

REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA IOB

1ª QUINZENA DE MAIO - Nº 09 - 2008

VOLUME I - TRIBUTÁRIO, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

DOCTRINA

- **CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**
Hugo de Brito Machado analisa a aplicabilidade dos prazos de decadência e de prescrição nas contribuições previdenciárias. Texto 1/25278.
- **SERVIDOR PÚBLICO**
O regime previdenciário a que se submetem os servidores não titulares de cargos efetivos após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998 é analisado por Fernanda de Paula Campolina. Texto 1/25277.
- **ISS**
Adolpho Bergamini discorre sobre a não-incidência do ISS sobre a parcela do preço do serviço cobrado por hotéis na locação de quartos. Texto 1/25276.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- Luiz Ricardo Gomes Aranha e Bruno Rocha Cesar Fernandes comentam acórdão que fala do direito de preferência dos créditos tributários nas ações falimentares. Texto 1/25275.

SINOPSE

- Foi publicada a Sinopse intitulada "IOF" (2). Texto 1/25229.

CURSOS/EVENTOS 2008

- **PCD 1 – Programa de Capacitação e Desenvolvimento Contábil I (Básico e Intermediário)**
Equipe de Palestrantes
- **Administração Legal de Impostos Palestrante:**
Sidney D'Agazio
– Informações: (11) 0800-724-7560 ou (11) 6886-7560 – www.iobestore.com.br

LIVROS JURÍDICOS

- **Comentários ao Estatuto da Advocacia**
Autor: Flávio Olímpio de Azevedo
- **Direito Administrativo para Concursos**
Autor: Judivan J. Vieira
- **Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado**
Autora: Márcia Andrea Bühring
– Informações: (11) 0800-724-7560 ou (11) 6886-7560 – www.iobestore.com.br

REVISTAS TEMÁTICAS

- Revista IOB de Direito Administrativo
- Direito Público
- Revista de Estudos Tributários
– Informações: (11) 0800-724-7560 ou (11) 6886-7560 – www.iobestore.com.br

ÍNDICE

	Ementa	Página		Ementa	Página
DOCTRINA			PIS/Pasep – expurgos inflacionários – prescrição quinquenal (TRF 5ª R.)	1/25253	360
Contribuição Previdenciária – Prazos de Decadência e de Prescrição (artigo de Hugo de Brito Machado)	1/25278	385	Prescrição intercorrente – execução fiscal – inércia da exequente – reconhecimento de ofício (TJMT)	1/25252	359
Regimes Próprios de Previdência, Servidores Não-Efetivos e a EC 20/1998 (artigo de Fernanda de Paula Campolina)	1/25277	381	Refis – mandado de segurança – ausência de homologação expressa pelo Comitê Gestor – necessidade – certidão positiva de débito com efeitos de negativa – impossibilidade (STJ)	1/25251	359
Não-Incidência do ISS sobre Parcela do Preço do Serviço Cobrado por Hotéis Relativa à Locação do Quarto (artigo de Adolpho Bergamini)	1/25276	376	Taxa de Fiscalização de Valores Mobiliários – decadência – impossibilidade – crédito prescrito (TRF 5ª R.)	1/25250	358
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA			Constitucional		
Retroatividade da Aplicação da Lei Falimentar e a Ordem de Preferência: O Leão contra as Águias – Fisco versus Bancos (por Bruno Rocha Cesar Fernandes e Luiz Ricardo Gomes Aranha)	1/25275	372	Ação direta de inconstitucionalidade		
EMENTÁRIO			– Concurso público – reserva de cotas para afro-descendentes – lei de iniciativa parlamentar – vício – competência privativa do Poder Executivo – inconstitucionalidade formal (TJDF)	1/25249	358
Tributário			– Medida provisória revogada – análise na mesma sessão legislativa – inadmissibilidade – suspensão da eficácia – cabimento (STF)	1/25248	358
Auto de infração – crédito tributário objeto de depósito suspensivo da exigibilidade em ação judicial – equiparação a lançamento (TRF 3ª R.)	1/25274	369	Administrativo		
Certidão negativa de débito – baixa da pessoa jurídica – greve de servidores (TRF 2ª R.)	1/25273	368	Ação civil pública – município – antecipação de receita orçamentária – contrato celebrado com banco sem licitação – contrato administrativo – não-caracterização – improbidade administrativa – inoccorrência – efeitos (TJSP)	1/25247	356
Contribuição previdenciária			Agente político – prefeito – improbidade administrativa – suspeita – afastamento temporário – requisitos (TJRN)	1/25246	355
– Execução fiscal – decadência – regularidade da CDA – demonstrativo de débito (TRF 4ª R.)	1/25272	367	Alvará de funcionamento – comercialização de gás de cozinha – renovação da concessão – parecer genérico – descabimento (TJDF)	1/25245	354
– Pagamentos avulsos, autônomos e administradores – Leis nºs 7.787/1989 e 8.212/1991 – repetição de indébito (TRF 2ª R.)	1/25271	367	Contrato administrativo		
CSLL – incidência no exercício de 1990 – ano-base de 1989 – anterioridade nonagesimal – base de cálculo – lucro apurado em 31 de dezembro – legitimidade (TRF 3ª R.)	1/25270	367	– Cumprimento de sentença – julgamento – competência (TJSP)	1/25244	354
Empréstimo compulsório – consumo de energia elétrica – legitimidade passiva da União – prazo prescricional (TRF 1ª R.)	1/25269	366	– Exploração de estacionamento próximo ao metrô – empresa contratada – requisição de providências pelo metrô para impedir que se estacione veículos nas vias ao redor – descabimento (TJSP)	1/25243	353
Exceção de pré-executividade – escritura pública de confissão de dívida com garantia pignoratícia e cessão de créditos (TRF 4ª R.)	1/25268	366	– Lanchonete em universidade pública – natureza jurídica – cessão de exploração de serviços – renovação – descabimento (TJSP)	1/25242	353
Execução fiscal			Infração administrativa – Estatuto da Criança e do Adolescente – multa – natureza jurídica – prazo prescricional – termo inicial (STJ)	1/25241	353
– Adquirente de boa-fé – fraude à execução – inoccorrência (TRF 5ª R.)	1/25267	366	Mandado de segurança – construção em área pública – ausência de alvará – determinação de demolição em trinta dias – efeitos (TJDF)	1/25240	353
– Conselho profissional – anuidade – caráter tributário – inobservância de limite legal – extinção da execução (TRF 5ª R.)	1/25266	365	Militar		
– Debêntures da Eletrobrás – penhora – bloqueio de ativos por meio do Bacen-Jud (TRF 1ª R.)	1/25265	364	– Remuneração – adicional de dez por cento – incorporação aos proventos de inatividade – descabimento (TRF 1ª R.)	1/25239	352
– Direcionamento da responsabilidade – exclusão do sócio sem cargo de gerência (TRF 4ª R.)	1/25264	364	– Viúva de ex-combatente – benefício fiscal – gozo – alcance (TJDF)	1/25238	351
ICMS			Permissão – Ceagesp – vendedores ambulantes – credencial – cancelamento pela Administração Pública – admissibilidade (TJSP)	1/25237	351
– Bacalhau importado de signatário do GATT – documento comprobatório de isenção – exigência no desembaraço aduaneiro (STJ)	1/25263	363	Responsabilidade civil do Estado – estrada – colisão de veículo com cilindro de ferro – indenização por danos materiais e morais – cabimento (TJSP)	1/25236	350
– Notas fiscais consideradas inidôneas – ausência de comprovação da realização das operações comerciais alegadas pelo contribuinte – Súmula nº 7 do STJ (STJ) ..	1/25262	363	Serviço público		
Imposto de importação – aduaneiro – majoração da alíquota – princípio da anterioridade – direito adquirido – inexistência (TRF 3ª R.)	1/25261	362	– Auditoria tributária – reestruturação no cargo – vencimentos – efeitos – limites (TJDF)	1/25235	349
IOF – incidência – aplicações por entidade de previdência privada – imunidade – art. 150 VI, c, da Constituição Federal (TRF 3ª R.)	1/25260	362	– Telefonia – cobrança de assinatura mensal – natureza jurídica – tarifa; concessionária – escolha – licitação – obrigatoriedade (STJ)	1/25234	349
IPJ			Servidor público		
– Produto final isento, não tributado, imune ou com alíquota zero – princípio da não-cumulatividade – matéria-prima e insumos tributados – compensação deferida (TRF 1ª R.)	1/25259	362	– Distrito Federal – mudança de regime – aposentadoria – contagem de tempo – atividade insalubre – inclusão (TJDF)	1/25233	347
– Restituição administrativa de indébito – correção monetária devida (TRF 3ª R.)	1/25258	361	– Em licença-saúde – exoneração – possibilidade (TRF 4ª R.)	1/25232	345
IR			– Remuneração – vantagens pessoais – supressão posterior – restituição – decadência – termo final (TJDF)	1/25231	345
– Ação revisional de benefício previdenciário – parcelas atrasadas recebidas de forma acumulada – retenção na fonte – impossibilidade (STJ)	1/25257	361	Tribunal de Contas – poderes – quebra de sigilo bancário – incompetência (STF)	1/25230	345
– Pessoa física – rescisão de contrato de trabalho – demissão sem justa causa – verbas indenizatórias – incidência da exação (STJ)	1/25256	361	SINOPSE		
– Plano de previdência privada – benefício – prescrição – art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005 (TRF 1ª R.) ..	1/25255	361	IOF (2)	1/25229	342
Pena de perdimento – veículo – transporte de mercadoria descaminhada – proporcionalidade (TRF 4ª R.)	1/25254	360			

especializados, reformar suas estruturas, instalações e, assim, seduzir o mercado consumidor; ou

(III) a margem de lucro dos hotéis poderão ser fortificadas, o que majorará a distribuição de lucros e dividendos aos quotistas e/ou acionistas, ou contribuirá para o pagamento de dívidas junto a credores, fornecedores e ao Fisco.

O enfrentamento do questionamento ora proposto, entretanto, não permitirá ao contribuinte pleitear o indébito referente ao ISS que incidiu sobre a locação de quartos de hotéis nos 5 (cinco) anos anteriores à propositura da ação.

É que o art. 166 do Código Tributário Nacional condiciona este direito à comprovação do não-repasse do encargo fiscal ao consumidor, o que, em relação a hotéis, em princípio, não poderá ser feito em razão do sabido repasse do ISS no preço da diária.

CONCLUSÃO

Do estudo, conclui-se que:

a) a instituição do ISS pelos municípios deve respeitar a regra matriz de incidência tributária, prevendo inclusive os critérios material e quantitativo;

b) tais critérios são interligados e indissociáveis e, em relação ao ISS, significa que a base de cálculo deve corresponder exatamente à quantificação econômica do serviço prestado;

c) segundo o direito civil, serviços são obrigações de fazer e locações são obrigações de dar, sendo eles inconfundíveis, o que deve ser levado em consideração para fins tributários, nos termos do art. 110 do Código Tributário Nacional;

d) grande parte das receitas obtidas pelas empresas do setor hoteleiro se referem à locação de quartos, cujo valor está inserido no preço da diária;

e) mas, em razão da impossibilidade de o ISS incidir sobre locações, o imposto não pode gravar a totalidade das receitas advindas das diárias pagas por hóspedes, apenas a parcela referente aos serviços prestados, excluindo a parcela relativa à locação do quarto.

Jurisprudência Comentada

1
25275

Retroatividade da Aplicação da Lei Falimentar e a Ordem de Preferência – O Leão contra as Águias – Fisco *versus* Bancos

POR BRUNO ROCHA CESAR FERNANDES

Advogado, Sócio do Escritório LRG Aranha Advogados Associados, Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos, Especializando em Direito Público pela PUCMG – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

POR LUIZ RICARDO GOMES ARANHA

Advogado principal do Escritório LRG Aranha Advogados Associados, Ex-Procurador Geral da Fazenda Estadual de Minas Gerais, Vice-Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Ex-Professor de Direito Tributário e de Cursos Pós-Graduatórios de Direito Empresarial da PUCMG.

1 A DECISÃO COMENTADA

De acordo com as prescrições anotadas na Lei nº 11.101/2005 e na Lei Complementar nº 118, de 2005, na falência o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado.

O crédito tributário, notadamente, perdeu prerrogativas, tal como a preferência em relação ao crédito com garantia real, tão-somente no processo falimentar, ressalve-se.

O acórdão comentado, certa feita, veio ratificar decisão oriunda da comarca de Itaúna/Minas Gerais, de lavra da ilustre Juíza Dra. Riza Aparecida Nery, que merece ser acompanhada pelos bancos, consoante será aclarado ao longo desse trabalho.

A decisão de primeira instância foi proclamada em embargos de declaração no curso do processo de falência, no qual a Fazenda Nacional requereu manifestação expressa sobre a aplicabilidade da Lei Complementar nº 118 ao caso concreto.

A sentença proferida, a partir de embargos de declaração, versou sobre pleito de não aplicação da Lei Complementar nº 118, no tocante à preferência do crédito tributário no caso sob análise, em razão de a falência ter sido decretada antes da vigência da lei modificava da ordem de preferência dos créditos falimentares.

Destarte, ficou decidido no Juízo *a quo*, diferentemente do alegado pela Fazenda Nacional, ou seja, corroborando a tese dos advogados da massa falida, que os créditos, com garantia real preferem, até o limite legal, aos créditos fiscais. O *decisum* contrariou parecer do Ministério Público,

vontade de crescer demais, ainda sofrem, e aqui temos caso de transição social, o embate entre o gerenciamento familiar de um velho e honesto capitão de negócios e o consumismo alucinante de filhos irresponsáveis, ávidos e despreparados, pouquíssimo interessados em preservar tradição e seus nomes, pouco se lixando para a ruína dos em volta.

Há uma economia fantástica em plena florescência. O dinheiro não mora mais em bolsos ou cofres, nem mesmo no cofre de bancos. O dinheiro nacional não existe que se possa pegar, hoje ou amanhã. Tudo é confiança entre espertos. O que se fazia em dois meses de negociação agora se consuma ao simples toque de uma tecla. É muito fácil ter o dinheiro, mas é muito mais complicado ter o crédito. É preciso não precisar do crédito para o ter. Ganha-se, ou perde-se, na escala, no quantitativo.

Empresas de aviação, e seus problemas estão na moda, só se mantêm vivas se trabalharem na escala do quantitativo de vôos. Quanto menos tempo o passageiro tiver assento, quanto mais rápido outro se acomodar, quanto mais depressa poltronas saírem para dar lugar a cargas transportadas pela madrugada, quanto mais passagens se vender, e olha o *overbook*... São, se depurada a agonia, empresas de fantásticos ativos, nem sempre físicos, são potenciais de peso incontestes, não interessa se merecem ou não o soerguimento, estas coisas de justiça não valem mais, não se sabe se é bom ou ruim, o fato é que precisam sobreviver, precisam porque a lógica que é uma espécie de justiça dos novos tempos, evidencia que uma falência, que antes era caso de lágrimas, quicê suicídios, hoje é derrocada de empresários, milhares de empregos se vão, abalam-se as estruturas dos agentes, agora internacionais, do crédito que as alimenta, falecem as subsidiárias que gritam às centenas, adoecem gravemente os que lhe passam insumos, lesa-se quem consome seus produtos, não raro tonta-se o Poder Público que, de alguma forma, as subsidia. Neste quadro o interesse fiscal, quando inteligente, o que, por sinal, não é comum, é preservar a empresa para continuar recebendo impostos, não é investir de mordidas privilegiadas, barão e cutelo, nos créditos de dívida engordados por índices astronômicos e multas burríssimas.

Aí o Estado, lulista ou fernandista, só deve interessar salvar a empresa, e manda a lógica dos próprios negócios deste Estado que agir na sanha do desespero, em busca dos dinheiros que nem sempre merece, é muito pouco inteligente, eis que a mordida do leão mata a fonte dos desejos, reduz o portfólio da base fiscal, apodrece a terra de sua canaã.

Fique assim esclarecido que, na opinião dos que fizeram a lei, mais vale salvar os créditos dos bancos, e repita-se, não porque mereçam, mas porque é preciso, porque é mais inteligente do que garantir privilégios ao Fisco que, e é triste realidade, muito pouco vai devolver daquilo que arrecadou ao martelo dos síndicos ou administradores.

Esta história de exigir certidões negativas ou, no máximo, oferecer parcelamentos inviáveis, ainda no preconceito

de que falir é crime, para só então carimbar licenças para recuperações judiciais é, no mínimo, burrice de velho esclerosado.

Este é o clima onde os tribunais vão ter que decidir se, nas falências, observados os privilégios e preferências, recebe primeiro o Fisco ou os credores com garantia real (quase sempre bancos).

No que concerne às falências decretadas depois da vigência da lei, não há dificuldade alguma. Aplica-se o art 83, II, da Lei nº 11.101/2005 c/c o art. 186, parágrafo único, do CTN, acrescido pela Lei Complementar nº 118/2005, que, modificando o sistema anterior na linha dos novos tempos, manda pagar primeiro os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado, e, só depois, atende os créditos fiscais. Em justiça de Salomão a lei buscou solução conciliadora, mandando para o nimbo dos quirografários a parte dos créditos que superar o valor do bem gravado. Os créditos trabalhistas, nem todos, continuam altaneiros, o que, na grande maioria dos casos, é justo.

O problema reside quando temos uma falência, e são centenas e centenas que já estavam em curso quando entrou em vigência a Lei nº 11.101/2005.

É que o art. 83, II, da Lei nº 11.101/2005 diz, enfaticamente, *ipsis litteris*:

“Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

[...]” (grifamos)

Ocorre que o art. 192 da mesma lei diz que:

“Art. 192. Esta lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.”

Leitura apressada, preguiçosa de buscar o sistema, haverá de concluir que, neste caso, o Fisco continuará merecendo preferência, pois era este o critério da legislação revogada.

Este não é, entretanto, o retrato da decisão acima mencionada, um recurso vindo da Comarca de Itaúna (AC 1.0338.99.003226-4/009), no qual, corajosamente, a Juíza Dra. Riza Aparecida Nery dera razão ao síndico, que prefe-

ria pagar primeiro aos bancos. O TJMG confirmou a sentença adotando novos argumentos postos pelos advogados da massa falida. Restou assentado que, mesmo nos processos antigos, aqueles que já andavam quando veio a lei nova preferem-se os bancos.

Parece-nos que os fundamentos do acórdão, por sinal bem sintético, fazem o melhor direito.

Primeiro, que o artigo que fala em vigência residual da lei velha não diz, diretamente, que o Fisco deve ficar antes dos bancos no quadro de preferências. Escrito de forma genérica, e tratando de vigência temporária e excepcional (o que já exige interpretação cautelosa) refere-se, por certo, e preferentemente, a normas de direito material, eis que a vigência não inédita de normas processuais é ainda mais excepcional.

É translúcida a tese que advoga, com bons argumentos, que a posição de partes no quadro geral de credores é norma de direito processual, eis que não se refere ao direito subjetivo em si, mas ao modo de realizá-lo.

Acresce que, visando a adaptar o Código Tributário Nacional aos termos da lei nova, veio a lume a Lei Complementar nº 118/2005, que, sem restrição ou ressalva alguma, manda colocar na lei fiscal o texto das preferências, tal como descrito na nova sistemática. Evidente que esta lei complementar, com hierarquia prevalente sobre a lei de falências, lhe é posterior, pois, embora da mesma data, evidencia a lógica que só pode ter sido juridicamente editada depois, dado que a ela se reporta e isto é sua própria razão de ser.

Dessa forma, o Código Tributário Nacional, que pode ser considerado autêntico estatuto dos direitos fiscais, ficou redigido com norma específica onde a preferência fiscal foi vencida pela dos créditos com garantia real. Visualizando-se o CTN, pois, temos uma regra específica que, evidentemente, ao tratar de ordem de pagamentos em falências, prevalece sobre outras disposições gerais que, eventualmente, digam diferente.

O Fisco, sempre atento para fazer reparos em todas as leis que lhe incomodam, olvidou de lutar por uma regra que, expressamente, reproduzisse na lei complementar a ressalva residual contida na lei nova de falências. Tal como ficou, e os advogados na tribuna do TJMG disso se aproveitaram, pode-se afirmar ilógico que o Fisco defenda tese que está posta literalmente na lei que de certa forma “é dele”, e é também lei complementar, logo, mais altaneira que a nova lei de falências.

Existindo, no cenário, confronto entre normas de hierarquias diferentes e prevalecendo a tese de que o posicionamento no quadro geral de credores é norma de direito processual, torna-se secundário buscar socorro nos princípios e nas regras de vigência e aplicação de lei no tempo. Tal como formulada e nos seus limites, a Lei Complementar nº 118, ao menos no tema, parece ter privilegiado o efeito *ex tunc* como que retroagindo no tempo para encartar no CTN, na data de sua promulgação, a nova sistemática.

Em endosso marginal, mas importante, da tese vitoriosa no TJMG, descobriu-se que a Lei Complementar nº 118/2005 faz menções expressas a institutos que não são tratados na nova lei de falências, circunstância que reforça o argumento de que ela pretende mesmo abarcar as falências regidas pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945.

A exemplo, temos o 187 do CTN, com a nova redação que lhe foi conferida pela referida lei complementar, aduzindo que a cobrança judicial do crédito tributário não está sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, *concordata*, inventário ou arrolamento.

Sabendo-se que *concordata* é instituto que só existia na lei antiga, inegável conceber a aplicação do neófito diploma legal aos casos de falências em curso antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005.

Temos, assim, diversos argumentos prestigiando tese no sentido de que os créditos fiscais, seja na falência velha ou nova, estão agora menos preferenciais. Por certo, os Tribunais de Brasília dão a palavra final, e, se mantiverem a decisão do Tribunal de Justiça mineiro, acertarão.

Ementário

TRIBUTÁRIO

1
25274 Auto de infração – crédito tributário objeto de depósito suspensivo da exigibilidade em ação judicial – equiparação a lançamento

“Direito tributário. Anulação de auto de infração. Crédito tributário objeto de depósito suspensivo da exigibi-

lidade em ação judicial. Equiparação a lançamento. Descabimento da autuação. Apelação da impetrante provida. I – É direito do contribuinte proceder ao depósito de tributos e/ou contribuições para o fim de obter a suspensão de sua exigibilidade e acautelar-se contra os efeitos da mora (art. 151, II, do Código Tributário Nacional), mas sua destinação fica sujeita ao final do julgamento da ação principal, com sua liberação ao contribuinte se for vencedor na demanda ou com a sua conversão em renda se a Fazenda Pública for