



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.786 - MG (2009/0183126-4)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : BELGO-MINEIRA PARTICIPAÇÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
ADVOGADO : GUILHERME PIERUCCETTI DE LIMA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 9.718/98. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO PELO STF. TRÂNSITO EM JULGADO. DEPÓSITO EFETUADO NOS TERMOS DO ART. 151, II, DO CTN. LEVANTAMENTO. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. SÚMULA 98/STJ. EXCLUSÃO DE MULTA.

1. Os depósitos efetuados pelo contribuinte por ocasião do questionamento judicial do tributo suspendem a exigibilidade do mesmo, enquanto perdurar a contenda, *ex vi* do art. 151, II, do CTN e, por força do seu desígnio, implica lançamento tácito do montante exato do *quantum* depositado, conjurando eventual alegação de decadência do direito de constituir o crédito tributário. Precedentes: AgRg no Ag 1163962/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009; AgRg nos EREsp 1037202/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 21/08/2009; REsp 1037202/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 24/09/2008; REsp 757.311/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 18/06/2008.

2. *"O depósito do montante integral do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, é faculdade de que dispõe o contribuinte para suspender sua exigibilidade. Uma vez realizado, porém, o depósito passa a cumprir também a função de garantia do pagamento do tributo questionado, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado daquela demanda em cujos autos se efetivou"* (REsp nº 252.432/SP, Rel. para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 02.06.2005, DJ 28.11.2005). Outros precedentes: AgRg no REsp 921.123/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/4/2009, DJe de 3/6/2009; EDcl no REsp 225.357/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 16/3/2006, DJ de 28/4/2006.

3. O destino do depósito efetuado nos moldes do art. 151, II, do CTN, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sempre dependerá do resultado da demanda a que estiver vinculado, dada a sua natureza de garantia da dívida em discussão, conforme estabelece o art. 1º, § 3º, II, da Lei nº 9.703/98. Permitir o levantamento do depósito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judicial sem a anuência do Fisco significa esvaziar o conteúdo da garantia prestada pelo contribuinte em detrimento da Fazenda Pública. Precedentes: REsp 476.567/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 06/12/2004; AgRg no REsp 921.123/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/06/2009; REsp 252.432/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28/11/2005).

4. *In casu*, o Tribunal local acolheu o cálculo apresentado unilateralmente pela parte contribuinte, assegurando à Fazenda Pública apenas o direito de proceder ao **lançamento** dos valores eventualmente levantados a maior em seu desfavor.

5. Frise-se que, na presente hipótese, o Supremo Tribunal Federal "*declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, por entender que a noção de faturamento referida no art. 195, I, da Constituição da República, na redação anterior à EC 20/98, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes, advertindo, ainda, que a superveniente promulgação da EC 20/98 não teve o condão de validar legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional*"; contudo, também "*confirmou a validade jurídico-constitucional do art. 8º da Lei nº 9.718/98, no que concerne à majoração da alíquota de 2% para 3% (Cofins)*." Todavia, a Corte de origem deixou de discriminar, por exemplo, em que medida os depósitos realizados pela ora recorrida diriam respeito à parcela da base de cálculo da Cofins não compreendida no conceito de faturamento (se a totalidade, ou apenas parcela do *quantum* depositado) e em que medida referir-se-iam à majoração da alíquota de 2% para 3% (se uma parte, ou mesmo nenhuma, do todo depositado). Não restou esclarecido, ainda, qual o alcance dos termos empregados pela decisão da Excelsa Corte, imprescindível para a definição da norma jurídica individual reguladora do caso concreto.

6. Diante desse quadro, imperioso anular o acórdão combatido, para que a instância ordinária, soberana em relação à análise do conjunto fático-probatório, estabeleça, com precisão, o alcance da decisão, transitada em julgado, que o STF prolatou no julgamento do RE nº 403.561-8/MG, o que se revela de fundamental importância para a determinação da proporção do *quantum* depositado que cada parte deverá levantar ou converter em renda –ou, se o caso, somente uma delas (a empresa contribuinte, ora recorrida). Destaque-se que o conhecimento dessa *quaestio iuris* por esta Corte de Justiça implicaria um salto sobre a instância ordinária, contrariando a disposição expressa do permissivo constitucional.

7. A exclusão da multa, imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, é medida que se impõe quando opostos os embargos para fins de prequestionamento, ante a *ratio essendi* da Súmula 98 do STJ.

8. Recurso especial provido para afastar a multa (art. 538, parágrafo único, do CPC) e anular o acórdão recorrido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para afastar a multa e anular o acórdão recorrido, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.786 - MG (2009/0183126-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de recurso especial fundado na alínea *a* do permissivo constitucional interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Historiam os autos que Belgo-Mineira Participação Indústria e Comércio S.A., ora recorrida, interpôs agravo de instrumento contra decisão do juízo que, após trânsito em julgado de ordem concedida em mandado de segurança, acolheu pedido da Fazenda Nacional, ora recorrente, para que o levantamento do *quantum* depositado ao longo do trâmite do writ fosse parcial. Eis os termos da decisão agravada (fls. e-STJ 517-520):

"Trata-se de mandado de segurança através do qual a impetrante teve reconhecido o direito de não efetuar o recolhimento da COFINS, nos moldes estabelecidos pelo art. 3º da Lei 9.718/98.

O STF através do Recurso Extraordinário nº 403.560, transitado em julgado, concedeu parcial provimento, no sentido de afastar a aplicação do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, expurgando a obrigação de a impetrante efetuar o recolhimento da COFINS sobre outras receitas não compreendidas no conceito de faturamento.

A impetrante efetuou depósitos judiciais do valor equivalente às quantias apuradas a título de COFINS incidentes sobre outras receitas que não o faturamento, conforme se depura dos autos suplementares em anexo.

Desta forma, a impetrante, às fls 301/302 requereu a expedição de alvará judicial para o levantamento das respectivas quantias, qual seja, R\$ 3.611.585,13 (três milhões, seiscentos e onze mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e treze centavos).

A União - Fazenda Nacional analisou os documentos apresentados pela impetrante, discordando do valor a ser levantado pela mesma, de forma que entende que o valor a ser levantado é de R\$ 1.908.994,76 (um milhão, novecentos e oito mil, novecentos e noventa e quatro reais e setenta e seis centavos).

Entende a União - Fazenda Nacional, que a conta contábil RECEITAS EVENTUAIS, RECEITAS DE VENDAS DE SUCATAS E RECEITAS DE VENDAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS fazem parte do faturamento da empresa, devendo, portanto, serem computadas na base de cálculo da COFINS.

Nova vista foi dada à impetrante, que alega que tais receitas não compõem o faturamento para fins de incidência da COFINS, devendo, portanto, ser expedido alvará judicial em nome da impetrante, para levantamento integral dos valores depositados.

Sincreticamente, é o relatório.

Decido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifico que a questão que se apresenta é se as receitas eventuais, receitas de vendas de sucatas e receitas de vendas para a Zona Franca de Manaus se incluem ou não no conceito de faturamento para composição da base de cálculo para incidência da COFINS.

De toda a discussão acerca do tema, qual seja, conceito de faturamento, podemos auferir que a impetrante, neste processo, teve afastada a aplicação do artigo 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, que incluía outras receitas no conceito de faturamento.

Destarte, concluo que deverá ser aplicado o conceito de faturamento inserido na Lei Complementar nº 70/91, também confirmado na ocasião do julgamento da ADC 1-1/DF, na qual o STF concluiu que o conceito de faturamento equivale à receita decorrente da venda de mercadorias e prestação de serviços.

Para a elucidação da questão devemos aprofundar no conceito de faturamento, conforme podemos mencionar a conceituação que o jurista De Plácido e Silva nos traz: 'fatura é o documento representativo da venda já consumada ou concluída, mostrando-se o meio pelo qual o vendedor vai exigir do comprador o pagamento correspondente, e faturar é o ato de proceder à extração ou formação de fatura, a que se diz faturamento'. Desta forma, a compra e venda de mercadorias ou a prestação de serviços constitui o objeto da fatura da qual decorre o faturamento.

Com efeito, o conceito de faturamento alcança todas as vendas, quer sejam a vista ou a prazo, mas delimitadas às receitas decorrentes das vendas ou prestação de serviços.

Assim, como define Domingos Franciulli Netto em sua dissertação COFINS - A EXCLUSÃO DAS RECEITAS FINANCEIRAS DE SUA BASE DE CÁLCULO, 'faturamento não abarca a totalidade de receitas, mas receita bruta como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia, ou a receita proveniente da venda de mercadorias, serviços ou de serviços de qualquer natureza'.

Desta forma, com base nas definições acima, verifico que as receitas de vendas de sucatas e as receitas de vendas eventuais, provenientes das vendas de óleos e lubrificantes da impetrante estão incluídas no conceito de faturamento, consistindo em venda de mercadorias, devendo, então, constar da base de cálculo da COFINS.

Por outro lado, com relação ao argumento da União - Fazenda Nacional, de que também as vendas realizadas a empresas estabelecidas na Zona Franca de Manaus devem constar da base de cálculo da COFINS, não merece prosperar.

O argumento trazido pela embargada, de que o STF, na ADI nº 2.348-9, suprimiu a expressão 'na Zona Franca de Manaus', contida no inciso I do § 2º do artigo 14 da MP nº 2.037-24/2000, a qual menciona quais as receitas de vendas efetuadas às pessoas jurídicas estabelecidas na Zona Franca de Manaus não estarão sujeitas a incidência da COFINS, não mais merece relevância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tendo em vista que a ADI nº 2.348-9 foi julgada prejudicada pelo relator, com prejuízo da medida liminar deferida, as receitas da impetrante, decorrentes das vendas realizadas às empresas estabelecidas na Zona Franca de Manaus deverão ser isentas da COFINS.

Desta forma, entendo que as receitas de vendas de sucatas e as receitas de vendas eventuais, provenientes das vendas de óleos e lubrificantes da impetrante deverão constar da base de cálculo da Cofins, enquanto as receitas provenientes da venda de mercadorias às empresas situadas na Zona Franca de Manaus deverão ser excluídas da base de cálculo acima mencionada.

Dê-se vista a impetrante para que apresente planilha com o valor de seu faturamento no período no qual foram efetuadas depósitos judiciais, devendo excluir as receitas que não se beneficiam da isenção da Cofins, conforme acima exposto.

Após, dê-se vista a União-Fazenda Nacional, havendo concordância com os valores trazidos pela impetrante, expeça-se:

*-alvará de levantamento dos valores devidos a impetrante e;
-ofício de conversão de renda em favor da União-Fazenda Nacional do restante dos valores, devendo a impetrada informar o código a ser utilizado para conversão (...)"*

Esclareça-se que o mandado de segurança preventivo foi impetrado pela empresa contra ato do Delegado da Receita Federal em Juiz de Fora/MG para afastar do cômputo da Cofins, a partir de 1º de fevereiro de 1999, a aplicação da Lei nº 9.718/1998. Sustentou a impetrante a inconstitucionalidade da lei quanto à inclusão na base de cálculo do tributo de receitas não compreendidas no conceito de faturamento albergado pelo art. 195 da Constituição Federal e quanto à majoração da alíquota de 2% para 3%. Para obter a suspensão dos créditos tributários relativos ao período em que transcorresse a relação processual (art. 151, inc. II, do Código Tributário Nacional), a impetrante foi efetuando depósitos do *quantum* que ela própria entendia potencialmente abrangido pela norma questionada.

Ao fim do trâmite processual, em julgamento de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

"O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a controvérsia jurídica pertinente à ampliação da base de cálculo do PIS/COFINS (RE 357.950/RS, Rel. Min. Marco Aurélio), declarou, 'incidenter tantum', a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, por entender que a noção de faturamento referida no art. 195, I, da Constituição da República, na redação anterior à EC 20/98, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes, advertindo, ainda, que a superveniente promulgação da EC 20/98



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não teve o condão de validar legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional.

Esta Suprema Corte, por sua vez, também em julgamento plenário (RE 336.134/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão), confirmou a validade jurídico-constitucional do art. 8º da Lei nº 9.718/98, no que concerne à majoração da alíquota de 2% para 3% (Cofins), assinalando que esse aumento –considerada a cláusula constitucional da anterioridade mitigada (CF, art. 195, § 6º– tornou-se exigível a partir de 1º/02/99, afastada, no entanto, para efeito de incidência da referida alíquota (3%), a base de cálculo ampliada resultante do já mencionado § 1º (inconstitucional) do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Cumpre acentuar, ainda, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 336.134/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, reconheceu a plena constitucionalidade da compensação, de até um terço (1/3), da Cofins com a CSLL, apenas assegurada ao contribuinte sujeito à incidência de ambas as espécies tributárias ora mencionadas, rejeitando, desse modo, a alegação de que o § 1º do art. 8º da Lei nº 9.718/98 teria importado em ofensa ao postulado da isonomia tributária, porque excluídos de tal benefício os contribuintes unicamente tributados pela Cofins:

(...)

Sendo assim, em face das razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe parcial provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a afastar, considerada a base de cálculo do PIS/COFINS, a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, observando-se, para esse efeito, o entendimento que o Plenário desta Suprema Corte proclamou no julgamento do RE 257.950/RS. No que concerne à verba honorária, revela-se aplicável a Súmula 512/STF" –sem destaques no original.

(RE nº 403.561-8/MG, rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.02.2006)

Após o trânsito em julgado, a parte, ora recorrida, requereu ao juízo o levantamento dos valores depositados, cujo total calculou em R\$ 3.611.585,13 (três milhões, seiscentos e onze mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e treze centavos).

A Fazenda, por sua vez, após remeter à análise da Secretaria da Receita Federal os documentos acostados aos autos pela empresa, pleiteou que fosse indeferido o levantamento do montante que correspondesse a receitas de vendas de sucatas, receitas eventuais provenientes de óleos e lubrificantes e receitas de vendas para empresas situadas na Zona Franca de Manaus, transformando-o em pagamento definitivo da exação, por entender que sobre essas receitas a Cofins incidiria legitimamente.

O juízo, acolheu em parte o pedido da Fazenda, nos termos retrotranscritos. Assim, restou deferido o levantamento pela empresa da quantia de R\$ 1.908.994,76 (um milhão,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

novecentos e oito mil, novecentos e noventa e quatro reais e setenta e seis centavos).

Irresignada, a empresa interpôs agravo de instrumento, cujo seguimento foi negado por decisão monocrática de termos seguintes:

"AGRAVO CONTRA INDEFERIMENTO DO LEVANTAMENTO INTEGRAL DO DEPÓSITO JUDICIAL RELATIVO À COFINS - CONCEITO DE FATURAMENTO QUE INCLUI VENDA DE SUCATAS E ÓLEO (RECEITA DA VENDA DE MERCADORIAS): EXIGIBILIDADE DA COFINS - AUSÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA - SEGUIMENTO NEGADO.

1. Por agravo protocolizado em 14 JUN 2007 (SJ/MG), recebido em Gabinete em 19 JUN 2007, 9h, a agravante pede, com efeito suspensivo ativo, a reforma da decisão datada de 23 MAI 2007 (f. 491/4), da MMª Juíza Federal Silvia Elena Petry Wieser, da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG, que, nos autos do MS n. 1999.38.01.000448-2, que impetrou em 03 FEV 1999, objetivando afastar a exigência da COFINS nos moldes da LEI n. 9.718/98 (faturamento), após o trânsito em julgado do RE n. 403.560, concedendo parcial provimento à agravante para afastar a aplicação do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98, expurgando a obrigação de a impetrante efetuar o recolhimento da COFINS sobre receitas não compreendidas como faturamento, lhe indeferiu o levantamento integral dos depósitos que realizou para a suspensão da exigibilidade da exação. S. Exa. entendeu exigível a COFINS das receitas de venda de sucatas e óleos lubrificantes (que não poderão ser levantados), ao fundamento de que essas vendas compõem o conceito de faturamento, base de cálculo da COFINS de acordo com o entendimento do STF.

2. A agravante alega que 'na medida em que o C. STF, indubitavelmente, deu parcial provimento ao RE n. 403.561 para afastar o recolhimento da COFINS com base no § 1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718/98, cabe à agravante o levantamento integral das quantias depositadas em juízo'. Aduz que é vedado ao magistrado 'a quo' a reapreciação dos limites de conceito já definitivamente estabelecidos pelo STF na decisão de seu RE.

3. No julgamento do RE n. 403.561-8, Rel. Min. Celso de Mello, assim ficou decidido (f. 315):

'(...) em face das razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário para dar-lhe parcial provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a afastar, considerada a base de cálculo do PIS/COFINS, a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98, observando-se, para esse efeito, o entendimento que o Plenário desta Suprema Corte proclamou no julgamento do RE 357.950/RS'.

4. O Pleno do STF, por maioria, dando provimento em parte ao RE nº 357.950/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO DE MELO, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(alteração da base de cálculo do PIS e da COFINS), porque, dando novo conceito ao termo 'faturamento', ampliara a base impositiva da exação para abranger a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil porventura adotada para as receitas. Fez prevalecer, então, o art. 2º da LC nº 70/91, que considera faturamento somente 'a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza'.

5. Dentre as atividades da agravante, tem-se que a venda de sucatas e de lubrificantes se subsume ao descrito no art. 2º da LC nº 70/91, computando-se como receita bruta de venda de mercadorias. Em tal hipótese, a COFINS é exigível, não havendo ofensa à coisa julgada que apenas restringiu o alcance da incidência da exação (não a afastou!).

5. Pelo exposto, manifestamente improcedente o agravo, **NEGO-LHE SEGUIMENTO** (art. 557 do CPC)."

Sobreveio agravo regimental, diante do qual o relator reconsiderou a decisão anterior nestes termos:

"AGRAVO CONTRA INDEFERIMENTO DO LEVANTAMENTO INTEGRAL DO DEPÓSITO JUDICIAL RELATIVO À COFINS - TRÂNSITO EM JULGADO DO MS (SEGURANÇA CONCEDIDA NO PONTO RELATIVO AO DEPÓSITO JUDICIAL) - LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO: POSSIBILIDADE - DECISÃO (NEGATIVA DE SEGUIMENTO) RECONSIDERADA: EFEITO SUSPENSIVO ATIVO CONCEDIDO.

1. Por agravo protocolizado em 14 JUN 2007 (SJ/MG), recebido em Gabinete em 19 JUN 2007, 9h, a agravante pede, com efeito suspensivo ativo, a reforma da decisão datada de 23 MAI 2007 (f. 491/4), da MMª Juíza Federal Silvia Elena Petry Wieser, da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG, que, nos autos do MS n. 1999.38.01.000448-2, que impetrou em 03 FEV 1999, objetivando afastar a exigência da COFINS nos moldes da LEI n. 9.718/98 (faturamento), após o trânsito em julgado do RE n. 403.560, concedendo parcial provimento à agravante para afastar a aplicação do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98, expurgando a obrigação de a impetrante efetuar o recolhimento da COFINS sobre receitas não compreendidas como faturamento, lhe indeferiu o levantamento integral dos depósitos que realizou para a suspensão da exigibilidade da exação. S. Exa. entendeu exigível a COFINS das receitas de venda de sucatas e óleos lubrificantes (que não poderão ser levantados), ao fundamento de que essas vendas compõem o conceito de faturamento, base de cálculo da COFINS de acordo com o entendimento do STF.

2. A agravante alegou que 'na medida em que o C. STF, indubitavelmente, deu parcial provimento ao RE n. 403.561 para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastar o recolhimento da COFINS com base no § 1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718/98, cabe à agravante o levantamento integral das quantias depositadas em juízo'. Aduziu que é vedado ao magistrado 'a quo' a reapreciação dos limites de conceito já definitivamente estabelecidos pelo STF na decisão de seu RE.

3. Por decisão datada de 19 JUN 2007 (f. 524, DJ II 29 JUN 2007), o Relator Convocado, Juiz Federal RAFAEL PAULO SOARES PINTO, negou seguimento ao agravo, nestes termos:

3. No julgamento do RE n. 403.561-8, Rel. Min. Celso de Mello, assim ficou decidido (f. 315):

'(...) em face das razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário para dar-lhe parcial provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a afastar, considerada a base de cálculo do PIS/COFINS, a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98, observando-se, para esse efeito, o entendimento que o Plenário desta Suprema Corte proclamou no julgamento do RE 357.950/RS'.

4. O Pleno do STF, por maioria, dando provimento em parte ao RE nº 357.950/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO DE MELO, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (alteração da base de cálculo do PIS e da COFINS), porque, dando novo conceito ao termo 'faturamento', ampliara a base impositiva da exação para abranger a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil porventura adotada para as receitas. Fez prevalecer, então, o art. 2º da LC nº 70/91, que considera faturamento somente 'a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza'.

4. Por petição protocolizada em 06 JUL 2007 (f. 531/7), a agravante tomou agravo interno aduzindo que 'a r. decisão agravada está, em verdade, equiparando a faturamento o que é meramente receita, à medida que, como visto acima, a comercialização de sucatas e de lubrificantes não faz parte do objeto social da agravante'. Alega que, 'considerando que a agravante depositou no curso do processo todos os valores relativos à base de cálculo da COFINS ampliada pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.718/98, e tendo em vista que o recurso extraordinário foi provido para o fim de afastar a incidência da precitada exação sobre a base de cálculo prevista no aludido dispositivo legal, caberia ao Judiciário, após o trânsito em julgado da decisão que promoveu o mencionado recurso extraordinário, tão-somente autorizar o levantamento integral dos depósitos efetuados da suplicante'.

5. A agravada (FN) pede (f. 540/5) a manutenção da decisão e alega que, (...) 'reconhecida a legitimidade da cobrança do crédito tributário, consoante decisão de primeira instância, impende a conversão em pagamento definitivo (conversão em renda)'.

6 - Concedida, em definitivo, no RE n. 403.561-8, a segurança para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastar a aplicação do § 1º, art. 3º, da Lei nº 9.718/98, em razão da inconstitucionalidade declarada pelo STF da ampliação da base de cálculo da exação, portanto, no ponto em que efetuado o depósito pela impetrante, a autorização para o seu levantamento é medida que se impõe.

7 - Esta a jurisprudência desta Corte:

'(...) Levantamento de depósito judicial. Pedido julgado procedente. Trânsito em julgado. Valor controvertido.

1. O artigo 151, II, do CTN faculta ao contribuinte a discussão de seu crédito tributário, com a suspensão da exigibilidade, desde que efetue o depósito judicial. Por sua vez, o artigo 32, § 2º da Lei 6.830/80 disciplina que 'após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente.'

2. Na hipótese dos autos, em que a decisão transitou em julgado plenamente favorável ao autor, caso o Fisco considere-se credor de alguma diferença, deverá proceder ao cálculo desta quantia, efetuar o lançamento, e fazer a cobrança por meio do procedimento que a lei estabelece (...).'

(TRF1, AG 2003.01.00.026234-9/MG, Rel. Des. Fed. Leomar Barros de Amarim de Sousa, T8, ac. un., DJ de 15/04/2005, p. 131).

'(...) Depósito judicial (...) - Conversão em renda - O levantamento de depósito judicial é proporcional ao sucesso da parte - (...)

(...)

3. A conversão em renda dos valores (ou parte deles, no concreto) não se confunde com execução de sentença de eficácia declaratória, sendo, simplesmente, 'consequência natural do julgado'. Precedentes: (TRF1, AC 96.01.05649-1/DF, Rel. Juiz Mario Cesar Ribeiro, T4, unânime, DJ 10.11.1997, p. 94.880; STJ, REsp 503.361, Rel. Min. José Delgado, T1, unânime, DJ 02/06/2003, p. 225; entre outros)

4. O depósito judicial feito para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário somente pode ser levantado depois do trânsito em julgado da sentença e na proporção em que vencedora a parte. (...).

(...).'

(TRF1, AGIAG 2002.01.00.042483-3/DF, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, T7, ac. un., DJ de 16/04/2004, p. 228)

8- *Eventual débito do contribuinte com o fisco, se o caso, deverá ser objeto de apuração e cobrança pelas vias próprias, não por meio de 'retenção' dos valores depositados em juízo que, por direito, pertencem à agravante. Não é possível nova discussão sobre esses depósitos, ainda mais quando a discussão envereda por questões outras que não foram objeto da discussão judicial. A execução do julgado não pode ser transformada em novo processo*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de conhecimento, com agregação de novos elementos e fatos a serem resolvidos, de matéria estranha àquela já resolvida no processo de conhecimento.

9- Pelo exposto, RECONSIDERO a decisão anterior e CONCEDO o efeito suspensivo ativo."

Dessa decisão, a Fazenda Nacional, então agravada, fez pedido de reconsideração, asseverando que: *"o que se pretende no presente momento é a revogação da concessão do efeito suspensivo, até que seja julgado definitivamente o Agravo. Isso porque uma vez levantado (conforme extrato processual em anexo, não houve ainda alvará) o valor pela parte Agravante, dificilmente irá a Fazenda Pública buscar o referido montante, sem experimentar grave prejuízo, lesão grave, já que estamos diante de valor controverso que ultrapassa 1 milhão de reais! Dessa maneira, não é razoável que, embora tenha sido proferida com esmero a decisão que se busca a reconsideração, monocraticamente se defina a situação do levantamento do depósito, sobretudo na quantia elevada de que se trata. Mais prudente e consentâneo com a cautela a ambas as partes, é a reconsideração da decisão anterior, com a revogação do efeito suspensivo, e a inclusão em pauta do julgamento do recurso. Ademais, não há qualquer periculum in mora para a Agravante em aguardar o julgamento definitivo do recurso, uma vez que o valor está sendo mensalmente corrigido pela Taxa SELIC".* Sustentou, em síntese, que *"o referido montante não pode ser levantado, uma vez que as receitas oriundas da venda de sucatas e lubrificantes, no caso específico da Agravante, se constituem como atividade operacional relevante, e que portanto devem ser consideradas como faturamento"* e aduziu o que segue:

a) a base de cálculo da Cofins, no caso, é a definida pelo art. 2º da Lei Complementar nº 70/91 ("a contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza"), que não restringe o conceito de faturamento às receitas decorrentes unicamente da atividade descrita no Estatuto ou Contrato Social como objeto social da empresa;

b) empregado no art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, o termo "mercadoria" deve ser definido com base no critério da habitualidade, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relativa ao ICMS;

c) no caso dos autos, conforme planilhas elaboradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a venda de sucatas e lubrificantes é habitual, e as receitas dela derivadas são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bastante significativas em relação ao faturamento total da empresa, superando as decorrentes de prestação de serviços;

d) a representatividade adquirida pela venda de sucatas e lubrificantes pela empresa revela que estas fazem parte, de fato, de seu escopo profissional-empresarial, conforme estatuído no art. 966 do Código Civil ("considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços"); e

e) o fato de tais atividades não constarem expressamente do Estatuto da sociedade empresarial não pode ser oposto ao Fisco, conforme o art. 118, inc. I, do Código Tributário Nacional ("a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se: I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos").

O pedido de reconsideração foi recebido pelo Tribunal *a quo* como agravo regimental e desprovido conforme a seguinte ementa:

"CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO REGIMENTAL DE DECISÃO QUE CONCEDEU EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO: NÃO CABIMENTO - LEVANTAMENTO INTEGRAL DO DEPÓSITO JUDICIAL RELATIVO À COFINS - TRÂNSITO EM JULGADO DO MS (SEGURANÇA CONCEDIDA NO PONTO RELATIVO AO DEPÓSITO JUDICIAL) - LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO: POSSIBILIDADE - EVENTUAL DÉBITO REMANESCENTE: APURAÇÃO E COBRANÇA, PELO FISCO, PELAS VIAS PRÓPRIAS.

1. 'Se é implícito ao agravo regimental o juízo de retratação, recebe-se como 'agravo regimental' o pedido de 'reconsideração', não só em nome da boa técnica processual mas também por aplicação de política processual razoável, para evitar 'nova' decisão monocrática ensejadora de possível 'novo' agravo regimental, o que atenta contra a boa-lógica, boa-fé e a celeridade processual (TRF1, AG 2000.01.00.029446-4/MG)' (TRF1, AGTAG n. 2003.01.00.034056-5/MG).

2. Nos termos do art. 293, § 1º, do RITRF1, não cabe agravo regimental da decisão que concede ou nega efeito suspensivo em agravo de instrumento.

3. Concedida, pelo STF, em definitivo, no RE n. 403.561-8, a segurança para afastar a aplicação do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98, em razão da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS, a autorização para o levantamento do depósito realizado no MS é medida que se impõe.

4. Eventual débito do contribuinte com o fisco, se o caso, deverá ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objeto de apuração e cobrança pelas vias próprias, não por meio de 'retenção' dos valores depositados em juízo que, por direito, pertencem à agravante. Não é possível nova discussão sobre esses depósitos, ainda mais quando a discussão envereda por discussões outras que não foram objeto da discussão judicial. A execução do julgado não pode ser transformada em novo processo de conhecimento, com agregação de novos elementos e fatos a serem resolvidos, de matéria estranha àquela já resolvida no processo de conhecimento.

5. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental. Agravo regimental de que não se conhece. Agravo de instrumento provido."

Seguiram-se embargos de declaração, em que a Fazenda Nacional sustentou, em síntese, que *"o referido montante não pode ser levantado, uma vez que as receitas oriundas da venda de sucatas e lubrificantes, no caso específico da Agravante, se constituem como atividade operacional relevante, e que portanto devem ser consideradas como faturamento"*, aduzindo que:

a) a base de cálculo da Cofins, no caso, é a definida pelo art. 2º da Lei Complementar nº 70/91 ("a contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza"), que não restringe o conceito de faturamento às receitas decorrentes unicamente da atividade descrita no Estatuto ou Contrato Social como objeto social da empresa;

b) empregado no art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, o termo "mercadoria" deve ser definido com base no critério da habitualidade, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relativa ao ICMS;

c) no caso dos autos, conforme planilhas elaboradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a venda de sucatas e lubrificantes é habitual, e as receitas dela derivadas são bastante significativas em relação ao faturamento total da empresa, superando as decorrentes de prestação de serviços;

d) a representatividade adquirida pela venda de sucatas e lubrificantes pela empresa revela que estas fazem parte, de fato, de seu escopo profissional-empresarial, conforme estatuído no art. 966 do Código Civil ("considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços"); e

e) o fato de tais atividades não constarem expressamente do Estatuto da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sociedade empresarial não pode ser oposto ao Fisco, conforme o art. 118, inc. I, do Código Tributário Nacional ("a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se: I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos") .

Os declaratórios foram rejeitados e julgados protelatórios pelo Tribunal de origem, conforme estes termos ementados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - "OMISSÃO" - INFRINGÊNCIA - EMBARGOS PROTELATÓRIOS - MULTA - EMBARGOS NÃO PROVIDOS.

1. Destinam-se os embargos declaratórios a aclarar eventual obscuridade, resolver eventual contradição (objetiva: intrínseca do julgado), consoante art. 535 do CPC, de modo que, incorrente qualquer das hipóteses que ensejam a oposição deles, a inconformidade do embargante ressoa como manifesta contrariedade à orientação jurídica que se adotou no acórdão, o que consubstancia evidente caráter infringente, a que não se presta a via ora eleita.

2. O verbete 'omissão' não pode ser manipulado para manifestar desagrado ou inconformidade com o julgado.

3. Manifesto o propósito protelatório, aplicável a multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do parágrafo único (1ª parte) do art. 302 do RI/TRF-1ª Região c/c o parágrafo único (1ª parte) do art. 538 do CPC e da recente orientação do STJ (STJ, AgRg no REsp 825546/SP, T5, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 22.04.2008, p. 1).

4. Embargos de declaração não providos. Reconhecidos protelatórios, aplica-se multa de 1% sobre o valor da causa (parágrafo único do art. 538 do CPC c/c parágrafo único (1ª parte) do art. 302 do RI/TRF-1ª Região)."

Sobreveio o presente recurso especial, em que a Fazenda Nacional, recorrente, alega ofensa aos arts. 458, inc. II, 535, incs. I e II, e 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil; 151, inc. II, do Código Tributário Nacional e, por via indireta, 1º, § 3º, incs. I e II, da Lei nº 9.703/1998; 2º da Lei Complementar nº 70/91; 118, inc. I, do Código Tributário Nacional e 966 do Código Civil. Argumenta que:

a) não opôs embargos declaratórios com finalidade procrastinatória, mas com vistas a "colaborar com a justiça e evitar a interposição de recurso especial para corrigir um erro que poderia ter sido sanado pelo próprio TRF" e "o prequestionamento da matéria a ser impugnada nas vias extraordinárias", devendo incidir ao caso o entendimento da Súmula 98/STJ ("Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caráter protelatório");

b) "a nulidade do julgado surgiu no momento em que a Turma deixou de acolher os embargos declaratórios, violando o art. 458, inc. II e o art. 535, incs. I e II do CPC. Até aquele momento era possível corrigir o erro no próprio Tribunal, contudo, com a rejeição dos embargos, o aresto se tornou nulo de pleno direito";

c) na hipótese dos autos, o contribuinte foi, ao menos parcialmente, vencido, de sorte que é possível a conversão em renda de parcela do depósito efetuado, sendo desnecessária a apuração e cobrança pelo Fisco por ação de cobrança autônoma;

d) o acórdão recorrido concedeu mais do que o pedido pela parte, uma vez que não só afastou os arts. da Lei nº 9.718/98 declarados inconstitucionais, mas também distorceu o conceito de faturamento estabelecido pela Lei Complementar nº 70/91, que não o restringe à receita oriunda da venda de mercadorias e da prestação de serviços definidos no Estatuto ou Contrato Social da empresa;

e) o entendimento do STF aplicado ao julgamento do recurso extraordinário em questão é no sentido de que "faturamento" significa "receita bruta", que inclui as receitas decorrentes da atividade descrita no Estatuto Social da empresa, bem como a soma das receitas oriundas do exercício de todas as demais atividades empresariais do contribuinte;

f) a base de cálculo da Cofins, no caso, é a definida pelo art. 2º da Lei Complementar nº 70/91 ("a contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza"), que não restringe o conceito de faturamento às receitas decorrentes unicamente da atividade descrita no Estatuto ou Contrato Social como objeto social da empresa;

g) empregado no art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, o termo "mercadoria" deve ser definido com base no critério da habitualidade, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relativa ao ICMS;

h) no caso dos autos, conforme planilhas elaboradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a venda de sucatas e lubrificantes é habitual, e as receitas dela derivadas são bastante significativas em relação ao faturamento total da empresa, superando as decorrentes de prestação de serviços;

i) a representatividade adquirida pela venda de sucatas e lubrificantes pela empresa revela que estas fazem parte, de fato, de seu escopo profissional-empresarial, conforme



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estatuído no art. 966 do Código Civil ("considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços"); e

j) o fato de tais atividades não constarem expressamente do Estatuto da sociedade empresarial não pode ser oposto ao Fisco, conforme o art. 118, inc. I, do Código Tributário Nacional ("a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se: I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos").

A parte, ora recorrida, ofereceu contrarrazões (fls. e-STJ 704-728), em que aduz:

a) ausência de prequestionamento quanto aos arts. 2º da Lei Complementar nº 70/91, 1º, § 3º, incs. I e II, da Lei nº 9.703/98, 118, inc. I, do CTN, e 966 do CC (incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ);

b) a matéria que se pretende debater qualifica-se como questão nova, porquanto suscitada tão-somente na fase de execução do julgado e pela primeira vez nos embargos de declaração;

c) as alegações de suposta irregularidade do Estatuto Social da recorrida e suposta habitualidade da comercialização de sucatas e lubrificantes, além de não terem sido suscitadas na fase de conhecimento, encontram óbice no enunciado da Súmula 7/STJ;

d) o acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito ao direito de levantamento dos depósitos judiciais efetuados pela parte para suspender a exigibilidade do crédito tributário após o trânsito em julgado da sentença que lhe é favorável;

e) o acórdão recorrido não é omissor, mas tão-somente contrário aos interesses da Fazenda nacional;

f) justifica-se a aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, diante da resistência inaceitável da Fazenda nacional ao levantamento dos depósitos efetuados após o trânsito em julgado ocorrido depois de 10 (dez) anos do ajuizamento do mandado de segurança;

g) a decisão final proferida pelo STF no julgamento do RE 403.561 foi inteiramente favorável à recorrida no aspecto em questão; a sucumbência da empresa diz respeito tão somente à alegada inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 9.718/98 (quanto à majoração da alíquota a Cofins de 2% para 3% e à compensação de 1/3 da Cofins com a CSLL);

h) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de ser lícito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o levantamento dos depósitos pela parte vencedora após o trânsito em julgado da demanda;

i) se a Fazenda Nacional entendesse que os depósitos efetuados pela contribuinte como relativos à base de cálculo questionada incorriam em alguma impropriedade, deveria ter se manifestado ao longo do processo de conhecimento, e não após o trânsito em julgado da decisão final;

j) o Tribunal *a quo* não se manifestou sobre a natureza dos depósitos efetuados pela recorrida, posto que entendeu ser questão alheia ao presente processo;

k) as receitas provenientes da comercialização de sucatas e lubrificantes não fazem parte da atividade própria da empresa, conforme apontado pelo seu Estatuto Social, caracterizando-se, pois, como receitas estranhas ao seu faturamento; seu alto valor decorre do fato de a empresa recorrida ser da grande porte, integrando o maior grupo siderúrgico do mundo;

l) o conceito de faturamento admitido pelo STF no que diz respeito à incidência da Cofins inclui apenas as receitas advindas das operações empresariais típicas (aquelas afetas ao objeto social do contribuinte);

m) o provimento do recurso especial da Fazenda nacional implicaria ofensa ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório e ao art. 105, inc. III, al. *a*, da Constituição Federal.

Admitido na origem, o especial foi distribuído a esta relatoria.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.786 - MG (2009/0183126-4)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 9.718/98. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO PELO STF. TRÂNSITO EM JULGADO. DEPÓSITO EFETUADO NOS TERMOS DO ART. 151, II, DO CTN. LEVANTAMENTO. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. SÚMULA 98/STJ. EXCLUSÃO DE MULTA.

1. Os depósitos efetuados pelo contribuinte por ocasião do questionamento judicial do tributo suspendem a exigibilidade do mesmo, enquanto perdurar a contenda, *ex vi* do art. 151, II, do CTN e, por força do seu desígnio, implica lançamento tácito do montante exato do *quantum* depositado, conjurando eventual alegação de decadência do direito de constituir o crédito tributário. Precedentes: AgRg no Ag 1163962/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009; AgRg nos EREsp 1037202/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 21/08/2009; REsp 1037202/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 24/09/2008; REsp 757.311/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 18/06/2008.

2. *"O depósito do montante integral do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, é faculdade de que dispõe o contribuinte para suspender sua exigibilidade. Uma vez realizado, porém, o depósito passa a cumprir também a função de garantia do pagamento do tributo questionado, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado daquela demanda em cujos autos se efetivou"* (REsp nº 252.432/SP, Rel. para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 02.06.2005, DJ 28.11.2005). Outros precedentes: AgRg no REsp 921.123/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/4/2009, DJe de 3/6/2009; EDcl no REsp 225.357/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 16/3/2006, DJ de 28/4/2006.

3. O destino do depósito efetuado nos moldes do art. 151, II, do CTN, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sempre dependerá do resultado da demanda a que estiver vinculado, dada a sua natureza de garantia da dívida em discussão, conforme estabelece o art. 1º, § 3º, II, da Lei nº 9.703/98. Permitir o levantamento do depósito judicial sem a anuência do Fisco significa esvaziar o conteúdo da garantia prestada pelo contribuinte em detrimento da Fazenda Pública. Precedentes: REsp 476.567/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 06/12/2004; AgRg no REsp 921.123/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/06/2009; REsp 252.432/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

28/11/2005).

4. *In casu*, o Tribunal local acolheu o cálculo apresentado unilateralmente pela parte contribuinte, assegurando à Fazenda Pública apenas o direito de proceder ao **lançamento** dos valores eventualmente levantados a maior em seu desfavor.

5. Frise-se que, na presente hipótese, o Supremo Tribunal Federal "*declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, por entender que a noção de faturamento referida no art. 195, I, da Constituição da República, na redação anterior à EC 20/98, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes, advertindo, ainda, que a superveniente promulgação da EC 20/98 não teve o condão de validar legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional*"; contudo, também "*confirmou a validade jurídico-constitucional do art. 8º da Lei nº 9.718/98, no que concerne à majoração da alíquota de 2% para 3% (Cofins)*." Todavia, a Corte de origem deixou de discriminar, por exemplo, em que medida os depósitos realizados pela ora recorrida diriam respeito à parcela da base de cálculo da Cofins não compreendida no conceito de faturamento (se a totalidade, ou apenas parcela do *quantum* depositado) e em que medida referir-se-iam à majoração da alíquota de 2% para 3% (se uma parte, ou mesmo nenhuma, do todo depositado). Não restou esclarecido, ainda, qual o alcance dos termos empregados pela decisão da Excelsa Corte, imprescindível para a definição da norma jurídica individual reguladora do caso concreto.

6. Diante desse quadro, imperioso anular o acórdão combatido, para que a instância ordinária, soberana em relação à análise do conjunto fático-probatório, estabeleça, com precisão, o alcance da decisão, transitada em julgado, que o STF prolatou no julgamento do RE nº 403.561-8/MG, o que se revela de fundamental importância para a determinação da proporção do *quantum* depositado que cada parte deverá levantar ou converter em renda –ou, se o caso, somente uma delas (a empresa contribuinte, ora recorrida). Destaque-se que o conhecimento dessa *quaestio iuris* por esta Corte de Justiça implicaria um salto sobre a instância ordinária, contrariando a disposição expressa do permissivo constitucional.

7. A exclusão da multa, imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, é medida que se impõe quando opostos os embargos para fins de prequestionamento, ante a *ratio essendi* da Súmula 98 do STJ.

8. Recurso especial provido para afastar a multa (art. 538, parágrafo único, do CPC) e anular o acórdão recorrido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): *Prima facie*, razão assiste à parte, ora recorrente, quanto à aventada violação ao artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

O prequestionamento é requisito essencial e pressuposto específico de admissibilidade do recurso especial. Esta exigência significa que, não obstante tenha a parte sucumbente suscitado a questão em suas razões recursais, a matéria questionada necessita ser ventilada pelo Tribunal de origem. O caso atrai a incidência das Súmulas nºs 282 e 356 do Pretório Excelso. Neste sentido, os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282 E 356/STF.

I – O prequestionamento é requisito fundamental para a apreciação do recurso especial.

II -. Se a alegada ofensa à lei federal surgiu no próprio acórdão que julgou a apelação, é indispensável a oposição dos embargos de declaração para viabilizar o apelo excepcional. Precedentes do STJ.

III – O recurso especial deve impugnar todos os fundamentos do acórdão recorrido, sendo inadmissível a tentativa de suprir a falha por ocasião do agravo interno.

Agravo improvido."

(AGA nº 428.589/RJ, DJ de 07.10.2002, Rel. Min. Castro Filho)

COMERCIAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). INCIDÊNCIA. I. Firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, no sentido de que a ausência de prequestionamento da questão federal no acórdão impede a admissibilidade do recurso especial, ainda que a alegada violação tenha surgido por ocasião do julgamento procedido no 2º grau. II. omissis. III. Recurso especial conhecido em parte e provido.'

(REsp. n.º 316.214/SP, DJ de 20/08/2001, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO - RECURSO ESPECIAL - NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO - CARÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 282/356 DO STF. Esta Colenda Corte vem decidindo ser inadmissível o recurso especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando a matéria trazida nas razões do recorrente não foi apreciada pela instância inferior, ainda que a violação à norma infraconstitucional tenha surgido no próprio acórdão acoimado, sendo imprescindível a oposição de embargos declaratórios que visem a suprir este pressuposto específico. Entendimento também esposado pelo Excelso Pretório, a teor do decidido no RE n. 252.352/CE, da relatoria do em. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 17/08/1999.(...).'

(AGRG no REsp. n.º 230.301 - SP,DJ de 8/5/2000, Rel. Min. Nancy Andrighi)

Deveras, o Tribunal *a quo* afrontou o enunciado da Súmula 98/STJ, *verbis*: "*Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório*".

A referida súmula foi objeto de comentário de Roberto Rosas, que com a precisão de sempre, acentuou:

"A finalidade dos embargos declaratórios é expressa no CPC: não têm caráter infringente, ou muito menos trazer matéria não discutida, o que caracteriza, muitas vezes, protelação. Entretanto, insiste-se muito, no recurso especial, a exigência de prequestionamento. Ora, se a matéria foi questionada e não apreciada pelo acórdão, evidente a omissão, e válido o socorro aos embargos. Importante, assim, é separar a hipótese de cabimento, e de inevitabilidade de sua interposição, daquela meramente procrastinatória. A salvo da crítica, portanto, aqueles embargos para ressaltar ou estabelecer o prequestionamento, imunes à multa prevista no CPC, art. 538, parágrafo único.(...)" (in Direito Sumular, Malheiros Editores, 10ª Edição, pág. 336)

Consectariamente, na hipótese *sub examine*, apresenta-se descabida a imposição da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, uma vez que a oposição dos embargos de declaração, *in casu*, revela nítida finalidade de prequestionar a matéria discutida no recurso especial.

No mérito, impõe-se ressaltar que o presente tributo – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) – é sujeito a lançamento por homologação, porquanto compete ao sujeito passivo verificar a ocorrência do fato gerador, calcular o montante devido e realizar o pagamento do tributo no prazo previsto, ficando a extinção definitiva do crédito condicionada à homologação, pela autoridade administrativa, da apuração efetuada pelo contribuinte. Nessas hipóteses, o crédito tributário é constituído desde o momento em que é efetuada a declaração pelo sujeito passivo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os depósitos efetuados pelo contribuinte por ocasião do questionamento judicial do tributo suspendem a exigibilidade do mesmo, enquanto perdurar a contenda, *ex vi* do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional e, por força do seu desígnio, implica lançamento tácito do montante exato do *quantum* depositado, conjurando eventual alegação de decadência do direito de constituir o crédito tributário. O contribuinte, ao realizar o depósito judicial com vistas à suspensão do crédito tributário, promove a sua constituição à luz do disposto no artigo 150 e parágrafos do Digesto Tributário.

Nesse sentido, a doutrina clássica do tema, *verbis*:

"No lançamento por homologação, o contribuinte, ocorrido o fato gerador, deve calcular e recolher o montante devido, independente de provocação. Se, em vez de efetuar o recolhimento simplesmente, resolve questionar judicialmente a obrigação tributária, efetuando o depósito, este faz as vezes do recolhimento, sujeito, porém, à decisão final transitada em julgado. Não há que se dizer que o decurso do prazo decadencial, durante a demanda, extinga o crédito tributário, implicando a perda superveniente do objeto da demanda e o direito ao levantamento do depósito. Tal conclusão seria equivocada, pois o depósito, que é predestinado legalmente à conversão em caso de improcedência da demanda, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, equipara-se ao pagamento no que diz respeito ao cumprimento das obrigações do contribuinte, sendo que o decurso do tempo sem lançamento de ofício pela autoridade implica lançamento tácito no montante exato do depósito."

(PAULSEN, Leandro, *Direito Tributário*, São Paulo, Livraria do Advogado, 7ª ed, p. 1227)

A jurisprudência deste sodalício perfilha o entendimento supradelineado, sendo oportuna a transcrição dos seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL. DEPÓSITO JUDICIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO FORMAL PELO FISCO. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Não cabe a esta Corte analisar afronta a dispositivo constitucional, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. A Primeira Seção desta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que "no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o contribuinte, ao realizar o depósito judicial com vistas à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, promove a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constituição deste nos moldes do que dispõe o art. 150 e parágrafos do CTN. Isso porque verifica a ocorrência do fato gerador, calcula o montante devido e, em vez de efetuar o pagamento, deposita a quantia aferida, a fim de impugnar a cobrança da exação. Assim, o crédito tributário é constituído por meio da declaração do sujeito passivo, não havendo falar em decadência do direito do Fisco de lançar, caracterizando-se, com a inércia da autoridade fazendária apenas a homologação tácita da apuração anteriormente realizada. Não há, portanto, necessidade de ato formal de lançamento por parte da autoridade administrativa quanto aos valores depositados." (EResp 686.479/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 22.9.2008).

3. Nesse sentido, destaco, também, os seguintes julgados: AgRg nos EREsp 1.037.202/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ 21.8.2009, EDcl nos EREsp 464.343/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 3.3.2008, EREsp 615.303/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 15.10.2007.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Ag 1163962/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. DEPÓSITO JUDICIAL. LANÇAMENTO. DESNECESSIDADE.

1. No julgamento dos ERESP 686.479/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, a Primeira Seção pacificou o entendimento de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, "o contribuinte, ao realizar o depósito judicial com vistas à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, promove a constituição deste nos moldes do que dispõe o art. 150 e parágrafos do CTN. Isso porque verifica a ocorrência do fato gerador, calcula o montante devido e, em vez de efetuar o pagamento, deposita a quantia aferida, a fim de impugnar a cobrança da exação. Assim, o crédito tributário é constituído por meio da declaração do sujeito passivo, não havendo falar em decadência do direito do Fisco de lançar, caracterizando-se, com a inércia da autoridade fazendária apenas a homologação tácita da apuração anteriormente realizada. Não há, portanto, necessidade de ato formal de lançamento por parte da autoridade administrativa quanto aos valores depositados." Precedentes da Primeira Seção e de ambas as Turmas de Direito Público.

2. Não cabem Embargos de Divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado (Súmula 168/STJ).

3. Agravo Regimental não provido."

(AgRg nos EREsp 1037202/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 21/08/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PRAZO DECADENCIAL PARA A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL. LANÇAMENTO FORMAL PELO FISCO. DESNECESSIDADE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. No caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o contribuinte, ao realizar o depósito judicial com vistas à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, promove a constituição deste nos moldes do que dispõe o art. 150 e parágrafos do CTN. Isso, porque verifica a ocorrência do fato gerador, calcula o montante devido e, em vez de efetuar o pagamento, deposita a quantia aferida, a fim de impugnar a cobrança da exação. Assim, o crédito tributário é constituído por meio da declaração do sujeito passivo, não havendo falar em decadência do direito do Fisco de lançar, caracterizando-se, com a inércia da autoridade fazendária apenas a homologação tácita da apuração anteriormente realizada. Não há, portanto, necessidade de ato formal de lançamento por parte da autoridade administrativa quanto aos valores depositados.

3. Precedentes da Primeira Seção: EREsp 464.343/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.10.2007; EREsp 898.992/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.8.2007.

4. Recurso especial desprovido."

(REsp 1037202/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 24/09/2008)

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. MANDANDO DE SEGURANÇA QUESTIONANDO A LEGALIDADE DA COFINS LC 70/91. DEPÓSITOS EFETUADOS A FIM DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUPERVENIENTE IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA QUANTO AO DIREITO DE LANÇAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO QUE EQUIVALE AO PAGAMENTO. DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO.

1. O depósito efetuado por ocasião do questionamento judicial do tributo suspende a exigibilidade do mesmo, enquanto perdurar contenda, ex vi do art. 151, II, do CTN e, por força do seu desígnio, implica lançamento tácito no montante exato do quantum depositado, conjurando eventual alegação de decadência do direito de constituir o crédito tributário.

2. Julgado improcedente o pedido da empresa e em havendo depósito, torna-se desnecessária a constituição do crédito tributário no quinquênio legal, não restando consumada a prescrição ou a decadência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A sucumbência no mandado de segurança acarreta, conseqüentemente, a conversão dos depósitos outrora efetivados, em renda da UNIÃO, extinguindo o crédito tributário consoante o dictamen do art. 156, VI, do CTN, restando desnecessário o lançamento por conta do próprio provimento judicial. (Precedentes: REsp 736.918 - RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 03 de abril de 2.006 e REsp 80.074 - RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Segunda Turma, DJ de 26 de junho de 2.000). Nesse sentido, a doutrina clássica do tema, verbis: No lançamento por homologação, o contribuinte, ocorrido o fato gerador, deve calcular e recolher o montante devido, independente de provocação. Se, em vez de efetuar o recolhimento simplesmente, resolve questionar judicialmente a obrigação tributária, efetuando o depósito, este faz as vezes do recolhimento, sujeito, porém, à decisão final transitada em julgado. Não há que se dizer que o decurso do prazo decadencial, durante a demanda, extinga o crédito tributário, implicando a perda superveniente do objeto da demanda e o direito ao levantamento do depósito. Tal conclusão seria equivocada, pois o depósito, que é predestinado legalmente à conversão em caso de improcedência da demanda, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, equipara-se ao pagamento no que diz respeito ao cumprimento das obrigações do contribuinte, sendo que o decurso do tempo sem lançamento de ofício pela autoridade implica lançamento tácito no montante exato do depósito. (PAULSEN, Leandro, Direito Tributário, São Paulo, Livraria do Advogado, 7ª ed, p. 1227).

4. Recurso especial conhecido e desprovido."

(REsp 757.311/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 18/06/2008)

Sob esse enfoque, assim como ocorre com a decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, a prescrição do seu direito de cobrança judicial encontra-se disciplinada em cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam:

(a) regra da prescrição do direito do Fisco nas hipóteses em que a constituição do crédito se dá mediante ato de formalização praticado pelo contribuinte (tributos sujeitos a lançamento por homologação);

(b) regra da prescrição do direito do Fisco com constituição do crédito pelo contribuinte e com suspensão da exigibilidade;

(c) regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento tributário;

(d) regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento e com suspensão da exigibilidade; e

(e) regra de reinício do prazo de prescrição do direito do Fisco - causas interruptivas do prazo prescricional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(In: Eurico Marcos Diniz de Santi, *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 224/252; e Eurico Marcos Diniz de Santi (Coordenador), *Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*, Capítulo V - Decadência e Prescrição em Matéria Tributária, de autoria de Christine Mendonça, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 666/671).

Sobreleva ressaltar que Eurico Marcos Diniz de Santi também alude à prescrição extintiva do crédito tributário, seja ele resultado de lançamento ou de ato de formalização do contribuinte (artigo 156, V, do CTN), hipótese em que se configura a carência da ação executiva, ante a impossibilidade jurídica do pedido, em razão do decurso do prazo prescricional previsto em quaisquer das regras retrocitadas.

Por outro turno, nos casos em que o Fisco constitui o crédito tributário, mediante lançamento, inexistindo quaisquer causas de suspensão da exigibilidade ou de interrupção da prescrição, o prazo prescricional conta-se da data em que o contribuinte for regularmente notificado do lançamento tributário (artigos 145 e 174, ambos do CTN).

Entretanto, sobrevindo causa de suspensão de exigibilidade antes do vencimento do prazo para pagamento do crédito tributário, formalizado pelo contribuinte (em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação) ou lançado pelo Fisco, não tendo sido reiniciado o prazo *ex vi* do parágrafo único, do artigo 174, do CTN, o *dies a quo* da regra da prescrição desloca-se para a data do desaparecimento jurídico do obstáculo à exigibilidade.

No particular, Eurico Marcos Diniz de Santi adverte que nos "*casos em que a suspensão da exigibilidade ocorre em momento posterior ao vencimento do prazo para pagamento do crédito, aplicam-se outras regras: a regra da prescrição do direito do Fisco com a constituição do crédito pelo contribuinte e a regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento*". Assim, "*nos casos em que houver suspensão da exigibilidade depois do vencimento do prazo para o pagamento, o prazo prescricional continuará sendo a data da constituição do crédito, mas será descontado o período de vigência do obstáculo à exigibilidade*" (In *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, 3ª ed., Max Limonad, 2004, págs. 219/220). Assinala ainda que:

"Essa suspensão da exigibilidade será configurada pela (i) moratória, que recebeu disciplina expressa a esse respeito ex vi do parágrafo único do art. 155, do CTN, (ii) pelo depósito do montante integral do crédito tributário ou (iii) pela concessão de medida liminar em mandado de segurança, nos termos do art. 151, do CTN. Assim, estando o prazo prescricional já em curso, a realização de qualquer das aludidas hipóteses suspensivas tornará o crédito inexigível, de tal forma que não se poderá qualificar a conduta do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fisco como omissiva até que desapareça a cláusula suspensiva. Conseqüentemente, também a contagem do prazo de prescrição restará suspensa durante o período em que se suceder a suspensão da exigibilidade do crédito, sendo retomada com a supressão da causa suspensiva." (In obra citada, pág. 229)

Na obra intitulada "A Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário", anterior ao advento da Lei Complementar 104/2001 que incluiu o "parcelamento" entre as hipóteses suspensivas, Maria Leonor Leite Vieira, não obstante defenda a tese de que somente a moratória constitui causa legal expressa de suspensão da fluência do prazo prescricional, arremata que:

"Não é difícil concluir que não se pode falar em curso da prescrição enquanto não se verificar a inércia do titular da ação e esta foi localizada no CTN, no instante da constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, no derradeiro momento do período de exigibilidade, no instante em que o Poder Público adquire condições de coagir o sujeito passivo (devedor) a liquidar o crédito.

(...)

Em suma: quando não depender de nenhuma outra providência, quando estiver o crédito apto a servir de base para a exigência perante o Poder Judiciário, quando for - no sentido técnico da processualística - exercitável, acionável, ajuizável ou desde quando se pode fazer valer; por isso mesmo é que Câmara Leal conceitua a prescrição como sendo a extinção de uma ação ajuizável, em virtude de inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de cláusulas preclusivas de seu curso.

(...)" (In obra citada, Editora Dialética, São Paulo, 1997, págs. 79/80)

Por fim, forçoso assentar a regra prescricional atinente ao reinício da contagem do prazo, em virtude de quaisquer das causas interruptivas previstas no parágrafo único, do artigo 174, do CTN, vale dizer:

- (a) o despacho do juiz que ordena a citação em execução fiscal;
- (b) o protesto judicial;
- (c) qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; e
- (d) qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Neste caso, a data em que suceder qualquer uma das aludidas hipóteses "servirá como dies a quo do novo prazo prescricional de cinco anos, qualificado pela conduta omissiva de o Fisco exercer o direito de ação" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 227).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste panorama, é pacífica a orientação deste Sodalício no sentido de que "o depósito do montante integral do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, é faculdade de que dispõe o contribuinte para suspender sua exigibilidade. Uma vez realizado, porém, o depósito passa a cumprir também a função de garantia do pagamento do tributo questionado, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado daquela demanda em cujos autos se efetivou" (REsp nº 252.432/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Relator p/ acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 2/6/2005, DJ de 28/11/2005).

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. TRÂNSITO EM JULGADO. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO JUDICIAL. ART. 151, II, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA DO JUÍZO. FINALIDADE DÚPLICE. PRECEDENTES.

1. A garantia prevista no art. 151, II, do CTN tem natureza dúplice, porquanto, ao tempo em que impede a propositura da execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado da demanda em cujos autos se efetivou. (Precedentes: EREsp 813.554/PE, DJe 10/11/2008; EREsp 548.224/CE, DJ 17/12/2007; REsp 862.711/RJ, DJ 14/12/2006; REsp 767328/RS, DJ 13/11/2006; REsp 252.432/SP, DJ 28/11/2005; EREsp 270083/SP, DJ 02/09/2002)

2. Permitir o levantamento do depósito judicial sem a anuência do Fisco significa esvaziar o conteúdo da garantia prestada pelo contribuinte em detrimento da Fazenda Pública.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 921.123/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/4/2009, DJe de 3/6/2009)

"TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL. ART. 151, II, DO CTN. IPTU.

1. O STJ pacificou o entendimento de que "o depósito do montante integral do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, é faculdade de que dispõe o contribuinte para suspender sua exigibilidade. Uma vez realizado, porém, o depósito passa a cumprir também a função de garantia do pagamento do tributo questionado, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado daquela demanda em cujos autos se efetivou" (REsp n. 252.432/SP, relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

p/ o acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Primeira Turma, DJ de 28.11.2005).

2. Embargos declaratórios acolhidos sem efeitos infringentes."

(EDcl no REsp 225.357/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/3/2006, DJ de 28/4/2006)

Assim, o destino do depósito efetuado nos moldes do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sempre dependerá do resultado da demanda a que estiver vinculado, dada a sua natureza de garantia da dívida em discussão, conforme estabelece o artigo 1º, § 3º, inciso II, da Lei nº 9.703/1998 . Por esse motivo é que se torna inviável o seu levantamento sem autorização do Fisco.

Dessarte, sendo a demanda totalmente favorável a uma das partes, a ela será direcionado o montante depositado em juízo. Caso o feito seja extinto sem exame do mérito, os valores são convertidos em renda para a Fazenda Pública, conforme jurisprudência atual deste Superior Tribunal. Se cada parte for reciprocamente vencedora e vencida, o *quantum* deve ser distribuído na proporção do êxito de cada qual, nos termos definidos no título executivo judicial.

À guiza de exemplo, vejamos os seguintes precedentes:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - PIS - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - DESTINAÇÃO DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS - OMISSÃO QUANTO AO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO NA FORMA DAS LEIS COMPLEMENTARES 07/70 E 17/73 - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO QUANTO AO PIS-SEMESTRALIDADE - TEMPESTIVIDADE.

1. Com a suspensão do prazo recursal no período de férias forenses, continua sua contagem pelo prazo remanescente, o que afasta a alegada intempestividade.

2. Hipótese em que, somente na fase de liquidação, é que houve impugnação pela Fazenda, não cabendo agora discutir-se a sistemática de apuração do devido a título de PIS, na sistemática da semestralidade, pois não foi a mesma objeto do processo de conhecimento.

3. Contudo, deixou o julgado de analisar o recolhimento da contribuição com base nas Leis Complementares 07/70 e 17/73, não declaradas inconstitucionais.

4. O destino dos depósitos deve levar em conta o montante recolhido: a) se os depósitos compreendem apenas as parcelas de PIS controversas, devidas na forma dos Decretos-leis 2.445 e 2.449/88, e o contribuinte recolheu diretamente aos cofres públicos a parcela devida de acordo com as LC's 07/70 e 17/73, o levantamento deve ser integral pela empresa;

b) se os depósitos abrangem o montante integral do PIS (LC's 07/70



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 17/73 e Decretos-leis 2.445 e 2.449/88), parte deve ser levantada pelo contribuinte, parte deve ser convertida em renda da Fazenda Nacional, obedecendo os limites da coisa julgada.

5. Recurso especial provido em parte."

(REsp 476.567/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 06/12/2004)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. TRÂNSITO EM JULGADO. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO JUDICIAL. ART. 151, II, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA DO JUÍZO. FINALIDADE DÚPLICE. PRECEDENTES.

1. A garantia prevista no art. 151, II, do CTN tem natureza dúplice, porquanto, ao tempo em que impede a propositura da execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado da demanda em cujos autos se efetivou. (Precedentes: EREsp 813.554/PE, DJe 10/11/2008; EREsp 548.224/CE, DJ 17/12/2007; REsp 862.711/RJ, DJ 14/12/2006; REsp 767328/RS, DJ 13/11/2006; REsp 252.432/SP, DJ 28/11/2005; EREsp 270083/SP, DJ 02/09/2002)

2. **Permitir o levantamento do depósito judicial sem a anuência do Fisco significa esvaziar o conteúdo da garantia prestada pelo contribuinte em detrimento da Fazenda Pública.**

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 921.123/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/06/2009)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DEPÓSITO EFETUADO COM O OBJETIVO DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, NOS AUTOS DE MANDADO DE SEGURANÇA EM QUE SE DISCUTE A LEGITIMIDADE DO TRIBUTO. VINCULAÇÃO DO DESTINO DO DEPÓSITO AO DESFECHO DA DEMANDA EM QUE EFETUADO.

1. O depósito do montante integral do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, é faculdade de que dispõe o contribuinte para suspender sua exigibilidade. Uma vez realizado, porém, o depósito passa a cumprir também a função de **garantia do pagamento do tributo questionado, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado daquela demanda em cujos autos se efetivou.**

2. No caso concreto, transitou em julgado a sentença denegatória do mandado de segurança em cujos autos foi efetuado o depósito, após o provimento do recurso extraordinário da Fazenda pelo STF, sendo devida, por essa razão, a conversão daquele valor em renda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à parte vitoriosa — o que não impede a recorrente de buscar, pelas vias próprias, a restituição das quantias que, com base em causa de pedir não apreciada naquela impetração, entenda lhe serem devidas.

3. Voto pelo desprovemento do recurso especial."

(REsp 252.432/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28/11/2005)

In casu, o Tribunal *a quo* acolheu o cálculo apresentado unilateralmente pela parte contribuinte, assegurando à Fazenda Pública apenas o direito de proceder ao lançamento dos valores eventualmente levantados a maior em seu desfavor. Vale dizer que a Corte local não observou a necessidade de se apurar em que medida cada uma das partes foi vencedora e vencida na demanda, para definir a proporção a que fazem jus relativamente à quantia depositada, conforme voto condutor do acórdão recorrido:

"Transitada em julgado a decisão do STF, no RE n. 403.561-8, em que se deu provimento, em parte, ao recurso da agravante para que afastada a aplicação do art. 3º, 1º da Lei 9.718/98, não há falar em óbice ao levantamento do depósito efetuado naquele processo.

Considerando jurisprudência desta Corte (T7 e T8), já citada na decisão que concedeu efeito suspensivo ao agravo, caso o Fisco entenda persistir débito do contribuinte, que efetue a devida apuração e respectiva cobrança por meio de procedimento outro, específico para tanto, por não haver relação direta com o decidido em definitivo pelo STF na citada ocasião."

A esse respeito, a Primeira Turma já decidiu:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRAZO. RECESSO NATALINO. SUSPENSÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO EFETUADO COM O OBJETIVO DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VINCULAÇÃO DO DESTINO DO DEPÓSITO AO DESFECHO DA DEMANDA EM QUE EFETUADO.

(...)

3. O depósito do montante integral do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, é faculdade de que dispõe o contribuinte para suspender sua exigibilidade. Uma vez realizado, porém, o depósito passa a cumprir também a função de garantia do pagamento do tributo questionado, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado daquela demanda em cujos autos se efetivou.

4. É inviável o "arbitramento", com base em meras estimativas, dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

montantes a serem levantados e convertidos em renda, impondo-se sua apuração precisa, nos exatos termos do que foi decidido pela sentença.

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e provido."

(REsp 589.992/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28/11/2005)

Frise-se que, na presente hipótese, por um lado, o Supremo Tribunal Federal "*declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, por entender que a noção de faturamento referida no art. 195, I, da Constituição da República, na redação anterior à EC 20/98, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes, advertindo, ainda, que a superveniente promulgação da EC 20/98 não teve o condão de validar legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional*"; por outro lado, "*confirmou a validade jurídico-constitucional do art. 8º da Lei nº 9.718/98, no que concerne à majoração da alíquota de 2% para 3% (Cofins)*." Contudo, o Tribunal local deixou de discriminar, por exemplo, em que medida os depósitos realizados pela ora recorrida diziam respeito à parcela da base de cálculo da Cofins não compreendida no conceito de faturamento (se a totalidade, ou apenas parcela do *quantum* depositado) e em que medida referir-se-iam à majoração da alíquota de 2% para 3% (se uma, ou eventualmente nenhuma, parcela do todo depositado). Não restou esclarecido, ainda, qual o alcance dos termos empregados pela decisão da Excelsa Corte, imprescindível para a definição e incidência mais precisa da norma jurídica individual reguladora do caso concreto.

Diante desse quadro, imperioso anular o acórdão, para que a instância ordinária, soberana em relação à análise do conjunto fático-probatório, estabeleça, com precisão, o alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 403.561-8/MG, de fundamental importância na determinação da proporção do *quantum* depositado que cada parte deverá levantar ou converter em renda –ou, se o caso, apenas a empresa contribuinte. Destaque-se que o conhecimento dessa *quaestio iuris* por esta Corte de Justiça implicaria um salto sobre a instância ordinária, contrariando a disposição expressa do permissivo constitucional.

Ex positis, **DOU PROVIMENTO** ao recurso especial para afastar a multa do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e anular o acórdão recorrido.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0183126-4

PROCESSO ELETRÔNICO

**REsp 1.157.786 /
MG**

Números Origem: 199938010004482 200701000235764

PAUTA: 07/10/2010

JULGADO: 19/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : BELGO-MINEIRA PARTICIPAÇÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
ADVOGADO : GUILHERME PIERUCCETTI DE LIMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para afastar a multa e anular o acórdão recorrido, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de outubro de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária