



MICHELONI
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Informativo nº 152 de 15.03.2023



secretaria@michelsoni.com.br



Av. Presidente Wilson, 228 4º
andar Centro - Rio de
Janeiro



www.michelsoni.com.br

Índice

03

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECIDE QUANTO A LEI COMPLEMENTAR 194/2022 SOBRE O ICMS - TUST E TUSD QUE NÃO IMPEDE APRECIÇÃO DO TEMA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

05

ADPF n.º 248 STF – O NOVO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NÃO TEM EFEITO RETROATIVO

06

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGARÁ TEMA SOBRE BENEFÍCIOS FISCAIS DE IPI NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

06

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SUSPENDE DECISÕES QUE AFASTAM NOVAS ALÍQUOTAS DO PIS/COFINS SOBRE RECEITAS FINANCEIRAS

08

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECIDE QUE A PARALISIA DA EXECUÇÃO POR FALTA DE BENS DO DEVEDOR NÃO DÁ MARGEM AO RECONHECIMENTO DE QUE O CREDOR DESISTIU DA AÇÃO

09

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECIDE QUE FALTA DE LOCALIZAÇÃO NÃO IMPEDE PENHORA DE VEÍCULO CUJA EXISTÊNCIA TENHA SIDO COMPROVADA

11

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO DECIDE QUE CABE AO DEVEDOR COMPROVAR A NULIDADE DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA EM EXECUÇÃO FISCAL

12

LIMINARES AFASTAM MAJORAÇÃO DO ARFFM PARA O ANO DE 2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECIDE QUANTO A LEI COMPLEMENTAR 194/2022 SOBRE O ICMS - TUST E TUSD QUE NÃO IMPEDE APRECIACÃO DO TEMA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente há que se considerar que a Constituição Federal outorga competências tributárias aos entes políticos, que se traduz na aptidão para criar tributos em abstrato, por meio de lei, com todos os seus elementos essenciais (hipótese de incidência, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota).

Dentre as atribuições dadas pela Constituição Federal, dispõe o art. 146, III, “a” que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre a definição de tributos e suas espécies, definindo os respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuinte.

No âmbito específico do ICMS, o Código Tributário Nacional não dispõe sobre normas gerais do referido imposto, regulado pela Lei Complementar n.º 87/1996 (LEI KANDIR).

Em 2022 foi promulgada a Lei Complementar 194/2022, que alterou a Lei Complementar 87/1996, para incluir o inciso X ao artigo 3º, dispondo EXPRESSAMENTE [1] sobre a NÃO incidência de ICMS nos “serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica”:

[1] Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. No âmbito específico do ICMS, o Código Tributário Nacional não dispõe sobre normas gerais do referido imposto, regulado pela Lei Complementar n.º 87/1996 (LEI KANDIR), ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

X - Em fevereiro o Ministro Luiz Fux concedeu uma liminar para suspender os efeitos, desta inovação. Na ocasião entendeu haver severa controvérsia sobre a questão da inclusão das tarifas TUST e TUSD e encargos setoriais na base de cálculo do ICMS e. (Incluído pela Lei Complementar nº 194, de 2022).

Em fevereiro o Ministro Luiz Fux concedeu uma liminar para suspender os efeitos, desta inovação. Na ocasião entendeu haver severa controvérsia sobre a questão da inclusão das tarifas TUST e TUSD e encargos setoriais na base de cálculo do ICMS e registrou, ainda, que a questão se encontra pendente de julgamento sob o crivo do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA[1].

No entanto, considerou haver indícios de que o Poder Legislativo Federal tenha extrapolado suas competências, em ofensa à autonomia federativas dos Estados e do Distrito Federal, quando através da edição da Lei nº 194/22 afastou da base de cálculo do ICMS os custos de transmissão e distribuição da energia elétrica. Confira-se o trecho:

“Há, destarte, indícios de que o Poder Legislativo Federal, ao editar a norma complementar ora questionada, desbordou do poder conferido pela Constituição da República para disciplinar questões relativas ao ICMS. A CRFB, em seu art. 155, II e § 3º, bem como no art. 34, § 9º do ADCT, aparentemente disciplinou a questão atestando a incidência da exação sobre o total das operações e não do montante relativo ao exclusivo consumo do bem, no caso, da energia elétrica (...)

Prima facie, em exame do fumus boni juris, **exsurge do contexto posto a possibilidade de que a União tenha exorbitado seu poder constitucional, imiscuindo-se na maneira pela qual os Estados-membros exercem sua competência tributária.**

Forçoso reconhecer, desse modo, que a fumaça de bom direito se mostra caracterizada, **vez que não se afigura legítima a definição dos parâmetros para a incidência do ICMS em norma editada pelo Legislativo federal, ainda que veiculada por meio de lei complementar”.** (grifou-se).

A liminar concedida foi referendada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 06.03.2023. Conforme se verifica, a questão constitucional refere-se à possibilidade de o Congresso Nacional afastar a incidência dos custos de transmissão e distribuição por meio de Lei Federal, ainda que de natureza complementar, em aparente ofensa a autonomia federativa e competência dos Estados para legislar sobre o tema, em uma análise, portanto, da constitucionalidade formal da lei

Entretanto, pela nossa interpretação, isso não significa que a questão de mérito, até então afetada pelo Superior Tribunal de Justiça, tenha sido guindada pelo STF, já que, no STJ, há a discussão do mérito da cobrança em si pendente de julgamento, como descrito na nota de rodapé número 2.

[1] "(...) A questão pendente de julgamento em regime de recurso especial repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Tema repetitivo 986, Rel. Min. Herman Benjamin)".

ADPF n.º 248 STF – O NOVO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NÃO TEM EFEITO RETROATIVO

A ação de repetição de indébito tributário é assegurada pela modalidade clássica do artigo 165 do CTN, na qual o contribuinte possui o direito de pleitear a recuperação de valores pagos de forma indevida, a maior ou em duplicidade, etc., nas expressas hipóteses dos incisos I a III, independente da modalidade de pagamento.

Quando determinado tributo era declarado inconstitucional, o STJ entendia que o prazo prescricional para o ajuizamento da referida ação judicial se iniciava com o trânsito em julgado da decisão do STF (situação na qual não cabe mais recurso), ou da resolução do Senado que suspendia a lei.

Ocorre que em 2007 o STJ alterou esse entendimento, passando a adotar a tese dos "cinco mais cinco", de modo que o início do prazo prescricional passou a ser a data da homologação tácita, após decorridos os 5 (cinco) anos do fato gerador.

Como essa alteração certamente implicaria em decisão surpresa para muitos contribuintes que ajuizaram suas demandas judiciais com fundamento no entendimento anterior (uma vez que teriam suas pretensões fulminadas pela prescrição), como restou decidido pelo Ministro Ricardo Lewandowski que o novo termo inicial do prazo não se aplica de forma retroativa.

Segundo o Ministro, o processo de evolução jurisprudencial deve assegurar direitos e resguardar comportamentos que até então estavam conforme o entendimento anterior, de modo a preservar os princípios da segurança jurídica, da lealdade, da boa-fé e confiança legítima.

A equipe especializada da Micheloni Advogados está à disposição de seus clientes sobre o tema.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGARÁ TEMA SOBRE BENEFÍCIOS FISCAIS DE IPI NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

O Supremo Tribunal Federal retomará o julgamento iniciado no final do ano de 2.022 acerca da exclusão do Crédito Presumido de IPI da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A matéria já teve decisão favorável no Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais n.º 993.164 e 1.111.372, afetado à sistemática dos Recursos Repetitivos sob o TEMA 464, transitado em julgado em 2.012.

Entretanto, seguiu para discussão no STF, de onde será proferida decisão terminativa. No STF, o Ministério Público Federal manifestou posicionamento favorável aos contribuintes. O julgamento foi iniciado em dezembro de 2022, também composição favorável pelo Ministro Relator, Roberto Barroso. Todavia, o julgamento foi interrompido por pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, que já pediu sua reinclusão em pauta de julgamentos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SUSPENDE DECISÕES QUE AFASTAM NOVAS ALÍQUOTAS DO PIS/COFINS SOBRE RECEITAS FINANCEIRAS

O ministro Ricardo Lewandowski ao constatar a existência de decisões conflitantes sobre o tema, determinou a suspensão da eficácia de decisões judiciais então proferidas que, de forma expressa ou tácita, tenham afastado a aplicação de decreto presidencial que restabeleceu os valores das alíquotas de contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre receitas financeiras de pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não cumulativa. Nesse prisma, a liminar concedida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 84, será submetida a referendo do Plenário.

Primeiramente, importante recordar que em 30/12/2022, o então vice-presidente da República, Hamilton Mourão, no exercício da Presidência, promulgou o Decreto n.º 11.322/2022, que reduziu pela metade as alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS sobre receitas em questão (de 0,65% para 0,33% e de 4% para 2%, respectivamente), sendo certo que a norma estabelecia a data de vigência a partir de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 01/01/2023.

Ocorre que, em 1º de janeiro, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva editou o Decreto n.º 11.374/2023, com vigência imediata, que revogou o anterior e manteve os índices que vinham sendo pagos pelo contribuinte desde 2015 (0,65% e 4%), previstos no Decreto n.º 8.426/2015.

Na ADC n.º 84, o Presidente da República, representado pela AGU, aponta a existência de decisões contraditórias da Justiça Federal que tanto afastam como aplicam as novas alíquotas. Defende ainda que não haveria violação do princípio de anterioridade de 90 dias para que a alteração tributária passe a surtir efeito, porque a nova norma apenas retomaria os valores em vigor até a edição do decreto de dezembro.

Nesse prisma, no exame preliminar, o relator constatou, de fato, a existência de decisões conflitantes, portanto, o relator observou que o Decreto n.º 11.374/2023, ao revogar o Decreto n.º 11.322/2022, restaurou as alíquotas até então vigente no Decreto n.º 8.426/2015, sem, com isso, majorar tributo, o que atrairia nessa hipótese, respeito a exigência do prazo (diante da não surpresa), ou seja, ao princípio da anterioridade nonagesimal.

Sendo assim, que a seu entender, o novo decreto não pode ser equiparado a instituição ou aumento de tributo. Por isso, não violou os princípios da segurança jurídica e da não surpresa, enquanto o contribuinte já experimentava, desde 2015, a incidência das alíquotas de 0,65% e 4%. Contra a tese defendida pelo contribuinte, se posicionou no sentido de que o decreto de dezembro, no seu curto tempo de vigência, não chegou a produzir efeitos, porque não houve um dia útil que possibilitasse a arrecadação de receita financeira. Ou seja, como não ocorreu o fato gerador, o contribuinte não adquirira o direito de se submeter ao regime fiscal, que jamais entrou em vigência.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECIDE QUE A PARALISIA DA EXECUÇÃO POR FALTA DE BENS DO DEVEDOR NÃO DÁ MARGEM AO RECONHECIMENTO DE QUE O CREDOR DESISTIU DA AÇÃO

Foi decidido pela Quarta Turma do STJ, acolhendo o recurso especial de um banco para afastar o reconhecimento da **supressio** em execução que ficou suspensa, por longo período, por não serem encontrados bens do devedor.

Com tal entendimento, o colegiado determinou a incidência de juros e correção monetária, na forma fixada em sentença, durante todo o período de existência da dívida, até a data do efetivo pagamento decorrente da ação monitória, cujo objetivo é cumprir obrigação de pagamento.

Na fase de execução, o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a ocorrência de prescrição intercorrente, mas, com base no instituto da **supressio**, decidiu que não seriam computados juros nem correção monetária sobre a dívida durante o período em que o processo esteve sobrestado por não serem encontrados bens em nome dos executados.

Para a corte local, o banco teria se beneficiado com a incidência dos encargos enquanto permanecia inerte, sem tomar medidas para encontrar patrimônio dos devedores e permitir o regular processamento da execução.

Entretanto, no STJ, entendeu-se que a **supressio** exige análise sobre boa-fé da parte. Dessa forma, segundo o relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, apesar de o instituto ter seu fundamento na necessidade de estabilização das relações jurídicas, ele não se confunde com a extinção de direitos que ocorre na prescrição ou na decadência.

O ministro afirmou que, para o reconhecimento da **supressio**, é preciso verificar a má-fé e a violação do dever de lealdade e confiança, ao contrário do que ocorre na prescrição e na decadência, em que o mero transcurso do tempo implica a extinção do direito. A **supressio**, portanto, exige uma análise da omissão do credor e também do seu efeito quanto à expectativa do devedor.

De acordo com o magistrado, a **supressio** é a perda da possibilidade de exercer um direito, em razão do seu não exercício por certo período, pois isso gera na parte contrária a expectativa legítima de que ele não será mais exigido.

No caso em julgamento, Antônio Carlos Ferreira observou que não é possível aplicar, como decidiu o TJSP o instituto da **supressio**, pois a inexistência de bens no processo de execução não pode ter levado o réu à expectativa legítima de que não seria mais executado, nem ser considerada omissão relevante para a extinção do direito.

Vale dizer, **a inexistência de bens não gera expectativa legítima nos devedores**. O elemento significativo para a suspensão do processo e o adiamento da concretização do direito reconhecido na sentença. Logo, conclui-se que não foi a omissão do credor, mas a inexistência de patrimônio para o adimplemento da obrigação que levou à suspensão da execução.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECIDE QUE FALTA DE LOCALIZAÇÃO NÃO IMPEDE PENHORA DE VEÍCULO CUJA EXISTÊNCIA TENHA SIDO COMPROVADA

Em primeiro plano, relevante informar que a Terceira Turma do STJ considerou cabível a penhora de veículo não localizado, desde que seja apresentada certidão capaz de comprovar a sua existência.

Com isso, o colegiado acatou o recurso especial de uma empresa que buscava a penhora de veículos, em ação de execução de títulos extrajudiciais.

Seguindo essa linha de raciocínio, na origem do caso, o credor/exequente foi autorizado a consultar a existência de veículos no sistema Renavam, para possível restrição de transferência e efetivação de penhora, com a ressalva de que eles deveriam estar na posse dos executados. Diante dessa condição, que motivou a interposição de recurso ao Tribunal de Justiça do Paraná, o qual foi negado sob o fundamento de que a localização física do bem seria indispensável para a formalização da penhora.

Nesse sentido, no recurso apresentado ao STJ, foi questionado a exigência de localização do bem e sustentou-se que o único requisito para a lavratura do termo de penhora de veículo, seria a prova de sua existência.

Assim, segundo a relatora e ministra Nancy Andrighi, o Código de Processo Civil estabelece que a penhora se concretiza, em regra, por meio dos atos de individualização e apreensão do bem a ser depositado. Para Ministra, recordou-se que a execução e os atos constitutivos dela decorrente se desenvolvem no interesse do exequente - artigo 797 do CPC e que "se, porventura, o bem penhorado jamais for encontrado, poderá ser substituído (artigo 848) ou realizada uma segunda penhora (artigo 851)."

Em complemento, apontou a Relatora Nancy Andrighi, caso a lavratura do termo de penhora de veículo fosse condicionada à localização do bem, o qual se dá em momento posterior, não sendo possível garantir o direito de preferência do exequente, que se inicia somente após o ato de constrição.

Portanto, um possível hiato entre a lavratura do termo nos autos, a apreensão e a posterior entrega do veículo ao depositário, sem a formalização da penhora, daria margem para ações como a ocultação ou a alienação do bem por parte de um devedor malicioso.

Quando o credor/exequente se manifesta pela penhora de determinado veículo, cuja prova de existência foi trazida aos autos, há de se viabilizar a penhora independentemente da sua prévia localização. A medida, segundo a Ministra, é uma forma de privilegiar os princípios da efetividade e da razoável duração do processo, assim como os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Logo, quando requerida a penhora de veículo para satisfação do crédito, dispensa-se a efetiva localização do bem para a lavratura do termo de penhora, bastando, para tanto, que seja apresentada certidão que ateste a sua existência.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO DECIDE QUE CABE AO DEVEDOR COMPROVAR A NULIDADE DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA EM EXECUÇÃO FISCAL

Primeiramente, cumpre esclarecer que o contribuinte sofreu execução fiscal em razão de dívida tributária, tendo lançado mão da denominada "exceção de pré-executividade", que nada mais é do que uma das possíveis defesas, **sem que tenha de oferecer bem em garantia**, para que o juiz reavalie, regularize ou anule o processo, suscitando questões de ordem pública ou mérito.

Uma vez rejeitado, o devedor recorreu ao TRF da 1ª Região, por meio de Agravo de Instrumento, argumentando que não foi notificada quanto à nulidade da Certidão de Dívida Ativa - CDA. Salientou, ainda, que foi arbitrada multa abusiva em 75% do valor do tributo, o que, segundo ela, teria caráter confiscatório, vedado pelo inciso IV do art. 150 da Constituição Federal.

Nesse prisma, a 7ª Turma do TRF1 negou provimento ao recurso do contribuinte sob o fundamento de que a comprovação da nulidade da certidão da dívida ativa na execução fiscal é incumbência do executado.

O relator desembargador federal Hercules Fajoses verificou que a CDA questionada contém todos os elementos exigidos pelo § 5º do art. 2º da Lei n.º 6.830/1980, com presunção de certeza, liquidez (quanto vale em dinheiro) e exigibilidade. Sendo assim, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, caberia à executada o ônus de juntar o processo tributário que correu administrativamente para desconstituir (anular) o crédito tributário.

Em complemento, o magistrado frisou que somente a ausência de requisito formal da CDA, seria hipótese de configurar nulidade por cerceamento de defesa, de modo que: **"Alegações genéricas, sem comprovação efetiva de seus argumentos, não afastam a supracitada presunção".**

Por fim, no tocante a multa, o desembargador entendeu que como tem previsão no art. 44 da Lei n.º 9.430/1996 e determinada em 75%. No caso concreto, tem caráter punitivo e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a multa moratória, ou seja, pela demora em cumprir a obrigação tributária, tem como limite o valor da obrigação principal.

Assim, segundo o STF, a abusividade está configurada se a multa houvesse excedido os 100%. E, em conclusão, decidiu o relator que a multa aplicada de caráter punitivo, não excedendo em 100% sobre o valor do tributo, afastando o alegado argumento jurídico do caráter confiscatório.

LIMINARES AFASTAM MAJORAÇÃO DO ARFFM PARA O ANO DE 2023

Em O Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante AFRMM é um tributo devido à União, que incide sobre o frete internacional marítimo de carga, visando financiar a marinha mercante brasileira.

Em 30/12/2022, foram publicados os Decretos n.º 11.321 e n.º 11.322, que reduziram pela metade as alíquotas do AFRMM aplicáveis nas regiões Norte e Nordeste, ao frete via navegação de longo curso de graneis sólidos e outras cargas e ao frete via navegação fluvial e lacustre no transporte de graneis líquidos.

Em 02/01/2023, publicou-se o Decreto n.º 11.374/2023, revogando os decretos mencionados no parágrafo anterior, ou seja, majorando, ao dobro, as referidas alíquotas.

Como está previsto na Constituição, a majoração de tributos deve obedecer ao princípio da anterioridade, segundo o qual a alíquota aumentada somente pode ser aplicável no exercício financeiro seguinte ao da publicação. Ou seja, o Decreto n.º 11.374/2023 somente poderia passar a produzir efeitos em janeiro de 2024.

Por essa razão o contribuinte, vem ingressando perante o Judiciário, e os juízos Federais das Seções Judiciárias de diversos Estados já vêm concedendo liminares para autorizar o recolhimento do AFRMM majorado somente em 2024. Todavia, tais decisões aplicam-se somente aqueles que tenham ajuizado a respectiva ação.

Recomenda-se às empresas que façam importações, sujeitas ao referido adicional, reflitam sobre o tema, a fim de obter proteção, quanto ao direito de praticar a alíquota reduzida ao longo do ano de 2023.

Mais informações acessem nosso site www.micheloni.com.br ou em nossa página no LinkedIn, www.linkedininmicheloniadvogadosassociados.

Este informativo foi redigido meramente para fins de informação e debate, não devendo ser considerado opinião legal para qualquer operação ou negócio específico. Direitos autorais reservados a Micheloni Adv.

Advogados responsáveis pela redação e revisão:

Ricardo Micheloni da Silva
Patricia Van der Put
Marcus Vinicius Gontijo
Beatriz da Silva Martinho
Nadine Van der Put
Pedro Henrique Freire

Av. Presidente Wilson, 228 – 4 andar
Centro – Rio de Janeiro
secretaria@micheloni.com.br
(21) 97429-4347