

RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.027 - SP (2009/0153316-0)

RELATOR : **MINISTRO LUIZ FUX**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **JANAÍNA RUEDA LEISTER E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MARTINS E SALVIA ADVOGADOS**
ADVOGADO : **MARCIA DE LOURENCO ALVES DE LIMA E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, § 1º, DO CPC). AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO COM BASE EM DECLARAÇÃO EMITIDA COM ERRO DE FATO NOTICIADO AO FISCO E NÃO CORRIGIDO. VÍCIO QUE MACULA A POSTERIOR CONFISSÃO DE DÉBITOS PARA EFEITO DE PARCELAMENTO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL.

1. A Administração Tributária tem o poder/dever de revisar de ofício o lançamento quando se comprove erro de fato quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória (art. 145, III, c/c art. 149, IV, do CTN).

2. A este poder/dever corresponde o direito do contribuinte de retificar e ver retificada pelo Fisco a informação fornecida com erro de fato, quando dessa retificação resultar a redução do tributo devido.

3. Caso em que a Administração Tributária Municipal, ao invés de corrigir o erro de ofício, ou a pedido do administrado, como era o seu dever, optou pela lavratura de cinco autos de infração eivados de nulidade, o que forçou o contribuinte a confessar o débito e pedir parcelamento diante da necessidade premente de obtenção de certidão negativa.

4. Situação em que o vício contido nos autos de infração (erro de fato) foi transportado para a confissão de débitos feita por ocasião do pedido de parcelamento, ocasionando a invalidade da confissão.

5. A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Quanto aos aspectos fáticos sobre os quais incide a norma tributária, a regra é que não se pode rever judicialmente a confissão de dívida efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários. No entanto, **como na situação presente, a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando ocorre defeito causador de nulidade do ato jurídico (v.g. erro, dolo, simulação e fraude)**. Precedentes: REsp. n. 927.097/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8.5.2007; REsp 948.094/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/09/2007; REsp 947.233/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009; REsp 1.074.186/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/11/2009; REsp 1.065.940/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18/09/2008.

6. Divirjo do relator para negar provimento ao recurso especial. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas,

Superior Tribunal de Justiça

acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"Proseguindo no julgamento, preliminarmente, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin e Benedito Gonçalves, conheceu do recurso especial. No mérito, também por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

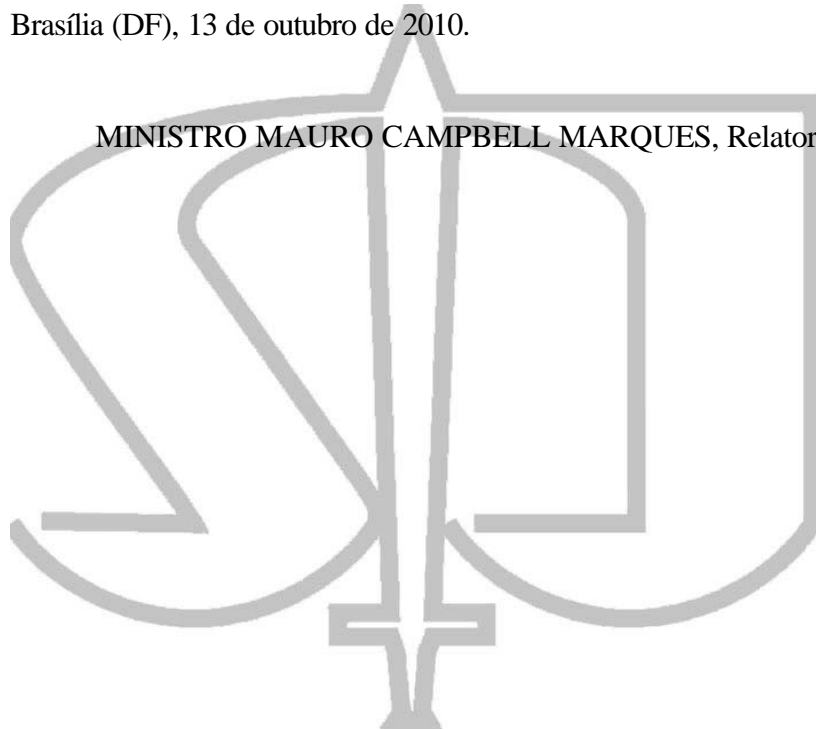
Votaram com o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2010.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.027 - SP (2009/0153316-0)

RELATÓRIO (VOTO-VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Município de São Paulo, com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TJ/SP, assim ementado:

APELAÇÃO - Ação Declaratória c.c. repetição de indébito.

1) Sociedade de advogados - Inclusão dos estagiários no RAIS - Auto de infração lavrado por recolhimento a menor do ISS - Os estagiários não são habilitados ao exercício pleno da atividade profissional e nem assumem responsabilidade pessoal, não podendo, por isso, ser incluídos na base de cálculo para pagamento do tributo - Inteligência do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68.

2) Entretanto, a Municipalidade não pode ser responsabilizada pela lavratura do auto de infração, lastreada nas informações prestadas pela própria autora, que confessou o débito e efetivou acordo para parcelamento. Afastada a condenação da ré ao pagamento dos honorários advocatícios -

Recursos parcialmente providos.

Noticiam os autos que MARTINS E SALVIA ADVOGADOS ajuizaram ação declaratória cumulada com repetição de indébito, insurgindo-se contra os autos de infração lavrados por recolhimento a menor do ISS, ao argumento de que o tributo foi calculado com base nas informações por ele fornecidas na RAIS, que entretanto, incluiu erroneamente os estagiários no seu quadro de funcionários. Afirmou que, para participar de processo licitatório, requereu o parcelamento dos valores constantes dos autos de infração que pretende ver anulados, porquanto a base de cálculo do ISS não pode incluir os estagiários, que são profissionais não habilitados. Pleiteou a devolução dos valores já pagos.

Sobreveio sentença, julgando procedente a ação para anular os autos de infração, com a conseqüente devolução dos valores indevidamente recolhidos.

O Tribunal Estadual, nos termos da ementa retrotranscrita, deu parcial provimento ao recurso da parte, por entender que indevido o pagamento de ISS em razão de estagiários que se ativam no escritório, porquanto não habilitados ao exercício pleno da atividade profissional, insuscetíveis, portanto, de integrar a base de cálculo da exação; e parcial provimento ao apelo do Município, que, por ter lavrado auto de infração com base nas informações prestadas pela própria

Superior Tribunal de Justiça

empresa recorrida na RAIS, não poderia arcar com o pagamento dos honorários.

Nas razões recursais, alegou-se violação do art. 9º, § 3º, do DL 406/68, porquanto o próprio recorrido admite ter em seu quadro social mais de uma pessoa para o exercício da profissão, e que, segundo a legislação vigente, "*os profissionais, pessoas físicas e diretamente vinculadas a uma Sociedade de Profissionais, quer estejam na condição de sócios, empregados ou não, devem possuir habilitações comuns ao exercício profissional da única atividade a estar prevista no estatuto social do contribuinte.*" Ademais, o contribuinte assumiu inteira responsabilidade pelas informações e declarações que prestou ao Fisco para seu enquadramento. Por isso que, ao apresentar a sua relação anual de informações sociais (RAIS), com o número total superior a 15 profissionais habilitados, não deixou ao Fisco Municipal qualquer outra alternativa senão autua-la, razão pela qual o inadimplemento do acordo de parcelamento confessado, a dívida permanece, não sendo a presente ação meio idôneo para afastar a exigibilidade do crédito tributário. Há que se ressaltar que houve confissão irrevogável e irretratável o de débito, renunciando a qualquer impugnação quanto ao mérito das infrações.

Foram apresentadas contra-razões, asseverando a incidência da Súmula 07 do STJ e, no mérito, que a argumentação de erro no preenchimento da RAIS restou devidamente comprovada nos autos, tendo confessado o débito apenas com o fim de obter a expedição de certidão de regularidade fiscal.

O recurso restou admitido na instância originária, tendo sido submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC.

Parecer do MPF às fls. 333/338, opinando pelo provimento do recurso especial, nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ERRÔNEA INCLUSÃO DE ESTAGIÁRIOS NA RELAÇÃO ANUAL DE INFORMAÇÕES SOCIAIS (RAIS). ISS CALCULADO SOBRE ESTAGIÁRIOS. CONFISSÃO DE DÍVIDA PARA OBTER PARCELAMENTO DE DÉBITO. REVISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA FÁTICA.

1. O exame da incidência de ISS calculado sobre o número de profissionais, entre eles estagiários erroneamente declarados pelo contribuinte como advogados é matéria fática, que não pode ser fundamento para revisão judicial de confissão de dívida feita com o objetivo de parcelamento de débitos tributários.

2. A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Precedentes.

3. Não é possível a revisão judicial da confissão de dívida, efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários, quando o

fundamento do reexame judicial for relativo à situação fática sobre a qual incide a norma tributária.

5. Parecer pela aplicação do preceito aos casos repetitivos e pelo provimento do presente recurso especial.

É o relatório.

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PARCELAMENTO. ISS. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. EQUÍVOCO DA EMPRESA AO PREENCHER A RAIS. MATÉRIA DE FATO. IRRETRATABILIDADE DA CONFISSÃO DE DÍVIDA. CONTROLE JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A confissão de dívida pelo contribuinte é condição imprescindível para fins de obtenção do parcelamento de débitos tributários, tendo força vinculante em relação à situação de fato sobre a qual incide a norma tributária, por isso que somente se admite a sua invalidação quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico. (Precedentes: **REsp 947.233/RJ**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009; **REsp 1074186/RS**, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 09/12/2009; **REsp 948.094/PE**, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 04/10/2007 ; **REsp 1065940/SP**, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 06/10/2008)

2. Ao revés, é possível o questionamento judicial no tocante à relação jurídico-tributária, como, por exemplo, a legitimidade da norma instituidora do tributo. Isso porque a obrigação tributária exsurge da imobilidade da norma jurídico-tributária, vale dizer, não tem natureza contratual, mas *ex lege*.

3. *In casu*, a sociedade recorrida, objetivando a expedição de certidão de regularidade fiscal, celebrou acordo de parcelamento, confessando tributo supostamente maior que o efetivamente devido, em decorrência de alegado equívoco da própria contribuinte, no enquadramento de estagiários como indivíduos habilitados ao exercício da atividade profissional, o que acarretou a majoração da base de cálculo do ISS.

4. Destarte, o pleito de revisão judicial da confissão da dívida tem por fundamento matéria eminentemente fática, inapta a conjurar a novação eclipsada no parcelamento, até mesmo por preclusão lógica.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C

do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX: Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do recurso, porquanto prequestionada a matéria federal suscitada.

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de impugnação judicial de acordo de parcelamento, em virtude da não-correspondência, do débito tributário parcelado com o tributo efetivamente devido, uma vez que os estagiários foram erroneamente incluídos no quadro de funcionários da recorrida, gerando majoração do ISS.

Com efeito, a confissão de dívida pelo contribuinte é condição imprescindível para fins de obtenção do parcelamento de débitos tributários, tendo força vinculante em relação à situação de fato sobre a qual incide a norma tributária, por isso que somente admite-se sua invalidação quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico.

Ao revés, é possível o questionamento judicial no tocante à relação jurídico-tributária, como, por exemplo, a legitimidade da norma instituidora do tributo. Isso porque a obrigação tributária exsurge da imponibilidade da norma jurídico-tributária, vale dizer, não tem natureza contratual, mas *ex lege*.

A questão foi objeto de análise pelo e. Ministro Teori Zavascki, quando do julgamento do Resp 927097/RS, DJ 31.05.2007, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II E AO ART. 458, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CONFISSÃO DE DÍVIDA. REVISÃO JUDICIAL. LIMITES. VIOLAÇÃO AO ART. 267, VI, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não viola os artigos 535 e 458, II do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.

3. A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Todavia, no que se refere à matéria de fato, a confissão do contribuinte somente pode ser invalidada quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico.

4. Não viola o art. 267, VI, do CPC o acórdão que extingue o processo com julgamento do mérito, pela improcedência do pedido.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não

Superior Tribunal de Justiça

provido.

Pela percuciência dos seus fundamentos, traslada-se excerto do voto condutor, *in verbis*:

"(...)

Sinale-se que a obrigação em causa é de natureza tributária, e não civil, regida por normas próprias, que contemplam inclusive a possibilidade de disposição de vontade por parte do contribuinte, transacionando e renunciando, normas essas cuja constitucionalidade não está em questão. O que o acórdão recorrido afirmou é que a higidez do ato do contribuinte somente pode ser afetada por "vícios que maculam os atos jurídicos em geral", não havendo, nesse ponto, qualquer contradita ao dos dispositivos antes mencionados. No particular, incide, por analogia, a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

Não se está com isso afirmando a absoluta inviabilidade de questionar as dívidas tributárias objeto de confissão ou de parcelamento. Conforme anotou Leandro Paulsen, com base em significativa resenha jurisprudencial e doutrinária, "a confissão não inibe o questionamento da relação jurídico-tributária". Todavia, "isso não significa que a confissão seja desprovida de valor. Terá valor, sim, mas quanto aos fatos, que não poderão ser infirmados por simples reconsideração do contribuinte, mas apenas se demonstrado vício de vontade. A irrevogabilidade e a irretratabilidade terá apenas essa dimensão. Assim, e.g., se confessada dívida relativamente a contribuição sobre o faturamento, será irrevogável e irretratável no que diz respeito ao fato de que houve, efetivamente, o faturamento no montante consignado; entretanto, se a multa era ou não devida, se a legislação era ou não válida, são questões que poderão ser discutidas" (PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, Livraria do Advogado, 9ª ed. p. 608). Realmente, considerando a natureza institucional (e não contratual) da obrigação tributária, não se pode certamente admitir a hipótese de sua criação por simples ato de vontade das partes. A legitimidade das fontes normativas que disciplinam a sua instituição é, por isso mesmo, passível de controle pelo Poder Judiciário. Todavia, no que se refere às circunstâncias fáticas sobre as quais incidem as normas tributárias, essas certamente são colhidas pela força vinculante da confissão de dívida e da cláusula de irretratabilidade. Não fosse assim, não teriam eficácia alguma as inúmeras disposições da legislação tributária, freqüentes na esfera federal, estadual e municipal, prevendo essa espécie de confissão como condição indispensável para que

Superior Tribunal de Justiça

o contribuinte possa usufruir de moratória ou de outros benefícios de natureza fiscal. No caso, ao afirmar a impossibilidade de revisão da dívida confessada, o acórdão não desbordou desses limites. Conforme se percebe das razões recursais, a causa de pedir a revisão do parcelamento não é a validade ou a invalidade da norma de incidência, mas sim a alegada não-configuração do fato gerador do tributo (fls.5/6), matéria que está coberta pela cláusula da irretratabilidade."

In casu, a sociedade recorrida, objetivando a expedição de certidão de regularidade fiscal, celebrou acordo de parcelamento, confessando tributo supostamente maior que o efetivamente devido, em decorrência de alegado equívoco da própria contribuinte, no enquadramento de estagiários como indivíduos habilitados ao exercício da atividade profissional, o que acarretou a majoração da base de cálculo do ISS.

Destarte, o pleito de revisão judicial da confissão da dívida tem por fundamento matéria eminentemente fática, inapta a conjurar a novação eclipsada no parcelamento, até mesmo por preclusão lógica.

À guisa de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

TRIBUTÁRIO. CONFISSÃO DE DÍVIDA. PARCELAMENTO. CONTROLE JURISDICIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA INSTITUIDORA DO TRIBUTO. POSSIBILIDADE. IPTU PROGRESSIVO, TIP, TCLLP. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 168, I, DO CTN. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ.

1. A confissão de dívida pelo contribuinte é condição imprescindível para fins de obtenção do parcelamento de débitos tributários, tendo força vinculante em relação à situação de fato sobre a qual incide a norma tributária, por isso que somente admite-se sua invalidação quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico.

(Precedentes: REsp 927097/RS, DJ 31/05/2007; REsp 948.094/PE, DJ 04/10/2007; REsp 1065940/SP, DJe 06/10/2008) 2. Ao revés, é possível o questionamento judicial no tocante à relação jurídico-tributária, como, por exemplo, a legitimidade da norma instituidora do tributo. Isso porque a obrigação tributária exsurge da impositividade da norma jurídico-tributária, vale dizer, não tem natureza contratual, mas ex lege.

3. In casu, o pleito de revisão judicial da confissão da dívida tem por fundamento a ilegitimidade das normas instituidoras dos tributos (IPTU progressivo, TIP e TCLLP), ressoando inequívoca a sua possibilidade. (Precedentes: Resp 927097/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, 1ª Turma, DJ 31/05/2007; REsp 948.094/PE, Rel. Ministro

Superior Tribunal de Justiça

Teori Zavascki, 1ª Turma, DJ 04/10/2007; REsp 1065940/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, DJe 06/10/2008)

(...)

14. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 947.233/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. CONFISSÃO DE DÍVIDA QUE NÃO IMPEDE A DISCUSSÃO JUDICIAL ACERCA DA LEGALIDADE DA EXAÇÃO.

1. Trata-se de hipótese em que o contribuinte pretende a revisão do parcelamento com fundamento na ilegitimidade do processo de instituição do tributo, por não estar em conformidade com a legislação que rege a matéria.

2. A Primeira Turma/STJ, ao apreciar o REsp 927.097/RS (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 31.5.2007), firmou o entendimento de que "a confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos".

3. Recurso especial provido.

(REsp 1074186/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 09/12/2009)

TRIBUTÁRIO. CONFISSÃO DE DÍVIDA. PARCELAMENTO. REVISÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. LIMITES.

1. Considerando a natureza institucional (e não contratual) da obrigação tributária - insuscetível, por isso mesmo, de criação por simples ato de vontade -, é cabível o controle da legitimidade das fontes normativas que disciplinam a sua instituição, mesmo quando há confissão de dívida. O que fica colhido pela força vinculante da confissão e da cláusula de irretratabilidade são as circunstâncias fáticas sobre as quais incidem as normas tributárias.

2. No caso, a revisão judicial da confissão da dívida tem por fundamento a ilegitimidade da norma que instituiu o tributo, e nesses limites é viável o controle jurisdicional.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 948.094/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 04/10/2007 p. 207)

INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. PARCELAMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 284/STF. FUNDAMENTAÇÃO. MULTA. SÚMULA 211/STJ. INADIMPLEMENTO DA DÍVIDA. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. DISCUSSÃO SOBRE O FATO GERADOR E MONTANTE DO DÉBITO ORIGINÁRIO. INADMISSIBILIDADE.

I - Incide o enunciado da súmula 284/STF, por analogia, quanto à alegação de vício na rejeição dos embargos declaratórios, pois não se indicou qual dispositivo de lei federal teria sido ofendido.

II - Quanto aos temas veiculados pelos artigos 458, II, do CPC e 9º,

Superior Tribunal de Justiça

I, do CTN, tem-se aplicável a súmula 211/STJ, pois referidas questões não foram debatidas pelo Tribunal a quo, mesmo após a oposição dos embargos declaratórios.

III - O parcelamento do débito tributário envolve transação do contribuinte com o fisco e licitamente impede a discussão judicial acerca do fato gerador ou do montante da dívida originária.

IV - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 1065940/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 06/10/2008)

Ex positis, DOU PROVIMENTO ao recurso especial.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7.º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2009/0153316-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.133.027 / SP**

Números Origem: 2002001485 200801575529 232632002 53020232635 6386475

PAUTA: 22/09/2010

JULGADO: 22/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : JANAÍNA RUEDA LEISTER E OUTRO(S)
RECORRIDO : MARTINS E SALVIA ADVOGADOS
ADVOGADO : MARCIA DE LOURENCO ALVES DE LIMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS/ Imposto sobre Serviços

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Aguardam os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 22 de setembro de 2010

Carolina Vêras
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.027 - SP (2009/0153316-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, § 1º, DO CPC). AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO COM BASE EM DECLARAÇÃO EMITIDA COM ERRO DE FATO NOTICIADO AO FISCO E NÃO CORRIGIDO. VÍCIO QUE MACULA A POSTERIOR CONFISSÃO DE DÉBITOS PARA EFEITO DE PARCELAMENTO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL.

1. A Administração Tributária tem o poder/dever de revisar de ofício o lançamento quando se comprove erro de fato quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória (art. 145, III, c/c art. 149, IV, do CTN).

2. A este poder/dever corresponde o direito do contribuinte de retificar e ver retificada pelo Fisco a informação fornecida com erro de fato, quando dessa retificação resultar a redução do tributo devido.

3. Caso em que a Administração Tributária Municipal, ao invés de corrigir o erro de ofício, ou a pedido do administrado, como era o seu dever, optou pela lavratura de cinco autos de infração eivados de nulidade, o que forçou o contribuinte a confessar o débito e pedir parcelamento diante da necessidade premente de obtenção de certidão negativa.

4. Situação em que o vício contido nos autos de infração (erro de fato) foi transportado para a confissão de débitos feita por ocasião do pedido de parcelamento, ocasionando a invalidade da confissão.

5. A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Quanto aos aspectos fáticos sobre os quais incide a norma tributária, a regra é que não se pode rever judicialmente a confissão de dívida efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários. No entanto, **como na situação presente, a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando ocorre defeito causador de nulidade do ato jurídico (v.g. erro, dolo, simulação e fraude)**. Precedentes: REsp. n. 927.097/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8.5.2007; REsp 948.094/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/09/2007; REsp 947.233/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009; REsp 1.074.186/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/11/2009; REsp 1.065.940/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18/09/2008.

6. Divirjo do relator para negar provimento ao recurso especial. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: ata-se de recurso especial movido pelo Município de São Paulo, com fulcro no permissivo da alínea "a", do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão que restou assim ementado (e-STJ fl. 353):

Superior Tribunal de Justiça

APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

1. Sociedade de advogados - Inclusão dos estagiários no RAIS - Auto de infração lavrado por recolhimento a menor do ISS - Os estagiários não são habilitados ao exercício pleno da atividade profissional e nem assumem responsabilidade pessoal, não podendo, por isso, ser incluídos na base de cálculo para pagamento do tributo - inteligência do art. 9º, §3º, do Decreto-Lei n. 406/68.

2. Entretanto, a Municipalidade não pode ser responsabilizada pela lavratura do auto de infração, lastreada nas informações prestadas pela própria autora, que confessou o débito e efetivou acordo para parcelamento. Afastada a condenação da ré ao pagamento dos honorários advocatícios - Recursos parcialmente providos.

O acórdão reconheceu a possibilidade da exclusão dos estagiários da base de cálculo para pagamento do Imposto Sobre Serviços - ISS, anulando os autos de infração lavrados com base na discrepância existente entre os pagamentos efetuados e os dados constantes da Relação Anual de Informações Sociais - RAIS, onde tais estagiários estavam erroneamente enumerados como advogados, muito embora posteriormente tenha havido a confissão e o parcelamento do débito (e-STJ fls. 346/356).

Nas razões do recurso especial, alega a municipalidade que houve negativa de vigência ao art. 9º, §3º, do Decreto-Lei n. 406/88. Afirma que o ISS deve ser calculado em relação a cada profissional habilitado, independentemente do vínculo que assuma com a sociedade, que o enquadramento na lista de serviços é efetuado com base nas informações e documentos apresentados pelo contribuinte, de modo que, constatada qualquer discrepância em relação às informações fornecidas, o Fisco tem o dever/poder de efetuar os lançamentos e autuações cabíveis. Informa que os autos de infração em questão foram lavrados segundo valores declarados através da Confissão de Débito n. 386/01 e que ao formular o Pedido de Parcelamento n. 9819 a sociedade renunciou a qualquer impugnação quanto ao mérito das infrações (e-STJ fls. 346/356).

O recurso não foi admitido na origem, tendo subido a esta Corte via agravo de instrumento (e-STJ fls. 391/392 e 403).

Às e-STJ fls. 328 consta decisão do Relator Min. Luiz Fux submetendo o recurso ao rito previsto no art. 543-C, do CPC, e Resolução STN n. 8/200/ (recurso representativo da controvérsia), sob o tema "*impossibilidade de revisão judicial da confissão de dívida, efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários, quando o fundamento desse reexame é relativo à situação fática sobre a qual incide a norma*

Superior Tribunal de Justiça

tributária".

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 333/338).

Na sessão do dia 22.9.2010, o Relator Min. Luiz Fux proferiu voto no sentido do provimento ao recurso especial ao argumento de que a confissão de dívida pelo contribuinte é condição imprescindível para fins de obtenção do parcelamento de débitos tributários, tendo força vinculante em relação à situação de fato sobre a qual incide a norma tributária, por isso que somente se admite a sua invalidação quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico. Citou os seguintes precedentes firmados no âmbito da Primeira Turma: REsp 947.233/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009; REsp 1.074.186/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/11/2009, DJe 09/12/2009; REsp 948.094/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/09/2007, DJ 04/10/2007 ; REsp 1.065.940/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18/09/2008, DJe 06/10/2008.

Impressionado pela possibilidade de perpetrar-se situação onde o tributo é exigido comprovadamente para além de seu fato gerador e pela ausência de precedentes oriundos da Segunda Turma, pedi vista para examinar detidamente os autos.

A situação fática pertinente ao caso concreto vem bem narrada na petição inicial, que a este respeito foi referendada pela sentença e pelo acórdão recorrido (e-STJ fls. 3/4):

02. Para a consecução regular de suas atividades junto à Municipalidade de São Paulo, a autora recolhe o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISSQN, tomando como base de cálculo o número de sócios habilitados, ou seja, o número de advogados do contrato social, nos termos da Lei n. 5.172, 25/10/66.

03. Tendo em vista a necessidade de atender solicitação para participação em uma licitação, **no dia 23 de agosto de 2001** a autora requereu Certidão Negativa de Débito do ISSQN junto a Prefeitura Municipal de São Paulo.

04. Para a expedição da Certidão, a Municipalidade solicitou apresentação dos comprovantes de recolhimentos do Imposto Sobre Serviço dos anos base 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000, bem como a Relação Anual de Informações Sociais - RAIS dos respectivos períodos.

05. Ao apresentar os referidos documentos para efeito de expedição da certidão, a autora foi informada que o imposto havia sido recolhido a menor, pois na RAIS constavam registros de advogados que não haviam sido incluídos na base de cálculo do imposto. **Somente naquela oportunidade a Autora percebeu que os estagiários de seu quadro de empregados haviam sido registrados erroneamente na RAIS (Relação Anual de Informações Sociais)**

Superior Tribunal de Justiça

sob o código de advogados, constando CBO (Classificação Brasileira de Códigos) de advogado, quando na verdade os funcionários eram estagiários e não advogados.

06. Em função desta pretensa inconformidade, mesmo tendo a autora argumentado e demonstrado o erro cometido no preenchimento da RAIS, constando estagiários sob o código CBO de advogados, foram lavrados os Autos de Infração e Intimação n. 62482360, n. 62482343, n. 62482300, n. 62482254, n. 62482394, pela Secretaria das Finanças do Município de São Paulo, por entender o Inspetor Fiscal que a autora recolheu o ISSQN, referente respectivamente aos exercícios do ano de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000, a menor que o devido para o Município de São Paulo.

[...]

08. Tendo em vista a urgência da autora em retirar a Certidão Negativa de Débito e perante à (sic) **negativa da Municipalidade em considerar o erro cadastral cometido, mediante apresentação de documentos**, a autora viu-se compelida a requerer o parcelamento dos valores dos autos de infração, para assim conseguir a expedição da Certidão e não ser inscrita em dívida ativa municipal.

[...]

15. [...] O Departamento Administrativo da sociedade, não encontrando o CBO correspondente a estagiário, erroneamente achou por bem cadastrá-los como advogados, não imaginando que esse procedimento pudesse causar tal constrangimento frente à Municipalidade.

A sentença, que adequadamente examinou o conjunto probatório dos autos, assim externou (e-STJ fl. 302):

De fato, as fichas de inscrição dos empregados acostadas aos autos dão conta de que **todos os empregados de que a sociedade dispunha era de estagiários.**

Não foi feita prova nos Autos de que houvessem empregados advogados, aptos a exercerem atos pelos quais assumissem responsabilidade da sociedade perante terceiros.

[...]

Sendo assim, ficam anulados os Autos de Infração n. 62482360 relativo ao exercício de 1996; 62482343 relativo ao exercício de 1997; 624823300 relativo ao exercício de 1998; 62482354 relativo ao exercício de 1999; 62482384 relativo ao exercício de 2000. [...]

O acórdão cuja ementa já foi transcrita, proferido em sede de apelação e remessa necessária, confirmou os pressupostos fáticos da sentença e a modificou apenas para excluir a condenação da Municipalidade ao pagamento dos honorários advocatícios, pois os autos de infração estavam calcados em informações prestadas pela própria sociedade (e-STJ fls.346/356).

Ora, não é segredo que a concessão de parcelamento com confissão de dívida constitui para todos os efeitos o crédito tributário, equivalendo às declarações tributárias contidas em GFIP, GIA, DCTF e instrumentos congêneres (v.g. REsp 1.187.995 / DF, Segunda Turma, Rel.

Superior Tribunal de Justiça

Min. Eliana Calmon, julgado em 8.6.2010). No entanto, mesmo o crédito tributário constituído por qualquer documento de confissão de dívida ou lançamento por parte da Administração tributária, pode ser revisto por força do art. 145, do CTN, a saber:

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

A lição do inciso art. 145, I, do Código Tributário Nacional é a de que o lançamento regularmente notificado, que já goza de definitividade, pode ser alterado em virtude de impugnação administrativa **ou judicial** por parte do sujeito passivo, pois não goza ainda de imutabilidade.

Já a lição do inciso III, do mesmo artigo, é a de que o lançamento **pode/deve ser alterado de ofício por parte do Fisco**, quando presentes as hipóteses de lançamento de ofício (art. 149, do CTN), *in verbis*:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Superior Tribunal de Justiça

Do quadro legislativo apresentado temos que a Administração Tributária tem o poder/dever de revisar de ofício o lançamento quando se comprove **erro** quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória (art. 145, III, c/c art. 149, IV, do CTN). É a chamada revisão por erro de fato.

Trata-se de uma imposição legal, de um ato vinculado, de um poder/dever, de modo que a revisão deve ser feita também nos casos em que dela resultar efeitos benéficos para o administrado, com a redução do tributo devido. Isto é, **o contribuinte tem o direito de retificar e ver retificada pelo Fisco a informação fornecida com erro de fato, quando dessa retificação resultar a redução do tributo devido.**

No âmbito Federal esse direito restou consagrado no art. 18 da Medida Provisória nº 2.189-49, de 23 de agosto de 2001, que criou a declaração retificadora, e pelo PARECER PGFN/CDA Nº 1194/2004, PARECER COSIT Nº 38, de 12 de setembro de 2003, e SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 146, de 28 de novembro de 2006, que inclusive reconheceram a inexistência de prazo para que a autoridade administrativa reveja de ofício o lançamento ou retifique de ofício a declaração do sujeito passivo a fim de eximi-lo total ou parcialmente de crédito tributário não extinto. Transcrevo, para exemplo, as ementas:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ementa: REVISÃO DE OFÍCIO DE LANÇAMENTO. RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO DE DECLARAÇÃO. DISPENSA TOTAL OU PARCIAL DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO EXTINTO. INEXISTÊNCIA DE PRAZO.

Inexiste prazo para que a autoridade administrativa reveja de ofício o lançamento ou retifique de ofício a declaração do sujeito passivo a fim de eximi-lo total ou parcialmente de crédito tributário não extinto (PARECER COSIT Nº 38, de 12 de setembro de 2003).

ASSUNTO: Normas Gerais de Direito Tributário

EMENTA: REVISÃO DE DÉBITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA. Em obediência ao princípio da verdade material, cabe a retificação de débitos inscritos em Dívida Ativa da União quando o sujeito passivo apresentar prova inequívoca de ocorrência de erro, nos termos do art. 147 do CTN. Inexiste prazo para que a autoridade administrativa reveja de ofício o lançamento ou retifique de ofício a declaração do sujeito passivo a fim de eximi-lo total ou parcialmente do crédito tributário não extinto (SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 146, de 28 de novembro de 2006).

Pois bem, no caso concreto a Administração Tributária Municipal, ao invés de corrigir o erro de ofício, ou a pedido do administrado, como era o seu dever, optou absurdamente pela

lavatura de cinco autos de infração eivados de nulidade.

Por força da existência desses autos de infração e pela necessidade premente de obtenção de certidão negativa, o contribuinte se viu forçado a pedir o parcelamento do débito, o que somente poderia ser feito mediante confissão, imaginando com isso obter de imediato a certidão positiva com efeitos de negativa de débitos para, posteriormente, impugnar os vícios constantes dos créditos tributários que se viu forçado a assumir.

Sendo assim, já que a razão de ser da confissão foi a própria existência dos autos de infração lavrados com nulidade, isto é, se não houvesse os autos de infração a confissão inexistiria, entendo que **o vício contido nos autos de infração (erro de fato) foi transportado para a confissão de débitos feita por ocasião do pedido de parcelamento.** Esse vício, data vênua aos que pensam de modo diverso, é defeito causador da nulidade do ato jurídico.

Nem se diga que a posterior confissão por parte do contribuinte teria convalidado os autos de infração lavrados ou constituído novamente o crédito tributário sem vício algum. Efetivamente, **a confissão de dívida para fins de parcelamento não tem efeitos absolutos, não podendo reavivar crédito tributário já extinto ou fazer nascer crédito tributário de forma discrepante de seu fato gerador**, a ver:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – OCORRÊNCIA – HONORÁRIOS – EQUIDADE.

1. Nos termos do art. 174, parágrafo único, do CTN, a prescrição interrompe-se por qualquer ato, judicial ou extrajudicial, que constitua em mora o devedor, como exemplo, **o preenchimento de termo de confissão de dívida para fins de parcelamento do débito**; entretanto, o parcelamento do débito acordado após o decurso do prazo prescricional **não tem o condão de restabelecer o direito de o Fisco exigir o crédito extinto pela prescrição.**

2. Quanto à fixação da verba honorária, a jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que aplica-se à Fazenda Pública, quando vencida, o disposto no § 4º do art. 20 do CPC. Não está o magistrado adstrito a adotar os limites percentuais de 10% a 20%, devendo levar em consideração o caso concreto, em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, do CPC.

3. Não representa valor exorbitante a fixação da verba honorária em 5% do valor da causa, pois observa os parâmetros de equidade.

Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no REsp 1.183.329/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 22.6.2010).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. IRREGULARIDADE DA CDA. OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE SÓCIOS, DIRETORES E/OU GERENTES. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. **É ilíquida a CDA erigida em função de saldo de débito fiscal confessado pelo contribuinte, cujo parcelamento não foi totalmente adimplido, mas no qual se insere a cobrança de contribuição declarada inconstitucional.**

2. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a responsabilidade substitutiva, prevista no art. 135, III, do CTN, para sócios, diretores ou gerentes só ocorre quando comprovada a prática de ato ou fato com excesso de poderes ou infração de lei, do contrato social ou estatuto, ou, ainda, se houver dissolução irregular da sociedade.

3. Recurso especial conhecido e provido (REsp 258.565/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 20.8.2002).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IMPOSTO DE RENDA – BENEFÍCIOS RECEBIDOS DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA – LEI 7.713/88 – ISENÇÃO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE: SÚMULA 284/STF – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO – PARCELAMENTO – CONFISSÃO DE DÍVIDA – DISCUSSÃO JUDICIAL DO DÉBITO.

1. Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem indicação precisa da omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Inúmeros precedentes desta Corte.

2. Aplica-se o enunciado da Súmula 211/STJ quanto, a despeito da oposição de embargos declaratórios, o Tribunal de origem não se manifesta especificamente sobre as teses trazidas no especial.

3. Não se configura o dissídio quando a recorrente não demonstra, mediante a realização do devido cotejo analítico, a existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicados nos acórdãos confrontados - requisitos do art. 255 do RISTJ e do art. 541 do CPC.

4. **Hipótese em que houve confissão de dívida e acordo de dois parcelamentos subsequentes não honrados pelo contribuinte. Nessas circunstâncias, não é possível impedir a discussão judicial do que lhe está sendo cobrado pelo Fisco em execução fiscal. Além disso, trata-se de obrigação decorrente de lei, não se podendo conceber a cobrança acima do devido, mesmo que haja uma confissão de dívida.**

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido (REsp 852.040/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 1.4.2008).

A melhor doutrina não destoa do posicionamento que ora adoto, admitindo que o erro de fato é vício apto a ensejar a invalidade da confissão, porque não pode criar obrigação tributária para além do fato gerador efetivamente ocorrido. Cito, para exemplo, os dizeres de Hugo de Brito Machado (*in*, "*Confissão Irretratável de Dívida Tributários nos Pedidos de Parcelamento*". RDDT n. 145, out/07, p. 47):

"[...] a confissão pertine ao fato, enquanto situado no mundo dos fatos, sem qualquer preocupação, daquele que faz a confissão, com o significado jurídico do fato confessado, vale dizer, com o efeito da incidência da regra jurídica. Daí por que **a confissão pode ser revogada se houve erro de fato**, isto é, erro quanto a fato confessado, mas não por ter havido erro de direito [...]"

[...]

Superior Tribunal de Justiça

"[...] podem ser extraídas as seguintes conclusões: (a) se o fato confessado não corresponde à hipótese de incidência tributária, e, portanto, mesmo efetivamente existente, não é capaz de gerar a obrigação tributária, a confissão é absolutamente irrelevante; (b) se o fato confessado é, em princípio, capaz de gerar a obrigação tributária, porque corresponde à hipótese de incidência do tributo, o efeito da confissão é o de comprovar tal fato; (c) **havendo erro quanto ao fato confessado, e comprovado inequivocamente que o fato confessado não corresponde ao efetivamente ocorrido, tem-se de admitir a prevalência do verdadeiro sobre o confessado.** Em consequência, a confissão que a lei geralmente exige do contribuinte como condição para que ele seja concedido o parcelamento tem valor bastante relativo. **Não pode de nenhum modo ser tida como irretratável, no sentido de obrigar o contribuinte a pagar o tributo, ainda que indevido, apenas por que confessou. A confissão, mesmo solene e irretratável, não cria a obrigação tributária**".

Por esta outra ótica, agora sim aplicável a jurisprudência da Primeira Turma invocada pelo Relator Min. Luiz Fux, no sentido de que a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico (v.g. erro, dolo, simulação e fraude). Transcrevo o principal precedente dessa linha argumentativa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II E AO ART. 458, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CONFISSÃO DE DÍVIDA. REVISÃO JUDICIAL. LIMITES. VIOLAÇÃO AO ART. 267, VI, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não viola os artigos 535 e 458, II do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.
2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.
3. A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Todavia, **no que se refere à matéria de fato, a confissão do contribuinte somente pode ser invalidada quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico.**
4. Não viola o art. 267, VI, do CPC o acórdão que extingue o processo com julgamento do mérito, pela improcedência do pedido.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp. n. 927.097/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8.5.2007).

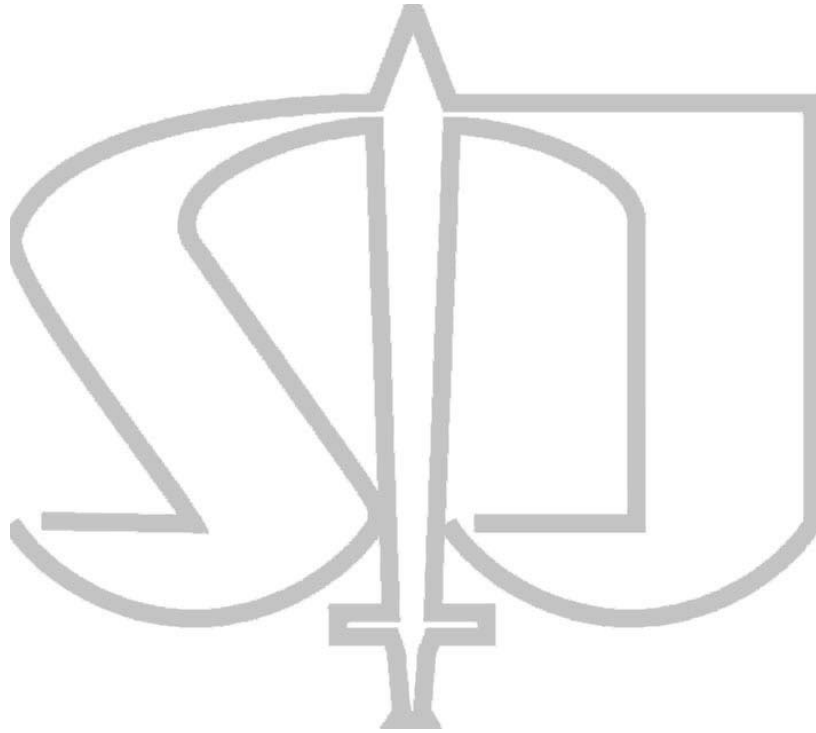
Desta forma, em homenagem ao princípio da verdade material e, por vislumbrar na hipótese a existência de defeito causador de nulidade do ato jurídico - qual seja: erro de fato, entendo que a confissão deve ser invalidada, preservando-se o bem decidido nas instâncias ordinárias que anularam os autos de infração eivados de nulidade.

Ante o exposto, com as vênias de praxe, DIVIRJO DO RELATOR para NEGAR

Superior Tribunal de Justiça

PROVIMENTO ao presente recurso especial.

É como voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.027 - SP (2009/0153316-0)

RELATOR : **MINISTRO LUIZ FUX**
RECORRENTE : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **JANAÍNA RUEDA LEISTER E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MARTINS E SALVIA ADVOGADOS**
ADVOGADO : **MARCIA DE LOURENCO ALVES DE LIMA E OUTRO(S)**

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Sr. Presidente, o Recurso Especial está sendo julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, mas o caso concreto contém uma série de peculiaridades. O e. Ministro Arnaldo Esteves Lima suscitou preliminar de não-conhecimento com base na Súmula 7/STJ, preservando a tese jurídica para ser apreciada em outra oportunidade.

No mérito, eu acompanharia o voto divergente do e. Ministro Mauro Campbell, mas, por se tratar de repetitivo – e eu temo que saia da nossa Seção um repetitivo em que já estamos fazendo adaptação para uma situação extremamente peculiar – prefiro votar pelo não-conhecimento do Recurso Especial.

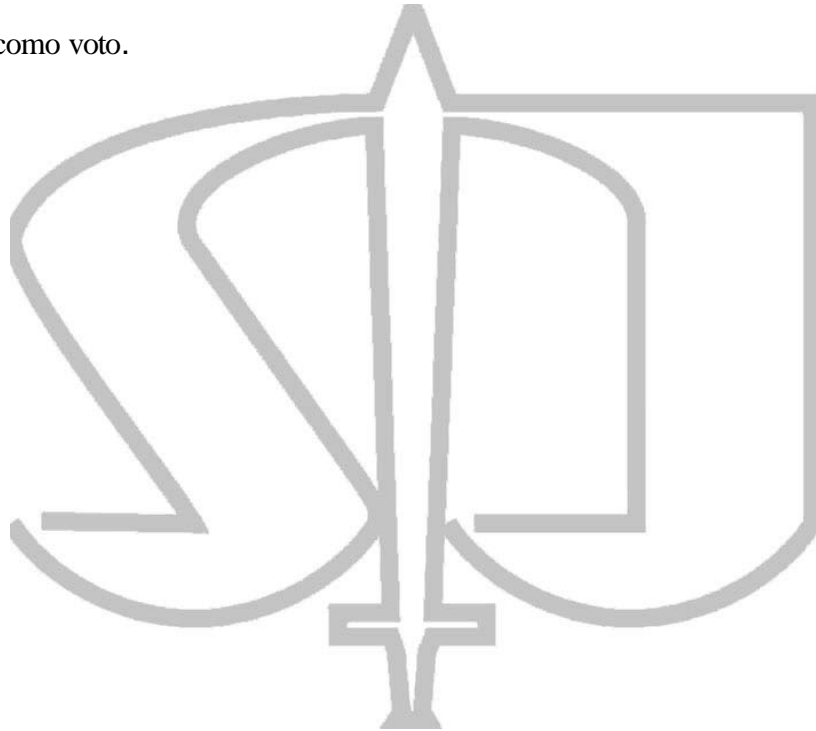
RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.027 - SP (2009/0153316-0)

RELATOR : **MINISTRO LUIZ FUX**
RECORRENTE : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **JANAÍNA RUEDA LEISTER E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MARTINS E SALVIA ADVOGADOS**
ADVOGADO : **MARCIA DE LOURENCO ALVES DE LIMA E OUTRO(S)**

VOTO-PRELIMINAR

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: Sr. Presidente, eu **conheço do recurso especial.**

É como voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.027 - SP (2009/0153316-0)

VOTO-PRELIMINAR VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Peço vênia ao Sr. Ministro Luiz Fux, mas voto no sentido do não conhecimento do recurso especial. É matéria da Súmula 7 e, se a questão foi analisada sob o aspecto de fato, a meu ver, a melhor solução seria não conhecer do recurso especial.

Inclusive porque fica preservada a tese central para o exame numa outra oportunidade.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.027 - SP (2009/0153316-0)

PRELIMINAR SUSCITADA

VOTO-PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO: Senhor Presidente, recebo os fatos como foram julgados, não se fazendo necessário qualquer reexame do conjunto da prova, nenhuma valoração. Por isso vou pedir vênua para conhecer do recurso especial.

Mas a questão do repetitivo é outra questão, que V. Ex^a não está colocando agora.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.027 - SP (2009/0153316-0)

RELATOR : **MINISTRO LUIZ FUX**
RECORRENTE : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **JANAÍNA RUEDA LEISTER E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MARTINS E SALVIA ADVOGADOS**
ADVOGADO : **MARCIA DE LOURENCO ALVES DE LIMA E OUTRO(S)**

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: Sr. Presidente, no caso, está-se falando em erro. Parece-me que a matéria ficou esclarecida no momento em que o juiz de 1º Grau, examinando a prova, observou que as fichas de inscrição dos empregados, acostadas aos autos, dão conta de que todos os empregados que a sociedade dispunha eram estagiários. Os supostos advogados empregados, na verdade, eram estagiários. O juiz acrescenta não ter sido feita prova nos autos de que houvesse empregados advogados aptos a exercer atos pelos quais assumissem a responsabilidade da sociedade perante terceiros, por isso anulou os autos de infração.

A meu ver, ficou demonstrada, excepcionalmente no caso, a existência de um vício de vontade, uma vez que, ao serem declarados advogados, foram arrolados os estagiários que existiam na empresa.

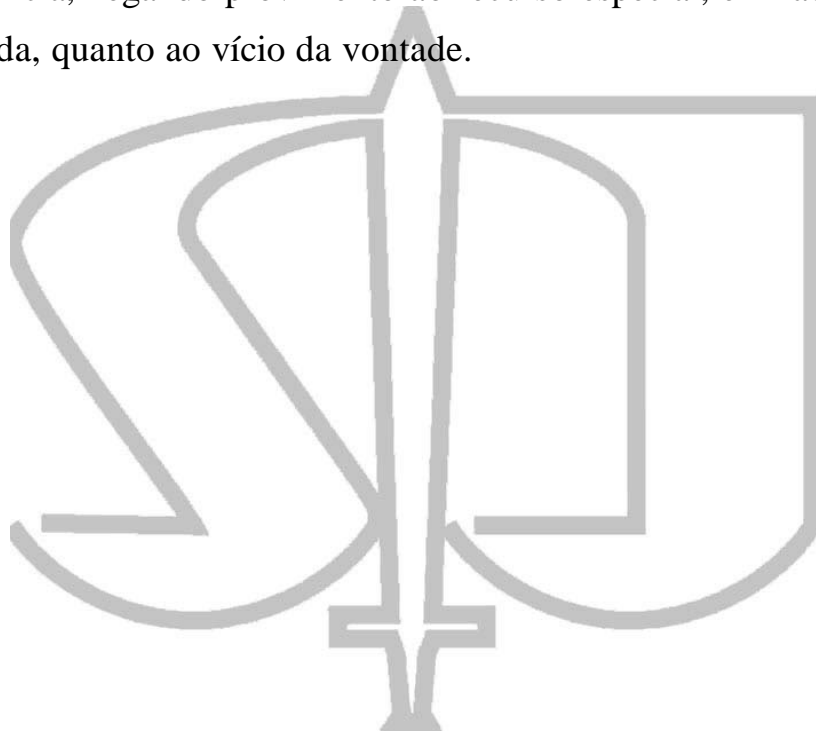
Em face disso, penso que se justifica, como foi dito pelo voto divergente, a correção, porque, afinal de contas, trata-se de uma norma de Direito Público na qual se demonstrou haver um vício de origem, comprovado na instrução processual. Conclusão diferente seria ofensa à Súmula 7.

Ante o exposto, acompanho a divergência, **negando provimento ao recurso especial**.
É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.027 - SP (2009/0153316-0)

VOTO-MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO: Senhor Presidente, peço vênias ao ilustre Ministro Relator para acompanhar a divergência, negando provimento ao recurso especial, em face da peculiaridade apontada, quanto ao vício da vontade.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2009/0153316-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.133.027 / SP**

Números Origem: 2002001485 200801575529 232632002 53020232635 6386475

PAUTA: 13/10/2010

JULGADO: 13/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : JANAÍNA RUEDA LEISTER E OUTRO(S)
RECORRIDO : MARTINS E SALVIA ADVOGADOS
ADVOGADO : MARCIA DE LOURENCO ALVES DE LIMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS/ Imposto sobre Serviços

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, preliminarmente, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin e Benedito Gonçalves, conheceu do recurso especial. No mérito, também por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Humberto Martins.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 13 de outubro de 2010

Carolina Vêras
Secretária

