

27/03/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 764.201 PARANÁ

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
AGTE.(S) : **KOMBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS
LTDA**
ADV.(A/S) : **MARCOS RODRIGUES PEREIRA**
AGDO.(A/S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS IMPORTADOS – IPI. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO POR EMPRESA OPTANTE DO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, **em negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento**, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 27 de março de 2012.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** - Relatora

27/03/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 764.201 PARANÁ

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
AGTE.(S) : **KOMBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS
LTDA**
ADV.(A/S) : **MARCOS RODRIGUES PEREIRA**
AGDO.(A/S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Em 21 de setembro de 2009, neguei seguimento ao agravo de instrumento interposto por Komba Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto contra julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual assentou a constitucionalidade do art. 5º, § 5º, da Lei n. 9.317/1996. A decisão agravada teve a seguinte fundamentação:

“8. A matéria constitucional suscitada nas razões recursais não foi objeto do devido prequestionamento – elemento indispensável ao conhecimento do recurso extraordinário -, pois não consta dos autos o inteiro teor do acórdão proferido na arguição de inconstitucionalidade utilizada como fundamento do acórdão recorrido. Incidem, na espécie, as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

(...) Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Agravante.

9. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)” (fls. 223-227).

2. Publicada essa decisão no DJe de 6.10.2009 (fl. 228), interpõe Komba Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., em 13.10.2009,

AI 764.201 AGR / PR

tempestivamente, agravo regimental (fls. 230-240, 244-254).

3. Alega a Agravante que *“interpôs apelação perante o Tribunal de origem e após o que, lançou mão dos embargos de declaração, com o fito exclusivo de prequestionamento da matéria”* (fl. 247).

Argumenta que *“não se limitou o recurso extraordinário ao referido incidente de inconstitucionalidade, havendo, pois, o pleno cumprimento do quesito prequestionamento das questões aventadas”* (fl. 253).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do presente recurso.

É o relatório.

27/03/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 764.201 PARANÁ

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste à Agravante.

2. Como afirmado na decisão agravada, a matéria constitucional tida como contrariada não foi objeto de debate e decisão prévios no Tribunal de origem. Tampouco foram opostos embargos de declaração de modo a se ter por provocado o necessário prequestionamento. Incidem na espécie as Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS STF 282 E 356. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. 1. Não tendo sido apreciada pelo Tribunal a quo a questão constitucional em que se apóia o extraordinário, não se encontra configurado o prequestionamento. Súmulas STF 282 e 356. 2. A jurisprudência sedimentada desta Corte não admite, em princípio, o chamado prequestionamento implícito. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 565.808-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 13.6.2011).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ATUALIZAÇÃO DA TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA

AI 764.201 AGR / PR

PROVIMENTO” (AI 839.438-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 26.5.2011).

3. Ademais, este Supremo Federal assentou que o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo para reconhecer o direito ao creditamento do IPI pelas empresas optantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples:

“4. Tenho que a insurgência não merece acolhida. Isso porque o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela constitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei 9.317/1996, cuja redação é a seguinte: “a inscrição no SIMPLES, veda, para a microempresa ou empresa de pequeno porte, a utilização ou destinação de qualquer valor a título de incentivo fiscal, bem assim a apropriação ou a transferência de créditos relativos ao IPI e ao ICMS”.

5. Precedentes: REs 503.102, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; 525.712, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; 550.557, da relatoria da ministra Ellen Gracie; 582.979, da relatoria do ministro Dias Toffoli; e 630.171, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski.

6. À derradeira, ressalto que a jurisprudência desta nossa Casa de Justiça, que me parece juridicamente correta, é firme no sentido de que não pode o Judiciário atuar como legislador positivo para reconhecer a existência dos créditos sob exame.

Leia-se, a propósito, a ementa da ADI 1.502/MC, da relatoria do ministro Ilmar Galvão:

‘AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVÊNIOS ICM Nº 46/89 E ICMS Nº 38/89 (PARÁGRAFO ÚNICO DAS RESPECTIVAS CLÁUSULAS SEGUNDAS), QUE ESTARIAM A IMPEDIR O PRESTADOR DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE UTILIZAR CRÉDITOS FISCAIS RELATIVOS A ENTRADAS TRIBUTADAS, COM OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA NÃO-CUMULATIVIDADE E DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ESTADUAL. REQUERIMENTO DE CAUTELAR.

AI 764.201 AGR / PR

Dispositivo que, ao revés, se limita a estabelecer compensação automática para a redução da carga tributária operada por efeito da cláusula anterior, como parte do sistema simplificado de contabilização e cálculo do tributo incidente sobre as operações sob enfoque, constituindo, por isso, parte do sistema idealizado e posto à livre opção do contribuinte.

Assim, eventual suspensão de sua vigência, valeria pela conversão do referido sistema em simples incentivo fiscal não objetivado pelos diplomas normativos sob enfoque, transformado, por esse modo, o Supremo Tribunal Federal em legislador positivo, papel que lhe é vedado desempenhar nas ações da espécie. Conclusão que desveste de qualquer plausibilidade os fundamentos da inicial. Cautelar indeferida.'

Ante o exposto, e frente ao caput do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso" (RE 469.091, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 1º.2.2012).

"Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que entendeu legítima a vedação ao aproveitamento de créditos de IPI pelas empresas optantes do SIMPLES, nos termos do art. 5º, § 5º, da Lei 9.317/96.

Neste RE, fundado no art. 102, III, a e c, da Constituição, sustentou-se, preliminarmente, a nulidade do acórdão recorrido por ofensa aos art. 5º, XXXIV, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da mesma Carta. No mérito, alegou-se, em suma, a inconstitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei 9.317/96.

A pretensão recursal não merece acolhida.

(...) Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste à recorrente. O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 353.657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, e do RE 370.682/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, deu provimento aos recursos por entender que, nas hipóteses de não tributação ou de alíquota zero do IPI, não se extrai direito ao creditamento com base art. 153, § 3º, II, da Constituição.

Na ocasião, levantou-se como um dos óbices ao reconhecimento do crédito a impossibilidade de o Judiciário, ao atribuir crédito presumido, atuar como legislador positivo, ante a inexistência de

AI 764.201 AGR / PR

parâmetro normativo para se definir a quantia a ser compensada.

A tese se aplica ao caso em questão, uma vez que o montante pago a título de IPI nos termos da Lei 9.317/96 não serve de critério na definição do crédito a ser reconhecido e nem a ser compensado.

Com efeito, a empresa inscrita no SIMPLES que for contribuinte do IPI terá acréscimo único de 0,5% sobre sua receita bruta mensal, enquanto que a não inscrita recolhe o imposto, em regra, com base em alíquotas seletivas em função da essencialidade sobre o valor da operação com produtos industrializados.

Ou seja, o valor recolhido com base exclusivamente nesse acréscimo não equivale necessariamente ao pagamento do imposto com a mesma alíquota por uma empresa não optante do SIMPLES, uma vez que a receita bruta da pessoa jurídica nem sempre é idêntica ao valor das operações com produtos industrializados.

Assim, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei 9.317/96, não seria possível ao Judiciário reconhecer a existência de crédito ou a possibilidade de compensação de débito de IPI derivado do acréscimo de 0,5% pago pelas empresas inscritas no SIMPLES.

Isso posto, nego seguimento ao recurso” (RE 630.171, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJe 7.12.2010).

E ainda: RE 656.562, de minha relatoria, DJe 4.10.2011; RE 503.102, de minha relatoria, DJe 18.8.2011.

4. Os argumentos da Agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

5. Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 764.201

PROCED. : PARANÁ

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S) : KOMBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA

ADV.(A/S) : MARCOS RODRIGUES PEREIRA

AGDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 27.3.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. Compareceu à Turma o Senhor Ministro Cezar Peluso, Presidente do Supremo Tribunal Federal, a fim de julgar processo a ele vinculado, assumindo, nessa ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o parágrafo único do art. 148 do RISTF.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Coordenadora