

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECDO.(A/S) : TECBRAE - TECNOLOGIA DE PRODUTOS PARA
FUNDICAO LTDA
ADV.(A/S) : EDMUR BENTO DE FIGUEIREDO JUNIOR

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. ART. 4º DA PORTARIA Nº 655/1993 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PARCELAMENTO DE DÉBITOS. ADESÃO POR CONTRIBUINTE COM DEPÓSITO JUDICIAL. RESTRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ARBITRARIEDADE LEGISLATIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO LIVRE ACESSO À JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA. DEPÓSITO JUDICIAL DO VALOR DEVIDO PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRERROGATIVA DO CONTRIBUINTE QUE SE CONDICIONA AO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. O princípio da isonomia, refletido no sistema constitucional tributário (art. 5º c/c art. 150, II, CRFB/88) não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação jurídica, mas, também, na implementação de medidas com o escopo de minorar os fatores discriminatórios existentes, impondo, por vezes, tratamento desigual em circunstâncias específicas e que militam em prol da igualdade.

2. A isonomia sob o ângulo da desigualação reclama correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação procedida que justifique os interesses protegidos na Constituição (adequada correlação valorativa).

3. A norma revela-se antijurídica, ante as discriminações injustificadas no seu conteúdo intrínseco, encerrando distinções não balizadas por critérios objetivos e racionais adequados (fundamento lógico) ao fim visado pela diferenciação.

RE 640905 / SP

4. O princípio da inafastabilidade de jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, CRFB/88, segundo o qual *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* tem o intento de coibir iniciativas dos legisladores que possam impor obstáculos desarrazoados ao acesso à justiça, ao permitir o acesso plural e universal ao Poder Judiciário.

5. Os contribuintes podem vindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado-Juiz, posto ser o sistema judiciário igualmente acessível a todos e apto a produzir resultados individual e socialmente justos.

6. A norma que cria entraves ao acesso ao Poder Judiciário, ou que atenta contra os princípios e direitos fundamentais constitucionais, é inconstitucional, por isso que: *“É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.”* (Súmula Vinculante 28).

7. O depósito do montante integral do crédito tributário impugnado judicialmente (art. 151, II, CTN) tem natureza dúplice, porquanto ao tempo em que impede a propositura da execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade. A sua conversão em renda equivale ao pagamento previsto no art. 156 do CTN, encerrando modalidade de extinção do crédito tributário.

8. O parcelamento tributário, concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, que não dispensa o sujeito passivo dos encargos relativos à mora, à luz do disposto no artigo 151, VI, CTN, encerrando hipótese diversa do depósito judicial que, uma vez efetuado, exonera o contribuinte dos acréscimos moratórios e demais encargos legais decorrentes do inadimplemento da obrigação tributária.

9. O cerne da controvérsia *sub examine* consiste em suposta violação aos princípios da isonomia e do livre acesso à justiça pela Portaria nº 655/93 do Ministério da Fazenda que, ao dispor sobre o parcelamento de débitos inerentes à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS (LC nº 70/91), veda-o aqueles contribuintes que

RE 640905 / SP

ingressaram em juízo e implementaram o depósito judicial do montante controvertido, como enunciado pelos artigos 1º e 4º, *verbis*: “Art. 1º Os débitos para com a Fazenda Nacional, decorrentes da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, vencidos até 30 de novembro de 1993, poderão ser objeto de parcelamento em até oitenta prestações mensais e sucessivas, se requerido até 15 de março de 1994. (...) Art. 4º Os débitos que forem objeto de depósito judicial não poderão ser parcelados.” (grifo nosso)

10. A concessão de parcelamento apenas aos contribuintes que não ingressaram em juízo ou aos que ajuizaram ações, mas não implementaram o depósito do crédito tributário controvertido, e a exceção aos contribuintes que ingressaram em juízo e realizaram o depósito judicial, não revela discriminação inconstitucional, porquanto obedece a todos os aspectos essenciais à observância da isonomia na utilização de critérios de desigualação.

11. O *discrímen* adotado pela Portaria nº 655/93 aplica-se indistintamente a todos os contribuintes que optaram pela realização do depósito judicial. Ademais, diz respeito apenas aos valores objeto dos respectivos depósitos, e não aos contribuintes depositantes, além de guardar estrita pertinência lógica com o objetivo pretendido pela norma.

12. O critério de desigualação está em consonância com os interesses protegidos pela Constituição Federal, porquanto prestigia a racionalização na cobrança do crédito público, consubstanciando solução administrativa que evita o ajuizamento de demandas desnecessárias e estimula o contribuinte em situação irregular ao cumprimento de suas obrigações.

13. O regime jurídico do depósito judicial para suspensão da exigibilidade crédito tributário, como faculdade do contribuinte, impõe que o montante depositado no bojo da ação judicial se torne litigioso, permanecendo à sorte do resultado final da ação. Consectariamente, o montante depositado resta indisponível para ambas as partes enquanto durar o litígio, posto garantia da dívida *sub judice*.

14. Os contribuintes que efetuaram depósitos em juízo de valores

RE 640905 / SP

relativos a débitos da COFINS se equiparam aqueles que adimpliram as suas obrigações, efetuando o pagamento do crédito tributário, porquanto o montante depositado fica condicionado ao resultado final da ação.

15. Com o julgamento da ADC nº 01/DF por esta Corte (Pleno, ADC nº 01/DF, Rel. Min. Moreira Alves, sessão de julgamento de 01/12/93, DJ de 16/06/95), restou assentada a legitimidade da exação, de modo que as ações ajuizadas pelos contribuintes para discussão de sua constitucionalidade encerrarão resultado favorável à Fazenda Pública, o que impossibilita de toda a forma o levantamento dos depósitos judiciais porventura realizados.

16. Forçoso concluir que hipótese encartada neste ato normativo secundário não configura violação ao princípio da isonomia, pois distingue duas situações completamente diferentes: a do contribuinte que voluntariamente efetuou o depósito judicial do débito, ficando imune aos consectários legais decorrentes da mora, e a do contribuinte que se quedou inerte em relação aos débitos que possuía com o Fisco.

17. Não há que se falar, igualmente, em ofensa ao livre acesso à justiça, porque não se impõe o depósito judicial para o ingresso em juízo, o que, acaso exigido, inevitavelmente atrairia o vício de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 5º, XXXV, CRFB/88.

18. Caso o contribuinte tenha entrado em juízo e realizado o depósito do montante que entendera devido, havendo eventual saldo a pagar, pode o mesmo aderir ao parcelamento para sua quitação, não havendo que se falar, portanto, em obstrução à garantia de acesso ao Judiciário.

19. Tese firmada na Repercussão Geral: *“Não viola o princípio da isonomia e o livre acesso à jurisdição a restrição de ingresso no parcelamento de dívida relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, instituída pela Portaria nº 655/93, dos contribuintes que questionaram o tributo em juízo com depósito judicial dos débitos tributários.”*

20. Recurso extraordinário PROVIDO.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do

RE 640905 / SP

Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 573 da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, e fixar tese nos seguintes termos: *“Não viola o princípio da isonomia e o livre acesso à jurisdição a restrição de ingresso no parcelamento de dívida relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, instituída pela Portaria nº. 655/93, dos contribuintes que questionaram o tributo em juízo com depósito judicial dos débitos tributários”*. Vencido o Ministro Marco Aurélio na fixação da tese.

Brasília, 15 de dezembro de 2016.

LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**
RECDO.(A/S) : **TECBRAF - TECNOLOGIA DE PRODUTOS PARA
FUNDICAO LTDA**
ADV.(A/S) : **EDMUR BENTO DE FIGUEIREDO JUNIOR**

RELATÓRIO

REPERCUSSÃO GERAL

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de Recurso Extraordinário, interposto pela UNIÃO, com fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição da República, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. PORTARIA Nº 655/93 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. ILEGALIDADE.

1. Em razão da decisão do E. STF na ADC nº 1-1/DF, que declarou a constitucionalidade da Cofins, a impetrante ajuizou mandado de segurança para o fim de parcelar seus débitos relativos à Cofins junto à Administração, afastando-se a incidência do art. 4º, da Portaria 655, de 9/12/93, que proíbe o parcelamento de débitos que foram objeto de depósito judicial.

2. É certo que a Portaria nº 655/93 deve se ater à função que lhe é própria, sem ultrapassar os limites da lei. Contudo, a mencionada portaria desborda os limites da lei ao impor restrição ao princípio da universalidade de jurisdição e atentar contra o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento

RE 640905 / SP

diferenciado entre devedores da mesma exação, autorizando a parcelar o débito apenas os que não buscaram a prestação jurisdicional para dizer da validade da contribuição à Cofins.

3. Apelação provida.”

Ab initio, observa-se que a recorrente está dispensada da apresentação de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, nos termos do disposto no artigo 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.418/06, tendo em vista que seu recurso extraordinário, protocolado em 30/8/2005, antecede a data de início da exigência do mencionado requisito de admissibilidade.

Nas razões do apelo extremo, aponta violação aos artigos 5º, *caput*, e 150, II, da Constituição da República, na medida que mencionados dispositivos foram respeitados, bem como o princípio do livre acesso à jurisdição.

No que diz respeito à suposta ofensa à isonomia, aponta a situação diferenciada em que se encontram os contribuintes que efetuaram o depósito judicial e os que estão em mora ou parcelando o débito, o que justificaria o tratamento desigual empregado a cada um deles. Conclui, *in verbis*:

“Portanto, a discriminação torna-se legítima in casu, uma vez que diferentes as situações, não sendo razoável ao interesse público, que todos os contribuintes que já tivessem depositado os valores correspondentes aos débitos suspensos, em uma situação estabilizada, os levantassem, para parcelarem seus débitos, e incidirem em mora.”
(fl. 189)

Aduz, por fim, que a discricionariedade inerente aos atos administrativos, conforme o disposto pelo Decreto-Lei nº 352, de 19 de junho de 1968, autoriza o tratamento diferenciado despendido no caso em tela.

RE 640905 / SP

Em sede de contrarrazões, o recorrido aponta, preliminarmente, que o requisito do prequestionamento não teria sido preenchido, o que encontra óbice nas Súmulas nº 282 e 356 desta Suprema Corte. No mérito, argumenta que a Portaria nº 655/93 violaria o enunciado pelos artigos 5º, *caput*, e 150, II, da Constituição da República, tendo em vista que os contribuintes foram tratados de forma desigual, contrariando o princípio constitucional da isonomia.

O extraordinário restou inadmitido na origem, ensejando a interposição de agravo de instrumento, o qual foi provido, acarretando a subida deste recurso extraordinário para melhor exame do mérito.

Em sequência, esta Suprema Corte reconheceu a repercussão geral do tema constitucional em apreço, qual seja, a ofensa aos princípios da isonomia e do livre acesso à Justiça pela Portaria nº 655/93, do Ministério da Fazenda, nos termos dos artigos 5º, *caput*, e 150, II, da Constituição da República, eis que relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, além de ultrapassar os interesses subjetivos da causa. A decisão restou assim ementada:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91. PARCELAMENTO DE DÍVIDA. DEPÓSITOS JUDICIAIS. PORTARIA Nº 655/93 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL.”

Devidamente intimada, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso extraordinário, em parecer que porta a seguinte ementa:

“Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Tema 573. Tributário. Parcelamento da contribuição para COFINS. Artigo 4º da Portaria 655/1993 do Ministério da Fazenda. Art. 5º, *caput* e XXXV, e art. 150, II, da Constituição Federal de 1988.

RE 640905 / SP

A concessão do benefício de parcelamento para devedores de um determinado tributo deve ser feita de forma isonômica, de modo a não prejudicar aqueles que espontaneamente cumpriram a lei e depositaram em juízo os valores referentes aos tributos *sub judice*.

No caso dos autos, a Portaria 655/1993, em seu art. 4º, impõe restrição desproporcional aos direitos fundamentais da isonomia e acesso à jurisdição, uma vez que aplica-se a autorização de parcelamento dos débitos referentes à COFINS somente para os contribuintes em mora – excluindo aqueles que fizeram depósito judicial dos respectivos valores – implicou inadequação da razão diferencial que lhe serviu de supedâneo.

Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.”

É o relatório.

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO

VOTO

REPERCUSSÃO GERAL

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes.

I. Preliminar

Admissibilidade do Recurso Extraordinário

Preliminarmente, assento a admissibilidade do recurso extraordinário em julgamento.

No que tange à indispensável ofensa direta à Constituição, verifica-se situação de densidade constitucional, posto o tema em apreço cingir-se à análise de configuração de ofensa aos princípios da isonomia e do livre acesso à justiça pela Portaria nº 655/93 do Ministério da Fazenda.

Quanto aos demais requisitos necessários para a admissibilidade do apelo extremo, reputam-se preenchidos, uma vez que presentes a tempestividade, o prequestionamento, a legitimidade e o interesse recursais, bem como o imprescindível reconhecimento da repercussão geral da matéria (tema 573 do Plenário Virtual).

Ante o exposto, admito o presente recurso extraordinário, e passo ao exame do mérito.

RE 640905 / SP

II. Mérito

O cerne da controvérsia *sub examine* consiste na análise da ocorrência ou não de violação aos princípios da isonomia e do livre acesso à justiça pela Portaria nº 655/93 do Ministério da Fazenda.

Nesse ponto, a Portaria nº 655/93 do Ministério da Fazenda dispõe sobre o parcelamento de débitos inerentes à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, vedando-o aqueles que sejam objeto de depósito judicial, nos seguintes termos:

“O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso de suas atribuições legais e tendo em vista o disposto no Decreto-lei nº 352, de 17 de julho de 1968, resolve:

Art. 1º Os débitos para com a Fazenda nacional, decorrentes da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social-COFINS, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, vencidos até 30 de novembro de 1993, poderão ser objeto de parcelamento em até oitenta prestações mensais e sucessivas, se requerido até 15 de março de 1994.

Art. 2º Implicará a rescisão do parcelamento o atraso por período superior a trinta dias no pagamento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, vencível a partir da concessão do parcelamento.

Art. 3º Observar-se-á, na concessão do parcelamento de que trata esta Portaria, as demais disposições contidas na Portaria 177, de 24 de abril de 1993, e alterações posteriores.

Art. 4º Os débitos que foram objeto de depósito judicial não poderão ser parcelados.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.” (grifo nosso)

Mencionada Portaria encontra embasamento no Decreto-Lei nº 352/68, que, por sua vez, dispõe:

RE 640905 / SP

prestações mensais, iguais e sucessivas, acrescidas da multa compensatória de 2% (dois por cento) ao mês, calculada sobre o saldo devedor e recolhida juntamente com a prestação, vencendo-se a primeira 30 dias após a publicação deste Decreto-Lei.”

Tendo em vista os dispositivos supracitados, suscita-se afronta aos princípios da isonomia e do livre acesso à justiça.

Para análise da constitucionalidade do dispositivo frente as alegadas violações faz-se necessário, contudo, o exame do pano de fundo da discussão que ensejou a realização do depósito judicial por parte do contribuinte, bem como do regime jurídico a que se submetem os depósitos judiciais para suspensão da exigibilidade do crédito em matéria tributária.

II.1 A discussão relativa à constitucionalidade da COFINS e o regime jurídico dos depósitos judiciais para suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

A COFINS foi instituída pela Lei Complementar nº 70/91 e desde então passou a ser alvo de intensa controvérsia judicial acerca de sua constitucionalidade. Tais discussões geraram um enorme contencioso em torno do tema, com decisões a favor e contra a legitimidade da exação.

Esse cenário culminou com a edição da Emenda Constitucional nº 03/93, que inseriu na Constituição a possibilidade de ajuizamento de ação declaratória da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a fim de dirimir questões como essa. Não por acaso, a primeira ação declaratória de constitucionalidade em tramite nesta Corte tratou especificamente da constitucionalidade da COFINS, assentando a legitimidade de sua cobrança (Pleno, ADC nº 01/DF, Rel. Min. Moreira Alves, sessão de julgamento de 01/12/93, DJ de 16/06/95).

RE 640905 / SP

Ocorre que, até o deslinde da discussão pelo STF, muitos contribuintes depositaram em juízo os valores que entendiam devidos, a título de COFINS, com a finalidade de suspender a exigibilidade dos débitos enquanto discutiam a constitucionalidade da exigência, como lhe faculta o art. 151, II, do Código Tributário Nacional. Outros, porém, apenas aguardaram o desfecho da discussão, permanecendo, contudo, com a exigibilidade dos débitos relativos à COFINS em aberto.

Diante desse contexto, logo em seguida à sessão de julgamento que reputou legítima a cobrança da COFINS, na ADC nº 01, o Ministério da Fazenda, com vistas a facilitar a regularização fiscal daqueles contribuintes que estavam em débito com a União em relação à COFINS, editou a Portaria nº 655/93, que instituiu um programa de parcelamento específico para a quitação da exação, que, por sua vez, permitiu ao contribuinte com débitos exigíveis efetuar a sua quitação em até oitenta parcelas. Não se tratou de um programa de recuperação fiscal a exemplo do REFIS, mas de mero parcelamento ordinário para suspensão da exigibilidade do débito, nos termos do art. 151, VI, do CTN, sujeito a todos os acréscimos decorrentes da mora, só que com a possibilidade de pagamento em até oitenta meses.

A grande questão é que, em seu art. 4º, a portaria determina que os débitos que forem objeto de depósito judicial, em razão do questionamento do tributo na esfera judicial, não podem ser incluídos no parcelamento, *verbis*:

Art. 1º – Os débitos para com a Fazenda Nacional, decorrentes da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, vencidos até 30 de novembro de 1993, poderão ser objeto de parcelamento em até oitenta prestações mensais e sucessivas, se requerido até 15 de março de 1994.

(...)

RE 640905 / SP

Art. 4º – Os débitos que forem objeto de depósito judicial não poderão ser parcelados.”(grifo nosso)

Acerca dos depósitos judiciais para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, como garantia prevista pelo art. 151, II, do CTN, destaca-se a sua “natureza dúplice”, diante das consequências que produz, como já tive a oportunidade de assentar por diversas vezes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a saber: (i) assume foros de garantia do pagamento do tributo acautelando os interesses do Fisco; uma vez que este reste vencedor, o depósito será convertido em renda; e (ii) inibe a propositura de executivo fiscal com a consequente possibilidade de penhora de bens, a fluência de juros e a imposição de multa (como exemplo, vide AgRg no Ag nº 799.539, de minha relatoria, julgado em 08/05/07, DJ de 31/05/07) .

Então, no momento em que o contribuinte opta por depositar os valores controvertidos até decisão que declare a legalidade ou ilegalidade da exação, presta uma garantia que, repita-se, impede a propositura da execução fiscal com todos os seus consectários como, v.g., a penhora dos bens do devedor, e ao mesmo tempo, acautela os interesses do Fisco na medida em que a conversão dos valores em renda, *in casu*, da União, é modalidade de extinção do crédito tributário equivalente ao pagamento, nos termos do art. 156 do CTN.

Se o depósito do valor em juízo equivale a uma garantia, permitir que o contribuinte disponha desse valor significa esvaziar o conteúdo da mesma, haja vista que, se por um lado o contribuinte acautela-se da fluência de juros e imposição de multa para, posteriormente, mesmo vencido na demanda, optar pelo pagamento, por outro, a Fazenda Pública fica inibida de propor o executivo fiscal e impor sanção pelo inadimplemento da obrigação tributária.

Daí poder-se afirmar que a dúplice natureza desta modalidade suspensiva possui um comando que beneficia o Fisco e outro que

RE 640905 / SP

favorece o sujeito passivo, razão pela qual possui um regime jurídico próprio, compatível, ao mesmo tempo, com a peculiaridade do crédito público e as garantias do contribuinte (CÔGO, Hugo Schneider. Capítulo X - Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário. In: FERRAZ, Diogo; FRAGA, Fabio; MURAYAMA, Janssen; FILIPPO, Luciano; CATÃO, Marcos; GOMES, Marcus Lívio. (Orgs.). Curso de Jurisprudência Tributária, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 362).

Ademais, como causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário antes mesmo de sua execução pela Fazenda Pública, o depósito judicial constitui uma faculdade do contribuinte, que poderá optar por fazê-lo ou não. Optando pelo depósito judicial, fica sujeito, contudo, à observância ao seu regime jurídico.

Diante disso, a jurisprudência pátria se consolidou no sentido de que o regime jurídico dos depósitos judiciais em matéria tributária impõe que os mesmos fiquem condicionados ao resultado final da ação a que se vinculam. É dizer, ficam os depósitos judiciais para garantia do crédito tributário vinculados ao trânsito em julgado da ação, de forma que, se o resultado final for favorável à Fazenda Pública, converter-se-ão em renda a favor desta, porém, se o resultado final for favorável ao contribuinte, pode este proceder ao seu levantamento nos autos da ação.

Esta Corte, inclusive, já teve a oportunidade de analisar o tema, no julgamento da ADI nº 1.933/DF, *verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL N. 9.703/98, QUE DISPÕE SOBRE DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS DE VALORES REFERENTES A TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES FEDERAIS. MEDIDA LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 5º, CAPUT E INCISO LIV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA

RE 640905 / SP

IMPROCEDENTE. 1. Ausência de violação do princípio da harmonia entre os poderes. A recepção e a administração dos depósitos judiciais não consubstanciam atividade jurisdicional. 2. Ausência de violação do princípio do devido processo legal. O levantamento dos depósitos judiciais após o trânsito em julgado da decisão não inova no ordenamento. 3. Esta Corte afirmou anteriormente que o ato normativo que dispões sobre depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos não caracteriza confisco ou empréstimo compulsório. ADI/MC n. 2.214. 4. O depósito judicial consubstancia faculdade do contribuinte. Não se confunde com o empréstimo compulsório. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.” (Pleno, ADI nº 1.933/DF, Rel. Min. Eros Grau, sessão se julgamento de 14/04/10, DJ de 03/09/10).

Com isso, é possível concluir que o contribuinte que efetua um depósito judicial para suspensão da exigibilidade do crédito tributário opta por se submeter ao seu regime jurídico próprio de garantia tanto da Fazenda Pública quanto do particular. Ou seja, desfruta da possibilidade de exercer as suas atividades como se não tivesse nenhuma pendência com o Fisco, ficando imune ao ajuizamento de uma execução fiscal contra si e à incidência dos encargos decorrentes da mora, porém, não pode levantar os valores depositados a qualquer tempo.

Essa premissa é importante para a análise das alegadas violações que teriam sido perpetradas pela Portaria nº 655/93 do Ministério Fazenda, no que concerne à isonomia e à universalidade da jurisdição.

II.2 O princípio da isonomia e do livre acesso à jurisdição.

O princípio da isonomia encontra-se previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

RE 640905 / SP

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”

O princípio em foco não é de compreensão fácil e imediata. Ao preconizar pela igualdade dos cidadãos sob nosso ordenamento jurídico, o legislador não vedou o tratamento desigual que porventura possa ser empregado a determinada parcela do corpo social em situações específicas.

Muito pelo contrário. O princípio da isonomia, como fundamento legítimo do Estado Democrático de Direito, ao lado da liberdade, comporta duas dimensões, a saber: formal, ao preconizar a impossibilidade de concessão de privilégios na aplicação da lei, e material, ao requerer discriminações positivas na lei voltadas à superação de desigualdades fáticas, natural ou historicamente estabelecidas.

A vida em sociedade, por si só, tem o condão de gerar condições desiguais entre os indivíduos, seja por meio de características naturais inerentes a cada ser humano, como as genéticas, que diferem e singularizam cada um de nós, seja em decorrência de fatores históricos, a realidade se apresenta com uma vasta diversidade social. Ao instituir a isonomia como um princípio de nosso Estado, o Constituinte tem como objetivo a implementação de medidas com o escopo de minorar estes fatores discriminatórios.

O reconhecimento de que este princípio não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação se faz impositivo. Dentro deste preceito, há espaço para tratamento diferenciado entre indivíduos frente a particularidade de determinadas situações, desde que pautado em uma justificativa lógica, objetiva e razoável. Sobre o tema, assim discorre Manoel Gonçalves (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2001, p. 277.):

“O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto

RE 640905 / SP

as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias. Assim, o princípio da igualdade no fundo comanda que só se façam distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação.”

O tratamento desigual em circunstâncias específicas milita em prol da própria isonomia, com o escopo de que sejam alcançados determinados objetivos para toda uma parcela da sociedade. Nessas situações, portanto, a adoção de medidas diferentes para alguns destes indivíduos se faz necessária.

É o caso, *exempli gratia*, da assistência jurídica integral e gratuita para os hipossuficientes. Posta garantia constitucional é voltada apenas para aqueles que “*comprovarem insuficiência de recursos*”, como previsto pelo artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República.

Ocorre que mencionado dispositivo está diretamente atrelado à garantia do livre acesso à justiça, porquanto a implementação da assistência jurídica gratuita é conferida à parte da sociedade, em razão de suas parcas condições pessoais para acionar o Judiciário. Trata-se de caso típico de proteção à isonomia com a criação de norma voltada apenas aqueles que dela necessitem, especificamente.

Os critérios de desigualação, sem prejuízo da isonomia, podem ser assim resumidos, à luz das abalizadas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 21):

“Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada.

RE 640905 / SP

Finalmente, impende analisar se a correlação e o fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.”

Explicitando o acima exposto, poder-se-ia primeiramente assentar a análise do denominado “*fator de desigualação*”. Esse fator deve ser passível de reproduzir-se em indivíduos diferentes, ou seja, não pode ser característica que singularize perpetuamente seu destinatário. Quanto mais singularizador, mais próximo à irreprodutividade está o fator.

O primordial deste ponto é que a norma não pode ser específica de forma a direcionar-se a pessoa certa e determinada. Ainda que trate de característica não generalizada, ou seja, voltada a um número inferior de destinatários, é necessário que seja de certa forma genérica, podendo ser atribuída a sujeitos da mesma classe ainda não conhecidos.

Impende destacar que o princípio da isonomia veda tanto a perseguição, com a imposição de gravame injustificável a um indivíduo ou grupo determinado, como a beneficiação de alguém nessas mesmas circunstâncias.

Outro aspecto relativo ao fator de desigualação é que o mesmo não se encontre na própria pessoa. O objeto do *discrimen* deve necessariamente residir na pessoa, fato ou situação alvo da norma. Circunstâncias alheias a estes tópicos são ilegítimas para figurarem como traços de desigualação.

Isso ocorre pelo seguinte motivo: um fator que não acarreta em alterações significativas para a situação fática do objeto da diferenciação é incapaz de atrair a necessidade de uma norma diferente das demais. Características tais como o sexo, localização espacial, idade, raça, etc., quando não relacionados diretamente com a razão da distinção, não podem justificar a aplicação de norma específica.

RE 640905 / SP

Trata-se da cognominada “*correlação lógica entre fator de discrimen e a desequiparação procedida*”. Ponto crucial para a análise de afronta ou não à isonomia.

É que, para a verificação da validade da norma, o importante é perquirir a justificativa plausível para o regime de tratamento diverso em situações com aparentes condições de igualdade.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 38) leciona:

“(…) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.”

O tratamento desigual empregado deve estar diretamente ligado ao motivo de sua necessidade, ou seja, é vedado se utilizado injustificadamente. Neste contexto, o mencionado autor continua:

“Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.”

A “*consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição*” revela outro elemento na análise da suposta violação da isonomia. Faz-se necessário compreender que tendo em vista que nossa Carta Magna protege a igualdade dos indivíduos, é imprescindível que nos casos em que incidente a diferenciação dos mesmos haja uma

RE 640905 / SP

justificativa também acobertada pela Constituição. Nos dizeres de Pimenta Bueno (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1857):

“qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

Trazendo a análise especificamente para o campo tributário, observa-se que a isonomia interfere no próprio conteúdo da imposição fiscal, revelando-se importante condição de legitimidade das leis tributárias.

Em sua dimensão meramente formal, requer que a tributação seja realizada sem distinções de qualquer natureza, observada a capacidade contributiva de cada qual. Em sua dimensão material, aponta ao legislador tributário a utilização do tributo como instrumento de políticas de transformação ou inclusão social, algo como ações afirmativas tributárias. Assim, a dimensão material tem a ver com o uso extrafiscal do tributo, ou seja, a atividade tributária como ferramenta estatal na busca pela igualdade de possibilidades (CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Capítulo I - Princípios Constitucionais Tributários. In: FERRAZ, Diogo; FRAGA, Fabio; MURAYAMA, Janssen; FILIPPO, Luciano; CATÃO, Marcos; GOMES, Marcus Lívio. (Orgs.). Curso de Jurisprudência Tributária, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 43).

O art. 150, II, da CRFB/88, encartado no sistema tributário constitucional, disciplina o tema ao vedar expressamente a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

A análise do respeito ou não ao princípio da igualdade envolve necessariamente juízos de igualdade parcial, concernentes a propriedades específicas, denominados critérios de diferenciação ou *discrímen*, porquanto o juízo de identidade total resta afastado das diversas

RE 640905 / SP

circunstâncias fáticas e pessoais envolvidas nas relações jurídico-tributárias.

Os critérios de discriminação são extraídos dos valores e princípios que informam o sistema constitucional tributário, assim como das características do tributo em espécie analisado no caso concreto (VELLOSO, Andrei Pitten. *Constituição Tributária Interpretada*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 236).

A legitimidade de diferenciações jurídicas, não exige propriamente uma correlação lógico-formal entre o critério de diferenciação e o tratamento díspar estabelecido, o que se objetiva, na verdade, é uma adequada correlação valorativa acerca da razoabilidade da medida (*substantive due process of law*).

Ao fim e ao cabo, serão inconstitucionais as discriminações injustificadas, a ocorrência de elementos arbitrários no conteúdo intrínseco da norma analisada.

A doutrina estrangeira não discrepa desse entendimento, como se extrai das lições dos tributaristas alemães, Klaus Tipke e Joachim Lang, em tradução realizada por Luiz Dória Furquim:

“A jurisprudência do BVerfG interpreta a regra da igualdade como proibição do arbítrio. O BVerfG parte do princípio de que a regra da igualdade contém a diretiva geral, na mais sólida orientação pelo pensamento de justiça de tratar igualmente os iguais, os desiguais conforme sua peculiaridade diferentemente. Conforme a isto é a regra da igualdade ofendida, se não se pode descobrir um motivo razoável resultante da natureza das coisas ou de outro modo objetivamente elucidativo para a diferenciação legal ou tratamento isonômico, em suma, se a determinação pode ser descrita como arbitrária. Nem poderia ser tratado o essencialmente igual como arbitrariamente desigual, nem o

RE 640905 / SP

essencialmente desigual como arbitrariamente igual.” (TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário – Steuerrecht*. Trad. da 18ª edição alemã, totalmente refeita, de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 193-194).

Assentadas essas premissas, impõe-se analisar o tema *sub examine*.

Como visto, a Portaria nº 655/93 do Ministério da Fazenda, diante da decisão do STF na ADC nº 01/DF, instituiu um programa de parcelamento, visando possibilitar a regularização dos contribuintes que estivessem com débitos relativos à COFINS sem a exigibilidade suspensa, permitindo o seu pagamento em até oitenta meses.

O objetivo da norma, portanto, foi o de possibilitar a quitação dos débitos em aberto relativos à COFINS, cuja constitucionalidade até então vinha sendo alvo de intenso debate na jurisprudência pátria, permitindo, contudo, que o pagamento protraído no tempo não obstasse ao contribuinte o desempenho de suas atividades normais. É dizer, poderia a Fazenda Pública simplesmente não ter permitido o parcelamento dos débitos em até oitenta meses, mas, invés disso, ter iniciado um processo intenso de cobrança sobre aqueles contribuintes que estavam em situação irregular.

Tal procedimento importaria no ajuizamento de uma série de execuções fiscais para a cobrança dos débitos relativos à COFINS, aumentando ainda mais o contencioso que se formou sobre o tema e, conseqüentemente, sujeitando os contribuintes aos seus consectários. Preferiu a Fazenda privilegiar a resolução da questão em âmbito administrativo, editando o parcelamento a que se refere a Portaria nº 655/93, visto que, assim, poderia receber com mais agilidade os créditos tributários devidos, sem a necessidade de instauração de um contencioso judicial, e, ao mesmo tempo, permitiria que os contribuintes que ainda não tivessem a suspensão da exigibilidade de seus débitos assim o fizessem enquanto ainda não procedida a quitação integral do montante

RE 640905 / SP

devido.

Trata-se, dessa forma, de uma norma de estímulo ao cumprimento voluntário da obrigação tributária, que, em momento algum, privilegiou os contribuintes com débitos relativos à COFINS em aberto, em detrimento daqueles que efetuaram o depósito judicial do montante devido, porquanto o parcelamento previsto pela Portaria nº 655/93 não isentou o sujeito passivo dos acréscimos legais decorrentes da mora, com juros e encargos.

Já os contribuintes que depositaram os respectivos valores judicialmente poderão ter os seus depósitos convertidos em renda a favor da União sem a incidência dos acréscimos legais, visto que, nesse caso, não se configura a mora.

Portanto, não há que se falar aqui em arbitrariedade do *discrímen* utilizado pela Portaria nº 655/93 para adesão ao parcelamento, referente aos valores depositados judicialmente, tendo em vista que obedece a todos os aspectos essenciais à observância da isonomia na utilização de critérios de desigualação, expostos acima.

Com efeito, o fator de desigualação prestigiado pela Portaria nº 655/93 é genérico, aplicando-se a todas as situações que menciona, ou seja, nenhum contribuinte com depósito judicial relativo à COFINS poderá aderir ao parcelamento. Além disso, não há uma restrição aos contribuintes que ingressaram em juízo em detrimento dos demais e nem a respectiva restrição se dirige aos contribuintes depositantes, mas sim, aos valores objeto de depósito judicial, como bem reconheceu, aliás, o Min. Carlos Ayres Britto, em 23/11/09, ao decidir questão idêntica no RE nº 353.486/BA, *verbis*:

“[...] 2. Pois bem, a parte recorrente alega afronta ao caput e inciso XXXV do art. 5º e ao inciso II do art. 150 da Magna Carta.

RE 640905 / SP

3. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Caetana Cintra Santos, opina pelo não conhecimento do apelo extremo.

4. Tenho que a insurgência não merece acolhida. **É que a restrição ao parcelamento dos débitos de que trata o art. 4º da Portaria nº 655/93, da Secretaria da Receita Federal, diz respeito aos valores objeto dos depósitos judiciais, não às empresas depositantes, pelo que não vislumbro violação ao princípio da isonomia.**” (grifo nosso)

Ademais, destaque-se que o *discrímen* adotado pela mencionada Portaria guarda estrita relação de pertinência lógica com o objetivo pretendido, que foi justamente o de promover o pagamento voluntário dos débitos relativos à COFINS por parte do contribuinte que ainda não havia adimplido as suas obrigações.

Nesse ponto, é de se reconhecer que, tendo vista o regime jurídico do depósito judicial explicitado acima, os contribuintes que assim o fizeram se equiparam aqueles que adimpliram as suas obrigações, efetuando o pagamento do crédito tributário. Tal fato se deve, como visto, à vinculação do depósito judicial ao resultado final da ação que, com o julgamento da ADC nº 01/DF pelo STF, obviamente, será desfavorável contribuinte, eis que assentada a constitucionalidade da exigência em litígio.

Por fim, saliente-se que o *discrímen* feito pela Portaria nº 655/93 está em consonância com os interesses protegidos pela Constituição, na medida em que prestigia a racionalização na cobrança do crédito público, consubstanciando uma solução administrativa para a controvérsia relativa à COFINS que evita o ajuizamento de demandas desnecessárias e estimula o contribuinte em situação irregular ao cumprimento de suas obrigações.

Tivesse a Fazenda Pública editado um parcelamento que eximisse o

RE 640905 / SP

sujeito passivo do encargos relativos a mora, aí sim tal medida importaria em ofensa à isonomia, não por distinguir contribuintes em situações idênticas, mas, ao contrário, por não distinguir duas situações completamente diferentes: a do contribuinte que voluntariamente efetuou o depósito judicial do débito, ficando imune aos consectários legais decorrentes da mora, e a do contribuinte que se quedou inerte em relação aos débitos de COFINS que possuía com o Fisco.

Tal como exposto, a isonomia deve ser objeto de análise sempre sob as suas duas dimensões, de modo a coibir a concessão de privilégios injustificados na aplicação da legislação, quando se tratam de situações equivalentes, e, ao mesmo tempo, estimular o legislador a adotar critérios distintivos para equilibrar situações diversas, como fez a Portaria nº 655/93 do Ministério da Fazenda.

Outrossim, no que diz respeito ao alegado ultraje ao livre acesso à Justiça, melhor sorte não socorre ao Recorrido. Este princípio encontra abrigo no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, *in verbis*:

“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

O dispositivo constitucional tem como objetivo primeiro estabelecer a assistência judiciária aos hipossuficientes. Segundo, tem o intento de coibir iniciativas dos legisladores que pudessem impor obstáculos desarrazoados ao acesso à Justiça, a fim de impor o acesso plural e universal ao Poder Judiciário. Mas, além disso, compreende um direito a uma resposta individual justa, com base no contexto fático e jurídico de cada demanda, que garanta a cada um seus direitos encartados na Constituição.

Nesse sentido, os ilustres Professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, (*Acesso à justiça. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 3*), assim definem as finalidade do direito ao

RE 640905 / SP

livre acesso à Justiça, *verbis*:

“A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”

Desse modo, qualquer norma que crie entraves ao acesso ao Poder Judiciário, ou que atente contra os princípios e direitos fundamentais constitucionais, deve ser declarada inconstitucional.

A hipótese encartada na Portaria objurgada, contudo, não contém qualquer ofensa ao referido princípio. Isto porque não se impõe o depósito judicial para o ingresso em juízo, o que, acaso exigido, inevitavelmente atrairia o vício de inconstitucionalidade por este fundamento.

Neste sentido, podemos citar o seguinte verbete desta Corte:

“Súmula Vinculante 28 - É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.”

Ademais, a Portaria nº 655/93 não estabelece distinção entre quem ingressou e quem não ingressou em juízo, mas sim, em relação aos depósitos feitos judicialmente. Inclusive, mesmo no caso de o contribuinte ter entrado em juízo e realizado o depósito do montante que entendera devido, havendo eventual saldo a pagar, pode o mesmo aderir ao parcelamento para sua quitação, não havendo que se falar, portanto, em obstrução ao acesso ao Judiciário.

RE 640905 / SP

Ex positis, dou provimento ao Recurso Extraordinário, propondo a fixação da seguinte tese a ser assentada em Repercussão Geral: “Não viola o princípio da isonomia e o livre acesso à jurisdição a restrição de ingresso no parcelamento de dívida relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social COFINS, instituída pela Portaria nº 655/93, dos contribuintes que questionaram o tributo em juízo com depósito judicial dos débitos tributários.”

É como voto.

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminente Relator, eminentes Pares, ilustre Procurador da Fazenda que ocupou a tribuna, acabo de verificar que o eminente Relator, ao examinar o artigo 4º desta Portaria 655/1993, reputou-a consentânea com princípios e, portanto, normas constitucionais que aqui são articuladas.

Na decisão que é objeto do recurso extraordinário, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região concluiu que:

"(...) a mencionada portaria desborda os limites da lei ao impor restrição ao princípio da universalidade de jurisdição e atentar contra o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento diferenciado entre devedores da mesma exação, autorizando a parcelar o débito apenas aos que não buscaram a prestação jurisdicional para dizer da validade da contribuição à Cofins."

Ao dar provimento ao recurso extraordinário, o eminente Ministro-Relator está, por assim dizer, a retirar do mundo jurídico esta afirmação.

E também verifico que o Ministério Público Federal, no parecer exarado pela Procuradoria-Geral da República, entendeu que:

"(...) a Portaria 655/1993, em seu art. 4º, impõe restrição desproporcional aos direitos fundamentais da isonomia e acesso à jurisdição, uma vez que autorização de parcelamento dos débitos referentes à COFINS somente para os contribuintes em mora - excluindo aqueles que fizeram depósito judicial dos respectivos valores - implicou inadequação da razão diferencial que lhe serviu de supedâneo."

Eu entendo, Senhora Presidente, eminente Relator, eminentes Pares, que efetivamente a portaria estabelece uma diferença, tanto que assevera ao prever uma negativa de parcelamento em relação a quem fez o depósito. A questão que emerge é saber se essa diferença atenta algum princípio, e portanto a norma é de índole constitucional. Se atentar,

RE 640905 / SP

parece-me que subsiste a decisão do Tribunal Regional Federal e conclui-se daí, como consequência, pela negativa de provimento ao recurso extraordinário; se não atentar, prevalece dentre os diversos fundamentos que o acutíssimo voto do Ministro Fux trouxe a este Colegiado.

Do exame que fiz, pedindo todas as vênias ao eminente Relator, concluí o oposto de Sua Excelência. Entendo que, aqui, há dois princípios constitucionais que restam afrontados por esta portaria. É evidente que traz consequências empíricas desfavoráveis à Fazenda Pública, isto é de algum modo inegável, mas a conjugação dessas consequências empíricas com princípios e regras constitucionais, a meu ver, não me permite afastar do que está, em primeiro lugar, no inciso II do artigo 150 da Constituição, que trata da isonomia: são contribuintes que se encontram em situação equivalente. O fato de um ter depositado, e outro não, diz respeito a uma situação material e concreta que não os retira - como disse, no meu modo de ver, acertadamente, a decisão recorrida - do mesmo quadro da situação jurídica atinente àquela exação. Portanto, com todas as vênias, entendo que há uma ofensa ao princípio da isonomia aqui estabelecido.

O fato de o contribuinte depositar e, com o depósito, obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não lhe estabelece, para além de uma diferença, uma circunstância que se circunscreva a uma mera distinção; no meu modo de ver, estabelece uma discriminação, que ofende o princípio da isonomia.

Além disso, entendo também que aqui há uma flagrante ofensa ao inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição, que trata do acesso à jurisdição. Porque, à medida que essa portaria diz "não parcela quem vai a juízo", o que ela está a dizer é, a rigor, na direção de um limite do acesso à jurisdição. Esse limite de ingresso do contribuinte para que ele possa ter eventualmente um regime tributário mais favorável - portanto, estimulando negativamente o ingresso à jurisdição -, com todas as vênias, não me parece ter abrigo na Constituição.

Há precedente neste Tribunal, em situação não idêntica, mas similar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.545, em sede de medida cautelar, de relatoria da eminente Ministra Ellen Gracie, julgada perante

RE 640905 / SP

este Tribunal Pleno e publicada em 7/2/2003, em que se exigia aqui, à luz da legislação citada:

O resgate antecipado, em que instituição de ensino superior não figure como litigante ou litisconsorte em processos judiciais em que se discutam contribuições sociais arrecadadas pelo INSS ou contribuições relativas ao salário-educação, afronta aparentemente a garantia constitucional inserida no art. 5º, inciso XXXV.

Portanto, com todas as vênias, e obviamente compreendendo as razões da Fazenda Nacional, não são poucos os problemas e dimensões empíricas que resultem desse entendimento que eu estou a subscrever; mas entre a empiria e a norma constitucional, prefiro ficar com esta.

Por isso, peço todas as vênias ao eminente Relator e voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário.

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, um dos dramas e fascínios do Direito é que, às vezes, você olha para uma questão e consegue visualizar as duas soluções como sendo razoáveis e portadoras de justificativas suficientes.

Eu ouvi os votos do Ministro Luiz Fux e agora do Ministro Luiz Edson Fachin, e os dois sustentados em pilares tão robustos que, se eu pudesse, julgaria a lide empatada; mas infelizmente não posso fazê-lo. No estudo que fiz, Presidente, cheguei a conclusões que materializei em uma ementa breve que vou ler:

O depósito judicial é uma garantia, para as partes litigantes, de que a decisão produzida ao final do processo será efetiva. Em tais casos, para além da relação jurídica de direito material discutida no processo, a partir do momento em que o devedor faz a opção pelo depósito, se estabelece uma nova relação de cunho processual e de confiança entre as partes litigantes, que tem natureza dúplice e uma estreita ligação com a segurança jurídica.

Com isso, portanto, já estou antecipando que vou acompanhar a posição do eminente Relator. Em relação ao contribuinte, dessa forma, o depósito lhe traz vantagens. Isso me parece importante ser assinalado.

Em relação ao contribuinte, o depósito integral impede a propositura da execução fiscal, a fluência de juros, encargos e a imposição de multa, permitindo ainda que ele possua situação de regularidade fiscal, fazendo jus, portanto, a certidão que ateste tal condição. E sob o ponto de vista da Fazenda Pública, o depósito acautela seus interesses de receber o crédito tributário com maior brevidade e suspende a exigibilidade do crédito, impedindo que seja praticado qualquer outro ato de cobrança.

Com o trânsito em julgado do processo, o destino de tais valores é a conversão em renda do depósito judicial, em caso de vitória da Fazenda, ou o levantamento, na hipótese de vitória do contribuinte. Dessa forma, a

RE 640905 / SP

proibição de utilização de tais créditos, em parcelamento, me parece ser uma opção fiscal legítima por parte da União, que não viola o acesso à Justiça, nem desestimula a utilização do depósito como meio de discutir judicialmente a constitucionalidade de tributos. Ao contrário, a manutenção da garantia promove a efetividade processual e prestação jurisdicional adequada.

Os créditos tributários objetos de depósito encontram-se - aqui enfrente o ponto bem levantado pelo Ministro Fachin - em situação que considero diversa da dos demais créditos que não contam com nenhuma causa de suspensão de exigibilidade, especialmente no que diz respeito à perspectiva futura de recebimento de tais valores. Isso, a meu ver, autoriza um tratamento diferenciado pela regra de parcelamento que, por isso, não discrepa do princípio da isonomia.

Eu gostaria de observar também, Presidente, embora não seja decisivo para o meu juízo, que esta portaria foi editada posteriormente à Ação Declaratória 1, que considerou constitucional a cobrança da Cofins, o que acho que também é um dado relevante.

E apenas porque tenho esse hábito de encerrar os meus votos, eu sintetizo em uma proposição a minha conclusão, mas depois ouviremos a do Ministro Luiz Fux, que é a seguinte:

É legítimo interditar a inclusão, em programa de parcelamento, de crédito tributário objeto de depósito judicial.

Portanto, essa é a síntese da minha posição, que é acompanhando o Ministro-Relator. É como voto, Presidente.

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhora Presidente, no meu entender, o deslinde desta matéria está intimamente relacionado à natureza jurídica do depósito a que se refere o art. 151, inciso II, do Código Tributário Nacional. Sobre a natureza jurídica desse depósito, a jurisprudência do STJ - e eu devo dizer que, enquanto estive lá, muito se debateu sobre isso - olhou a questão sob variados aspectos, porque ela enseja realmente um exame sob diversos pontos de vista, uma vez que o depósito faz com que vários efeitos jurídicos de naturezas diferentes se estabeleçam no plano fiscal e no plano da situação jurídica do contribuinte e do fisco. A conclusão a que eu cheguei é de que esse depósito, além de ser uma garantia, como colocou aqui o Ministro Barroso, tem também muita semelhança com o depósito que se faz, que não é o mesmo que penhora, nos processos de execução.

Em suma, esse depósito tem a natureza equivalente ao pagamento sob condição resolutória. Qual é a condição resolutória? A condição resolutória é o depositante-contribuinte vir a se tornar vencedor, seja no processo administrativo, seja na demanda judicial. Se o processo for vencido pela Fazenda, ela transforma o depósito em renda. Se o contribuinte ficar vencedor, ele é quem levanta esse valor. Uma questão ficou muito debatida no STJ pela terceira alternativa, ou seja, o que acontece quando o processo é extinto sem julgamento de mérito? Quando o processo é extinto sem julgamento de mérito, quem é que levanta? Chegou-se à conclusão de que, tratando-se de um pagamento sob condição resolutória - e a condição resolutória é a vitória do contribuinte -, não se opera a condição resolutória se o mérito não é examinado. Portanto, nesse caso, se torna definitivo aquele pagamento que foi feito sob essa condição.

Em outras palavras, o depósito é um pagamento sob condição resolutória. Por que ele é um pagamento sob condição resolutória? Por

RE 640905 / SP

que ele é um pagamento? Ele é um pagamento porque, desde que efetuado, opera todos os efeitos de um pagamento - o Ministro Barroso acabou de indicar, o Ministro Fux também: ele suspende a exigibilidade do crédito, faz cessar juros, permite expedição de certidão negativa. Em caso decidido no STJ, fez-se o depósito para desembaraçar mercadoria retida na alfândega por falta de pagamento do Imposto de Importação. Feito o depósito, a mercadoria foi desembaraçada. Enfim, ele opera todos os efeitos de um pagamento sob essa condição resolutória.

Se nós considerarmos assim - e esse é o entendimento que penso que deve predominar para o julgamento da causa -, temos que examinar se o contribuinte que efetuou esse pagamento sob condição resolutória deve ter o mesmo tratamento daquele contribuinte que não fez pagamento nenhum. É que quando fazemos um juízo de isonomia, vamos comparar situações jurídicas; e aqui o que se tem que comparar é se houve ofensa ao princípio da isonomia entre aquele contribuinte que não pagou, o inadimplente, e aquele contribuinte que pagou, ainda que sob condição resolutória. Essa, no meu entender, é a comparação que tem que ser feita. E olhado sob esse ângulo, não vejo ofensa ao princípio da isonomia, porque, do contrário, teríamos que dizer também que há ofensa ao princípio da isonomia em não conceder parcelamento àquele contribuinte que já pagou. Teria que devolver o valor àquele contribuinte que pagou, permitindo-lhe o parcelamento. O depósito, uma vez efetuado, fica indisponível, não fica ao arbítrio do depositante levantá-lo. O depositante não pode arrepender-se de ter depositado. Aquele depósito é um pagamento sob condição resolutória.

Lamentando não poder ter alinhavado uma ordenação lógica melhor, penso que ficou claro o motivo pelo qual vou acompanhar o eminente Relator, dando provimento.

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Veja bem, Presidente, a beleza do Direito. Ele comporta visões diversas e soluções diferentes, todas devidamente fundamentadas.

Eu peço todas as vênias ao eminente Relator e aos Ministros que o acompanharam - inclusive achei extremamente interessante essa linha de raciocínio desenvolvida pelo Ministro Teori, a partir da natureza jurídica do depósito -, mas entendo afrontado, nesse tratamento a meu juízo desigual, o princípio da isonomia. Não reconheço fator de discrimen legítimo que enseje que aquele que depositou, não possa depois parcelar, e que o que não pagou nem depositou tenha essa possibilidade.

Peço todas as vênias para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Fachin.

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu vou pedir vênia ao Relator e acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Luiz Edson Fachin.

Eu entendo, com a devida vênia, que houve sim uma afronta ao princípio da isonomia. Nós estamos tratando desigualmente aquele que cumpriu a lei e dando benefício àquele que não cumpriu a lei, que se manteve inerte. E todos sabemos que o depósito judicial não é definitivo; é uma faculdade que é atribuída ao contribuinte e que pode desistir, a qualquer momento, deste depósito e favorecer-se de um parcelamento que é estendido a todos sem qualquer distinção, inclusive aos inadimplentes, aqueles que se quedarem inertes em face da exação cobrada pelo Fisco.

Portanto, louvando o belo voto do eminente Relator, eu penso que é chegada hora, *data venia*, também, de estarmos um pouco mais ao lado do contribuinte, que vem suportando uma carga tributária que, comparada aos outros países, é talvez uma das maiores do mundo.

É como voto, Senhora Presidente. Portanto, desprovendo o recurso extraordinário.

15/12/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, em primeiro lugar, o recurso extraordinário foi trancado na origem, uma vez que o Juízo primeiro de admissibilidade não viu transgressão, pelo acórdão proferido, à Constituição Federal. O antecessor do Relator, o ministro Eros Grau, proveu o agravo, sem fundamentação maior, apenas lançando que o fazia para melhor exame da matéria.

Segunda observação, devemos ter presente a aplicação da lei no tempo. O recurso extraordinário, embora haja sido inserido, pelo Relator, no denominado Plenário Virtual, para definir-se a repercussão geral, tem regência pela legislação anterior ao instituto. Surgiu o interesse em recorrer antes da regulamentação da repercussão geral, antes de maio de 2007.

Resisto à propensão de ver, nesses tempos estranhos, no exercício de um direito, prejuízo para aquele que o implementa. E não diria um direito. Digo dois direitos: o alusivo ao ingresso em Juízo e o que diz respeito ao depósito judicial que, conforme ressaltado pelo ministro Ricardo Lewandowski, pode, inclusive, ser levantado a qualquer momento, arcando aquele que o fez com as consequências próprias. Não me consta que, na ação na qual feito o depósito, tenha transitado em julgado a decisão a favor da Fazenda. Então, não houve a transmutação do depósito em renda da Fazenda.

Depósito não é pagamento, com a devida vênia daqueles que entendem de forma diversa. Depósito é algo que se faz, à disposição do Juízo, para, justamente, não se ter, a teor do disposto no artigo 151 do Código Tributário Nacional, a exigibilidade do tributo; não se ter a continuidade da incidência dos acessórios, dos juros e da correção monetária.

Mas a Fazenda veio a implementar diferença no trato dos contribuintes, apenando o que haja ingressado – e deve ser dito isso, porque a consequência é essa – em Juízo, e, para não ser agravado por juros e correção monetária, haja feito o depósito, a favorecer ao

RE 640905 / SP

contribuinte, que, repito – e assim tenho decidido, quando há pleito de levantamento –, pode ser levantado, com as consequências jurídicas, antes do julgamento da própria ação.

Não vejo como fugir, Presidente, à conclusão de que se introduziu tratamento diferenciado que não encontra apoio na Constituição Federal.

Peço vênia, portanto, ao Relator e àqueles que o acompanharam para desprover o recurso, na esteira do pronunciamento da Procuradoria-Geral da República.

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Peço vênia**, Senhora Presidente, para, **acompanhando** o eminente Relator, **dar** provimento ao presente recurso extraordinário, **concordando**, *inclusive*, com a tese jurídica formulada por Sua Excelência, referente ao tema 573.

É o meu voto.

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Também eu vou pedir vênias aos que divergiram para acompanhar o Relator no sentido de dar provimento ao recurso, considerando também, convencida dos argumentos expressos por Sua Excelência, no sentido de que não se configura aqui arbitrariedade legislativa nem ofensa ao princípio da isonomia, ao livre acesso à Justiça, razão pela qual eu também estou dando provimento ao recurso e acompanhando o Relator.

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO

PROPOSTA DE TESE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Presidente, a proposta de tese: *Não viola o princípio da isonomia e o livre acesso à jurisdição a restrição de ingresso, no parcelamento da dívida relativa ao Cofins, instituída pela portaria número tal, dos contribuintes que questionaram o tributo em juízo com depósito judicial dos débitos tributários.*

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, entendo que não cabe emitir tese sob o ângulo da repercussão geral.

No voto, disse que o interesse em recorrer surgiu antes da regulamentação do instituto. Portanto, fico vencido quanto à emissão de tese, não fosse também pelo fato de ter figurado não na corrente majoritária de seis votos, mas na minoritária de cinco, escora a revelar um Tribunal muito dividido.

15/12/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905 SÃO PAULO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhora Presidente, eu só queria destacar que é sempre útil que o Tribunal firme uma tese, principalmente pela força que o novo Código confere às decisões do Supremo, permitindo, inclusive, que o juiz de primeiro grau possa julgar, de plano, improcedente um pedido se ele estiver de acordo com a tese e for favorável ao réu. Dessa sorte, há uma série de vantagens de se conferir força a essa jurisprudência do Tribunal, que, naturalmente, é dialética e dividida, como sempre.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Inclusive há a vantagem quanto à autodefesa!

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 640.905

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : UNIÃO

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

RECDO.(A/S) : TECBRAF - TECNOLOGIA DE PRODUTOS PARA FUNDICAO LTDA

ADV.(A/S) : EDMUR BENTO DE FIGUEIREDO JUNIOR (139142/SP)

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 573 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, e fixou tese nos seguintes termos: "Não viola o princípio da isonomia e o livre acesso à jurisdição a restrição de ingresso no parcelamento de dívida relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, instituída pela Portaria n°. 655/93, dos contribuintes que questionaram o tributo em juízo com depósito judicial dos débitos tributários". Vencido o Ministro Marco Aurélio na fixação da tese. Falou pela União o Dr. Leonardo Quintas Furtado, Procurador da Fazenda Nacional. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 15.12.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário