

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.375.764 - RJ (2018/0258497-9)

AGRAVANTE : CONCESSIONARIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A
ADVOGADOS : SÉRGIO ANDRÉ ROCHA GOMES DA SILVA - RJ100615
FÁBIO MARTINS DE ANDRADE - RJ108503
BRUNNO RIBEIRO LORENZONI - RJ156852
GUILHERME ELIA COELHO DA SILVA - RJ189660
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pela CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A, contra decisão que inadmitiu o recurso especial fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, objetivando reformar o acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE RECEITAS FINANCEIRAS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTAS. DECRETOS Nº 5.164/2004, 5.442/2005 E 8.426/2015. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NÃO VIOLADO. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVOGAÇÃO DA PREVISÃO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A questão cinge-se à aferição da legalidade do ato do Poder Executivo que, com a edição do Decreto nº 8.426/2015, alterou as alíquotas do PIS e da COFINS incidentes sobre receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade do PIS e da COFINS.

2. In caso, não há ilegalidade ou inconstitucionalidade no restabelecimento da cobrança da contribuição ao PIS e à COFINS sobre receitas financeiras por meio do Decreto nº 8.426/2015, pois o mesmo encontra respaldo nas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, instituidoras das contribuições em questão sob o regime não -cumulativo, bem como na Constituição Federal (arts. 195, I, "a"; e 84, IV).

3. O Decreto nº 8.426/2015 tão somente restabeleceu parcialmente as alíquotas - para 0,65% (PIS) e 4% (COFINS) - sem extrapolar o limite superior fixado pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, de 1,65% para o PIS e de 7,6% para a COFINS. Não resta, portanto, configurada qualquer afronta ao princípio da legalidade tributária, pois não foi ultrapassado o limite estipulado como teto legal.

4. A redução das alíquotas das referidas contribuições a zero configura benefício fiscal, decorrente de política tributária, que pode ser revisto pelo Estado, desde que respeitados os ditames da lei. Dessa forma, o fato de um decreto (no caso, o Decreto nº 5.164/2004 e, posteriormente, o Decreto nº 5.442/2005) ter concedido um benefício, com a redução de alíquota a zero e, posteriormente, outro decreto (Decreto nº 8.426/2015) revogar o anterior, não configura inconstitucionalidade ou ilegalidade.

5. Sendo assim, inconsistentes as alegações da recorrente, eis que os fundamentos apresentados contra a higidez do Decreto nº 8.426/2015 igualmente seriam aplicáveis aos Decretos nºs 5.164/2004 e 5.442/2005. A

vigorar a tese da recorrente, também seriam inconstitucionais e ilegais os referidos decretos que reduziram a alíquota a zero e, na ausência desses diplomas legais, incidiriam as alíquotas constantes das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, de 1,65% para o PIS e de 7,6% para a COFINS.

6. Igualmente, não merece prosperar a alegação de que o Decreto nº 8.426/2015, ao reintroduzir a incidência do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não-cumulativo, sem que haja qualquer possibilidade de que a correspondente despesa financeira dê margem a crédito a ser abatido do valor a pagar dos tributos, nada mais fez do que determinar que tais receitas financeiras sejam tributadas de acordo com sistemática cumulativa de incidência dos tributos.

7. De fato, a possibilidade de desconto das despesas financeiras encontrava previsão nos incisos V do art. 3º das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, que dispunham que da contribuição apurada seria possível o desconto de créditos calculados em relação a "despesas financeiras decorrentes de empréstimos, financiamentos e contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoas jurídicas, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES". Porém, essas normas foram revogadas pela Lei nº 10.865/2007 que, em seu art. 27, caput, com a finalidade de controlar a arrecadação em sua política de ajuste fiscal, facultou ao Poder Executivo autorizar o desconto de crédito sobre as despesas financeiras. Assim, a concessão ou não do direito de crédito das despesas financeiras passou a ser um ato discricionário da Administração Pública, não cabendo ao Poder Judiciário substituir o Executivo e criar o referido direito de crédito, não mais previsto em lei.

8. No caso, não merece amparo a pretensão recursal, devendo, portanto, ser mantida a sentença recorrida, que denegou a segurança pleiteada.

9. Apelação desprovida.

Os embargos de declaração interpostos foram improvidos.

No recurso especial, a recorrente aponta violação aos arts. 141, 489, §1º, 490, 492 e 1.022, todos do CPC/2015. Sustenta, em síntese, que o tribunal *a quo*, desrespeitou o princípio da congruência, por ter julgado matéria estranha ao feito, uma vez que a discussão travada não versa sobre a legalidade ou constitucionalidade da cobrança do PIS e da COFINS incidentes sobre receitas financeiras, nos moldes do Decreto 8.426/15, mas sim sobre o desconto dos créditos referentes as despesas financeiras que se constituem insumos para a atividade exercida. Sustentou, ainda, que o tribunal *a quo* foi omissivo ao não se manifestar sobre o fato de as despesas financeiras corresponderem aos insumos de sua atividade.

Aduz, ainda, malferimento ao art. 3º, II e V da Lei 10.637/02, ao art. 3º, II e V da Lei 10.833/03, ao art. 27, caput e §2º, da Lei 10.865/04 e aos arts. 10 e 11 da Lei Complementar 95/98. Afirma, em resumo, que a cobrança de tributos sobre as receitas financeiras, as quais considera insumos para sua atividade-fim, afronta, além do regime constitucional da não-cumulatividade, o disposto nas Leis 10.637/02, 10.833/03 e 10.864/04.

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão

recorrido.

O recurso especial foi inadmitido com base no óbice da Súmula 7/STJ.

No presente agravo, a recorrente apresenta argumentos objetivando rebater os fundamentos apresentados pelo julgador.

É o relatório. Decido.

Considerando que a agravante, além de atender aos demais pressupostos de admissibilidade deste agravo, logrou impugnar a fundamentação da decisão agravada, passo ao exame do recurso especial interposto.

A matéria deduzida no presente recurso especial, qual seja, conceito de insumo tal como empregado nas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, para o fim de definir o direito (ou não) ao crédito de PIS e da COFINS dos valores calculados na aquisição de bens e serviços, se amolda àquela tratada no REsp n. 1.221.170/PR, apreciado sob o rito dos recursos repetitivos e vinculado aos Temas n. 779 e 780.

Na ocasião, firmou-se a tese de que:

(a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e

(b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.

O referido julgado recebeu a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004, DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015).

1. Para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS, a definição restritiva da compreensão de insumo, proposta na IN 247/2002 e na IN 404/2004, ambas da SRF, efetivamente desrespeita o comando contido no art. 3º, II, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que contém rol exemplificativo.

2. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a

imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução dos créditos reativos a custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI.

4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.

(REsp 1221170/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 24/04/2018)

Ao tratar do julgamento dos recursos repetitivos, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece em seus arts. 1.030, 1.040, II, e 1.041, *verbis*:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

(...)

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

(...)

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; [...]

Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º.

§ 1º Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do inciso II do caput do art. 1.040 e o

recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões.

Dos dispositivos acima transcritos, denota-se que cabe ao Ministro Relator, com o julgamento do paradigma, determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que seja reexaminado o acórdão recorrido e realizada a superveniente admissibilidade do recurso especial.

Desse modo, prestigia-se o propósito racionalizador da sistemática dos recursos representativos de controvérsia que estabelece ser de competência dos Tribunais de origem, de forma exclusiva e definitiva, a adequação do caso em análise à tese firmada no julgamento de recurso repetitivo, de modo a inviabilizar a interposição de qualquer outro recurso subsequente a esta Corte que trate da mesma matéria.

O referido entendimento restou assentado no art. 34, XXIV, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, com a atribuição de competência ao relator para “determinar a devolução ao Tribunal de origem dos recursos especiais fundados em controvérsia idêntica àquela já submetida ao rito de julgamento de casos repetitivos para adoção das medidas cabíveis”.

No mesmo diapasão, confirmam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA OBJETO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DEVOLUÇÃO AO TRIBUNAL A QUO.

1. Julgado o tema pela sistemática dos recursos repetitivos, esta Corte Superior orienta que os recursos sobre a mesma controvérsia devem retornar ao Tribunal de origem para que este faça o juízo de conformação, nos termos do que dispõem os arts. 1.040 do CPC/2015 e 34, XXIV, do RISTJ.

2. Agravo interno não conhecido.

(AgInt no AREsp 729.327/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 05/02/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO DECLARATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DETERMINOU A DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM PARA OBSERVÂNCIA DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

1. Em havendo a matéria sido julgada sob o rito dos recursos repetitivos, no caso tema nº 667, necessária a devolução dos autos à Corte de origem para o devido juízo de retratação, nos termos dos artigos 1.040 e 1.041 do CPC

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 523.985/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018)

Ante o exposto, determino a devolução dos autos ao Tribunal de

origem, com a devida baixa nesta Corte, para que, em conformidade com a previsão do art. 1.040, c.c. o §2º do art. 1.041, ambos do CPC/2015: a) na hipótese da decisão recorrida coincidir com a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, seja negado seguimento ao recurso especial ou encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; ou b) caso o acórdão recorrido contrarie a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, seja exercido o juízo de retratação e considerado prejudicado o recurso especial ou encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; c) finalmente, mantido o acórdão divergente, o recurso especial seja remetido ao Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator

