RECURSO ESPECIAL Nº 1.486.751 - RJ (2014/0258067-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE	:	CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
ADVOGADO	:	EDUARDO ARAUJO BRUZZI VIANNA E OUTRO(S) - RJ127677
RECORRENTE	:	MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR	:	ROGÉRIO LEITE LOBO E OUTRO(S) - RJ064139
RECORRIDO	:	OS MESMOS

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal – CEF, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão oriundo do TRF da 2ª Região, assim ementado:

> TRIBUTÁRIO. ANULATÓRIA DE DÉBITO. ISS. BASE DE CÁLCULO. CEF. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LOTÉRICOS.
> 1. Era plenamente compatível com a ordem constitucional vigente a isenção de tributo municipal concedida por lei complementar. Sendo assim, a CEF, para gozar da isenção referente à atividade de exploração de loterias disposta na LC 06/70, seria necessário que possuísse o monopólio de tal atividade, ou fosse ligada às suas finalidades essenciais.
> 2. O monopólio, para os efeitos em questão, nada mais é do que um privilégio ou prerrogativa de exploração de um determinado serviço por apenas uma pessoa (seja ela pessoa jurídica de direito público ou privado), com a plena exclusão dos demais. Não há qualquer dicotomia entre o monopólio e a exclusividade, portanto.
> Outrossim, cumpre mencionar que o legislador estabeleceu como uma das finalidades da CEF, a exploração dos serviços lotéricos e, fazendo aquela atividade parte de seu objeto social. O estatuto da empresa pública é expresso em mencionar que entre as atividades essenciais da CAIXA há a exploração dos serviços lotéricos, amoldando-se, com isso, perfeitamente ao disposto no art. 1º da Lei Complementar nº 70/69.
> 3. O auto de infração foi lavrado pelo fisco por não ter a CEF, ainda, efetuado recolhimento de ISS de que seria devedora, bem como por não ter efetivado a retenção (e repasse) de ISS incidente sobre os pagamentos efetuados aos revendedores e agentes lotéricos estabelecidos no Rio de Janeiro, no período de novembro/87 a julho/91.
> 4. A Lei Municipal nº 1.044/87, em seu artigo 5º, inciso V, dispõe que, quando estabelecidos no Município, ficam incluídos como responsáveis, na condição de fontes pagadoras de serviços, observados os §§ 1º e 2º do art. 14 da Lei nº 691, de 24 de dezembro de 1984, as empresas e entidades que explorem loterias e outros jogos permitidos, inclusive apostas, pelo imposto devido sobre as comissões pagas aos seus agentes, revendedores ou concessionários.

> 5. Não prospera o argumento da CEF de que não há regulamentação da matéria, ou seja, que o art. 5º, V, da Lei nº 1.044/87 não é auto-aplicável. Admitiu-se, unicamente, o fato de que possível ao Poder Executivo baixar atos regulamentando a matéria (art. 8º da Lei Municipal nº 1.044/87). Evidente, contudo, que isso não exclui a responsabilidade expressamente disposta no art. 5º, V.
> 6. A alegação da CEF de que a maioria das empresas lotéricas são microempresas, e, por isso, gozam da isenção prevista nos artigos 4º e 7º da Lei nº 716/85, não merece respaldo, a uma por que a CEF não trouxe qualquer prova aos autos da situação social dos revendedores lotéricos, bem com se gozam ou não de tal isenção.
> 7. No que se refere à base de cálculo do ISS, diga-se que deve corresponder ao preço do serviço, este considerado como o valor efetivamente recebido pela CEF a título de remuneração pela prestação do serviço de distribuição e venda de bilhetes de loterias no Município do Rio de Janeiro, não o valor total da comissão que lhe é cabível sobre a renda bruta decorrente da exploração daquela atividade.
> 8. Remessa necessária não provida. Apelações não providas.

Os embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados.

Em suas razões, a recorrente levanta prefacial de ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973, aduzindo omissão no que tange à existência ou não de imunidade tributária da CEF, decorrente da delegação de serviço público essencial pela União, o que determinaria a possibilidade, ou não, de sujeição da CEF ao regime de substituição tributária.

No mérito, acusa violação dos arts. 128 do Código Tributário Nacional e 187 do Código Civil brasileiro.

Sustenta, em síntese, "que é inaplicável o regime de substituição tributária no caso em tela, afastando a obrigação da CAIXA em efetuar a retenção do ISS sobre o pagamento efetuado aos revendedores lotéricos estabelecidos no Município do Rio de Janeiro no período compreendido entre setembro/88 a julho/91" (e-STJ, fl. 494).

Assevera que, "no caso em tela, a regulamentação somente veio a ocorrer com a edição do Decreto n. 10.514/91 (09/10/1991), razão pela qual o Município do Rio de Janeiro, em 03/12/1991, ou seja, apenas 2 (dois) meses após ultimada a referida regulamentação, autuou esta empresa pública federal, atribuindo responsabilidade tributária em relação a período anterior à vigência do decreto supracitado, violando frontalmente o princípio da anterioridade tributária e da legalidade tributária" (e-STJ, fl. 495).

Contrarrazões recursais apresentadas às e-STJ, fls. 550/561.

Admitido o recurso especial na origem (e-STJ, fls. 579/580), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de e-STJ, fls. 597/602, opinou pelo conhecimento parcial e, nessa extensão, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Dentre as alegações da insurgente, afigura-se relevante a afirmação de ter

havido omissão no aresto impugnado, concernente à ausência de manifestação sobre a existência ou não de imunidade tributária da CEF, decorrente da delegação de serviço público essencial pela União, o que determinaria a possibilidade, ou não, de sujeição da CEF ao regime de substituição tributária.

Ao compulsar os autos, observa-se existir, de fato, a apontada afronta ao art. 535, II, do CPC/1973, na medida em que a Corte *a quo* não respondeu ao questionamento formulado pela então embargante, muito embora o tema tenha sido objeto de debate na sessão de julgamento, como demonstram as notas taquigráficas acostadas aos autos.

É do próprio relatório do acórdão que julgou os embargos de declaração da autarquia a seguinte passagem:

> Trata-se de embargos de declaração interpostos pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO, em face do acórdão que negou provimento ao recurso de apelação e à remessa necessária, mantendo a sentença que julgou procedente em parte o pedido da CEF; reconhecendo a parcial nulidade do auto de infração n° 62090, de 23/12/91, no que tange aos valores referentes ao ISS incidente sobre a distribuição e venda de bilhetes de loterias no período anterior a março/89; mantendo correta a autuação, somente no que tange ao recolhimento do ISS sobre as comissões dos revendedores (não retidos).
> A embargante CEF, alega que houve omissão no Acórdão às fls. 399/434, referente à existência ou não de imunidade tributária da CAIXA. (e-STJ, fl. 467)

Nota-se, portanto, que o Tribunal de origem foi provocado acerca do tema, não tendo, contudo, exarado qualquer consideração sobre o questionamento levantado pelo ora insurgente quanto à existência ou não de imunidade tributária da CEF, decorrente da delegação de serviço público essencial pela União.

Como já ressaltado oportunamente, a questão até foi abordada nos debates ocorridos durante o julgamento dos recursos de apelação e da remessa necessária, diante da manifestação de voto do Desembargador Federal Alberto Nogueira, que, no entanto, ficou vencido em relação ao recurso adesivo da CEF, e que nessa condição não faz prequestionada a matéria para fins de abertura da via recursal especial, conforme a orientação da Súmula 320/STJ, ressaltando, assim, a importância do retorno dos autos para a devida apreciação do tema.

Impende frisar, também, conforme se depreende da leitura das notas taquigráficas acostadas nos autos, que a própria declaração de voto do Desembargador Federal Alberto Nogueira surpreendeu o Desembargador relator, que se declarou impressionado com o fato de que uma questão tão importante não tenha sido abordada no julgamento (e-STJ, fl. 433).

Já a Desembargadora Federal Lana Regueira decidiu acompanhar o voto do relator, revelando ter muitas dúvidas sobre a questão da imunidade da CEF, de modo que, em síntese, o colegiado não se debruçou efetivamente sobre o

tema, que indubitavelmente não fez parte do voto condutor do aresto.

Assim, tendo o acórdão combatido deixado de analisar matéria de relevância para o deslinde da controvérsia, inviabilizando o conhecimento do apelo especial, em flagrante violação do art. 535, II, do CPC/1973, impõe-se o reconhecimento de sua nulidade.

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/2015, c/c o art. 255, § 4º, III, do RISTJ e a Súmula 568/STJ, dou provimento ao recurso especial, para anular o acórdão dos embargos de declaração e determinar o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que se manifeste, expressamente, a respeito do quanto alegado em declaratória.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro Og Fernandes
Relator