

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.275.858 - DF (2011/0211494-1)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : EMPRESA DE REVITALIZAÇÃO DO PORTO DE MANAUS S/A
ADVOGADA : VERA CARLA NELSON CRUZ SILVEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES PARA O FUNDAF. RESSARCIMENTO DOS CUSTOS DAS ATIVIDADES EXTRAORDINÁRIAS DE FISCALIZAÇÃO ALFANDEGÁRIA EM ENTREPÓS DE USO PÚBLICO. NATUREZA JURÍDICA DE TAXA. ATIVIDADE TÍPICA ESTATAL. COMPULSORIEDADE. PODER DE POLÍCIA.

1. Caso em que se discute a legalidade dos valores cobrados a título de contribuição para o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, para ressarcimento dos custos em razão do exercício extraordinário de atividade de fiscalização alfandegária no Porto de uso público do qual a recorrida é concessionária. A Fazenda Nacional defende que a exação tem natureza de preço público, ao argumento de que seu pagamento tem por fundamento disposições do contrato de concessão.
2. Não se pode conhecer da alegada violação ao artigo 481, do CPC, tendo em vista que sobre tal norma não houve emissão de juízo pelo acórdão recorrido, tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir tal omissão, o que atrai a aplicação da súmula 282/STF.
3. Os valores cobrados têm natureza de taxa, tendo em vista que o seu pagamento é compulsório e decorre do exercício regular de típico poder de polícia, conforme se afere do artigo 22, do Decreto-Lei 1.455/76.
4. Não havendo definição dos elementos constitutivos do tributo em lei, mas em atos regulamentares da Receita Federal, inexigível sua cobrança, em atenção ao Princípio da Legalidade Estrita.
5. Recurso Especial conhecido parcialmente e, nessa extensão, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.275.858 - DF (2011/0211494-1)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : EMPRESA DE REVITALIZACAO DO PORTO DE MANAUS S/A
ADVOGADA : VERA CARLA NELSON CRUZ SILVEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, assim ementado (fls. 455-456):

PROCESSUAL. TRIBUTÁRIO. INÉPCIA DA INICIAL. PRESCRIÇÃO. FUNDAF. RESSARCIMENTO DOS CUSTOS DAS ATIVIDADES EXTRAORDINÁRIAS DE FISCALIZAÇÃO EM ENTREPOSTOS DE USO PÚBLICO. NATUREZA JURÍDICA DE TAXA. ATIVIDADE TÍPICA ESTATAL, COMPULSORIEDADE, PODER DE POLÍCIA ALFANDEGÁRIA. DECRETO-LEI 1.455/1976. REVOGAÇÃO. ART. 25 DO ADCT.

I. Desnecessária a apresentação de documentos originais de recolhimento do tributo, não só porque a Fazenda Nacional dispõe do controle desses pagamentos, mas também pelo fato de que a prova do recolhimento deverá ocorrer na fase de liquidação do julgado.

II. Constituem documentos hábeis a comprovação do pagamento da exação as cópias autenticadas dos recolhimentos efetuados.

III. A Corte Especial deste Tribunal, em julgamento realizado em 02/10/2008, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da LC 118/2005, ou seja, afastado o pretenso caráter meramente interpretativo da norma, nos termos do voto da lavra do Desembargador Federal Leomar Amorim (AI na AC 2006.35.02.001515-0/GO). Assentado, também, que a aplicabilidade da LC 118/2005 se refere apenas a fatos geradores posteriores à sua vigência.

IV. À luz do art. 145, II e § 2º, da CF/1988 e dos arts. 77 a 79 do CTN, entende-se por taxa a espécie tributária que tem por fato gerador a atuação estatal decorrente do exercício do poder de polícia ou da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

V. A fiscalização exercida nas áreas alfandegárias junto aos portos constitui atividade estatal típica, compulsória e decorrente do exercício do poder de polícia alfandegário, e sua remuneração não se caracteriza como preço público, mas como taxa.

VI. Tratando-se de taxa, e, por ser considerada tributo, está sujeita às limitações do poder de tributar previstas constitucionalmente, ou seja, sua hipótese de incidência deveria ter base de cálculo, alíquota e contribuintes fundamentados em lei (art. 150, I, da CF c/c o art. 97 do CTN), em face do princípio da legalidade.

VII. A obrigação tributária não foi devidamente delineada, quanto aos seus aspectos indispensáveis, pelos Decretos que instituíram o FUNDAF (Decreto-Lei 1.437/1975) ou que delegaram a competência ao Secretário da Receita Federal

Superior Tribunal de Justiça

(Decreto-Lei 1.455/1976 e Decreto 91.030/1985).

VIII. Os elementos constitutivos da taxa foram previstos por atos regulamentares da Receita Federal. Os instrumentos normativos, frutos da delegação de competência previstas no Decreto-Lei 1.455/1976 e no Decreto 91.030/1985, não mais subsistem ante o disposto no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

IX. Se o fundamento para a regulamentação foi revogado, inviável a cobrança da referida taxa também após os 180 dias da vigência da CF/1988, nos termos do art. 25 do ADCT, pois os instrumentos normativos que fixaram seus elementos constitutivos, em observância à delegação de competência prevista no Decreto-Lei 1.455/1976 e no Decreto 91.030/1985, não mais subsistem.

X. A cobrança realizada esteve embasada em preceito legal em branco, pois o Decreto-Lei 1.455/1976 não definiu suficientemente todos os elementos constitutivos da referida taxa, nos moldes do art. 97 e incisos do CTN.

XI. Apelação da autora a que se dá provimento.

XII. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial a que se nega provimento.

Os embargos de declaração foram rejeitados, nos termos do acórdão de fls. 497-503.

Nas razões do recurso especial, a recorrente alega que o acórdão recorrido contrariou, inicialmente, os artigos 458, II e 535, II, do CPC, em razão da omissão a respeito das seguintes questões: (i) o pagamento da mencionada exação não estaria fundamentado unicamente na legislação em vigor, mas, antes, nos termos dos contratos de permissão celebrados pela recorrida, além de constituir um dos principais componentes do critério da licitação por ela vencida; (ii) relação jurídica existente entre a Autora e a União deve ser regida pela Lei 8.997/95 e pelas cláusulas do contrato por elas firmado; (iii) artigos 6 a 10 do Decreto-lei 1.437/75, 566 do Decreto 91.030, 1º da Lei 9.074/95, 10 ao 5º da Lei 8.487/95, 8º do Decreto 1.910/96, 91 do CTN, 97, 150, I, e 237 da Constituição da República que, aliados ao art. 22 DL 1.455/76.

Quanto ao juízo de reforma, aduz que houve ofensa aos artigos 168, I, 165, I e II e 150, todos do CTN, bem como ao artigo 3º da LC 118/2005, relativamente ao prazo para o exercício do direito à restituição dos valores pagos indevidamente. Nesse sentido, ressalta que, tendo a demanda sido proposta em 15/4/2005, já sob a égide da referida lei complementar, devem ser consideradas prescritas as parcelas anteriores a 15/4/2000.

Acrescenta que foi violado o artigo 97 do CTN, pois o pressuposto de validade da cobrança da contribuição ao FUNDAF por fiscalização aduaneira consiste no Decreto-Lei 1.455/1976 (art. 22), o qual continua em vigor com as alterações trazidas pela Medida Provisória 2.158-35/2001. Sob esse enfoque, conclui que não se pode cogitar em delegação de competência tributária ou ofensa ao princípio da legalidade tributária, pois a exigência em questão não tem

Superior Tribunal de Justiça

natureza tributária, mormente porque a contribuição ao FUNDAF se refere a uma contraprestação por serviços extraordinários a que a própria contribuinte dá causa, ao optar pela utilização de terminal próprio, "para onde a fiscalização tem que se deslocar a fim de proceder a fiscalização que, em regra, não é onerosa" (fl. 619).

Reitera que, sendo o pressuposto de validade da cobrança da contribuição em discussão o artigo 22 do Decreto-lei 1.455/76, sua cobrança não tem lastro no Decreto 91.030/85, o qual apenas regulamentou, de forma mais detalhada, a lei existente sobre a matéria, balizando aspectos da cobrança da contribuição em questão, da mesma forma que o fazem as Instruções Normativas da SRF 37/96 e 48/96.

Conclui reafirmando que a natureza da contribuição é de preço público, decorrente do fato de a empresa ser titular de instalação portuária de uso privativo, permitida pela Lei 8.630/93, não sendo sua natureza alterada pelo fato de seu recolhimento ser compulsório, nem em razão da destinação do valor arrecadado para o FUNDAF.

Ademais, afirma que o acórdão recorrido ofendeu o artigo 481 do CPC, tendo em vista que o Tribunal de origem, acabou por afastar a incidência dos decretos que instituíram o FUNDAF (Decreto-lei 1.437/75) ou que delegaram a competência ao Secretário da Receita Federal (decreto-lei 1.455/76 e decreto 91.030/85 e Decreto-lei 1.437/75, artigo 566 do decreto 1.910/96, sem afetar o processo ao Plenário do Tribunal para o reconhecimento, incidental, de sua inconstitucionalidade.

Contrarrazões às fls. 631-659, nas quais a recorrida pugna pelo não conhecimento ou não provimento do recurso especial.

Decisão positiva de admissibilidade às fls. 689-690.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.275.858 - DF (2011/0211494-1)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES PARA O FUNDAF. RESSARCIMENTO DOS CUSTOS DAS ATIVIDADES EXTRAORDINÁRIAS DE FISCALIZAÇÃO ALFANDEGÁRIA EM ENTREPOSTOS DE USO PÚBLICO. NATUREZA JURÍDICA DE TAXA. ATIVIDADE TÍPICA ESTATAL. COMPULSORIEDADE. PODER DE POLÍCIA.

1. Caso em que se discute a legalidade dos valores cobrados a título de contribuição para o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, para ressarcimento dos custos em razão do exercício extraordinário de atividade de fiscalização alfandegária no Porto de uso público do qual a recorrida é concessionária. A Fazenda Nacional defende que a exação tem natureza de preço público, ao argumento de que seu pagamento tem por fundamento disposições do contrato de concessão.
2. Não se pode conhecer da alegada violação ao artigo 481, do CPC, tendo em vista que sobre tal norma não houve emissão de juízo pelo acórdão recorrido, tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir tal omissão, o que atrai a aplicação da súmula 282/STF.
3. Os valores cobrados têm natureza de taxa, tendo em vista que o seu pagamento é compulsório e decorre do exercício regular de típico poder de polícia, conforme se afere do artigo 22, do Decreto-Lei 1.455/76.
4. Não havendo definição dos elementos constitutivos do tributo em lei, mas em atos regulamentares da Receita Federal, inexigível sua cobrança, em atenção ao Princípio da Legalidade Estrita.
5. Recurso Especial conhecido parcialmente e, nessa extensão, não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): De início, consigno que não pode ser conhecida a alegada violação ao artigo 481, do CPC, tendo em vista que sobre tal norma não houve emissão de juízo pelo acórdão recorrido, tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir tal omissão, o que atrai a aplicação da súmula 282/STF, que assim dispõe: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

Quanto ao mais, preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Afasto, primeiramente, a alegação de violação dos artigos 535 e 458 do CPC.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, a recorrente afirma que não houve manifestação do acórdão ora impugnado a respeito de suas alegações de que: (i) o fundamento da cobrança da exação é contratual e não legal; (ii) a relação jurídica firmada entre a ela e a recorrida é regida pela Lei 8.997/95 e pelas cláusulas do contrato por elas firmado; (iii) ofensa aos artigos 6º a 10 do Decreto-lei 1.437/75, 566 do Decreto 91.030, 1º da Lei 9.074/95, 10 ao 5º da Lei 8.487/95, 8º do Decreto 1.910/96, 91 do CTN, 97, 150, I, e 237 da Constituição da República que, aliados ao art. 22 DL 1.455/76, conferem legitimidade à exigência da exação.

O Tribunal Regional, ao apreciar a controvérsia, entendeu indevida a cobrança dos valores em discussão, basicamente, com fundamento nos seguintes argumentos: (i) a exação exigida tem natureza de taxa, uma vez que é compulsória e decorre do exercício do poder de polícia; (ii) em sendo taxa, deve obedecer ao Princípio da Legalidade Estrita, de modo que, não havendo na lei instituidora da parcela exigida, previsão a respeito dos elementos constitutivos da obrigação tributária (os quais estão previstos apenas em Instruções Normativas da Receita Federal), não há embasamento para sua exigência.

Por oportuno, transcreve-se e excerto do acórdão proferido nos embargos declaratórios nos quais foram alegadas as referidas omissões:

O voto condutor do julgado foi explícito as fundamentar e concluir que: tratando-se de taxa, e, por ser considerada tributo, este sujeita às limitações do poder de tributar previstas constitucionalmente, ou seja, sua hipótese de incidência deveria ter base de cálculo, alíquota e contribuintes fundamentados em lei (art. 150, 1, da CF c/c o art. 97 do CTN), em face do princípio da legalidade. E mais adiante, os elementos constitutivos da taxa foram previstos por atos regulamentares da Receita Federal. Os instrumentos normativos, frutos da delegação de competência previstas no Decreto-Lei 1.455/1976 e no Decreto 91.030/1985, não mais subsistem ante o disposto no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Portanto, não há no julgado os vícios alegados, o que, na verdade, consubstancia inconformismo com o entendimento acolhido pelo julgado, não ensejando a oposição do presente recurso (EDAC 28'963, 2a Turma do STJ, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 08/09/2003), pois esse inconformismo desafia recurso próprio. O exame de eventual erro de julgamento não se insere nos estreitos limites dos embargos de declaração, nos termos do art. 535 o CPC.

Dessa forma, tem-se que a Corte de origem empregou fundamentação suficiente e adequada para a solução da controvérsia, não se configurando nenhum vício de integração que justifique a anulação do acórdão recorrido.

Superior Tribunal de Justiça

Quanto ao juízo de reforma, melhor sorte não assiste à recorrente. Se não, vejamos.

Como questão da prescrição, preliminar de mérito, a recorrente alega que deve ser aplicado à espécie o artigo 3º da LC 118/05, tendo em vista que a demanda foi proposta em 15/4/2005, de modo que deve ser reconhecida a prescrição das parcelas recolhidas em período anterior a 15-4-2000.

Quanto ao ponto, não assiste razão à recorrente, uma vez que o entendimento da Corte de origem está em conformidade com a jurisprudência do STJ, fixada em sede de recurso especial repetitivo - RESP 1.269.570-MG, segundo a qual a denominada tese dos "cinco mais cinco" se aplica tão somente às demandas propostas antes da vigência da LC 118/2005, que alterou a forma de contagem do prazo prescricional para repetição de indébito.

Eis a ementa do referido precedente:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.

2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).

3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a

Superior Tribunal de Justiça

lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN.

4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 04/06/2012)

Dessa forma, como a presente demanda foi proposta no dia 15 de abril de 2005, ou seja, antes da entrada em vigor da referida Lei Complementar, que se deu em 5 de junho de 2005, não há falar em aplicação da referida Lei Complementar.

No mais, a controvérsia do presente recurso envolve, basicamente, a definição da natureza jurídica dos valores cobrados da ora recorrida, pela Fazenda Nacional, a título de contribuição para o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, se taxa ou preço público.

Neste tópico, cumpre, de início, ressaltar que a discussão travada nos autos, a respeito da natureza jurídica da exação não é de natureza eminentemente constitucional, envolvendo também o exame da legislação infraconstitucional pertinente ao tema, especialmente o Decreto-lei 1.455/76, o Decreto 91.030/85 e a Instrução Normativa n. 48/96 da SRF, além dos artigos 77 e 78 do CTN.

É nesse sentido o entendimento do STF que, em processo com discussão idêntica à presente, negou seguimento ao recurso extraordinário, ao argumento de que se houvesse ofensa à Constituição Federal, tal seria meramente reflexa, em face da necessidade de exame da legislação federal para a resolução da lide. É o que se depreende da ementa a seguir transcrita, com grifos nossos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. FUNDO ESPECIAL DE DESENVOLVIMENTO E APERFEIÇOAMENTO DAS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO - FUNDAF. NATUREZA JURÍDICA. A REPERCUSSÃO GERAL NÃO DISPENSA O PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF).
2. Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se

pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso• (art. 102, III, Â§ 3º, da CF).

3. Entendimento diverso do adotado pelo acórdão recorrido - como deseja o recorrente - quanto à natureza jurídica da contribuição, in casu, se taxa ou preço público, necessário seria a análise da legislação infraconstitucional que o orientou (Decretos-leis ns. 1.437/75 e 1.455/76, Decreto n. 91.030/85, e Instrução Normativa n. 48/96 da SRF), por isso que a eventual ofensa à Constituição opera-se de forma indireta, circunstância que inviabiliza a admissão do extraordinário. (Precedentes: AI n. 145.680-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 30.4.93; AI n. 157.906-AgR, Relator o Ministro Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ de 9.12.94; RE n. 148.512, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 2.8.96; AI n. 757.658-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJ de 24.11.09; RE n. 197.773-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ de 19.10.01, entre outros).

4. Os princípios da legalidade, o do devido processo legal, o da ampla defesa e do contraditório, bem como a verificação dos limites da coisa julgada e da motivação das decisões judiciais quando a verificação da violação dos mesmos depende de reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária. (Precedentes: AI n. 804.854, 1ª Turma, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, DJe de 18.08.10 e AI n. 756.336-AgR, 2ª Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 25.10.10).

5. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: TRIBUTÁRIO. FUNDO ESPECIAL DE DESENVOLVIMENTO E APERFEIÇOAMENTO DAS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO -FUNDAF. TAXA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. A contribuição ao FUNDAF constitui taxa, porquanto compulsória e destinada a custear atividades estatais típicas de polícia. A referida taxa não foi criada pelo Decreto-lei nº 1.437/75, que institui o FUNDAF, tampouco pelo Decreto-lei nº 1.455/76. O Decreto nº 91.030/85 atribui competência ao Secretário da Receita Federal, o qual, através de instrução normativa, veio dispor sobre sujeição passiva e valores devidos, inobservando o princípio da legalidade em matéria tributária. Indevida a imposição tributária, pois ausente a base legal.

6. Agravo Regimental a que se nega provimento.(RE 684842 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/10/2012, DJ 29-10-2012)

Superada a referida questão, passa-se ao exame do mérito recursal em si.

Conforme relatado, a recorrente alega é devido o pagamento da contribuição para o FUNDAF, pela Recorrente, tendo em vista que o pressuposto de validade da cobrança da contribuição ao FUNDAF por fiscalização aduaneira consiste no Decreto-Lei 1.455/1976 (art. 22), o qual continua em vigor com as alterações trazidas pela Medida Provisória 2.158-35/2001. Defende a natureza de preço público da contribuição, tendo em vista que é opção da empresa ser titular de instalação portuária de uso privativo, permitida pela Lei 8.630/93, não sendo sua natureza alterada pelo fato de seu recolhimento ser compulsório, nem em razão da destinação do valor arrecadado para o FUNDAF.

Superior Tribunal de Justiça

Sob esse enfoque, conclui que, sendo o pressuposto de validade da cobrança da contribuição em discussão o artigo 22 do Decreto-lei 1.455/76, sua cobrança não tem lastro no Decreto 91.030/85, o qual apenas regulamentou, de forma mais detalhada, a lei existente sobre a matéria, balizando aspectos da cobrança da contribuição em questão, da mesma forma que o fazem as Instruções Normativas da SRF 37/96 e 48/96.

Dessa forma, tem-se que o apelo especial questiona, tão somente, a natureza jurídica da exação, defendendo tratar-se de preço público. A questão da constitucionalidade da exigência, caso reconhecida a natureza de taxa, fica reservada ao campo constitucional.

O acórdão recorrido consignou a orientação de que a contribuição em comento tem natureza de taxa, tendo em vista os seguintes elementos: tem por fato gerador a atuação tipicamente estatal decorrente do exercício do poder de polícia (fiscalização exercida nas áreas alfandegárias) e seu pagamento é compulsório.

Entendo que, quanto ao ponto, não merece reforma o acórdão recorrido, pois a exação em questão, de fato, tem natureza de taxa.

Com efeito, o FUNDAF, destinatário das quantias questionadas pela ora recorrida, foi instituído pelo artigo 6º, do Decreto-lei 1.437/75, que assim dispõe (grifos nossos):

Art 6º Fica instituído, no Ministério da Fazenda, o **Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF**, destinado a fornecer **recursos para financiar o reaparelhamento e reequipamento da Secretaria da Receita Federal, a atender aos demais encargos específicos inerentes ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades de fiscalização dos tributos federais** e, especialmente, a intensificar a repressão às infrações relativas a mercadorias estrangeiras e a outras modalidades de fraude fiscal ou cambial, inclusive mediante a instituição de sistemas especiais de controle do valor externo de mercadorias e de exames laboratoriais.

Por seu turno, o artigo 22, do Decreto-lei 1.455/76, definiu a possibilidade de cobrança de valores para ressarcimento de despesas decorrentes das atividades extraordinárias de fiscalização alfandegária, *verbis* (grifos nossos) :

Art 22. O regulamento fixará **a forma de ressarcimento** pelos permissionários beneficiários, concessionários ou usuários, **das despesas administrativas decorrentes de atividades extraordinárias de fiscalização**, nos casos de que tratam os artigos 9º a 21 deste Decreto-lei, que constituirá receita do Fundo Especial de

Superior Tribunal de Justiça

Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, criado pelo Decreto-lei número 1.437, de 17 de dezembro de 1975.

Da leitura do referido artigo e das informações constantes dos autos, tem-se, nitidamente, que o pressuposto autorizador da exigência da quantia **é o exercício da fiscalização alfandegária, pelas autoridades da Receita Federal, no entreposto aduaneiro de uso público do porto cuja concessão de uso é da recorrente. A referida fiscalização refere-se ao controle das atividades alfandegárias realizadas no porto administrado pela recorrida (importação e exportação), caracterizando, assim, exercício regular do poder de polícia.**

Sob esse enfoque, e ainda considerando que tal atividade de fiscalização é atividade típica Estatal, tenho que o recolhimento da contribuição, ao contrário do que alega a recorrente, é compulsório e não decorre de opção da recorrida em razão de contrato firmado com a União, tanto que a norma acima transcrita não fala em contraprestação por serviços prestados em decorrência de avença contratual, **mas em ressarcimento de despesas oriundas da realização de fiscalização alfandegária realizada em caráter extraordinário (poder de polícia).**

Dessa forma, não se pode considerar a contribuição ao FUNDAF como preço público, uma vez que não se configura o elemento volitivo consistente na liberdade do administrador de escolher a alternativa de não utilizar determinado serviço público, ante a possibilidade de acesso a essa mesma prestação por outros meios, até mesmo porque a atividade que dá ensejo à exigência da parcela, como visto, é caracterizada como poder de polícia, sendo nítida a sua compulsoriedade.

A esse respeito, importante colacionar a Súmula 545 do STF, segundo a qual "Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu".

Sobre o tema ora discutido, mais recentemente, destaco que o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, assentou o entendimento de que, diversamente do que ocorre com a taxa, a cobrança de preço público (tarifa) não tem caráter compulsório, mas, sim, contratual, pressupondo, em sua essência, a liberdade do administrado de poder escolher alternativa de não utilizar determinado serviço público, ante a possibilidade de acesso a essa

mesma prestação por outros meios.

Eis a ementa desse julgado:

TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS CRIADOS PELA LEI 10.438/02. NATUREZA JURÍDICA CORRESPONDENTE A PREÇO PÚBLICO OU TARIFA. INAPLICABILIDADE DO REGIME TRIBUTÁRIO. **AUSÊNCIA DE COMPULSORIEDADE NA FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS.** RECEITA ORIGINÁRIA E PRIVADA DESTINADA A REMUNERAR CONCESSIONÁRIAS, PERMISSIONÁRIAS E AUTORIZADAS INTEGRANTES DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL. RE IMPROVIDO.

I - Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica emergencial, instituídos pela Lei 10.438/02, não possuem natureza tributária.

II - Encargos destituídos de compulsoriedade, razão pela qual correspondem a tarifas ou preços públicos.

III - Verbas que constituem receita originária e privada, destinada a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas pelos custos do serviço, incluindo sua manutenção, melhora e expansão, e medidas para prevenir momentos de escassez.

IV - O art. 175, III, da CF autoriza a subordinação dos referidos encargos à política tarifária governamental.

V - Inocorrência de afronta aos princípios da legalidade, da não-afetação, da moralidade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade. VI

- Recurso extraordinário conhecido, ao qual se nega provimento (RE 576.189, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, Repercussão Geral - Mérito DJe 25-06-2009).

Assim, não há dúvidas de que os elementos constitutivos da exação em questão se amoldam perfeitamente à previsão dos artigos 77 e 78 do CTN.

Mantida a conclusão a respeito da natureza jurídica de taxa da contribuição paga pela ora recorrida, não há dúvidas de que está sujeita às limitações constitucionais ao poder de tributar, dentre as quais, o Princípio da Legalidade Estrita, previsto no artigo 150, I, da Constituição Federal e no artigo 97, do CTN, de sorte que na norma instituidora do tributo, devem constar todos os aspectos da tipicidade tributária (aspecto material - fato gerador, aspecto pessoal - sujeito passivo, aspecto especial, aspecto temporal e aspecto quantitativo - base de cálculo e alíquotas).

A esse respeito, não merece reparos a conclusão do acórdão recorrido, no sentido de que a taxa em questão não pode ser exigida, em razão de sua desconformidade com o referido Princípio da Legalidade Estrita, tendo em vista que os seus elementos constitutivos estão

Superior Tribunal de Justiça

previstos não em lei, mas em atos regulamentares da Receita Federal, por força indevida de delegação de competência prevista no Decreto-lei 1.455/78 e no Decreto 91.030/85, os quais não subsistem, por força do disposto no artigo 25 do ADCT, o qual expressamente revogou os dispositivos legais que delegavam a órgão do Poder Executivo competência constitucional referente a "ação normativa".

Dessa forma, não havendo base legal para a cobrança da exação, há que se reconhecer a sua inexigibilidade e, por consequência, o direito da recorrida de ser ressarcida das quantias indevidamente pagas a título do referido tributo.

Ante o exposto, **conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.**

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2011/0211494-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.275.858 / DF

Números Origem: 200501000311438 200534000106544

PAUTA: 19/09/2013

JULGADO: 19/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITO BELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO : EMPRESA DE REVITALIZACAO DO PORTO DE MANAUS S/A

ADVOGADA : VERA CARLA NELSON CRUZ SILVEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Especiais - FUNDAF/Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização

SUSTENTAÇÃO ORAL

Assistiu ao julgamento a Dra. **VERA CARLA NELSON CRUZ SILVEIRA**, pela parte RECORRIDA: EMPRESA DE REVITALIZACAO DO PORTO DE MANAUS S/A.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.