343/STF, por se tratar de matéria constitucional. Concluiu que, como o STF, no julgamento da ADI 1.851-4/AL, entendeu que a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/1997 era constitucional, quando o acórdão rescindendo reputou-a inconstitucional ocorreu violação a literal disposição de lei, dando provimento ao Recurso Especial do *Estado de Sergipe*, para julgar procedente a Ação Rescisória.

Assim, é de ajustar o julgado ao decidido pelo STF, em regime de repercussão geral, no aludido RE 590.809/RS, para concluir pelo descabimento da Ação Rescisória, em face da Súmula 343/STF.

Finalmente, quanto à controvérsia acerca da matéria de fundo versada na petição inicial da Ação Rescisória, o Plenário do Supremo Tribunal Federal,

ao julgar, sob o regime da repercussão geral, o RE 593.849/MG (Rel. Ministro Edson Fachin, DJe de 31.03.2017), fixou a tese de que “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”, por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. *Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Substituição tributária progressiva ou para frente. Cláusula de restituição do excesso. Base de cálculo presumida. Base de cálculo real. Restituição da diferença. Art. 150, § 7º, da Constituição da República. Revogação parcial de precedente. ADI 1.851.*

1. *Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.*

2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.

3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.

4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta.

5. *De acordo com o art. 150, § 7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado.*

6. *Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.*

7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei n. 6.763/1975, e 21 do Decreto n. 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, § 11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado.

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento (STF, RE 593.849/MG, Rel. Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe de 31.03.2017).

No RE 593.849/MG o STF modulou os efeitos jurídicos do novo entendimento sobre a matéria, “que orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral”, caso dos presentes autos.

Assim, a atual jurisprudência do STJ realinhou seu posicionamento, diante do novo entendimento firmado pelo STF, no julgamento do aludido RE 593.849/MG, sob a relatoria do Ministro *Edson Fachin* e sob regime de repercussão geral, no sentido de que “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”, estando o acórdão rescindendo, pois, no mérito, em sintonia com o atual entendimento do STF e do STJ.

Nesse sentido:

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. ICMS. Substituição tributária para frente. Fato gerador presumido. Ocorrência. Diferença a menor do aspecto quantitativo. Direito à restituição. Alteração do entendimento do STF em julgamento realizado com repercussão geral. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes.

1. O STJ reconheceu o direito de o contribuinte obter restituição do ICMS pago a maior quando, em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, a operação posterior tiver ocorrido em valor inferior ao presumido. Esse acórdão foi rescindido diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.854-4/AL, em que se concluiu que o direito à restituição só existiria quando o fato gerador presumido terminasse por não se realizar, inexistindo quando se realizasse com base de cálculo menor que a presumida.

2. No RE 590.809, o STF estabeleceu que a sua Súmula 343 deve ser observada quando há oscilação da sua própria jurisprudência. Em outras palavras, se um acórdão transita em julgado acolhendo orientação que tinha o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de posterior mudança no entendimento da Corte Maior, não será cabível Ação Rescisória. Não seria esse o caso dos autos, pois o STF, ao julgar a ADI 1.854-4/AL, não modificou entendimento de mérito anterior, tendo alterado apenas o que inicialmente adotou em juízo liminar, por definição precário.

3. Todavia, agora, houve, efetivamente, mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. No julgamento do RE 593.849, realizado sob regime de repercussão geral, foi acatada a tese de que “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

4. Assim, o STF, agora, em regime de repercussão geral, chegou exatamente ao posicionamento que tinha o acórdão rescindendo. Conseqüentemente, é o caso de acolhimento dos Embargos de Declaração, com efeitos modificativos. Não se aplica a modulação dos efeitos da decisão determinada pelo Supremo, pois ele afastou dela os casos pretéritos que já estejam em trâmite judicial.

5. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes para julgar improcedente a Ação Rescisória (STJ, EDcl na AR 4.640/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 19.12.2016).

In casu, o acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de origem, que proveu os Embargos Infringentes, para dar pelo descabimento da Ação Rescisória, está em consonância com a atual jurisprudência do STF e do STJ, pelo que deve ser mantido.

Ante o exposto, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC/1973, em juízo de retratação, nego provimento ao Recurso Especial do Estado de Sergipe.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.200.528-RJ (2010/0122089-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Unilever Brasil Ltda e outro

Advogado: Jacques Labrunie e outro(s) - RJ055594

Recorrido: Instituto Nacional de Propriedade Industrial INPI

Procurador: Maristella Ramos Vitorino de Assis e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. INPI. Contrato de transferência de tecnologia. Averbação. Alteração de cláusula por parte da Autarquia. Descabimento. Lei n. 4.131/1962. Matéria não prequestionada. Art. 50 da Lei n. 8.383/1991. *Royalties*. Dedução e pagamento. Questão de fundo. Atuação do INPI. Artigo 240 da Lei n. 9.279/1996. Interpretação adequada. Valoração da cláusula geral

de atendimento das funções social, econômica, jurídica e técnica. Finalidades públicas preservadas. Precedentes. Denegação da ordem. Recurso parcialmente conhecido e negado provimento.

I – Ação mandamental impetrada na origem, na qual empresas voltaram-se contra ato administrativo praticado pelo INPI que, ao averbar contratos de transferência de tecnologia por elas celebrados, alterou cláusulas, de forma unilateral, fazendo-os passar de onerosos para gratuitos.

II – Ausência de prequestionamento em relação às matérias constantes nos invocados artigos da Lei n. 4.131/1962. Incidência das Súmulas n. 282/STF e 211/STJ.

III – A discussão acerca de possível violação do art. 50 da Lei n. 8.383/1991 diz respeito à questão de deduções de pagamento de royalties, matéria de fundo dos contratos, que não interfere na deliberação dos autos, restritos à análise de limite de atuação administrativa do INPI, matéria atinente à Primeira Seção desta Corte.

IV – A supressão operada na redação originária do art. 2º da Lei n. 5.648/1970, em razão do advento do artigo 240 da Lei n. 9.279/1996, não implica, por si só, em uma conclusão mecânica restritiva da capacidade de intervenção do INPI. Imprescindibilidade de conformação das atividades da autarquia federal com a cláusula geral de resguardo das funções social, econômica, jurídica e técnica.

V – Possibilidade do INPI intervir no âmbito negocial de transferência de tecnologia, diante de sua missão constitucional e infraconstitucional de regulamentação das atividades atinentes à propriedade industrial. Inexistência de extrapolação de atribuições.

VI – Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, negado provimento.

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, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe

provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). José Roberto D Affonseca Gusmão, pela parte recorrente: Unilever Brasil Ltda

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 8.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Originariamente, cuida-se de ação mandamental impetrada por Unilever Brasil Ltda. e Unilever Bestfoods Brasil Ltda., contra o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, atacando ato de averbação dos contratos de transferência de tecnologia por elas celebrados. Isso porque a autarquia teria expedido os respectivos certificados sem o pagamento de royalties, efetivando alteração de cláusula dos acordos, transformando-os de onerosos para gratuitos.

Alegavam as impetrantes que o INPI teria extrapolado seu papel institucional, atuando com evidente abuso de poder, com a inviabilização da relação de transferência de tecnologia prevista nos acordos ao impedir a remuneração contratual pactuada.

Denegada a ordem (fls. 617-62), a decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região ao julgar o recurso de apelação interposto, nos termos assim ementados (fls. 817-818):

Propriedade industrial. Contrato de transferência de tecnologia. Uso de marca. Averbação. INPI. Remessa de royalties. Empresas com vínculo acionário. Limitação.

1. A atuação do INPI, ao examinar os contratos que lhe são submetidos para averbação ou registro, pode e deve avaliar as condições na qual os mesmos se firmaram, em virtude da missão que lhe foi confiada por sua lei de criação, a Lei n. 5.648, de 11.12.1970. A meta fixada para o INPI é, em última análise, a de dar efetivação às normas de propriedade industrial, mas sem perder de vista a função social, econômica, jurídica e técnica das mesmas e considerando sempre o desejável desenvolvimento econômico do país.

2. A Lei n. 9.279/1996 somente retirou do INPI, ao revogar o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 5.648/1970, o juízo de conveniência e oportunidade da contratação, ou seja, o poder de definir quais as tecnologias seriam as mais adequadas ao desenvolvimento econômico do País. Esse juízo, agora, é unicamente das partes contratantes. Persiste, todavia, o poder de reprimir cláusulas abusivas, especialmente as que envolvam pagamentos em moedas estrangeiras, ante a necessidade de remessa de valores ao exterior, funcionando, nesse aspecto, no mínimo como agente delegado da autoridade fiscal.

3. Com o advento da Lei n. 8.383/1991, passou-se a admitir as remessas entre empresas subsidiária e matriz no exterior, com as conseqüentes deduções, desde que observados os limites percentuais na Portaria n. 436/58 do Ministério da Fazenda, em seu item I, que trata dos royalties pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, despesas de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante (mínimo de 1% e máximo de 5%). Ocorre que a mesma Portaria, em seu item II, atinente aos royalties pelo uso de marcas de indústria e comércio, ou nome comercial, em qualquer tipo de produção ou atividade, dispõe um percentual de remessa de 1%, quando o uso da marca ou nome não seja decorrente da utilização de patente, processo ou fórmula e fabricação. Em outras palavras, a legislação veda a imposição de onerosidade simultânea na celebração de contratos de licença de marcas e de contratos de transferência de tecnologia.

4. Apelação desprovida.

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados (fls. 840-846).

As impetrantes interpõem o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, sustentando que o acórdão recorrido contrariou os arts. 211 e 240 da Lei n. 9.279/1996, chancelando o desvio da função legal do INPI na averbação dos contratos, uma vez que sua atuação estaria limitada à função registral.

Afirmam, ainda, violação dos arts. 12 e 13, da Lei n. 4.131/1962 e do art. 50, da Lei n. 8.383/1991, sustentando a legalidade do pagamento de royalties, por direito de propriedade industrial e tecnologia, não existindo vedação quanto à remessa de valores a esse título. Entendem que a dedutibilidade é que se limita a 5% da receita bruta.

Contrarrazões ofertadas pelo INPI (fls. 1.016-1.036).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 1.119-1.125), em parecer assim ementado:

Recurso especial. Propriedade industrial. Contratos de transferência de tecnologia. Averbação pelo INPI. Competência da Autarquia para analisar o

mérito dos contratos. Art. 2º da Lei n. 5.648/1970. Remessa de royalties para o exterior. Lei n. 8.383/1991. Possibilidade do pagamento de royalties à matriz estrangeira desde que não haja onerosidade simultânea de contrato de licença de uso de marca e outro de transferência de tecnologia. Princípio da legalidade. Restrição existente no item II da Portaria MF n. 436. Súmula 7/STJ. - Parecer pelo desprovimento do recurso.

Em resposta ao despacho de fl. 1.128, as recorrentes informam o interesse no julgamento do feito (fls. 1.134-1.137).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): A despeito de a controvérsia de fundo estabelecida entre as partes dizer respeito à questão inerente à transferência de tecnologia e propriedade industrial, matéria eminentemente de direito privado, o que atrairia a competência da Segunda Seção desta Corte, o mandado de segurança originário tem como objeto a anulação de ato administrativo praticado pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

O mencionado Instituto é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, “responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria”, conforme se extrai do sítio oficial do referido órgão.

Nesse panorama, dada a peculiaridade do caso, nos termos do art. 9º, § 1º, II, do Regimento Interno deste Tribunal, aceita-se a competência conforme redistribuição determinada pela Exma. Sra. Ministra Nancy Andrigli, considerando que se pretende a anulação de ato supostamente ilegal praticado pelo impetrado, com a retificação definitiva dos registros dos citados contratos de transferência de tecnologia.

Pois bem. Ultrapassada a fixação da competência no âmbito deste Tribunal, tem-se que o acórdão recorrido analisou a questão centrado na possibilidade de o INPI imiscuir-se no mérito do contrato firmado entre as empresas, alterando os termos acordados e, assim, manteve a decisão denegatória da ordem, entendendo, segundo análise da legislação de regência, que a autarquia teria o poder de reprimir cláusulas abusivas, funcionando como agente delegado da

autoridade fiscal, especialmente quando o que se está em discussão é a remessa de valores ao exterior.

Os dispositivos de lei federal tidos pelas recorrentes como violados pelo *decisum* são do seguinte teor:

Lei n. 4.131/1962:

Art. 12. As somas das quantias devidas a título de “royalties” pela exploração de patentes de invenção, ou uso da marcas de indústria e de comércio e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, poderão ser deduzidas, nas declarações de renda, para o efeito do art. 37 do Decreto n. 47.373 de 07.12.1959, até o limite máximo de cinco por cento (5%) da receita bruta do produto fabricado ou vendido.

Art. 13. Serão consideradas, como lucros distribuídos e tributados, de acordo com os arts. 43 e 44, as quantias devidas a título de “royalties” pela exploração de patentes de invenção e por assistência de patentes de invenção e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, que não satisfizerem as condições ou excederem os limites previstos no artigo anterior.

Lei n. 8.383/1991

Art. 50. As despesas referidas na alínea b do parágrafo único do art. 52 e no m 2 da alínea e do parágrafo único do art. 71, da Lei n. 4.506, de 30 de novembro de 1964, decorrentes de contratos que, posteriormente a 31 de dezembro de 1991, venham a ser assinados, averbados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e registrados no Banco Central do Brasil, passam a ser dedutíveis para fins de apuração do lucro real, observados os limites e condições estabelecidos pela legislação em vigor.

Parágrafo único. A vedação contida no art. 14 da Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962, não se aplica às despesas dedutíveis na forma deste artigo.

Lei n. 9.279/1996:

Art. 211. O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros.

Parágrafo único. A decisão relativa aos pedidos de registro de contratos de que trata este artigo será proferida no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do pedido de registro.

[...]

Art. 240. O art. 2º da Lei n. 5.648, de 11 de dezembro de 1970, passa a ter a seguinte redação:

Art. 2º O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

De início, verifica-se que os artigos da Lei n. 4.131/1962, bem como as matérias neles tratadas, não foram alvo de deliberação na instância ordinária. A propósito, nem mesmo ao opor embargos declaratórios tais questões foram aventadas pelas recorrentes, que limitaram aquele inconformismo à interpretação de disposições contidas na Portaria n. 436/58 e na Lei n. 3.470/1958.

Dessa forma, incide, no ponto, o óbice contido nas Súmulas n. 282/STF e 211/STJ.

Por outro lado, a possível afronta ao art. 50 da Lei n. 8.383/1991 não se mostra essencial ao deslinde da controvérsia, na medida em que se acha propriamente relacionado à questão de fundo, no tocante à dedução das despesas decorrentes de contratos averbados pelo INPI.

No caso, como já salientado, a discussão está pautada nos limites de atuação da referida autarquia ao averbar os respectivos contratos.

O art. 211 da Lei n. 9.279/1996 contém disposição de caráter geral, esclarecendo que o INPI “fará o registro” daqueles tipos de contratos e estabelecendo o prazo para a análise do pedido de registro, nada deliberando sobre a possibilidade de eventuais “intervensões contratuais”.

O art. 240 da mesma lei, por sua vez, alterou a redação do art. 2º da Lei n. 5.648/1970, que tinha a seguinte redação anteriormente:

Art. 2º. O Instituto tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes, cabendo-lhe ainda pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura, ratificação ou denúncia de convenções, tratados, convênio e acordos sobre propriedade industrial.

Passou, então, à seguinte redação:

Art. 2º O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social,

econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

Ao proceder à alteração do dispositivo, o legislador cumulou os anteriores termos do *caput* com parte do parágrafo único, excluindo-se o trecho “Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes”.

Vejam-se as razões de decidir do acórdão recorrido:

Reza o art. 2º da citada norma, com a redação imposta a seu *caput*, pelo art. 240 da Lei n. 9.279, de 14.05.1996:

Art. 2º o INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

Como se pode observar, a meta fixada para o INPI é, em última análise, a de dar efetividade às normas de propriedade industrial, mas sem perder de vista a função social, econômica, jurídica e técnica das mesmas e considerando sempre o desejável desenvolvimento econômico do país.

Na redação original, o referido dispositivo legal vinha acompanhado de um parágrafo único que impunha ao INPI o dever de adotar medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes.

Resta claro, todavia, que o parágrafo único foi implicitamente revogado pela LPI, cujo art. 240, como já visto, deu nova redação ao artigo 2º como um todo, não tendo repetido o parágrafo único da redação original.

Ainda assim, todavia, persiste o dever de o INPI adotar medidas capazes de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes e de intervir nas condições contratuais estabelecidas para a transferência de tecnologia, visto que tal dever está contido naquele maior de executar as normas que regulam a propriedade industrial, atendendo, ao mesmo tempo, sua função social e econômica.

[...]

Não desconheço que grande número de doutrinadores entende que, com a eliminação do parágrafo único do art. 2º de sua lei de criação, o INPI deixou de ter

essa função de intervir no contrato de transferência de tecnologia, como serve de exemplo o texto a seguir do Instituto Dannemann Siemsen:

“(...) o legislador retirou do INPI a competência para regular a transferência de tecnologia, de modo que a partir da nova lei a autarquia não pode mais interferir, como fez durante a vigência de lei revogada, nos contratos de transferência de tecnologia e de exploração de patentes que, por imposição da Lei n. 5.772/1971, deveriam ser submetidos ao crivo do INPI.

Retirada do INPI tal atribuição, a atuação da autarquia, em matéria de transferência de tecnologia e dos demais contratos expressamente mencionados na Lei, está hoje limitada à simples averbação do contrato para permitir o pagamento previsto nos contratos e a dedutibilidade fiscal, nos termos da legislação específica. Apesar disso, o que se tem visto, na prática, é que o órgão mantém sua intervenção na vontade contratual das partes, não admitindo determinadas cláusulas.

Ouso, porém, discordar de tão eminentes doutrinadores.

A meu ver, a nova lei somente retirou do INPI, ao revogar o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 5.648/1970, o juízo de conveniência e oportunidade da contratação, ou seja, o poder de definir quais as tecnologias seriam as mais adequadas ao desenvolvimento econômico do País. Esse juízo, agora, é unicamente das partes contratantes. Persiste, todavia, o poder de reprimir cláusulas abusivas, especialmente as que envolvam pagamentos em moedas estrangeiras, ante a necessidade de remessa de valores ao exterior, funcionando, nesse aspecto, no mínimo como agente delegado da autoridade fiscal.”

[...]

Destaque-se que é a averbação ou o registro no INPI que possibilita e viabiliza a remessa de valores em moeda estrangeira prevista no contrato, constituindo-se em ato essencial e obrigatório para ser autorizada pelo Banco Central.”

Ao interpretar o referido art. 240, o acórdão recorrido o fez de forma adequada.

Em que pese tenha ocorrido a reformulação do preceito normativo supra, com a supressão de parcela de competência do INPI, precisamente relativa às medidas de aceleração e regulação de transferência tecnológica, bem como de fixação de melhores condições de negociação e utilização de patentes, a conclusão de que tais atribuições não mais estariam no círculo de competências da mencionada autarquia federal não prospera.

Na parte inicial do preceito normativo, identifica-se uma cláusula geral, de atendimento das funções *social, econômica, jurídica e técnica*. A função de uma

cláusula geral de direito é de servir de elemento jurídico conformador atemporal e, portanto, aberto, de modo a favorecer atividades interpretativas evolutivas que preservem a sua dimensão significativa.

Segundo escólio de Nelson Nery Jr., as cláusulas gerais correspondem às “normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir” (*Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais*, p. 428)

Diante dessa baliza normativa, representativa da missão infraconstitucional do INPI, e porque não constitucional, de defesa das ordens jurídica e socioeconômica, uma interpretação que se nutra puramente da técnica legislativa supressiva, como a propugnada pelo ora recorrente, não se sustenta juridicamente.

Em um tom pragmático, não reconhecer ao INPI competência para levar a efeito intervenções no âmbito da atividade industrial internacional, a exemplo de intervenções contratuais na órbita tecnológica, desatende a regra inserta no art. 240 da Lei n. 9.279/1996, por inobservância do seu núcleo normativo.

Em caso análogo, envolvendo a Koninklijke Philips Eletrônica N. V. e o INPI, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região concluiu pela possibilidade de intervenção contratual daquele órgão federal, em razão de suas missões institucionais:

Propriedade industrial. *Contrato de transferência de tecnologia. Averbação. Limitação pelo INPI. Possibilidade. Onerosidade excessiva do contrato. Royalty. Percentual máximo fixado.*

1. A formação de um contrato internacional de transferência de tecnologia envolve aspectos diversos e específicos. De um lado, tem-se o detentor da tecnologia - o transferente ou licenciador -, via de regra localizado em um país produtor de tecnologia, do chamado primeiro mundo, e, de outro, o receptor, ou licenciado, quase sempre sediado em um país em vias de desenvolvimento ou subdesenvolvido. Enquanto os objetivos primordiais do primeiro são a maximização da remuneração de sua tecnologia, otimizando sua exploração, e a busca de seu uso como forma de ingresso em novos mercados, os principais objetivos do segundo são a obtenção de inovação tecnológica e a capacitação tecnológica em si.

2. A atuação do INPI, ao examinar os contratos que lhe são submetidos para averbação ou registro, pode e deve avaliar as condições na qual os mesmos se firmaram, em virtude da missão que lhe foi confiada por sua lei de criação, a Lei n. 5.648, de 11.12.1970. A meta fixada para o INPI é, em última análise, a de dar efetivação às normas de propriedade industrial, mas sem perder de vista a

função social, econômica, jurídica e técnica das mesmas e considerando sempre o desejável desenvolvimento econômico do país.

3. A Lei n. 9.279/1996 somente retirou do INPI, ao revogar o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 5.648/1970, o juízo de conveniência e oportunidade da contratação, ou seja, o poder de definir quais as tecnologias seriam as mais adequadas ao desenvolvimento econômico do País. Esse juízo, agora, é unicamente das partes contratantes. Persiste, todavia, o poder de reprimir cláusulas abusivas, especialmente as que envolvam pagamentos em moedas estrangeiras, ante a necessidade de remessa de valores ao exterior, funcionando, nesse aspecto, no mínimo como agente delegado da autoridade fiscal.

4. A disseminação massiva da produção em escala global havia gerado uma queda brutal nos preços, devido ao excesso de oferta, o que deu origem a uma onerosidade excessiva, comprometendo a execução do contrato, caso se mantivesse o valor fixo incidindo sobre cada produto comercializado. 5. É razoável e proporcional o percentual de 5% fixado para remessa de royalties por ser este o coeficiente percentual máximo permitido para dedução fiscal, conforme o art. 12 da Lei n. 4.131/1962, e valor máximo mais freqüente, além de ser adotado como referência para os contratos de licença e transferência de tecnologia. 6. Apelação improvida. (TRF 2ª Região, Segunda Turma Especializada – Apelação em Mandado de Segurança 69.898 – 2006.51015041578 – Rel. Desembargadora Federal Lilliane Ruiz, julgado em 04.06.2008, DJU data: 04.12.2008 (grifos não constantes no original)).

Além disso, ao avaliar o âmbito de atuação da autarquia federal em comento, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região igualmente conferiu relevo à cláusula geral de funções *social, econômica, jurídica e técnica*, insculpida no art. 240 da Lei n. 9.279/1996:

Marcas e patentes. Anulação decretada na sentença. Antecipação de tutela concedida. Medida cautelar proposta para suspender o provimento judicial antecipatório. Competência da Turma no Tribunal e não da Vice-Presidência. Prevenção para julgar o recurso principal. Requisitos da ação cautelar. Fumaça do bom direito não caracterizada. Embargos declaratórios acolhidos em primeiro grau para dar efeitos infringentes. Possibilidade. Inocorrência de nulidade da sentença. Intervenção do INPI no feito. Assistente litisconsorcial. Direitos indisponíveis. Cerceamento de defesa incorrente. Meios eletrônicos de prova. Presunção de veracidade. Ato da Administração. Independência das patentes. Prejulgamento da demanda não caracterizado. Mera análise de razões aduzidas na exordial pertinentes ao *fumus boni iuris*. Atuação da Procuradoria Autárquica. Prerrogativa da classe advocatícia. Agravo improvido.

[...]

- A intervenção obrigatória do INPI nesses feitos decorre também do fato de que, na qualidade de autarquia federal, detém competência para executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, em razão da função social, econômica, jurídica e técnica desses bens imateriais, consoante se infere do art. 2º, da Lei n. 5.648, de 11.12.1970, com a redação dada pelo art. 240 da Lei n. 9.279/1996, e artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

[...]

- Ademais, é imperioso destacar que a anulação de patente pode ser efetuada pelo INPI inclusive no âmbito administrativo, nos moldes dos artigos 50 a 55 da Lei de Propriedade Industrial e de acordo com o poder de autotutela administrativa. E, se a lei faculta à autarquia, na seara administrativa, proceder à revisão das patentes já conferidas nas hipóteses legalmente previstas, não há como entender ser descabida a sua participação na esfera judicial, onde tal escopo é buscado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, através da condução imparcial do Judiciário.

- O INPI, para realizar o registro da patente, afere a respeito da presença dos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, conforme decorre, inclusive, do disposto no artigo 8º da Lei n. 9.279/1996. Apesar de ser um direito patrimonial e disponível, o relativo à exploração de uma patente, eventual nulidade a inquirar o registro, atinge a esfera jurídica do INPI, dado que esta autarquia detém a incumbência de não só realizar o registro, mas também de declarar a sua nulidade, quando não presentes os requisitos exigidos pela lei.

[...]

(TRF 3ª Região, Quinta Turma – 1ª Seção, CAUINOM - Cautelar Inominada - 5243 - 0049987-73.2006.4.03.0000, Rel. Desembargadora Federal Suzana Camargo, julgado em 25.09.2006, DJU data: 10.10.2006 página: 392) (grifos não constantes no original).

Sob perspectiva distinta, conferir uma interpretação restritiva ao mencionado preceito legal implicaria na total descon sideração da existência implícita de poderes. Ao se outorgar competência a determinado órgão, deve-se assegurar os instrumentais necessários à perfeita realização do seu escopo, ainda mais quando de inegável relevância pública.

Como restou, inclusive, assentado no acórdão recorrido:

Persiste, todavia, o poder de reprimir cláusulas abusivas, especialmente as que envolvam pagamentos em moedas estrangeiras, ante a necessidade de remessa de valores ao exterior, funcionando, nesse aspecto, no mínimo como agente delegado da autoridade fiscal.

A própria Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos fundamentais, condicionou, expressamente, a tutela dos inventos industriais, e, conseqüentemente, os eventuais atos negociais deles decorrentes, ao *interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país* (art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal), não raras vezes, incondicionalmente defendidos pelo INPI.

Desse modo, a fim de que o INPI possa desenvolver suas atividades regulatórias e fiscalizatórias em plenitude, em estrita consonância com suas finalidades de abrangência constitucional e infraconstitucional, devem lhe ser assegurados mecanismos efetivos de ação.

Ante o exposto, conheço parcialmente do presente recurso e, nessa parte, nego provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.345.403-RS (2012/0197280-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Patrícia Bernardi Dall'Acqua e outro(s) - RS038849

Recorrido: Sociedade Batista de Beneficência Tabea

Advogados: Roberta Sousa Avila - RS045778

Luciano Pires Pereira e outro(s) - RS069726

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Violação. Art. 535 do CPC/1973. Inocorrência. Extração de água subterrânea. Poço artesiano. Outorga da Administração Pública. Tutela do interesse coletivo em detrimento do particular. Legalidade da limitação administrativa para utilização de poço artesiano com a finalidade de consumo humano de água potável.

I - Trata-se, na origem, de ação ordinária julgada improcedente, na qual se objetivou a outorga e a autorização para a utilização de poço artesiano para o consumo humano de água subterrânea. Em apelação, acolheu-se em parte o pedido para o prosseguimento do procedimento administrativo, a fim de que se verificasse o cumprimento dos demais requisitos por parte da autora, ora recorrida.

II - Não há violação ao artigo 535 do CPC/1973 quando o Tribunal de origem, ao apreciar a demanda, manifestou-se sobre todas as questões pertinentes à *litis contestatio*, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento.

III - Ao fixar as normas gerais, por se tratar de questão de política ambiental, a União tutelou o interesse coletivo em detrimento do particular, estabelecendo, inclusive, textualmente, que as edificações permanente urbanas devem estar conectadas às redes públicas de abastecimento de água e que a respectiva instalação hidráulica predial não pode ser alimentada por outras fontes.

IV - Não pode ser considerada ilegal a limitação administrativa estabelecida pelo recorrente no sentido de que, nos locais dotados de rede de abastecimento de água potável, os poços serão tolerados exclusivamente para suprimento com fins industriais ou para uso em floricultura ou agricultura.

V - Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido formulado pela recorrida na petição inicial da demanda.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Livia Deprá Camargo Sulzbach, pela parte recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 8.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Rio Grande do Sul*, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a e c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado, *in verbis*:

Apelação cível. Pedido de outorga de extração de água de poço artesiano para fins de consumo humano. Negativa a pretexto de a legislação contemplar apenas para fins industriais, de floricultura e agricultura. Decisão que contraria jurisprudência e até mesmo parecer da Procuradoria-Geral do Estado. Todavia, pretensão inicial que merece acolhida somente em parte, isto é, uma vez afastado o fundamento da decisão administrativa, ser ordenado prossiga o respectivo processo, a fim de verificação do cumprimento dos demais requisitos. Não é possível, nas circunstâncias, ordenar seja expedida a outorga de exploração.

Por maioria, apelação provida em parte (fl. 277).

Opostos embargos de declaração pela recorrida, esses foram rejeitados (fls. 322-326).

Em seguida, o recorrente opôs embargos infringentes, que foram rejeitados, conforme a seguinte ementa, *litteris*:

Direito público não especificado. Uso de poço tubular. Ação ordinária.

Autorização de uso de água para consumo humano. Possibilidade.

Embargos infringentes desacolhidos, por maioria (fl. 374).

Adiante, foram opostos embargos de declaração pelo recorrente, tendo sido rejeitados (fls. 407-411).

Inconformadas, interpuseram as partes recursos especiais, ambos inadmitidos pela instância de origem (fls. 514-529), deixando a ora recorrida de interpor o consequente agravo e tendo sido provido o agravo do ora recorrente (fl. 589-590).

No presente recurso especial (fls. 438/462), o recorrente aponta, preliminarmente, ofensa ao art. 535, inciso II, do CPC/1973, porquanto o Tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos de declaração, não se pronunciou sobre pontos necessários ao deslinde da controvérsia, mais precisamente a respeito dos arts. 1º, 5º, 11, 12 e 18 da Lei n. 9.433/1997 e 45 da Lei n. 11.445/2007.

No mérito, aduz que o acórdão recorrido, ao concluir pela possibilidade de outorga de exploração do poço artesiano, violou os dispositivos legais acima elencados.

Sustenta, em síntese, ser incabível a possibilidade de outorga de exploração de poço artesiano por particular para o consumo humano, na medida em que há fornecimento de água pela concessionária de abastecimento público.

Aponta, ainda, divergência jurisprudencial com julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, alegando que “O dissídio entre as decisões confrontadas resta evidenciado na parte do voto vencedor do acórdão recorrido em que afirma ser cabível a manutenção da exploração do poço artesiano, sem prévia outorga do poder público e em local servido pela rede pública de água” (fl. 461).

Não foram apresentadas contrarrazões.

Às fls. 603-610, o Ministro Humberto Martins, então relator do presente recurso, não conheceu do recurso especial.

Interposto agravo regimental pelo recorrente, o nobre Ministro tornou sem efeito o anterior *decisum* para julgamento do recurso pelo colegiado (fls. 626-628).

Aberta vista ao Ministério Público Federal, esse emitiu parecer pelo desprovimento do recurso especial (fls. 636-643).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Ainda que o presente julgamento ocorra quando já em vigor o Código de Processo Civil de 2015, como a decisão recorrida foi publicada sob a égide da legislação processual civil anterior, quanto ao cabimento, aos demais pressupostos de admissibilidade e ao

processamento do recurso, aplicam-se as regras do Código de Processo Civil de 1973, diante do fenômeno da ultratividade e do enunciado administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça.

Relativamente à violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, ao apreciar a demanda, o Tribunal *a quo* manifestou-se sobre todas as questões pertinentes à *litis contestatio*, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento.

Aliás, quanto à legislação federal alegada pela recorrente como aplicável, ao julgar embargos de declaração do acórdão que decidiu os embargos infringentes, a Corte de origem fez a seguinte observação:

Ademais, não há espaço para o reconhecimento da não-recepção do Código de Águas pela Constituição Federal, pois resguardada a Competência da União, bem como a Lei Federal n. 9.433/1997 não possui o alcance pretendido.

Embora de maneira sucinta, houve, portanto, o enfrentamento da legislação federal tida como violada pela recorrente. A par disso, o julgador não está obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes.

As proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese *sub judice* e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Não há se falar, portanto, em violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973.

Por outro lado, relativamente à aplicação analógica do óbice decorrente da Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal - por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário -, ao tornar sem efeito a decisão monocrática de fls. 603/601, o Exmo. Sr. Ministro Humberto Martins fez as seguintes ponderadas observações:

No caso concreto, discute-se a necessidade de outorga do ente estatal para extração de água de poço artesiano para fins de consumo humano, bem como se há empecilho da legislação federal e se o bem público de uso comum (água) estaria sujeito a limitações administrativas.

Por essa razão, e com a finalidade de viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa, torno sem efeito a decisão monocrática para posterior julgamento do recurso especial do *Estado do Rio Grande do Sul* pelo Colegiado.

Como se pode notar, efetivamente, o mencionado óbice não se aplica à hipótese ora analisada, uma vez que a parte pretende, com o presente recurso, a análise da sua alegação de que a decisão recorrida contrariou a legislação federal que trata do tema.

Pois bem. Ao estabelecer a política nacional de recursos hídricos, a Lei Federal n. 9.433/1997 fixou algumas diretrizes, dentre as quais se destacam as seguintes:

Art. 1º. A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

[...]

Art. 5º. São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

[...]

III - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos;

[...]

Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativos dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos:

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

[...]

Art. 18. A outorga não implica a alienação parcial das águas, que não são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso.

Mas não é só. Ao estabelecer as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, a Lei Federal n. 11.445/2007 fixou a seguinte regra:

Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitários disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrente da conexão e do uso desses serviços.

§ 1º. Na ausência de rede públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade regularora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.

§ 2º. A instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes.

Desse modo, embora se trate de competência legislativa concorrente, por força da disposição contida no artigo 24, VI, da Constituição Federal, ao fixar as normas gerais, por se tratar de questão de política ambiental, a União tutelou o interesse coletivo em detrimento do particular, estabelecendo, inclusive, textualmente, que as edificações permanentes urbanas devem estar conectadas às redes públicas de abastecimento de água e que essa instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não pode ser alimentada por outras fontes.

Não pode ser considerada, assim, ilegal a limitação administrativa estabelecida pelo recorrente no sentido de que, nos locais dotados de rede de abastecimento de água potável, os poços serão tolerados exclusivamente para suprimento com fins industriais ou para uso em floricultura ou agricultura.

Ao contrário, diante da necessidade da preservação do meio ambiente pela utilização racional e controlada dos recursos hídricos, ao admitir a exploração de poço artesiano por particular, para o consumo humano, em local onde há rede pública de abastecimento de água, o acórdão recorrido é que afronta injustificadamente a legislação federal que estabelece as normas gerais da política nacional de utilização da água no território brasileiro.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido formulado pela recorrida na petição inicial da presente demanda, restabelecendo, inclusive, a condenação dela à verba honorária

corretamente fixada na respeitável sentença (fls. 194/199) em R\$ 1.000,00 (um mil reais). Deixo de arbitrar os honorários sucumbenciais recursais ao recorrente, por força do enunciado administrativo n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.441.457-RS (2014/0054003-6)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Viação Ouro e Prata S/A

Advogado: Claudio Otavio Melchiades Xavier e outro(s) - RS003253

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PR0000000

EMENTA

Recurso interposto na vigência do CPC/1973. Ausência de violação ao art. 535, CPC. Tributário. PIS e COFINS. Valores pagos pelas empresas de transportes às empresas rodoviárias que são retidos por estas quando da venda de passagens aos usuários dos serviços de transportes. Conceito de faturamento. Art. 3º, da Lei n. 9.718/1998. Incidência.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. O caso refere-se à incidência das contribuições ao PIS e COFINS sobre os valores pagos pelas empresas de transportes às empresas rodoviárias que são retidos por estas quando da venda de passagens aos usuários dos serviços de transportes.

3. No julgamento do RE 585.235/MG, o Supremo Tribunal Federal apreciou o recurso extraordinário submetido a repercussão

geral e definiu que a noção de faturamento deve ser compreendida no sentido estrito de *receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais* consoante interpretação dada pelo RE n. 371.258 AgR (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03.10.2006) e pelo RE n. 400.479-8/RJ (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 10.10.2006).

4. Evidenciam-se duas relações contratuais que envolvem a empresa prestadora de serviços de transporte. Na primeira, ela figura como contratada pelo usuário dos serviços de transporte e, na segunda, ela figura como contratante da empresa rodoviária para efetuar a venda das passagens. Sendo assim, *seu faturamento é composto pelo valor integral da venda das passagens, que é a paga pelo primeiro contrato, nele incluído o valor correspondente ao retido pela empresa rodoviária (receita proveniente da prestação de serviços de transporte).*

5. Este STJ já julgou, por dois recursos representativos da controvérsia e pela Corte Especial, ser ilegítima a supressão de etapa econômica, mediante contrato, como forma de descaracterizar a obtenção de faturamento, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Seguem os precedentes: REsp n. 1.141.065/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.12.2009; REsp n. 1.339.767/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26.06.2013; AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006.

6. O *fundamento determinante* de todos esses precedentes vinculantes é o de que *os contratos firmados pelas pessoas jurídicas contribuintes não podem retirar da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS parcela de seu faturamento ou receita a pretexto de haver retenção desses valores pela outra parte contratante antes do seu ingresso no caixa da empresa contribuinte. Para haver essa exclusão é preciso lei federal específica.*

7. O CPC/2015 estabelece em seu art. 926 que é dever dos tribunais uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. A integridade e coerência da jurisprudência exigem que os efeitos vinculante e persuasivo dos fundamentos determinantes (arts. 489, § 1º, V; 927, § 1º; 979, § 2º; 1.038, § 3º) sejam empregados

para além dos processos que enfrentam a mesma questão, abarcando também processos que enfrentam questões outras, mas onde os mesmos fundamentos determinantes possam ser aplicados. Tal o caso destes autos.

8. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 22.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no permissivo do art. 105, III, “a”, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão que decidiu pela legitimidade da incidência do PIS e da COFINS sobre o valor do percentual repassado pelas empresas de transporte intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros às empresas rodoviárias, consoante a seguinte ementa (e-STJ fls. 232/236):

Tributário. Mandado de segurança. PIS. COFINS. Base de cálculo. Exclusão de parcela repassada à rodoviária. Impossibilidade.

Não são passíveis de exclusão da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, recolhidas por empresa dedicada ao transporte intermunicipal de passageiros, da parcela correspondente a 11% do valor da passagem paga pelos usuários, repassada às estações rodoviárias.

Os embargos de declaração interpostos restaram parcialmente providos apenas para fins de prequestionamento (e-STJ fls. 257/261).

Alega a recorrente que houve violação ao art. 535, do CPC; ao art. 10, XII, da Lei n. 10.833/2003; arts. 2º e 3º da Lei n. 9.718/1998; arts. 1º e 2º da LC n. 7/1970; art. 110 do CTN. Sustenta ter havido omissão em relação aos princípios da capacidade contributiva, legalidade e equidade. Entende que as comissões são a base de cálculo do PIS e da COFINS devidos pelas rodoviárias e não pela transportadora, pois os respectivos valores sequer transitam pelo caixa da empresa transportadora, não se revelando como capacidade contributiva sua e havendo *bis in idem*, caso sejam tributados também na transportadora (e-STJ fls. 273/296).

Contrarrazões nas e-STJ fls. 335/355.

Recurso regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 381).

Parecer do Ministério Público Federal pelo parcial conhecimento do especial e, nessa parte, pelo não provimento (e-STJ fls. 400/403).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso foi interposto na vigência do CPC/1973, o que atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 2: “*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*”.

Afasto a ocorrência da alegada ofensa ao artigo 535, do CPC. É que o Poder Judiciário não está obrigado a emitir expresso juízo de valor a respeito de todas as teses e artigos de lei invocados pelas partes, bastando para fundamentar o decidido fazer uso de argumentação adequada, ainda que não espelhe quaisquer das linhas de argumentação invocadas.

Na sequência, observo que no julgamento do RE 585.235/MG, o Supremo Tribunal Federal apreciou o recurso extraordinário submetido a repercussão geral e reiterou a jurisprudência já firmada no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, sessão de 9.11.2005,

no sentido de que o § 1º, do artigo 3º da Lei n. 9.718/1998 é inconstitucional porque ampliou indevidamente o conceito de receita bruta, violando, por consequência, a noção de faturamento pressuposta na redação original do artigo 195, I, “b”, da Constituição Federal de 1988. Transcrevo:

Recurso Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE n. 346.084/PR, Rel. orig. Min. *Ilmar Galvão*, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. *Marco Aurélio*, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998. (RE 585.235 RG-QO, Relator Ministro *Cezar Peluso*, julgado em 10.09.2008, DJE de 27.11.2008)

No julgado restou definido que a noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, “b”, da Constituição da República deve ser compreendido no sentido estrito de *receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*, consoante interpretação dada pelo RE n. 371.258 AgR (Segunda Turma, Rel. Min. *Cezar Peluso*, julgado em 03.10.2006) e pelo RE n. 400.479-8/RJ (Segunda Turma, Rel. Min. *Cezar Peluso*, julgado em 10.10.2006).

Nessa toada, fixados os limites interpretativos dos arts. 2º e 3º, da Lei n. 9.718/1998 pelo Supremo Tribunal Federal, a matéria a ser tratada passa a ser infraconstitucional, devendo o STJ perquirir se o fato imponible ocorrido nos autos corresponde à hipótese de incidência tributária legalmente definida. Tal é o que tem sido feito por esta Casa adotando essa mesma noção de faturamento para a solução dos seguintes julgados:

Processual Civil. Embargos de declaração. *Recurso especial representativo de controvérsia* (Processo Civil. *Recurso especial representativo de controvérsia*. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. COFINS. Locação de bens móveis. Incidência. Violação do artigo 535, do CPC. Inocorrência.). Omissão e contradição. Inocorrência. Manifesto intuito infringente.

1. A conjugação dos entendimentos perfilhados pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito dos Recursos Extraordinários n. 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG e 346.084-6/PR (inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998, o que importou na definição de faturamento mensal/receita bruta como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa,

dada pela Lei Complementar n. 70/1991) e do Recurso Extraordinário n. 116.121/SP (inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre o contrato de locação de bem móvel, por não configurar prestação de serviços) **não conduz à superação da jurisprudência do STJ, no sentido de que a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS incide sobre as receitas provenientes das operações de locação de bens móveis, uma vez que integram o faturamento, entendido como o conjunto de receitas decorrentes da execução da atividade empresarial.**

2. É que: **“o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais”** (RE 371.258 AgR, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 03.10.2006, DJ 27.10.2006).

3. Ademais, a pendência, no Supremo Tribunal Federal, dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 400.479/RJ (da relatoria do e. Ministro Cezar Peluso), no bojo dos quais se discute o alcance da conceituação de faturamento/receita bruta delineada nos Recursos Extraordinários 390.840 e 346.084 (que declararam a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998), *não repercute na assertiva exarada no recurso especial (e questionada nos presentes embargos de declaração)*, no sentido de que o conceito de receita bruta, tributável pela COFINS, alcança a soma das receitas oriundas do exercício da atividade empresarial (*in casu*, locação de bens móveis).

4. Embargos de declaração acolhidos, sem alteração do resultado do julgamento (EDcl no REsp 929.521/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.04.2010).

Tributário. COFINS. Base de cálculo. Faturamento/receita bruta. Atividade empresarial de *factoring*. “Aquisição de direitos creditórios”. Itens I, alínea “c”, e II, do ato declaratório (normativo) COSIT 31/97. Legalidade.

1. A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, ainda que sob a égide da definição de faturamento mensal/receita bruta dada pela Lei Complementar n. 70/1991, incide sobre a soma das receitas oriundas do exercício da atividade empresarial de factoring, o que abrange a receita bruta advinda da prestação cumulativa e contínua de “serviços” de aquisição de direitos creditórios resultantes das vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

2. *In casu*, cuida-se de mandado de segurança impetrado, em 11.07.1999, em que se discute a higidez do disposto no Itens I, alínea “c”, e II, do Ato Declaratório (Normativo) COSIT 31/97, que determinam que a base de cálculo da COFINS, devida pelas empresas de fomento comercial (*factoring*), é o valor do faturamento mensal, compreendida, entre outras, a receita bruta advinda da prestação cumulativa e contínua de “serviços” de aquisição de direitos creditórios resultantes das vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços, computando-se como receita o valor da diferença entre o valor de aquisição e o valor de face do título ou direito adquirido.

3. A Lei n. 9.249/1995 (que revogou, entre outros, o artigo 28, da Lei n. 8.981/1995), ao tratar da apuração da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas, *definiu a atividade de factoring como a prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços* (artigo 15, § 1º, III, "d").

4. Deveras, a empresa de fomento mercantil ou de *factoring* realiza atividade comercial mista atípica, que compreende o oferecimento de uma plêiade de serviços, nos quais se insere a aquisição de direitos creditórios, auferindo vantagens financeiras resultantes das operações realizadas, não se revelando coerente a dissociação das aludidas atividades empresariais para efeito de determinação da receita bruta tributável.

5. **Conseqüentemente, os Itens I, alínea "c", e II, do Ato Declaratório (Normativo) COSIT 31/97, coadunam-se com a concepção de faturamento mensal/receita bruta dada pela Lei Complementar n. 70/1991** (o que decorra das vendas de mercadorias ou da prestação de serviços de qualquer natureza, vale dizer a soma das receitas oriundas das atividades empresariais, não se considerando receita bruta de natureza diversa, definição que se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998).

6. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 776.705/RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009).

Processual Civil. Tributário. Ausência de violação ao art. 535, CPC. PIS e COFINS. Valor do frete nas vendas na modalidade CIF (custo, seguro e frete). Conceito de faturamento. Incidência. Impossibilidade de exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. O caso refere-se à exclusão da base de cálculo de incidência da COFINS e PIS das parcelas correspondentes ao valor de frete repassados, na forma pactuada em subcontratos, a empresas transportadoras de seus produtos para entrega a seus respectivos adquirentes, **ainda que incluído o valor dos fretes nas faturas**.

3. No julgamento do RE 585.235/MG, o Supremo Tribunal Federal apreciou o recurso extraordinário submetido a repercussão geral e definiu que a noção de faturamento deve ser compreendida no sentido estrito de **receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais** consoante interpretação dada pelo RE n. 371.258 AgR (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03.10.2006) e pelo RE n. 400.479-8/RJ (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 10.10.2006).

4. Estando tais valores discriminados na fatura representam sim o faturamento da empresa vendedora, desimportando o acerto contratual efetuado com o comprador sobre sua destinação (transferência para outras pessoas jurídicas), a teor do art. 123, do CTN. Ditos valores, se não representam o custo faturado da própria mercadoria, representam uma prestação de serviços intermediada pela própria vendedora e que a vendedora realiza no interesse de sua atividade principal de venda de seus produtos.

5. A Corte Especial, este STJ firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001. Precedente: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006.

6. Recurso especial parcialmente provido (REsp n. 1.201.689-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 11.02.2014).

Tributário. Taxa de administração de cartões. Exclusão da base de cálculo do PIS e COFINS. Conceito de faturamento. Tema estritamente constitucional. Precedentes. Inclusão no conceito de insumo. Inviabilidade. Precedentes.

1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a verificação se a taxa de administração dos cartões de débito e crédito deve integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS incorre, fatalmente, na definição do conceito de faturamento previsto no art. 195, I, "b", da Constituição Federal, revestindo-se de matéria estritamente constitucional, cuja apreciação por meio de recurso especial fica vedada a esta Corte de Justiça, sob pena de invasão de competência atribuída ao STF.

2. Ademais, o STF já se manifestou sobre o específico tema tratado, deixando consignado que, "para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais" (AgRg no RE 816.363/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 5.8.2014, DJe-157 15.8.2014), de modo que o valor da taxa de administração cobrado pelas operadoras de cartão de crédito/débito constitui despesa operacional e integra a base de cálculo de tais contribuições.

3. Se à luz da Carta Magna a Suprema Corte já definiu que a referida taxa insere-se no conceito de faturamento para constituir a base de cálculo do PIS e da COFINS, não haveria, sobre o alegado ângulo infraconstitucional, espaço para dissentir de tal conclusão.

4. *“Para fins de creditamento de PIS e COFINS (art. 3º, II, da Leis 10.637/2002 e 10.833/2003), a idéia de insumos, ainda que na sua acepção mais ampla, está relacionada com os elementos essenciais à realização da atividade fim da empresa. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.230.441/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18.09.2013” (AgRg no REsp 1.244.507/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21.11.2013, DJe 29.11.2013).*

5. A taxa de administração de cartões de crédito não se enquadra no conceito de consumo, pois constitui mera despesa operacional decorrente de benesse disponibilizada para facilitar a atividade de empresas com seu público alvo.

Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no REsp 1.427.892/SE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.04.2015).

Tributário. PIS e COFINS. Receitas financeiras (juros, correção monetária, multa e encargos por atraso) provenientes de contratos de venda e serviços. Receitas oriundas do exercício das atividades empresariais porque inerentes aos contratos. Conceito de faturamento. Incidência. Precedentes.

A jurisprudência entende que a correção monetária e os juros, bem como multas e encargos recebidos por atraso em pagamento, decorrentes diretamente das operações realizadas pelas empresas constantes de seus objetos sociais, configuram rendimentos e devem ser considerados como um produto da venda de bens e/ou serviços. Logo, por constituírem faturamento, base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, são receitas inerentes e acessórias aos referidos contratos e devem seguir a sorte do principal.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.461.557/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.09.2014).

Processual Civil. Tributário. Lei interpretativa. Prazo de prescrição para a repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação. LC n. 118/2005. Tema já julgado pelo regime criado pelo art. 543-C, CPC, e da Resolução STJ 08/2008 que instituíram os recursos representativos da controvérsia. PIS e COFINS. Receitas financeiras (juros e correção monetária) provenientes de contratos de venda de imóveis. Receitas oriundas do exercício das atividades empresariais porque inerentes aos contratos. Conceito de faturamento. Incidência.

1. Tanto o STF quanto o STJ entendem que para as ações de repetição de indébito relativas a tributos sujeitos a lançamento por homologação ajuizadas de 09.06.2005 em diante, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos com termo inicial na data do pagamento. Tema já julgado pelo recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.269.570-MG, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.05.2012 e em repercussão geral pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011.

2. A 1ª Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que *as receitas provenientes das atividades de construir, alienar, comprar, alugar, vender imóveis e*

intermediar negócios imobiliários integram o conceito de faturamento, para os fins de tributação a título de PIS e COFINS, incluindo-se aí as receitas provenientes da locação de imóveis próprios e integrantes do ativo imobilizado, ainda que este não seja o objeto social da empresa, pois o sentido de faturamento acolhido pela lei e pelo Supremo Tribunal Federal não foi o estritamente comercial. Precedentes: AgRg no Ag n. 1.420.729/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 27.03.2012; REsp n. 1.210.655/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 26.04.2011; AgRg no REsp n. 1.318.183/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19.06.2012; AgRg no REsp n. 1.238.892/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 03.05.2012; EREsp 179.723/MG, 1ª S., Min. Garcia Vieira, DJ de 25.10.2000; EREsp 149.026/AL, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2002; AGA 512.072/SP, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 1º.12.2003; REsp 652.371/PE, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 04.10.2004; AgREsp n. 640.295/PB, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 22.11.2004; REsp n. 662.397/PE, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 1º.02.2005.

3. No julgamento do RE 585.235/MG, o Supremo Tribunal Federal apreciou o recurso extraordinário submetido a repercussão geral e definiu que a noção de faturamento deve ser compreendida no sentido estrito de *receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*, consoante interpretação dada pelo RE n. 371.258 AgR (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03.10.2006), pelo RE n. 400.479-8/RJ (Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 10.10.2006) e pelo RE n. 527.602/SP (Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 05.08.2009), sendo que nesse último ficou estabelecido que *somente são excluídos do conceito de faturamento "os aportes financeiros estranhos à atividade desenvolvida pela empresa"*.

4. Sendo assim, se a correção monetária e os juros (receitas financeiras) decorrem diretamente das operações de venda de imóveis realizadas pelas empresas - operações essas que constituem os seus objetos sociais - tais rendimentos devem ser considerados como um produto da venda de bens e/ou serviços, ou seja, constituem faturamento, base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, pois são receitas inerentes e acessórias aos referidos contratos e devem seguir a sorte do principal.

5. Recurso especial não provido (REsp 1.432.952/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 25.02.2014).

Tributário. Contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social. PIS e COFINS. Base de cálculo. "Faturamento" e "receita bruta". Leis Complementares 7/1970 e 70/1991 e Leis Ordinárias 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.833/2003. Definição de faturamento que observa regimes normativos diversos. Empresas prestadoras de serviço de locação de mão-de-obra temporária (Lei n. 6.019/1974).

Valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários. Inclusão na base de cálculo. Julgamento, pela Primeira Seção, do recurso especial representativo da controvérsia (REsp 1.141.065/SC). Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ. Base de cálculo. Inclusão dos valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários.

1. *A base de cálculo do PIS e da COFINS, independentemente do regime normativo aplicável (Leis Complementares 7/1970 e 70/1991 ou Leis Ordinárias 10.637/2002 e 10.833/2003), abrange os valores recebidos pelas empresas prestadoras de serviços de locação de mão-de-obra temporária (regidas pela Lei n. 6.019/1974 e pelo Decreto n. 73.841/1974), a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.141.065/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 09.12.2009, DJe 1º.02.2010).*

2. *Deveras, a **definição de faturamento mensal/receita bruta**, à luz das Leis Complementares 7/1970 e 70/1991, **abrange**, além das receitas decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços, **a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais**, concepção que se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998 (**Precedentes do Supremo Tribunal Federal que assentaram a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS e do PIS pela Lei n. 9.718/1998**: RE 390.840, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.11.2005, DJ 15.08.2006; RE 585.235 RG-QO, Rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 10.09.2008, DJe-227 divulg 27.11.2008 public 28.11.2008; e RE 527.602, Rel. Ministro Eros Grau Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2009, DJe-213 divulg 12.11.2009 public 13.11.2009).*

3. *Por seu turno, com a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovida pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, os valores recebidos a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários subsumem-se na novel concepção de faturamento mensal (total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil).*

4. *Conseqüentemente, a definição de faturamento/receita bruta, no que concerne às empresas prestadoras de serviço de fornecimento de mão-de-obra temporária (regidas pela Lei n. 6.019/1974), engloba a totalidade do preço do serviço prestado, nele incluídos os encargos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores para tanto contratados, que constituem custos suportados na atividade empresarial.*

5. *In casu*, cuida-se de empresa prestadora de serviços de locação de mão-de-obra temporária (regida pela Lei n. 6.019/1974 e pelo Decreto n. 73.841/1974, consoante assentado na instância ordinária), razão pela qual, *independentemente*

do regime normativo aplicável, os valores recebidos a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários não podem ser excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Outrossim, *os valores recebidos a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários não podem ser excluídos da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, uma vez que:*

"... todos os tributos em discussão tem por base de cálculo montantes equiparados ou reflexos, isto é há uma base de cálculo maior (faturamento) da qual derivam parcelas dessa mesma base de cálculo (lucro real e líquido) e a solução a ser dada deve ser coerente com essa realidade, salvo se existente alguma peculiaridade na legislação específica de regência.

(...)

... não é a circunstância da prestação do serviço que autoriza a dedução ou não da receita da base de cálculo do tributo, mas o ingresso dessa receita a título próprio, que embora sirva para cobrir despesas administrativas, obrigações fiscais e trabalhistas posteriores não desqualifica a destinação da receita: compor o faturamento da pessoa jurídica.

Somente havendo previsão legal é que se admite a repercussão jurídica do tributo, o que não é o caso das legislações dos tributos em referência na hipótese de cessão de mão-de-obra quando o rendimento auferido (lucro líquido e receita total) pela prestação do serviço é auferido integralmente pela prestadora que também suporta integralmente o ônus fiscal." (REsp 1.088.802/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.11.2009, DJe 07.12.2009)

8. Conseqüentemente, em virtude do disposto no artigo 111, do CTN (interpretação restritiva da legislação tributária que verse sobre isenção ou exclusão do crédito tributário), as aludidas parcelas não podem ser excluídas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, uma vez inexistente previsão legal expressa.

8. Recurso especial da Fazenda Nacional provido.

9. Recurso especial empresarial desprovido (REsp 1.176.749/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.04.2010).

Desse modo, a questão que se apresenta é infraconstitucional, cabendo a este STJ verificar a subsunção da receita discriminada nestes autos ao conceito de faturamento dado pelo STF em interpretação aos arts. 2º e 3º da Lei n. 9.718/1998, para efeito da incidência das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, a saber:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001)

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001)

No caso dos autos, a empresa recorrente é prestadora de serviços de transporte intermunicipal de passageiros que vende suas passagens através de empresa rodoviária para a qual destina um percentual de 11% (onze por cento) desta receita que é retido pela própria empresa rodoviária no momento em que vende as passagens aos usuários dos serviços de transporte.

Desse modo, evidenciam-se duas relações contratuais que envolvem a empresa prestadora de serviços de transporte. Na primeira, ela figura como contratada pelo usuário dos serviços de transporte e, na segunda, ela figura como contratante da empresa rodoviária para efetuar a venda das passagens. Sendo assim, seu **faturamento** é composto pelo valor integral da venda das passagens, que é a paga pelo primeiro contrato, nele incluído o valor correspondente ao retido pela empresa rodoviária (receita proveniente da prestação de serviços de transporte). Já o segundo contrato, onde figura como tomadora do serviço e não como prestadora, há uma prestação de serviço por parte da empresa rodoviária que recebe como paga o valor retido, configurando este faturamento seu. Há, portanto, duas etapas econômicas e, portanto, jurídicas distintas, cada qual sofrendo sua tributação própria. O valor quando é pago pelo usuário para a empresa de transportes constitui faturamento seu e quando é utilizado pela empresa de transportes para pagar a empresa rodoviária, ainda que sob a sistemática de retenção, é faturamento desta. À toda evidência, a empresa de transportes somente pode utilizar recurso próprio (faturamento seu) para pagar o serviço que lhe foi prestado pela empresa rodoviária.

Assim, o valor retido não escapa à tributação como componente do faturamento da empresa prestadora de serviços de transporte e como o próprio faturamento da empresa rodoviária, pois se referem a etapas econômicas distintas que revelam diferentes capacidades contributivas, não havendo *bis in idem*.

Este STJ já julgou, por dois recursos representativos da controvérsia, ser ilegítima a supressão de etapa econômica, mediante contrato, como forma de descaracterizar a obtenção de faturamento, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Seguem os precedentes:

Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. Contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social. PIS e COFINS. Base de cálculo. "Faturamento" e "receita bruta". Leis Complementares 7/1970 e 70/1991 e Leis Ordinárias 9.718/1998, 10.637/2002

e 10.833/2003. Definição de faturamento que observa regimes normativos diversos. Empresas prestadoras de serviço de locação de mão-de-obra temporária (Lei n. 6.019/1974). *Valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários. Inclusão na base de cálculo.*

1. *A base de cálculo do PIS e da COFINS, independentemente do regime normativo aplicável (Leis Complementares 7/1970 e 70/1991 ou Leis Ordinárias 10.637/2002 e 10.833/2003), abrange os valores recebidos pelas empresas prestadoras de serviços de locação de mão-de-obra temporária (regidas pela Lei n. 6.019/1974 e pelo Decreto n. 73.841/1974), a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários.*

2. Isto porque a Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 847.641/RS, perfilhou o entendimento no sentido de que:

Tributário. Contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social. PIS e COFINS. Base de cálculo. "Faturamento" e "receita bruta". Lei Complementar n. 70/1991 e Leis 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.833/2003. Definição de faturamento que observa regimes normativos diversos. Empresas prestadoras de serviço de locação de mão-de-obra temporária (Lei n. 6.019/1974). *Valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários. Inclusão na base de cálculo.*

1. A base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS é o faturamento, hodiernamente compreendido como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, vale dizer: a receita bruta da venda de bens e serviços, nas operações em conta própria ou alheia, e todas as demais receitas auferidas (artigo 1º, *caput* e § 1º, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, editadas sob a égide da Emenda Constitucional n. 20/1998).

2. A Carta Magna, em seu artigo 195, originariamente, instituiu contribuições sociais devidas pelos "empregadores" (entre outros sujeitos passivos), incidentes sobre a "folha de salários", o "faturamento" e o "lucro" (inciso I).

3. A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, que sucedeu o FINSOCIAL, é contribuição social que se enquadra no inciso I, do artigo 195, da Constituição Federal de 1988, incidindo sobre o "faturamento", tendo sido instituída e, inicialmente, regulada pela Lei Complementar n. 70/1991, segundo a qual: (i) a exação era devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, (ii) sendo destinada exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social, e (iii) incidindo sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

4. As contribuições destinadas ao Programa de Integração Social - PIS e ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, por seu turno, foram criadas, respectivamente, pelas Leis Complementares n. 7/1970 e n. 8/1970, tendo sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 (artigo 239).

5. A Lei Complementar n. 7/1970, ao instituir a contribuição social destinada ao PIS, destinava-a à promoção da integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas, definidas como as pessoas jurídicas nos termos da legislação do Imposto de Renda, caracterizando-se como empregado todo aquele assim definido pela Legislação Trabalhista.

6. O Programa de Integração Social - PIS, à luz da LC n. 7/1970, era executado mediante Fundo de Participação, constituído por duas parcelas: (i) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda; e (ii) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento.

7. A Lei n. 9.718/1998 (na qual foi convertida a Medida Provisória n. 1.724/1998), ao tratar das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, estendeu o conceito de faturamento, base de cálculo das aludidas exações, definindo-o como a "receita bruta" da pessoa jurídica, por isso que, a partir da edição do aludido diploma legal, o faturamento passou a ser considerado a "receita bruta da pessoa jurídica", entendida como a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

8. Deveras, com o advento da Emenda Constitucional n. 20, em 15 de dezembro de 1998, a expressão "empregadores" do artigo 195, I, da Constituição Federal de 1988, foi substituída por "empregador", "empresa" e "entidade a ela equiparada na forma da lei" (inciso I), passando as contribuições sociais pertinentes a incidirem sobre: (i) 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; (ii) a receita ou o faturamento; e (iii) o lucro.

9. A base de cálculo da COFINS e do PIS restou analisada pelo Supremo Tribunal Federal que, na sessão plenária ocorrida em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG, todos da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e n. 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, consolidou o entendimento de que inconstitucional a ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998, o que implicou na concepção da receita bruta ou faturamento como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa.

10. A concepção de faturamento inserta na redação original do artigo 195, I, da Constituição Federal de 1988, na oportunidade, restou adstringida, de sorte que não poderia ter sido alargada para autorizar a incidência tributária sobre a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, revelando-se inócua a alegação de sua posterior convalidação pela Emenda Constitucional n. 20/1998, uma vez que eivado de nulidade insanável *ab origine*, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. A Excelsa Corte considerou que a aludida lei ordinária instituiu nova fonte destinada à manutenção da Seguridade Social, o que constitui matéria reservada à lei complementar, ante o teor do disposto no § 4º, artigo 195, c/c o artigo 154, I, da Constituição Federal de 1988.

11. Entrementes, em 30 de dezembro de 2002 e 29 de dezembro de 2003, foram editadas, respectivamente, as Leis n. 10.637 e 10.833, já sob a égide da Emenda Constitucional n. 20/1998, as quais elegeram como base de cálculo das exações em tela o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (artigo 1º, *caput*), sobejando certo que, nos aludidos diplomas legais, estabeleceu-se ainda que o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica (artigo 1º, § 1º).

12. Deveras, enquanto consideradas hígidas as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, por força do princípio da legalidade e da presunção de legitimidade das normas, vislumbra-se a existência de dois regimes normativos que disciplinam as bases de cálculo do PIS e da COFINS: (i) o período em que vigorou a definição de faturamento mensal/receita bruta como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa, dada pela Lei Complementar n. 70/1991, a qual se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998; e (ii) período em que entraram em vigor as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 (observado o princípio da anterioridade nonagesimal), que conceituaram o faturamento mensal como a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

13. Os princípios que norteiam a eficácia da lei no tempo indicam que, nas demandas que versem sobre fatos jurídicos tributários anteriores à vigência das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, *revela-se escorreito o entendimento de que a base de cálculo do PIS e da COFINS (faturamento mensal/receita bruta), devidos pelas empresas prestadoras de serviço de fornecimento de mão-de-obra temporária, regidas pela Lei n. 6.019/1974, contempla o preço do serviço prestado, "nele incluídos os custos da prestação,*

entre os quais os encargos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores para tanto contratados” (Precedente da Primeira Turma acerca da base de cálculo do ISS devido por empresa prestadora de trabalho temporário: REsp 982.952/RS, Rel. Originário Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 02.10.2008, DJ 16.10.2008).

14. Por outro lado, se a lide envolve fatos imponíveis realizados na égide das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 (cuja elisão da higidez, no âmbito do STJ, demandaria a declaração incidental de inconstitucionalidade, mediante a observância da cognominada “cláusula de reserva de plenário”), a base de cálculo da COFINS e do PIS abrange qualquer receita (até mesmo os custos suportados na atividade empresarial) que não constar do rol de deduções previsto no § 3º, do artigo 1º, dos diplomas legais citados.

15. Conseqüentemente, *a conjugação do regime normativo aplicável e do entendimento jurisprudencial acerca da composição do preço do serviço prestado pelas empresas fornecedoras de mão-de-obra temporária, conduz à tese inarredável de que os valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários, assim como a taxa de administração cobrada das empresas tomadoras de serviços, integram a base de cálculo do PIS e da COFINS a serem recolhidas pelas empresas prestadoras de serviço de mão-de-obra temporária* (Precedentes oriundo da Segunda Turma do STJ: REsp 954.719/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 13.11.2007).

16. Outrossim, à luz da jurisprudência firmada em hipótese análoga:

‘Não procede, ademais, a alegação de que haveria um “bis in idem”, já que os recursos utilizados pelos lojistas para pagar o aluguel (ou, eventualmente, a administração comum do shopping center), por provirem de seu faturamento, já se sujeitaram à incidência das contribuições questionadas (PIS/COFINS), pagas pelos referidos locatários. O argumento, que não foi adotado pelo acórdão embargado e que sequer foi invocado na impetração, prova demais. Na verdade, independentemente de ser o aluguel estabelecido em valor fixo ou calculado por percentual sobre o faturamento, os recursos para o seu pagamento são invariavelmente (a não ser em se tratando de empresa deficitária) provenientes das receitas (vale dizer, do “faturamento”) do locatário. Isso independentemente de se tratar de loja de shopping center ou de outro imóvel qualquer. E não só as despesas com aluguel, mas as demais despesas das pessoas jurídicas são cobertas com recursos de suas receitas, podendo, quando se destinarem à aquisição de bens e serviços de outras pessoas jurídicas, formar o faturamento dessas, sujeitando-se, conseqüentemente, a novas incidências de contribuições PIS/COFINS.

Ora, essa é contingência inevitável em face da opção constitucional de estabelecer como base de cálculo o “faturamento” e as “receitas” (CF,

art. 195, I, b). Por isso mesmo, o princípio da não-cumulatividade não se aplica a essas contribuições, a não ser para os setores da atividade econômica definidos em lei (CF, art. 195, § 12). Como lembra Marco Aurélio Greco, "... uma incidência sobre receita/faturamento, quando plurifásica, será necessariamente cumulativa, pois receita é fenômeno apurado pontualmente em relação a determinada pessoa, não tendo caráter abrangente que se desdobre em etapas sucessivas das quais participem distintos sujeitos.

Receita é auferida por alguém. Nisso se esgota a figura.' (GRECO, Marco Aurélio. "Não-cumulatividade no PIS e na COFINS", *apud* "Não-cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS", obra coletiva, coordenador Leandro Paulsen, São Paulo, IOB Thompson, 2004, p.101).

Atualmente, o regime da não-cumulatividade limita-se às hipóteses e às condições previstas na Lei n. 10.637/2002 (PIS/PASEP) e Lei 10.833/03, alterada pela Lei n. 10.865/2004 (COFINS). Aliás, há, em doutrina, críticas severas em relação ao modo como a matéria está disciplinada, por não representar qualquer vantagem significativa para os contribuintes. "O novo regime", sustenta-se, "longe de atender aos reclamos dos contribuintes - não veio abrandar a carga tributária; pelo contrário, aumentou-a -, instaurou verdadeira balbúrdia no regime desses tributos, a ponto de desnortear o contribuinte, comprometer a segurança jurídica e fazer com que bem depressa a sociedade sentisse saudades da época em que era o da cumulatividade" (MARTINS, Ives Gandra da Silva, e SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. *Apud* "Não-cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS", obra coletiva, cit., p. 12).

Independentemente das vantagens ou desvantagens do regime da não-cumulatividade estabelecido pelo legislador, matéria que aqui não está em questão, o certo é que, mantido o atual sistema constitucional e ressalvadas as situações previstas nas Leis acima referidas, as contribuições para PIS/COFINS podem incidir legitimamente sobre o faturamento das pessoas jurídicas mesmo quando tal faturamento seja composto por pagamentos feitos por outras pessoas jurídicas, com recursos retirados de receitas sujeitas às mesmas contribuições." (REsp 727.245/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 09.08.2006, DJ 06.08.2007)

(...)

18. *Recurso especial provido, invertidos os ônus de sucumbência.* (REsp 847.641/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.03.2009, DJe 20.04.2009)

3. Deveras, a *definição de faturamento mensal/receita bruta*, à luz das Leis Complementares 7/1970 e 70/1991, *abrange*, além das receitas decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços, *a soma das receitas oriundas*

do exercício das atividades empresariais, concepção que se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/1998 (Precedentes do Supremo Tribunal Federal que assentaram a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS e do PIS pela Lei n. 9.718/1998: RE 390.840, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.11.2005, DJ 15.08.2006; RE 585.235 RG-QO, Rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 10.09.2008, DJe-227 divulg 27.11.2008 public 28.11.2008; e RE 527.602, Rel. Ministro Eros Grau Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2009, DJe-213 divulg 12.11.2009 public 13.11.2009).

4. Por seu turno, com a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovida pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, os valores recebidos a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários subsumem-se na novel concepção de faturamento mensal (total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil).

5. Conseqüentemente, a definição de faturamento/receita bruta, no que concerne às empresas prestadoras de serviço de fornecimento de mão-de-obra temporária (regidas pela Lei n. 6.019/1974), engloba a totalidade do preço do serviço prestado, nele incluídos os encargos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores para tanto contratados, que constituem custos suportados na atividade empresarial.

6. In casu, cuida-se de empresa prestadora de serviços de locação de mão-de-obra temporária (regida pela Lei n. 6.019/1974 e pelo Decreto n. 73.841/1974, consoante assentado no acórdão regional), razão pela qual, independentemente do regime normativo aplicável, os valores recebidos a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários não podem ser excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS.

7. [...]

8. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008 (REsp n. 1.141.065/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.12.2009).

Processual Civil. Tributário. Recurso representativo da controvérsia. Art. 543-C, do CPC. PIS/PASEP e COFINS. Art. 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998. Conceito de faturamento/receita bruta para concessionária de veículos. Preço de venda ao consumidor. Impossibilidade de se utilizar a diferença entre aquele e o valor fixado pela montadora/fabricante (margem de lucro).

1. O Poder Judiciário não está obrigado a emitir expresso juízo de valor a respeito de todas as teses e artigos de lei invocados pelas partes, bastando para fundamentar o decidido fazer uso de argumentação adequada, ainda que não espelhe qualquer das teses invocadas.

2. *As empresas concessionárias de veículos, em relação aos veículos novos, devem recolher PIS e COFINS na forma dos arts. 2º e 3º, da Lei n. 9.718/1998, ou seja, sobre a receita bruta/faturamento (compreendendo o valor da venda do veículo ao consumidor) e não sobre a diferença entre o valor de aquisição do veículo junto à fabricante concedente e o valor da venda ao consumidor (margem de lucro).* Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, **Corte Especial**, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006; AgRg no AREsp. n. 67.356/DF, **Primeira Turma**, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 24.04.2012; REsp n. 465.822/RS, **Segunda Turma**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.08.2006; REsp n. 382.680/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 5.12.2005; AgRg no REsp n. 538.258/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 3.10.2005; REsp n. 739.201/RS, Primeira Turma, relator Ministro José Delgado, DJ de 13.6.2005.

3. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008 (REsp n. 1.339.767/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26.06.2013).

A mesma lógica foi seguida pela Corte Especial quando firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001. Transcrevo:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Embargos de divergência. PIS e COFINS. Base de cálculo. Art. 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998. Norma de eficácia limitada. Não-aplicabilidade. Súmula 168/STJ. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a embargos de divergência.

2. A embargante sustenta que *“a norma em apreço teve vigência e eficácia plena, independentemente de não ter sido editada a regulamentação administrativa”*.

3. No seio das Turmas integrantes da 1ª Seção, restou firmada posição no sentido de que *“se o comando legal inserto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP 1991-18/2000”* (AgRg no Ag 596.818/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.02.2005).

4. Conforme posicionamento exarado pelo colendo STF (MI n. 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996), as normas de eficácia limitada são aquelas

que apresentam “*aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade*”.

5. Se o comando legal inserto no art. 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP n. 1.991-18/2000. Não comete violação do art. 97, IV, do CTN o decisório que em decorrência desse fato não reconhece o direito de o recorrente proceder à compensação dos valores que entende ter pago a mais a título de contribuição para o PIS e a COFINS.

6. *In casu*, o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei sem que lhe fossem dados outros contornos como pretende a recorrente, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência. Precedentes desta Corte Superior.

7. Incidência do teor da Súmula 168/STJ: “*Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado*”.

8. Agravo regimental não-provido (AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006).

O **fundamento determinante** de todos esses precedentes vinculantes é o de que *os contratos firmados pelas pessoas jurídicas contribuintes não podem retirar da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS parcela de seu faturamento ou receita a pretexto de haver retenção desses valores pela outra parte contratante antes do seu ingresso no caixa da empresa contribuinte. Para haver essa exclusão é preciso lei federal específica*. Assim na letra do art. 123, do CTN:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

O CPC/2015 estabelece em seu art. 926 que é dever dos tribunais uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. A integridade e coerência da jurisprudência exigem que os efeitos vinculante e persuasivo dos fundamentos determinantes (arts. 489, § 1º, V; 927, § 1º; 979, § 2º; 1.038, § 3º) sejam empregados para além dos processos que enfrentam a mesma questão, abarcando também processos que enfrentam questões outras, mas onde os mesmos fundamentos determinantes possam ser aplicados. Tal o caso destes autos.

Ante o exposto, *nego provimento* ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.524.930-RS (2015/0076383-9)

Relator: Ministro Og Fernandes

Recorrente: Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Sul -
COREN/RS

Advogado: Ramiro Baptista Kalil e outro(s) - RS085897

Recorrido: Carmem Terezinha Branco Freitas

Advogado: Sem Representação nos Autos - SE000000M

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Recurso especial. Art. 535 do CPC/1973. Ofensa genérica. Súmula 284/STF. Execução fiscal. Conselho profissional. Anuidades. Valor da execução. Art. 8º da Lei n. 12.514/2011. Prescrição. Termo inicial. Alcance do valor mínimo para execução.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/1973 se faz de forma genérica, sem a precisa demonstração de omissão (Súmula 284 do STF).

2. Esta Corte, interpretando o art. 8º da Lei n. 12.514/2011, consolidou o entendimento de que no valor correspondente a quatro anuidades no ano do ajuizamento computam-se, inclusive, as multas, juros e correção monetária, e não apenas a quantidade de parcelas em atraso.

3. O processamento da execução fiscal fica desautorizado somente quando os débitos exequendos correspondam a menos de 4 vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, tomando-se como parâmetro para definir este piso o valor da anuidade referente ao ano de ajuizamento, bem como os

encargos legais (multa, juros e correção monetária). No caso dos autos, a ação fiscal foi ajuizada em 2013, quando já em vigor a Lei n. 12.514/2011, assim, aplicável a limitação acima descrita.

4. As anuidades pagas aos conselhos profissionais possuem natureza tributária, o que, em tese, admitiria o dia seguinte ao vencimento da obrigação como sendo o termo inicial da prescrição.

5. No entanto, considerando a limitação de valor mínimo para fins de execução criada pela Lei n. 12.514/2011, para o ajuizamento da execução, o prazo prescricional dever ter início somente quando o crédito se tornar exequível, ou seja, quando o total da dívida inscrita, acrescida dos respectivos consectários legais, atingir o patamar mínimo exigido pela norma.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido para afastar a ocorrência da prescrição.

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, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente), Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Presidente

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 8.2.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso especial interposto pelo Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Sul - COREN/RS, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da CF/1988, contra acórdão do TRF da 4ª Região, assim ementado (e-STJ, fl. 88):

Tributário. Execução fiscal. Anuidades. Conselho de fiscalização profissional. COREN. Anuidade pessoa física. Fato gerador. Registro. Prescrição. Artigo 174 do CTN. Interesse de agir. Valor da execução. Artigo 8º da Lei n. 12.514/2011.

1. O fato gerador da contribuição paga aos Conselhos de Fiscalização Profissional é o efetivo exercício da atividade sujeita a registro, e não a inscrição propriamente dita. Assim, ainda que haja a inscrição em Conselho, não havendo prestação de atividade, não há falar em pagamento de anuidade.

2. Prescreve em cinco anos a ação para cobrança das anuidades devidas aos conselhos de classe profissional, a contar da data de sua constituição, que, no caso, teve por marco inicial do lapso prescricional o vencimento da anuidade, de acordo com o art. 174 do CTN.

3. Com o advento da Lei n. 12.514/2011, foi estabelecido um valor mínimo para a execução de dívidas referentes à anuidades (art. 8º), regra que se aplica ao caso dos autos, uma vez que a execução foi ajuizada em momento posterior ao início da vigência da lei referida.

4. Mantida a extinção da execução, ainda que por fundamento diverso.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Alega o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, a existência de violação dos arts. 535 do CPC; 174 do CTN; 7º, 8º, 12 e 13 da Lei n. 7.498/1986 e 8º da Lei n. 12.514/2011. Defende, em suma, que, “nos termos do artigo 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, bem como no artigo 8º, § 2º da LEF, a prescrição se interrompe com o despacho que determina a citação”.

Aduz, ainda, que, “no caso dos conselhos profissionais, a pretensão de cobrança judicial, por força do artigo 8º da Lei n. 12.514/2011, somente nasce com 4 anuidades, visto que os Conselhos estão legalmente proibidos de cobrar valores inferiores a 4 anuidades” (e-STJ, fl. 130).

Sustenta, por fim, que, “se não pode ingressar com a ação antes de se possuir 4 anuidades em aberto, não há pretensão jurídica que possibilite a contagem prescricional”, e que, por essa razão, “no presente caso, somente em 2012, quando 4 anuidades já se perfectibilizaram, é que se pode iniciar a contagem do prazo prescricional da anuidade de 2008” (e-STJ, fl. 130).

Desse modo, pugna para que seja reconhecida a inexistência da prescrição.

Sem contrarrazões, conforme certidão de e-STJ, fl. 163.

Admitido o recurso especial na origem (e-STJ, fl. 166), subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): A parte recorrente alega, no presente recurso especial, violação do art. 535, II, do CPC/1973.

No entanto, a análise da via excepcional, nessa parte, denota que a recorrente não logrou êxito em demonstrar objetivamente os pontos omitidos pelo acórdão recorrido, individualizando o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão supostamente ocorridos, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos.

Tal circunstância atrai, portanto, a incidência da Súmula 284/STF: “Inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

A propósito, os precedentes cujas ementas se seguem abaixo transcritas:

Direito Civil e Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Afronta ao art. 535 do CPC não demonstrada. Súmula n. 284/STF. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Danos morais coletivos. Falha na prestação do serviço. Configuração. Reexame de provas. Impossibilidade. Valor da indenização. Análise do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Súmula n. 7/STJ. Decisão mantida.

1. Considera-se deficiente a fundamentação do recurso especial que alega violação do art. 535 do CPC e não demonstra, clara e objetivamente, qual ponto omissivo, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido não foi sanado no julgamento dos embargos de declaração. Incidência da Súmula n. 284 do STF.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 706.335/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 24.5.2016, DJe 30.5.2016)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação do artigo 535 do CPC/1973. Súmula n. 284/STF. Falta de prequestionamento. Súmula n. 282/STF. Apelação. Efeito suspensivo. Reexame de fatos. Súmula n. 7/STJ.

1. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 744.728/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10.5.2016, DJe 16.5.2016)

Quanto ao mérito, tem-se que a controvérsia travada nos presentes autos abrange os efeitos da aplicação do art. 8º da Lei n. 12.514/2011 (“Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente”), para fins de prazo prescricional da pretensão executiva tributária.

Esta Corte consolidou o entendimento de que no valor correspondente a 4 anuidades no ano do ajuizamento computam-se, inclusive, as multas, juros e correção monetária, e não apenas a quantidade de parcelas em atraso. Assim, o processamento da execução fiscal fica desautorizado somente quando os débitos exequendos correspondam a menos de 4 vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, tomando-se como parâmetro para definir este piso o valor da anuidade referente ao ano de ajuizamento, bem como os encargos legais (multa, juros e correção monetária).

No caso dos autos, a ação fiscal foi ajuizada em 2013, quando já em vigor a Lei n. 12.514/2011, assim, aplicável a limitação acima descrita.

Resta saber, no entanto, se a prescrição tributária teria surgido a partir do vencimento de cada anuidade não impugnada, ou somente com a consolidação do valor correspondente a quatro anuidades.

A instância *a quo*, ao analisar essa controvérsia, julgou extinta a execução por entender esgotado o prazo prescricional, já que esse teria se iniciado com o vencimento de cada anuidade não impugnada. Confira-se (e-STJ, fls. 86/87):

[...] considerando-se que o ajuizamento da execução fiscal data de 30.01.2013, com despacho que ordena a citação, datado de 06.05.2013 (EV 03 - DESP1), é de rigor o reconhecimento da prescrição dos créditos referentes à anuidade de 2008. Destaque-se que, em se tratando de anuidades devidas aos Conselhos, estas passam a ser plenamente exigíveis a partir de seus vencimentos na medida em que não forem pagas e nem impugnadas, incidindo, assim, o art. 174 do CTN e a Lei n. 9.873, respectivamente.

[...]

No caso, quando do ajuizamento da presente execução fiscal, em 27.03.2013, o valor da anuidade exigido da pessoa física para o ano de 2013 era de R\$ 165,00 (Resolução COFEN 435/2012, artigo 24) que, multiplicado por quatro, resulta na quantia de R\$ 660,00. Já o montante da dívida em cobrança, excluídas a anuidade prescrita e as anuidades cobradas em duplicidade é de R\$ 495,59.

Portanto, em se tratando da execução do crédito de valor inferior à soma de quatro anuidades na data da propositura da execução, a ação não atende ao valor mínimo estabelecido pelo art. 8º da Lei n. 12.514/2011, devendo ser mantida a sua extinção, ainda que por fundamento diverso.

Tal entendimento, contudo, não merece prosperar, pois, em que pese as anuidades pagas aos conselhos profissionais terem natureza de tributo, considerando a limitação de valor mínimo criada pela Lei para o ajuizamento da execução fiscal, o surgimento da prescrição e o início de sua contagem somente poderão ocorrer quando o crédito se tornar *exequível* (*exigível*), ou seja, quando o total da dívida inscrita, acrescida dos respectivos consectários legais, atingir o patamar mínimo exigido pela Lei.

De acordo com a doutrina, a prescrição - “inércia do titular de um direito subjetivo por um certo lapso de tempo definido em lei, cuja consequência jurídica é o esvaziamento da eficácia da pretensão” - tem início com o surgimento da pretensão que, por sua vez, consiste na aptidão para exigir o cumprimento de referido direito subjetivo (DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 248-249). Diante dessa lógica, inexistindo a pretensão, não há que se falar também em prescrição, muito menos no início de sua contagem.

Na hipótese, o art. 8º da Lei n. 12.514/2011 é categórico ao afirmar que inexistente pretensão executória enquanto a dívida não alcançar o patamar de 4 anuidades: “Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente”.

Registre-se que não se desconhece que prescrição tributária é tema cuja disciplina encontra-se reservada a lei complementar, conforme dispõe o art. 146, III, “b”, da CF/1988: “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”.

No entanto, a hipótese dos autos diz respeito a situação em que sequer surgiu a prescrição, na medida em que ainda inexistente a pretensão, ou seja, a possibilidade de exigir do Poder Judiciário provimento jurisdicional tendente à satisfação do crédito, circunstância tal que somente subsistirá quando as dívidas referentes a anuidades forem iguais ou superiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, nos termos do art. 8º da Lei n. 12.514/2011 supramencionado.

Dito isso, tem-se que, enquanto os créditos tributários não alcançarem patamar igual ou superior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, não há que se falar em surgimento ou início de prescrição executória.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento a fim de reformar o acórdão recorrido para afastar a prescrição e determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos acima delineados.

É como voto.