



Primeira Turma

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 80.466-SP
(2011/0195867-1)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo
Interes.: Rubens Massucio Rubinho
Agravado: João Carlos Guimarães
Advogado: Ivan Barbosa Rigolin e outro(s) - SP064974
Interes.: Município de São Carlos
Advogado: Valdemar Zanette - SP069659

EMENTA

Direito sancionador. Agravo interno em REsp. Alegada conduta ímproba ofensiva a princípios, imputada ao então Diretor do Departamento de Fazenda do Município de São Carlos/SP, por ter, segundo o acórdão, prestado mal as contas de recursos do Fundo de Caixa Pequeno. Absolvição adveniente da decisão agravada. Eventuais deficiências em prestação de contas não resultam em identificação da omissão dolosa tipificada no art. 11, VI da Lei n. 8.429/1992. Ademais, o dolo de ofender a probidade administrativa não foi identificado na espécie, ao contrário do que argumenta o insurgente. Agravo interno do órgão acusador desprovido.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se a conduta do Imputado, então Diretor do Departamento de Fazenda do Município de São Carlos/SP, deve ser rotulada como ato de Improbidade Administrativa, por ter prestado contas de Fundo de Caixa Pequeno com supostas deficiências quanto às despesas em R\$ 21.440,00.

2. Eventual *deficiência em prestação de contas* não consubstancia a conduta do art. 11, VI da Lei n. 8.429/1992, que assinala o ato doloso e malévolo de *deixar de prestar contas de recursos públicos*. Em matéria de Direito Sancionador, que recolhe do Direito Penal os postulados da taxatividade e da fragmentariedade, inexistente alicerce jurídico-legal para a afirmação do acórdão de que *prestar mal as contas equivale a não o fazer* (fls. 566), fundamentação esta censurável.

3. Mais a mais, ao contrário do que argumenta o insurgente, não houve identificação de conduta dolosa na espécie, mesmo o chamado *dolo genérico*. Decisão agravada mantida.

4. Agravo Interno do Órgão Acusador desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa (Presidente) e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 22.3.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Agravo Interno interposto pelo *Ministério Público do Estado de São Paulo* contra decisão monocrática de minha lavra, que contou com a seguinte ementa:

Direito sancionador. Agravo em recurso especial. Ação civil pública ajuizada com suporte em alegados atos de improbidade administrativa. Imputação com base no art. 11, VI (deixar de prestar contas quando se está obrigado a fazê-lo) da Lei n. 8.429/1992. Alegação de deficiência na prestação de contas do Fundo de Caixa Pequeno, de responsabilidade do Diretor do Departamento de Fazenda do Município de São Carlos/SP. Conduta que não se subsume ao art. 11, VI da LIA, que disciplina o ato ímprobo ensejador de ofensa aos princípios nucleares administrativos por ausência de prestação de contas quando se está obrigado a fazê-lo. Acórdão do TJ/SP que ora se reforma, pois, inegavelmente, não há tipicidade formal na LIA quanto a eventual deficiência na prestação de contas, até porque eventuais falhas, inabilidades, deficiências técnicas são corrigíveis administrativamente, sem que se lhes atribua o rótulo de improbidade, que demanda a prática de ilegalidade qualificada, imbuída em maleficência, inócurrenente na espécie, sem dúvida alguma. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. Agravo de João Carlos Guimarães

conhecido e recurso especial provido para julgar improcedente a ação civil pública, sem condenação do autor em honorários advocatícios, contudo (fls. 768).

2. Referido julgado é oriundo de apreciação de Apelo Raro interposto pelo implicado contra acórdão do TJ/SP, que contou com a seguinte ementa:

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Diretor de Departamento da Fazenda Municipal que deixou de efetuar a devida prestação de contas. Ação julgada parcialmente procedente. Recurso voluntário do réu. Preliminar de litispendência, ilegitimidade passiva, ilegitimidade ativa, inépcia da inicial e prescrição. Inocorrência. Inexistência da identidade da causa de pedir, não havendo que se falar em litispendência. Imprescritibilidade da ação. Legitimidade ativa e passiva. Presença dos requisitos necessários da petição inicial. No mérito, alega que não praticou nenhum ato de improbidade administrativa. Inadmissibilidade. Ato de improbidade administrativa caracterizado. Prestação de contas insuficiente. Sanções bem arbitradas. Fixação das penalidades de acordo com a gravidade da infração. R. Sentença mantida. Preliminares rejeitadas. Recurso improvido (fls. 560/568).

3. Nas razões de seu recurso dirigido ao Colegiado, a parte insurgente alega que a decisão unipessoal merece reforma, ao argumento de que, para caracterizar a tipicidade do ato de improbidade administrativa, é suficiente o dolo natural, o qual, para existir, independe da comprovação de que o agente tinha consciência real da ilicitude, isto é, de que agiu com má-fé. Alega que, na espécie, a conduta do demandado foi voluntária. Pede a reconsideração da decisão ou a submissão do feito aos Pares, em ordem a que se restaure a eficácia do acórdão bandeirante.

4. A parte agravada formulou razões de contrariedade às fls. 788/806.

5. Em síntese, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Apesar dos louváveis esforços da parte insurgente, a decisão agravada não merece reforma. Dou a conhecer as razões.

2. Cinge-se a controvérsia em saber se a conduta do Imputado, então Diretor do Departamento de Fazenda do Município de São Carlos/SP, deve ser rotulada como ato de Improbidade Administrativa, por ter prestado contas de Fundo de Caixa Pequeno com supostas deficiências quanto às despesas no importe de R\$ 21.440,00.

3. Esta Corte Superior firmou o entendimento de que a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave (AgRg no AREsp 83.233/RS, de minha Relatoria, DJe 3.6.2014). Certo é que, da conduta do Agente Público, imbuída de má-fé e dolo, deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei n. 8.429/1992), (ii) a ocorrência de prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei n. 8.429/1992) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei n. 8.429/1992).

4. Note-se, também, o seguinte precedente deste Tribunal da Cidadania, que distingue atos tão somente ilegais daqueles revestidos de maliciosos, de má-fé ou mesmo eivados de culpa grave:

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Lei n. 8.429/1992. Ressarcimento de dano erário. Imprescritibilidade. Contratação de servidores sem concurso público. Ausência de dano ao erário e de má-fé (dolo). Aplicação das penalidades. Princípio da proporcionalidade. Divergência indemonstrada.

1. O caráter sancionador da Lei n. 8.429/1992 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além de que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. À luz de abalizada doutrina: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou

de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem(...). in José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

5. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, *in casu*, inexistente, por isso que a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito dos demandados, tendo em vista a efetiva prestação dos serviços, consoante assentado pelo Tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, máxime porque não restou assentada a má-fé do agente público, ora Recorrente, consoante se conclui do voto condutor do acórdão recorrido: Baliza-se o presente recurso no exame da condenação do Apelante em primeiro grau por ato de improbidade, em razão da contratação de servidores sem a realização de concurso público. Com efeito, a tese do Apelante está adstrita ao fato de que os atos praticados não o foram com dolo ou culpa grave, mas apenas decorreram da inabilidade do mesmo, além de não terem causado prejuízo ao erário (...).

6. Consectariamente, o Tribunal local incidiu em *error in iudicando* ao analisar o ilícito somente sob o ângulo objetivo.

(...).

13. Recurso Especial provido. (REsp 909.446/RN, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.4.2010).

5. No caso dos autos, não ficou evidenciada a prática de ato doloso ou em culpa grave que tenha efetivamente causado prejuízo ao Erário Municipal ou maculado os princípios administrativos, pois a circunstância de o gestor ter efetuado uma prestação de contas tecnicamente deficiente pode, se muito, constituir irregularidade ou mera ilegalidade na Gestão Pública, corrigível administrativamente – e até mesmo punível sob o ponto de vista de normas reguladoras internas –, jamais resultando em prática de ato ímprobo, que exige a *desonestidade*, a lesão, ou o proveito.

6. Dessa forma, da narração dos fatos, não se vislumbram indícios mínimos de Improbidade Administrativa, conforme entendeu o Tribunal de origem, uma vez que eventual *deficiência na prestação de contas* não consubstancia a conduta do art. 11, VI da Lei n. 8.429/1992, que assinala o ato doloso e malévolo de *deixar de prestar contas*. Em matéria de Direito Sancionador, que pode impor sanções até mesmo mais severas do que as advindas das lides penais, inexistente alicerce

jurídico-legal para a afirmação do acórdão de que *prestar mal as contas equivale a não o fazer* (fls. 566), conforme consta do julgado recorrido.

7. Assim sendo, não há *tipicidade formal* na LIA quanto a eventual deficiência na prestação de contas, até porque – frise-se – eventuais falhas, inabilidades, deficiências técnicas são corrigíveis administrativamente, sem que se lhes atribua o rótulo de improbidade, que demanda a prática de ilegalidade qualificada, inócurrenente na espécie, sem dúvida alguma.

8. A Lei de Improbidade Administrativa prevê a imposição de sanções para a conduta malévola e intencionalmente dirigida para a não prestação das contas, de modo a impedir a fiscalização da correta aplicação de recursos públicos, circunstância não encontrável na presente demanda.

9. Embora a parte agravante tenha alegado que a conduta dolosa se contenta com o dolo natural, não exigindo a prática de ato maleficente, referido argumento não é suficiente para desarticular a constatação da decisão agravada de que não se conformou conduta típica na espécie, pois *falhas na prestação de contas* não caracterizam omissão dolosa em não apresentá-las. O argumento veiculado pelo agravante não tem aproximação alguma com a questão central que motivou a absolvição do acusado.

10. Mercê do exposto, nega-se provimento ao Agravo Interno do Órgão Acusador. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.180.878-RS (2010/0021392-1)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PR0000000

Recorrido: Arthur Lange S/A - Indústria e Comércio

Advogado: João Joaquim Martinelli e outro(s) - RS045071A

EMENTA

Direito Tributário. Recurso fundado no CPC/1973. Decisão administrativa do Fisco que rejeita pedido de restituição/compensação

formulado pelo contribuinte. Prazo prescricional para a propositura de ação judicial anulatória. Dois anos a contar da ciência do indeferimento administrativo. Inteligência do art. 169 do CTN.

1. O contribuinte que formula pleito de compensação na via administrativa dispõe de dois anos, a contar da ciência da resposta que o denega, para ingressar em juízo com a respectiva pretensão anulatória, nos termos do art. 169 do CTN.

2. Caso concreto em que o contribuinte tomou ciência do indeferimento de seu pedido administrativo em 24.02.2005, tendo protocolado a respectiva ação judicial anulatória em 07 de junho do mesmo ano, ou seja, dentro do biênio previsto no art. 169 do Código Tributário Nacional, não havendo, por isso, falar em prescrição.

3. Recurso especial da Fazenda Nacional a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente) (que ressaltou o seu ponto de vista), Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Assitiu ao julgamento o Dr. Luiz Eduardo Costa Lucas, pela parte recorrida: Arthur Lange S/A - Indústria e Comércio.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 19.2.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial fundado no CPC/1973, manejado pela *Fazenda Nacional*, com base no art. 105, III, *a e c*, da CF, contra acórdão proferido Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 246):

Tributário. Indébito. Prescrição. PIS. LC 07/1970. DDLL n. 2.445 e 2.449/1988.

Tratando-se de pretensão de repetição de valores que já tenha sido indeferida administrativamente, aplica-se à ação judicial de repetição que sucede pedido administrativo indeferido, o prazo de dois anos previsto no artigo 169 do CTN.

Nas ações ajuizadas anteriormente à vigência da LC 118/2005, considera-se o prazo para repetição ou compensação de indébito como sendo de 10 anos (5 + 5).

Recepção do PIS na forma da LC n. 07/1970 ante a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988.

Os embargos declaratórios do ente público foram acolhidos apenas para efeito de prequestionamento, sem efeitos infringentes (fls. 257/261).

Nas razões do especial, a parte recorrente aponta violação aos arts. 219, § 1º e 535 do CPC/1973; 151, III, e 168, I, do CTN; e 3º e 4º da LC n. 118/2005. Sustenta que: (I) a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* remanesceu omissos acerca das alegações postas; (II) o prazo de prescrição nas ações repetitórias não é interrompido nem suspenso com a interposição de recurso administrativo.

Contrarrazões apresentadas às fls. 293/306, postulando o desprovimento do nobre apelo.

Às fls. 335/339, proferi decisão monocrática dando provimento ao recurso especial fazendário.

Aviados aclaratórios pela parte contribuinte, entendi que o feito apresentava peculiaridades a recomendar o seu julgamento colegiado, razão pela qual reconsiderarei o *decisum* antes prolatado, para oportuna inclusão em pauta (fls. 364/365).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Registre-se, de logo, que a decisão recorrida foi publicada na vigência do CPC/1973; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*).

O nobre apelo preenche os requisitos concernentes ao conhecimento.

No plano do mérito recursal, verifica-se, num primeiro instante, não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC/1973, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Quanto à questão de fundo, propriamente dita, *não* assiste razão à Fazenda Nacional.

Cuida a espécie de ação anulatória de decisão administrativa proferida pela Secretaria da Receita Federal, cujo órgão indeferiu pedido de compensação formulado pela empresa recorrida, a qual alegava pagamento indevido de valores relativos ao PIS. Pela sentença de fls. 193/201, deu-se a ação por prescrita. Já em segunda instância, forte na exegese do art. 169 do CTN, a Corte regional, pelos acórdãos de fls. 241/246 e 257/260, acolheu o apelo da contribuinte para afastar a prescrição e reconhecer o direito à pleiteada compensação com outros tributos administrados pela Receita Federal.

Com efeito, no tocante ao prazo prescricional em matéria tributária, é preciso distinguir a hipótese do art. 168 do CTN, que versa sobre o direito que o contribuinte possui de pleitear a restituição (repetição/compensação) diretamente na via judicial, daquela contemplada no art. 169 do mesmo *Codex*, que cuida do prazo extintivo de ação anulatória (hipótese dos presentes autos), na qual o contribuinte se insurge contra anterior decisão administrativa do Fisco que tenha denegado a restituição por ele pleiteada. No primeiro caso (art. 168), o prazo prescricional será o quinquenal e independerá de prévia discussão no âmbito administrativo, enquanto que, no segundo (art. 169, hipótese dos presentes autos), a prescrição para a propositura da lide anulatória se consumará em dois anos, a contar da ciência da decisão administrativa pelo contribuinte.

A propósito, diz o art. 169 do CTN: “*Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição*”. Comentando tal regramento, LEANDRO PAULSEN bem esclarece o seu alcance, *verbis*: “Aplica-se o prazo de dois anos à pretensão de repetição de valores cuja repetição já tenha sido indeferida administrativamente. Em tal situação, a repetição judicial tem o efeito de anulação da decisão administrativa denegatória” (*Constituição e Código Tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.169). Certo que tal raciocínio também abarca as pretensões direcionadas à compensação de tributos.

No caso em mesa, a Corte de origem, de forma acertada, não só reconheceu o caráter anulatório da pretensão autoral (atraindo a incidência e aplicação do art. 169 do CTN), como fez asseverar que, entre a ciência da decisão administrativa desfavorável à parte contribuinte - 24.02.2005 - e a propositura da presente ação anulatória - 07.06.2005 - medeou prazo inferior a dois anos, não havendo, por isso, cogitar da prescrição aventada pela Fazenda recorrente. A tanto, oportuno destacar o seguinte trecho do acórdão impugnado (fls. 241/243):

Ação anulatória de decisão administrativa denegatória de pedido de restituição

O que a demandante pretende, através do presente feito, é submeter à análise do Judiciário, o mérito do pedido formulado no Processo Administrativo de ressarcimento 11040.001253/00-51, tendo em vista que a decisão proferida naquele procedimento lhe foi desfavorável. Cumpre observar que não é requisito para tanto, que sejam apontadas ilegalidades no andamento do processo administrativo, uma vez que se está objetivando apenas a reavaliação do mérito. No caso, o que busca a autora é a revisão da questão de mérito sobre a qual versou o referido processo administrativo, o que lhe é assegurado inclusive pela Constituição Federal.

Registre-se ainda que repetição judicial, em tal situação, pressupõe a anulação da decisão administrativa denegatória, estando correto o proceder da demandante.

Tratando-se de pretensão de repetição de valores que já tenha sido indeferida administrativamente, aplica-se à ação judicial de repetição que sucede pedido administrativo indeferido, o prazo de dois anos previsto no artigo 169 do CTN, *verbis*:

Art. 169. Prescreve em 2 (dois) anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição.

Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada.

(...)

In casu, conforme os documentos trazidos aos autos, verifica-se que a autora tomou ciência da decisão final no procedimento administrativo em 24.02.2005, iniciando-se, a partir desta data, o prazo de dois anos para ajuizamento de ação anulatória. Tendo sido o presente feito ajuizado em 07.6.2005, ainda não havia se perfectibilizado a prescrição do direito de pleitear a anulação da decisão administrativa.

Nessa mesma linha vai o entendimento da Segunda Turma deste Sodalício, ao pontuar que, “*tratando-se de ação anulatória da decisão administrativa que denegou a restituição do indébito tributário, o prazo prescricional é aquele disposto no art. 169, caput, do CTN, ou seja, 02 (dois) anos a contar da ciência do contribuinte sobre a decisão administrativa definitiva denegatória*” (EDcl nos EDcl no REsp 1.035.830/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 08.10.2010).

Em julgado mais recente, da mesma Segunda Turma e do mesmo relator, colhe-se a seguinte decisão:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Preliminar de nulidade. Digitalização incompleta. Ausência de prejuízo. Não acolhimento. Acórdão recorrido que aplicou diretamente o prazo prescricional da repetição do indébito. Ação anulatória de decisão administrativa denegatória de restituição. Art. 169 do CTN. Prescrição. Não ocorrência. Ausência de ofensa à Súmula n. 7 do STJ. Retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito.

1. Não merece acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela agravante em razão da digitalização incompleta da última página do acórdão recorrido à fl. 238 e-STJ, tendo em vista que o texto a que se refere encontra-se transcrito na ementa de fls. 240 e-STJ, não havendo qualquer prejuízo à defesa por conta de tal vício. É cediço que a declaração da nulidade processual depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na hipótese. Por outro lado, a conversão do feito em diligência militaria contra o princípio da celeridade processual.

2. O presente feito trata de ação anulatória de decisão administrativa que negou restituição de indébito cumulada com repetição de indébito. A decisão administrativa que se pretende anular foi exarada em 20 de maio de 2002 e a ação anulatória foi ajuizada em 9 de fevereiro de 2004, portanto, dentro do prazo prescricional de dois anos previsto no art. 169 do CTN.

3. Deve ser reformado acórdão recorrido que aplicou diretamente o prazo prescricional para repetição do indébito (art. 168 do CTN) em ação que pleiteia, também, a anulação da decisão administrativa denegatória da restituição (art. 169 do CTN). Precedentes.

4. Afastada a prescrição da ação anulatória da decisão administrativa denegatória, devem os autos retornar à origem para prosseguimento do feito quanto às demais questões de mérito.

5. A aplicação do direito à hipótese não demandou reexame do contexto fático-probatórios dos autos, mas apenas outra valoração jurídica dos fatos expressamente consignados no bojo do acórdão recorrido, não havendo que se falar em incidência da Súmula n. 7 do STJ.

6. Agravo regimental não provido.

(*AgRg no REsp 1.316.775/ES*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03.09.2015, DJe 17.09.2015)

Vê-se, pois, que a hostilizada decisão da Corte local se acha em consonância com a jurisprudência do STJ sobre o tema. Nesse contexto, despicienda se revela a incursão no exame da alegada violação aos arts. 219, § 1º, do CPC/1973, 151, III, do CTN e, por fim, arts. 3º e 4º da LC n. 118/2005.

Diante do exposto, *nego* provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.315.217-DF (2012/0058599-8)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Luiz Inácio Lula da Silva

Repr. por: União

Recorrido: Ministério Público Federal

Interes.: Guido Mantega

Interes.: Paulo Bernardo Silva

EMENTA

Direito sancionador. Recurso especial. Ação civil pública fundada na imputação de prática de *ato de improbidade administrativa promovida pelo MPF em desfavor de Presidente da República no pleno exercício de seu mandato e mais dois Ministros de Estado*. Extinção da ação quanto aos Ministros decretada na instância ordinária, com trânsito em julgado. *Descabimento* da promoção contra o Presidente da República. *Conforme orientação pacificada nas Cortes Superiores*. Recurso especial a que se dá provimento.

1. O Juízo de Primeiro Grau rejeitou a ação de improbidade administrativa ajuizada pelo douto MPF contra Presidente da

República que se achava *no pleno exercício do seu mandato* e dois de seus Ministros de Estado. A decisão veio a ser reformada no Tribunal de Apelação (TRF da 1ª Região), *apenas com relação ao Presidente da República*, sob o fundamento de *procedibilidade do feito sancionador*, em face (i) do *término do mandato presidencial* e (ii) dada a *ausência de prerrogativa de foro* na ação regida pela Lei n. 8.429/1992.

2. Ocorreu, neste caso, indevida simbiose conceitual entre os institutos do regime de *responsabilidade política* e o de *competência para o processo e julgamento da ação*. Esta Corte Superior já adotou a diretriz de que o julgamento de *eventuais condutas ímprobas imputadas ao Presidente da República* (art. 85, V da Carta Magna de 1988) *estão submetidas ao regime especial de julgamento pelo Senado Federal* (art. 86 da Carta Magna). Precedentes: RCL 2.790/SC, Rel. Min. *Teori Zavascki*, DJe 04.03.2010; REsp 1.108.490/RJ, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 11.10.2016; AgRg no REsp 1.197.469/RJ, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe 11.12.2015; AgRg no AREsp 265.989/SE, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, DJe 18.02.2013.

3. A presente ação de improbidade administrativa, proposta no curso do mandato presidencial, cursa por *via eleita inadequada*, como bem solucionou o douto Juízo de origem, pelo que entendeu cabível o seu imediato trancamento, *firmando segura diretriz judicante, cuja eficácia agora se restabelece*. De fato, o § 8º do art. 17, da Lei n. 8.429/1992 autoriza ao Juiz a *rejeitar a ação*, expressando em decisão fundamentada (na verdade, em sentença) o seu convencimento sobre a inexistência do ato, a improcedência do pedido, ou a *inadequação da via eleita*. Os eventos determinantes dessa extinção podem ser reconhecidos *em qualquer fase do processo* (art. 17, § 11 da Lei n. 8.429/1992).

4. Parecer do MPF pelo *desprovemento do recurso*. Recurso Especial do recorrente conhecido e provido, em ordem a restabelecer a eficácia da sentença de Primeiro Grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Especial,

em ordem a restabelecer a eficácia da sentença de Primeiro Grau, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa (por fundamento diverso) e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 30.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por *Luis Inácio Lula da Silva*, então Presidente da República, com lastro nas alíneas *a* e *c* do art. 105, III da CF/1988 contra o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que contou com a seguinte ementa:

Processual Civil. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Ex-Presidente da República e Ministros de Estado Prerrogativa de foro. Artigo 102, I, c da Constituição Federal. Lei n. 1.079/1950. Aplicação da Lei n. 8.429/1.992 aos ex-agentes políticos. Inaplicabilidade do entendimento adotado no julgamento da Reclamação 2.138/DF.

1. Em relação aos réus que ocupam cargos de Ministros de Estado, inteiramente aplicável o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.138/DF quando declarou expressamente que a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37 § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950).

2. Ex-Presidente da República pode ser processado por seus atos pela Lei n. 8.429/1992. Não mais está sujeito às disposições da Lei n. 1.079/1950, tanto que o artigo 15 da referida Lei dispõe a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo deixado definitivamente o cargo.

3. Tendo o primeiro demandado deixado o cargo de Presidente da República, não mais se sujeitando às disposições da Lei n. 1.079/1950, não sendo mais agente político e não possuindo qualquer prerrogativa de foro constitucionalmente estabelecida, deve se sujeitar ao que está disposto na Lei n. 8.429/1992, editada com o fim de regulamentar a norma constitucional lançada no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal.

4. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal A cessação do mandato eletivo no curso do processo de ação de improbidade administrativa, implica perda automática da chamada prerrogativa de foro e deslocamento da causa ao juízo de primeiro grau, ainda que o fato que deu causa a demanda haja ocorrido durante o exercício da função pública. (STF Rcl-AaR 3.021 *Cezar Peluso*, julgamento 03.12.2008).

5. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida. Inaplicabilidade do § 3º do art. 515 do CPC. Remessa dos autos à origem.

2. Nas razões de seu Recurso Especial, a parte recorrente sustenta, além de divergência jurisprudencial, violação, pelo acórdão recorrido, dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.429/1992, 2º e 3º da Lei n. 1.079/1950, aos seguintes argumentos: (a) o acórdão recorrido, ao possibilitar o acionamento do recorrente, que à época do ajuizamento da ação era Presidente da República, mas não ao tempo do julgamento da Apelação, valeu-se de interpretação literal da expressão *qualquer Agente Político*, inserta na Lei n. 8.429/1992; (b) a Lei n. 1.079/1950 é clara ao prever regime diferenciado de responsabilização quanto aos atos inerentes às funções praticados pelo Presidente da República, afirmação já submetida ao entendimento do STJ e da Corte Suprema; (c) o acórdão se equivoca quanto aos conceitos de prerrogativa de foro e de regime de responsabilização; (d) o entendimento firmado no acórdão recorrido fará da Lei de Improbidade um regime subsidiário de responsabilização do Presidente da República, pois, se o Senado Federal optar pela não responsabilização, segundo o regime da Lei n. 1.079/1950, o Poder Judiciário poderá fazê-lo com fundamento na Lei n. 8.429/1992. Pede a reforma do julgado, em ordem a ser restabelecida a sentença que trancou a lide sancionadora.

3. A Presidência do Tribunal de origem deferiu o processamento do Apelo Raro às fls. 2.022/2.023.

4. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República *Wagner de Castro Mathias Netto*, opinou pelo *desprovimento* do recurso (fls. 2.037/2.039).

5. Em síntese, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. O Ministério Público Federal promoveu, em 25.05.2007, Ação Civil Pública contra *Luís*

Inácio Lula da Silva, à época Presidente da República, *Guido Mantega*, então Ministro de Estado da Fazenda, *Paulo Bernardo Silva*, então Ministro de Estado do Planejamento, por alegar que os requeridos *praticaram atos de improbidade administrativa tipificados nos arts. 10, XI (dano ao Erário por liberação de verba pública sem observância das normas pertinentes) e 11, caput e I (ofensa a princípios reitores administrativos por prática de ato visando a fim proibido em lei)*.

2. O libelo narra que os acionados teriam se utilizado dos recursos arrecadados para o Fundo Penitenciário Nacional-FUNPEN para pagamento de juros, geração de superávit primário e poupança pública. Assevera que os fundos especiais tem por característica receber as transferências obrigatórias para o caixa específico, sendo certo que o Poder Executivo estaria contingenciando as despesas do FUNPEN, compreendendo-as alheias às obrigações constitucionais ou legais, inserindo-as na esfera de discricionariedade do Agente Político. Por entender que a edição de Decretos e Portarias Interministeriais de Contingenciamento dos recursos para obtenção de superávit primário – um ato complexo entre autoridades – seria prática dolosa e lesiva à probidade administrativa, o Órgão Acusador pediu a condenação dos réus às iras dos incisos II e III do art. 12 da Lei n. 8.429/1992.

3. Em sentença, o Juízo de Primeiro Grau houve por bem *trancar o processamento da lide*, aos seguintes fundamentos:

(a) há patente inadequação da via eleita, pois os réus são agentes políticos, Chefe e Ministros de Estado, e, por tal razão, submetem-se tão somente ao regime previsto na Lei n. 1.079/1950 que tipifica como crimes de responsabilidade os atos de improbidade administrativa de tais agentes políticos. Sendo assim, eventual responsabilidade desses agentes deve ser verificada mediante o manejo de ação de responsabilidade perante o órgão competente (fls. 1.552);

(b) por ocasião do julgamento da Reclamação 2.138/DF, o excelso Supremo Tribunal Federal atestou o regime jurídico da responsabilidade dos Agentes Políticos, em que se reconheceu a aplicabilidade tão somente da Lei n. 1.079/1950 afastando-se a disciplina da Lei n. 8.429/1992.

4. No julgamento do recurso de Apelação manejado pelo autor da ação, o TRF da 1ª Região manteve a extinção quanto aos Ministros de Estado, sob o fundamento de que permaneceram nas respectivas chefias de pasta ministerial, submetidos, portanto, à responsabilização político-administrativa, *com o que se resignou o douto MPF*; mas reformou a sentença quanto ao ex-Presidente da República, determinando seu processamento, por entender, na questão central, o que a seguir se transcreve:

Tendo o demandado deixado o cargo de Presidente da República, não mais se sujeitando às disposições da Lei n. 1.079/1950, não sendo mais agente político e não possuindo qualquer prerrogativa de foro constitucionalmente estabelecida, afigura-se evidente que *deve sujeitar-se ao que está disposto na Lei n. 8.429/1992*, editada com o fim de regulamentar a norma constitucional lançada no artigo 37, parágrafo 42, da Constituição Federal.

Vale ressaltar que a discussão na Reclamação 2.138/DF recaía sobre *eventual prerrogativa de foro* dos agentes políticos para responderem às ações de improbidade administrativa. Não existe qualquer dúvida, portanto, no tocante à submissão ao regime jurídico da Lei n. 8.429/1992, uma vez perdida a qualidade de agente político (fls. 1.622).

5. Diante dessa conclusão, que determinou a retomada do trâmite processual, o ex-Presidente da República formulou Apelo Raro, que ora se enfrenta. *Repito que contra os demais acionados a ação foi trancada e contra esse trancamento o MPF não se insurgiu.* A ementa desse julgado da Primeira Corte Regional está assim vazada:

Processual Civil. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Ex-Presidente da República e Ministros de Estado Prerrogativa de foro. Artigo 102, I, c da Constituição Federal. Lei n. 1.079/1950. Aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos ex-agentes políticos. Inaplicabilidade do entendimento adotado no julgamento da Reclamação 2.138/DF.

1. Em relação aos réus que ocupam cargos de Ministros de Estado, inteiramente aplicável o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.138/DF quando declarou expressamente que a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37 § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950).

2. Ex-Presidente da República pode ser processado por seus atos pela Lei n. 8.429/1992. Não mais está sujeito às disposições da Lei n. 1.079/1950, tanto que o artigo 15 da referida Lei dispõe a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo deixado definitivamente o cargo.

3. Tendo o primeiro demandado deixado o cargo de Presidente da República, não mais se sujeitando às disposições da Lei n. 1.079/1950, não sendo mais agente político e não possuindo qualquer prerrogativa de foro constitucionalmente estabelecida, deve se sujeitar ao que está disposto na Lei n. 8.429/1992, editada com o fim de regulamentar a norma constitucional lançada no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal.

4. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal A cessação do mandato eletivo no curso do processo de ação de improbidade administrativa, implica perda automática da chamada prerrogativa de foro e deslocamento da causa ao juízo de primeiro grau, ainda que o fato que deu causa a demanda haja ocorrido durante o exercício da função pública. (STF Rcl-AaR 3.021 *Cezar Peluso*, julgamento 03.12.2008).

5. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida. Inaplicabilidade do § 3º do art. 515 do CPC. Remessa dos autos à origem.

6. Cinge-se a controvérsia em saber, portanto, se o réu, na qualidade de então Presidente da República, se submeteria às iras da Lei n. 8.429/1992 e poderia, por conseguinte, ser processado *com vista a impor-se-lhe as reprimendas por ato de improbidade administrativa*. Também se pode discutir se, concluído o mandato eletivo de Presidente da República, aquela ação de improbidade administrativa retomaria o seu curso normal, já que, efetivamente, não existe foro especial por prerrogativa, neste caso, e, ainda que existisse, teria cessado com o término da investidura presidencial.

7. O tema já conta com as luzes definitivas da Corte Especial deste Tribunal da Cidadania, sob os auspícios do saudoso Ministro *Teori Albino Zavascki*, em julgado múltiplas vezes replicado em hipóteses símiles ulteriores, em que se firmou a compreensão de que, ***excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º*** (Rcl 2.790/SC, Rel. Min. *Teori Albino Zavascki*, DJe 04.03.2010).

8. Registre-se, para logo, que a hipótese vertente se ajusta à exceção.

9. Confirmam-se outros julgados que apontam para a diretriz referenciada, ou sejam, a que apregoa que o Presidente da República, se praticante de ato de improbidade administrativa, no exercício do seu mandato, submete-se a julgamento *perante o Senado Federal*, e não perante o Poder Judiciário:

Recurso especial. Improbidade administrativa. Art. 17, § 8º, Lei n. 8.429/1992. Indícios suficientes para o recebimento da petição inicial. Princípio do *in dubio pro societate*. Ex-prefeito. Aplicação da Lei n. 8.429/1992. Compatibilidade com o Decreto-Lei n. 201/1967.

1. Consta do acórdão recorrido tratar-se de Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em

razão de o prefeito ter firmado termo contratual não autorizado por lei com a Petrobras Distribuidora S/A.

2. A decisão de primeira instância recebeu a petição inicial de improbidade ofertada pelo recorrente, mas o acórdão recorrido, apesar de reconhecer que a exordial fora instruída com indícios de cometimento de atos passíveis de enquadramento na Lei de Improbidade administrativa, reformou a decisão de primeiro grau, e rejeitou a inicial.

3. O STJ tem posicionamento de que, existindo meros indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º da Lei n. 8.429/1992, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público.

4. Ademais, a jurisprudência assentada no STJ, inclusive por sua Corte Especial, é no sentido de que, *excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86)*, não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º.

5. Recurso Especial provido (REsp 1.108.490/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11.10.2016).

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Improbidade administrativa. Os agentes políticos estão sujeitos às sanções por ato de improbidade (Lei n. 8.429/1992). Entendimento firmado pela Corte Especial/STJ na Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 4.3.2010. Ressalva do ponto de vista do relator. Agravo regimental desprovido.

1. *Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (arts. 85 e 86 da CF/1988)*, não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de quaisquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º da Constituição Federal. Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp 1.197.469/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 11.12.2015).

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Agentes políticos. Aplicabilidade da norma. Precedentes do STJ inclusive de sua Corte Especial.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública contra ato de improbidade praticado pela então Secretária de Estado de Educação de Sergipe em face de irregularidades apontadas pelo Conselho de Alimentação Escolar referentes

ao fornecimento de carne para merenda das escolas públicas daquele ente da federação. Não obstante, o Tribunal Regional Federal a quo entendeu pela impetinência da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao caso em tela, tendo em vista que a parte ora recorrida era, ao tempo dos fatos, agente político.

2. A esse respeito, destaca-se que, a jurisprudência do STJ, inclusive da Corte Especial, expõe entendimento segundo o qual, *excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86)*, não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza” (Rcl 2.790/SC, DJe de 04.03.2010 e Rcl 2.115, DJe de 16.12.2009).

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 265.989/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18.02.2013).

10. Na espécie, o MPF ajuizou ação de improbidade em maio/2007, quando o ora recorrente, reeleito Presidente da República, desempenhava o primeiro ano de seu segundo mandato.

11. Nessa circunstância e prescindindo de maiores digressões frente ao entendimento consolidado nesta Corte Superior – que até mesmo permitiria o desfecho da presente insurgência a partir do art. 557, § 1º-A do CPC/1973 –, *o Chefe de Estado, ao tempo da promoção da lide (maio/2007), estava submetido a julgamento perante o Senado Federal para as infrações elencadas como improbidade administrativa, consoante a dicção e a inteligência do art. 85, V da Carta da República*, que estabelece a responsabilidade do Agente Político por atos que atentem contra *a probidade na administração*.

12. De melhor aviso, portanto, a decisão primitiva, ao apregoar a *inadequação da via eleita*, uma vez que, *por ocasião do julgamento da Reclamação 2.138/DF, restou assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal o regime jurídico da responsabilidade dos agentes políticos na qual se reconheceu a aplicabilidade tão-somente da Lei n. 1.079/1950 afastando-se, assim, a disciplina constante na Lei n. 8.429/1992* (fls. 1.552). Eis a ementa do acórdão exarado pelo colendo STF no julgamento dessa referida Reclamação:

Reclamação. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Improbidade administrativa. Crime de responsabilidade. Agentes políticos. I. Preliminares. Questões de ordem. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento,

o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. *Mérito*. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n. 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei n. 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992). II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c da Constituição. III. *Reclamação julgada procedente* (Rcl 2.138/DF, Rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes DJe 17.04.2008)

13. O douto acórdão ora recorrido, do egrégio TRF da Primeira Região – **digo-o com o mais elevado respeito** –, com o mais elevado respeito, ao afirmar *não há razão para assegurar aos ex-detentores de função ou mandato eletivo foro especial para processo e julgamento de atos de improbidade, em substituição ao processo judicial de natureza cível* (fls. 1.622), , com a devida vênua, **incabível simbiose entre os conceitos de competência judicial para o processo e julgamento de ação de improbidade e de sujeição de autoridade ao estatuto sancionador** .

14. É que não se está a discutir o juízo, o foro ou a instância competente para processamento e julgamento da lide; verdadeiramente, a inexistência do chamado *foro privilegiado* para as ações de improbidade se estende até mesmo aos ocupantes de cargos que possuam o referido *locus* de julgamento no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade (AIA 44/AM, Rel. Min. *Laurita Vaz*, DJe 19.03.2014), como é amplamente sabido, quanto a isso não cabendo nenhuma dúvida, embora este Relator manifeste ressalva do entendimento pessoal também nesse ponto.

15. Busca-se, lado outro, perquirir o regime ao qual está submetido aquele que, *ao tempo da promoção da lide*, era o mandatário máximo da República, no pleno exercício de suas funções presidenciais. Trata-se, bem se vê, de questão de norma substantiva (apuração de responsabilidade), não adjetiva (definição da autoridade julgadora).

16. Assinale-se que o fato de o então Chefe de Governo e de Estado ter encerrado seu mandato no curso do processo – *vale dizer, posteriormente à sentença extintiva, mas antes de ter sido julgado o recurso de Apelação do MPF em agosto de 2011, quase 4 anos depois da promoção da lide sancionadora* –, não tem o condão de materializar arremedo ao equívoco cometido na origem, pois, em virtude do regime próprio de responsabilidade jurídico-política, o Órgão Acusador *não poderia ter ajuizado ação de improbidade contra o Presidente da República no exercício de suas funções*; não há sanatória, nem comporta emenda para a retomada do fluxo do processo, *a transmissão da faixa presidencial*. É sempre de crucial relembração que as condições da ação – e isso é clássico da jusprocessualística – são aferidas na propositura da lide, pois, *para propor ação, é necessário ter interesse e legitimidade* (art. 3º do Código Buzaid).

17. Tenho para mim, como todo o respeito às posições jurídicas adversas, que esta ação de improbidade *nasceu fadada ao insucesso*, porque ajuizada ao arrepio de regra procedimental acolhida expressamente pela Corte Especial do STJ, qual seja, *aquela que proclama que, ocorrendo a prática de ato ímprobo imputado ao Presidente da República, o meio sancionador adequado – segundo*

o modelo de reprovação acatado no sistema jurídico – é aquele pertinente ao impeachment presidencial, como prevê a Carta Magna, e não a sua submissão à Lei n. 8.429/1992.

18. Ao meu sentir, se a ação de improbidade não reunia condição procedimental – como o reconheceu o douto Juízo de piso – em razão de previsão constitucional, aliás proclamada pela Corte Especial do STJ, a posterior alteração do status subjetivo do acionado, decorrente do término do seu mandato presidencial, *não teria a virtude de sanar a inadequação primitiva, já revelada no pórtico da iniciativa sancionadora, porque a definição da procedibilidade se define, como amplamente sabido, no (e pelo) próprio aforamento da inicial.*

19. Creio que se trata, neste caso, de uma exemplar situação de *improcedibilidade do pedido posto na ação do MPF*, quer seja ela (a situação) analisada à luz do Código Buzaid (art. 267, VI), que o seja à luz do Código Fux (art. 485, VI), porquanto, nas duas regulações, autoriza-se a extinção do processo sem exame do seu mérito, tal como decidiu o douto Juiz de Primeiro Grau. Apenas, para recordar, revejam-se as redações desses dispositivos:

Art. 267 do CPC/1973 (Código Buzaid):

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...).

VI – *quando não concorrer qualquer das condições da ação*, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Art. 485 do CPC/2015 (Código Fux):

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...).

VI – *verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.*

20. Aproveito a oportunidade deste julgamento para realçar que a Lei n. 8.429/1992 é perpassada pela *constante preocupação* de evitar a instauração ou o posterior desenvolvimento de ações de improbidade inadequadas, provendo a mesma lei, diretamente, medidas intraprocessuais, *que cumpre ao Juiz adotar*, e que visam a inibir o curso de pretensões sancionadoras improcedíveis. Essas medidas conferem ao julgador amplos poderes de controle jurídico da iniciativa sancionadora, tanto na fase de recebimento da inicial da ação, como também nas fases subsequentes, *implantando um completo sistema de garantias que merece destaque.*

21. Pode-se anotar as seguintes disposições da referida lei regeadora da ação de improbidade administrativa, dentre outras igualmente reveladoras desses propósitos, advertindo-se que tais objetivos *somente serão implementados se o Juiz da ação se empenhar na sua consecução*:

(a) o art. 17, § 6º da LIA contém a previsão da exibição de elementos documentais reveladores da existência do ato ímprobo, denotando, portanto, que se trata de elementos probatórios reunidos antes da propositura da ação e, seguramente, pertinentes à revelação da materialidade do ilícito dado como configurador do alegado ato de improbidade e de sua justa causa. Na ausência desses elementos, o Juiz deverá rejeitar a ação proposta, em decisão fundamentada;

(b) o § 7º do mesmo art. 17 da LIA institui um contraditório preliminar e sumário, ao estatuir que a inicial, estando em devida forma, sobre ela deverá ser ouvida a parte indicada na inicial, antes do seu recebimento. Isso denota que se dá ao promovido a clara oportunidade impugnativa da promoção da ação de improbidade, podendo essa impugnação ser instruída com documentos e justificações. Na análise dessa resposta, deverá o Juiz atentar para a argumentação e as provas do promovido, aceitando-as sem hesitação, quando convincentes;

(c) o § 8º do art. 17, da Lei n. 8.429/1992 autoriza ao Juiz a rejeitar a ação, expressando em decisão fundamentada (na verdade, em sentença) o seu convencimento sobre a inexistência do ato, a improcedência do pedido, ou a inadequação da via eleita, se a manifestação preliminar do imputado revelar qualquer circunstância processual ou meritória que lhe infunda no espírito a convicção de improcedibilidade da ação;

(d) a decisão de recusa da defesa preliminar, com o recebimento da inicial da ação de improbidade administrativa, sujeita-se a recurso de agravo (art. 17, § 10 da Lei n. 8.429/1992), o que estabelece, em favor do agente público imputado, a chance de trancar a iniciativa judicial no seu nascedouro, ainda que o Juiz a tenha reputado procedível; no recurso de agravo, terá a parte recorrente dilargada oportunidade de demonstrar o descabimento processual ou meritório da ação; e

(e) o § 11 do art. 17 da Lei de Improbidade estatui regra de largo alcance, ao estabelecer que, em qualquer momento ou fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o Juiz o extinguirá sem exame de mérito. A expressão inadequação veicula um fenômeno processual de textura aberta, atribuindo ao Magistrado (seja o Juiz de primeiro grau ou o julgador de outros níveis) o poder-dever de preenchê-lo, segundo os elementos formais ou de mérito postos no contexto do processo.

22. Nas cinco hipóteses consideradas, porém, vê-se a *nítida intenção de não se permitir a instauração ou o trâmite de ações de improbidade incomuns*. Isso quer dizer que o Juiz deve estar *sempre atento* para impedir a instalação ou o curso

de ações punitivas vácuas ou eivadas de temeridade. Esse objetivo ético impõe ao julgador adotar a *postura fortemente garantística*, não tolerando que a ação de improbidade se perca nos meandros de procedimentos judiciais desafeiçoados do respectivo sistema de garantias. Entretanto, somente o Juiz – e mais ninguém – poderá, assimilando a *ideologia do garantismo*, prover a eficaz proteção aos direitos subjetivos dos acionados por improbidade. E se ele, o Juiz, não o fizer, certo será que os direitos das pessoas processadas *estarão ao relento e ao deusdará*.

23. A amplitude do poder judicial de rejeitar a ação de improbidade, não impede – como é óbvio – que o Juiz o possa fazer a *requerimento da parte* e em qualquer fase processual em que se encontre o feito, constatando a *inadequação da via eleita*. Aliás, essa possibilidade extintiva é expressamente prevista no § 11 do mesmo art. 17 da Lei n. 8.429/1992, o que nem seria necessário, *salvo para os juristas que entendem que os direitos subjetivos ou das pessoas decorrem só e somente das leis escritas e de nenhuma outra fonte*. Para esses juristas, os princípios jurídicos são apenas elementos decorativos dos discursos decisórios, desprovidos da eficácia de reger soluções judiciais de casos concretos.

24. Em arremate, registre-se que o momento histórico que sucedeu o mandato do ora recorrente bem reflete que a solução ora proposta é correta, porque, a partir da representação de cidadãos, a então Presidenta da República, *Dilma Vana Rousseff*, foi submetida à acusação de crime de responsabilidade perante o Senado Federal e por esta Casa condenada, em virtude de *contratação de operações de crédito com instituição financeira controlada pela União e editar decretos de crédito suplementar sem autorização do Congresso Nacional previstos nos arts. 85, VI, e 167, V da CF/1988*. Porventura entendesse presentes os suportes fático e jurídico da acusação, esse deveria ter sido o caminho trilhado pelo Órgão Acusador, jamais a promoção da vertente ação de improbidade durante o mandato presidencial.

25. Mercê dessas considerações, reputa-se violado o art. 1º da Lei n. 8.429/1992, na forma da interpretação conferida pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior, pois, de fato, o Presidente da República, porque submetido a regime excepcional de responsabilidade, não se assujeita às sanções da Lei n. 8.429/1992 *quanto aos atos praticados no curso do mandato*, não se inserindo, nesse contexto, na noção legal de Agente Público. O aresto merece reproche, nesse ponto específico.

26. Diante do exposto, conhece-se do Recurso Especial da parte implicada e a ele se *dá provimento*, em ordem a restabelecer a sentença de Primeiro Grau, que trancou a lide sancionadora. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.469.825-RS (2014/0184616-6)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Recorrente: Fazenda Nacional
Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PR0000000
Recorrido: Maria Falcão Vignoli - Interdito
Repr. por: Maria Cristina Vignoli - Curador
Advogado: Daian Possamai e outro(s) - RS050445

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Ação de repetição de indébito. Art. 535 do CPC. Ofensa. Inexistência. Imposto de renda. Isenção. Moléstia grave. Interdição. Curatela. Prescrição. Fluência. Impossibilidade.

1. “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2 - STJ).

2. Não há violação do art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão impugnado aprecia fundamentadamente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, ainda que em sentido contrário à pretensão recursal.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, afastando a prescrição, julgaram procedente a ação de repetição de indébito dos valores de imposto de renda descontados de proventos de pensão por morte desde a data que a recorrida foi acometida pela moléstia isentiva (Mal de Alzheimer).

4. A legislação tributária não possui dispositivo legal que trate da prescrição em relação aos incapazes, pois o art. 168, I, do CTN, dispõe somente a respeito do prazo para a propositura da ação de repetição de indébito.

5. Situação em que deve ser aplicado o disposto no art. 198, I, do CC, pois a recorrida é pessoa absolutamente incapaz para os atos da

vida civil, submetida à curatela, não correndo contra ela a prescrição, norma que protege, entre outros, os tutelados ou curatelados.

6. Recurso especial desprovido.

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, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de abril de 2018 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 19.4.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto pela *União* (Fazenda Nacional), com base na alínea “a” do permissivo constitucional, para desafiar acórdão assim ementado (e-STJ fl. 124).

Imposto de Renda Pessoa Física. Isenção. Art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/1988. Alienação mental. Mal de Alzheimer. Termo inicial. Acometimento da doença.

É assegurado aos portadores de alienação mental a isenção do imposto de renda sobre os rendimentos recebidos a título de proventos de pensão, desde a data do diagnóstico da doença.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 142/145).

As razões do apelo extremo sustentam violação dos arts. 535, II, do CPC/1973, 168 do CTN, 3º, II, 4º, 5º, 6º, 1.745, parágrafo único, c/c o art. 1.774, 1.748, V, e 1.752, todos do Código Civil. Defende que o acórdão foi omissivo e que a ação está fulminada pela prescrição, já que decorreu lapso quinquenal entre a nomeação de curador para o incapaz e a propositura da ação de repetição de indébito (e-STJ fls. 151/156).

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 170/177).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Inicialmente, cumpre registrar que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2 - STJ).

Feita tal anotação, impõe-se afastar, desde logo, a indigitada ofensa ao art. 535 do CPC/1973, visto que, no acórdão impugnado, o Tribunal *a quo* apreciou fundamentadamente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, não se vislumbrando, na espécie, nenhuma contrariedade à norma invocada.

Ademais, consoante entendimento jurisprudencial pacífico, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos levantados pelas partes para expressar a sua convicção, notadamente quando encontrar motivação suficiente ao deslinde da causa.

Nesse sentido: AgRg no AREsp 750.650/RJ, Relator Ministro *Humberto Martins*, Órgão Julgador T2 - *Segunda Turma*, DJe 30.9.2015 e AgRg no AREsp 493.652/RJ, Relator Ministro *Sérgio Kukina*, Órgão Julgador T1 - *Primeira Turma*, DJe 20.6.2014.

Quanto ao mérito, na hipótese aqui tratada, a recorrida, representada por sua curadora, propôs ação ordinária de repetição de indébito dos valores de imposto de renda descontados de seus proventos de pensão por morte desde a data que foi acometida pela mólestia isentiva (Mal de Alzheimer).

A ação foi ajuizada em fevereiro de 2011 (e-STJ fl. 8), sendo julgada procedente para que fossem restituídos os valores de imposto de renda indevidamente descontados dos proventos de pensão percebidos pela autora desde janeiro de 2001 (e-STJ fl. 79). O Tribunal *a quo* confirmou a sentença (e-STJ fls. 142/145).

A Fazenda Nacional, nas razões do recurso especial, defende que a ação repetitória está fulminada pela prescrição, pois, a partir do momento que o interdito passa a ser representado pelo curador, ele pode exercer todos os meios de defesa dos bens e interesses do incapaz, entre eles o direito de ação.

Pois bem.

Primeiramente, cumpre observar que a legislação tributária não possui dispositivo legal que trate da prescrição em relação aos incapazes. O art. 168, I, do CTN, dispõe somente a respeito do prazo prescricional para a propositura da ação de repetição de indébito.

Não obstante a inexistência de normativo legal a respeito da prescrição relativa aos incapazes, o Direito Tributário possui regras de hermenêutica para situações não expressamente previstas. Dispõe o art. 108, I, do CTN, que: “Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais do direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade.”

A analogia, primeira hipótese do artigo antes mencionado, consiste na utilização de uma outra disposição legal para ser aplicada a uma situação idêntica. É o que ocorre no caso dos autos, em que, no âmbito do Direito Tributário, não há nenhuma disposição legal que trate da prescrição em relação aos incapazes, devendo ser utilizado, então, normativo legal que cuide da mesma situação.

O Código Civil, por sua vez, faz expressa referência às pessoas que devem ser consideradas absolutamente incapazes e como deve ser aplicado o instituto da prescrição nessa hipótese:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

(...)

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

[...]

O art. 1.767 do Código Civil estabelece que:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

Portanto, dos artigos transcritos e em razão da analogia, expressamente prevista no art. 108, I, do CTN, a meu sentir, não restam dúvidas de que deve ser aplicado o disposto no art. 198, I, do CC à hipótese aqui tratada, tendo em vista que as instâncias ordinárias definiram a premissa fática de que a recorrida é pessoa incapaz para os atos da vida civil. Sendo assim, não corre contra ela a prescrição.

Por outro lado, a tese defendida pelo ente fazendário – de que, uma vez representada por curador a interdita, a partir do momento da interdição, inicia-se o transcurso do prazo prescricional em razão da ocorrência da *actio nata* – não pode prosperar. Explico:

A curatela é o encargo atribuído pelo Juiz a um adulto capaz, para que proteja, zele, guarde e administre os bens de pessoas judicialmente declaradas incapazes e que estejam incapacitadas para reger os atos da vida civil. À curatela devem ser aplicadas, por expressa determinação legal, às disposições concernentes à tutela e, nos vários artigos que tratam desse instituto, inexistente qualquer ressalva em relação ao instituto da prescrição. Não se pode fazer uma interpretação extensiva onde o legislador não o fez, pois tal providência implicaria indevido ingresso na atividade legiferante, comprometendo o princípio da tripartição dos Poderes.

Portanto, no caso de pessoas absolutamente incapazes, o prazo prescricional fica impedido de fluir, de tal maneira que, enquanto perdurar a causa, inexistente prescrição a ser contada para efeito de pretensão. A prescrição, na hipótese, só se iniciará se, e quando, cessada a incapacidade.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.568.493-RS (2015/0295096-7)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Fazenda Nacional

Recorrido: Borracharias Vipal S/A

Advogado: João Joaquim Martinelli e outro(s) - RS045071A

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Ofensa ao art. 535 do CPC/1973. Inocorrência. Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB. Lei n. 12.546/2011. Inclusão do ICMS na base de cálculo. Ilegalidade. Receita bruta não caracterizada. Aplicação da *ratio decidendi* do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF. Precedente.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 1973.

II – O tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

III – Os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/2011, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Precedente.

IV – Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 13 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 23.3.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto pela *Fazenda Nacional* contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento de apelação, assim ementado (fl. 630e):

Tributário. Contribuições previdenciárias. Lei n. 12.546/2011. ICMS.

A Lei n. 12.546/2011, com a finalidade de desonerar a folha de salários de alguns setores econômicos, promoveu a substituição da tributação sobre a folha de salários, adotando uma nova contribuição sobre a receita bruta das empresas. Os valores relativos ao ICMS e ao ISS ingressam no patrimônio da empresa e constituem em conjunto com outros valores, o faturamento (receita bruta) que é a base de cálculo do PIS/COFINS e também da contribuição previdenciária substitutiva em discussão.

Opostos embargos de declaração por ambas as partes, foram acolhidos os da Fazenda Nacional tão somente para efeito de prequestionamento, e os da parte Impetrante para sanar a omissão quanto aos pedidos de compensação e correção monetária (fls. 652/656e).

Opostos novos declaratórios pela empresa, foram acolhidos para sanar omissão quanto ao prazo prescricional para restituição dos valores indevidamente recolhidos (fls. 673/676e).

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

I. Art. 535, II, do CPC/1973 – “A i. Relatora salienta que adota ‘o entendimento exarado pelo STF no RE n. 240.785 a respeito do tema, no sentido de que não há, pelo contribuinte, faturamento do ICMS, pois tal tributo não pode ser considerado parte do somatório dos valores das operações negociais realizadas pela empresa, haja vista o contribuinte atuar apenas como mediador do repasse desta exação aos cofres públicos. Ademais, ainda que o julgamento não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral, trata-se de decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição’.

Dessa forma, ficou reconhecida a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição substitutiva prevista nos arts. 7º e 8º da Lei n. 12.546/2011. O art. 9º, § 7º, da Lei n. 12.546/2011, determina a inclusão do ICMS na Receita Bruta para cálculo da contribuição substitutiva, já que prevê seja excluído apenas o ICMS que for cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário [...] Nesse sentido, em se entendendo haver antinomia entre o art. 9º, § 7º, da Lei n. 12.546/2011 e o art. 195, I, *b*, da Constituição Federal, o v. acórdão precisaria sanar omissão relativa à aplicação do disposto no art. 97 da CRFB [...]” (fls. 689/690e); e

II. Arts. 7º, 8º e 9º da Lei n. 12.546/2011 – “A base de cálculo da contribuição substitutiva sob comento é, portanto, como se extrai dos transcritos arts. 7º e 8º da Lei n. 12.546/2011, a receita bruta das empresas abrangidas pela política de desoneração. E, embora, não diga quais parcelas integram a receita bruta, a referida lei cuida, no *caput* dos já mencionados arts. 7º e 8º, de excluir as vendas canceladas e os descontos incondicionais, além de, no art. 9º, estabelecer algumas balizas para a definição da receita bruta, dentre as quais se encontra a exclusão do ICMS, mas apenas ‘quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário’ (§ 7º, IV) [...] De qualquer forma, quer se adote o conceito de receita bruta mais restritivo (Lei n. 9.718/1998), quer se adote o mais extensivo (Lei n. 10.637/2002 e Lei n. 10.833/2003) – que difere do anterior apenas por conta da tributação de receitas outras além das decorrentes das atividades típicas da empresa –, é intuitivo que os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita à contribuição substitutiva prevista na Lei n. 12.546/2011 devem integrar a base de cálculo de tal contribuição” (fls. 699/700e).

Com contrarrazões (fls. 759/774e), nas quais se alega, preliminarmente, a incidência das Súmulas n. 283 e 284/STF, o recurso foi admitido (fl. 793e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 812/816e, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

Inicialmente, consigno que as questões federais debatidas encontram-se satisfatoriamente prequestionadas. Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

Por sua vez, não prospera a preliminar de incidência dos verbetes sumulares n. 283 e 284/STF, “[...] tendo em vista que o acórdão recorrido dirimiu a controvérsia com fundamento no art. 195, I, ‘b’ da Constituição Federal e no julgamento realizado pelo Pleno do STF no caso 240.785, o qual tratou além do referido dispositivo constitucional, do próprio conceito de faturamento e este tema não foi objeto de impugnação pelo Recurso apresentado [...]” (fl. 761e). Isso porque a matéria foi enfrentada em sede própria, é dizer, no recurso extraordinário concomitantemente interposto às fls. 708/747e.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, porquanto todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Do mesmo modo, anote-se que o acórdão impugnado dirimiu a controvérsia baseada em fundamentos infraconstitucionais suficientes. A esse respeito, aliás, eventual índole constitucional da matéria foi preliminarmente afastada pela 1ª Turma desta Corte, na assentada do dia 21.09.2017, nos autos do REsp n. 1.694.357/CE.

No mais, a Recorrente sustenta a existência de omissão no acórdão impugnado não suprida no julgamento dos embargos de declaração.

Ao prolatar o acórdão recorrido, o tribunal de origem enfrentou a controvérsia apresentada da seguinte forma (fl. 628e):

Frisa-se que a Lei n. 12.546/2011 não conceitua o significado do termo “receita bruta”, o que levou a própria Receita Federal a utilizar-se, no Parecer Normativo n. 3/2012, da legislação relativa ao PIS e à COFINS, porquanto tais contribuições têm como fato o auferimento de receita por pessoa jurídica.

A discussão a respeito dessa exclusão não é nova em relação ao PIS/Cofins e pode ser aplicada, analogicamente, no cálculo da contribuição previdenciária criada pela Lei n. 12.546/2011.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do RE 240.785/MG, em 08.10.2014, decidindo pela dedução do aludido imposto da base de cálculo da COFINS, ante a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, por violação ao art. 195, I, ‘b’, da Constituição

Federal. A base de cálculo das exações em questão somente pode incidir sobre o faturamento, entendido como o produto da venda de mercadorias e da prestação de serviços, conforme há muito assentado pelo Supremo nos Recursos Extraordinários n. 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, ocasião em que restou declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718, de 1998. Logo, receitas de naturezas diversas não podem integrar a base de cálculo das contribuições em comento.

No particular, adoto o entendimento exarado pelo STF no RE n. 240.785 a respeito do tema, no sentido de que não há, pelo contribuinte, faturamento do ICMS, pois tal tributo não pode ser considerado parte do somatório dos valores das operações negociais realizadas pela empresa, haja vista o contribuinte atuar apenas como mediador do repasse desta exação aos cofres públicos. Ademais, ainda que o julgamento não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral, trata-se de decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição.

Na espécie, não constato omissão acerca de questão essencial ao deslinde da controvérsia e oportunamente suscitada, tampouco de outros vícios a imponham a revisão do julgado.

Ressalte-se, ademais, que “a Suprema Corte pacificou o entendimento no sentido de que ‘não há violação do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante n. 10 do STF quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma e sem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal, limita-se a interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional ao caso concreto [...]’ (AgRg no ARE 743.722, Relator Min. *Dias Toffoli*, Primeira Turma, julgado em 26.08.2014, Processo Eletrônico DJe-216 divulg 03.11.2014 public 04.11.2014)” (AgRg nos EDcl no ARE no RE nos EDcl no AgRg no REsp 894.144/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 09.02.2015).

No mérito, a 1ª Turma deste Superior Tribunal, à unanimidade, firmou entendimento segundo o qual os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/2011, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante precedente cuja ementa transcrevo:

Tributário. Recurso especial. ICMS. Não inclusão na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB. Posicionamento do

STF, em repercussão geral, afirmando a não inclusão do ICMS da base cálculo do PIS/COFINS, por se tratar de valor que não se incorpora ao patrimônio do contribuinte (RE 574.706/PR). *Ratio decidendi* que se aplica ao caso em exame. Matriz argumentativa acolhida pelo eminente Ministro Dias Toffoli no RE 943.804, julgado em 20.4.2017, publicado no Diário Eletrônico DJe-093. Recurso especial do contribuinte provido para excluir o ICMS da base da cálculo da CPRB.

1. Na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em regime de repercussão geral, sendo Relatora a doutra Ministra Cármen Lúcia, afirmou que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS/COFINS, contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

2. *A lógica adotada naquele julgamento do STF se aplica, em tudo e por tudo, na solução do caso sob exame, porquanto aqui se trata de matéria jurídica idêntica, também redutível àquela mesma constatação de sua não integração ao patrimônio do contribuinte. Desse modo, mutatis mutandis, aplica-se aquela diretriz de repercussão do STF ao caso dos autos, pois, igualmente, se está diante de tributação que faz incluir o ICMS, que efetivamente não adere ao patrimônio do Contribuinte, na apuração base de cálculo da CPRB.*

3. *Reporta-se a vetusta hermenêutica que manda aplicar a mesma solução jurídica a situações controversas idênticas, recomendação remontante aos juristas medievais, fortemente influenciados pela lógica aristotélica-tomista, que forneceu a base teórica e argumentativa da doutrina positivista do Direito, na sua fase de maior vinculação ou adstricção aos fundamentos das leis naturais.*

4. Anote-se que, no julgamento do RE 943.804, o seu Relator, o douto Ministro Dias Toffoli, adotou solução semelhante, ao determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para aplicação da sistemática da repercussão geral acima apontada precisamente a um caso de CPRB (DJe-093, 4.5.2017), ou seja, uma situação rigorosamente igual a esta que porá se examina.

5. Recurso Especial do contribuinte provido.

(REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21.11.2017, DJe 1º.12.2017 - destaquei).

Na ocasião, também expressei em voto-vista:

Coube especificamente à Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB o papel de implementar essa política voltada a desonerar a folha de salários, substituindo “[...] pela receita bruta a remuneração paga aos segurados empregados, avulsos e contribuintes individuais contratados, como base de cálculo da contribuição previdenciária devida pelas empresas que atuem nos setores contemplados” [...].

Trata-se, portanto, de incentivo fiscal, indutor do desenvolvimento econômico e da criação de postos de trabalho, cuja disciplina normativa, *na espécie*, tem o escopo de desonerar a folha de pagamento, com vista a desestimular o aumento da taxa de desemprego.

A Fazenda Nacional, todavia, defende que a lei em questão exclui da base de cálculo o montante do ICMS apenas nas hipóteses nas quais o vendedor dos bens ou o prestador de serviços seja substituto tributário, de modo que o imposto estadual estaria embutido no preço final da mercadoria, sendo destacado para simples controle fiscal, a fim de se indicar o quantum a ser compensado, se for o caso, pelo comprador, em função da não-cumulatividade (fl. 474e).

Tal entendimento, em meu sentir, leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado, em especial porque *ausente previsão legal específica*. De fato, para o Fisco, a lei, ao prever a exclusão do ICMS da base de cálculo da CPRB apenas para o substituto tributário, estaria a autorizar, automaticamente, a sua inclusão em todas as demais hipóteses, *em interpretação equivocada, com a devida vênia, que olvida a necessidade de norma expressa para a fixação da base de cálculo, em consonância com o art. 97, IV, do CTN*.

Nesse contexto, é oportuno assentar que, hodiernamente, despontam no cenário das questões tributárias preocupantes discussões tendentes a legitimar o alargamento de bases de cálculo tributárias por intermédio da inclusão de outros tributos, isto é, a situação denominada tributo sobre tributo, tal como a da inserção do ICMS na base cálculo do PIS/COFINS.

[...]

A base de cálculo, inquestionavelmente, haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

[...]

Cumpre registrar, *dada a estreita semelhança axiológica com o presente caso*, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Entendeu o Plenário da Corte, por maioria, que o valor de ICMS *não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos* [...].

Portanto, à aceção de receita atrela-se o requisito da *definitividade*, motivo pelo qual, conforme pontuado pelo Ministro Marco Aurélio no voto proferido na repercussão geral, “[...] o contribuinte não fatura e não tem, como receita bruta, tributo, ou seja, o ICMS”.

[...]

Por conseguinte, a posição defendida pelo Fisco conflita com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, porquanto a *ratio decidendi* empregada na aludida repercussão geral é antagônica à formulação conceitual de receita adotada pela Recorrida.

Anote-se, ainda, recentes decisões monocráticas exaradas por Ministros daquela Corte – alguns dos quais vencidos no julgamento do RE n. 574.706/PR – *expandindo o posicionamento firmado para os casos envolvendo a inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB*: ARE n. 1.038.323/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.06.2017; RE n. 943.804/RS, Rel. Min. Dias Tofolli, DJe 04.05.2017; RE n. 954.015/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 08.08.2016.

Indo além, para ampliar o emprego das razões de decidir da repercussão geral aos casos envolvendo a inclusão do ISSQN sobre a CPRB, confira-se o RE n. 1.021.180/SC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 10.03.2017. (destaques do original)

Isto posto, *nego provimento* ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.670.149-PE (2017/0104071-3)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Nara Maria Ferreira Lopes

Recorrente: Walter Turton Ferreira Lopes

Recorrente: Eduardo Turton Ferreira Lopes

Advogados: José Henrique Wanderley Filho e outro(s) - PE003450

Raphael Henrique Lins Tiburtino dos Santos - PE036816

Recorrido: Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Ofensa aos art. 1.022, II, e 489, § 1º, do CPC/2015. Omissões. Prequestionamento ficto. Art. 1.025 do vigente Estatuto Processual. Aplicabilidade restrita a questões de direito. Ausência de pronunciamento quanto a aspectos envolvendo

matéria fático-probatória relevante. Devolução dos autos à origem. Necessidade. Precedentes.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – De acordo com o art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, cabe a oposição de embargos de declaração para: *i)* esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; *ii)* suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e *iii)* corrigir erro material.

III – A omissão, definida expressamente pela lei, ocorre na hipótese de a decisão deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento. Considera-se omissa, ainda, a decisão que incorra em qualquer uma das condutas descritas no art. 489, § 1º, do CPC/2015.

IV – O vigente Estatuto Processual admite, no seu art. 1.025, o denominado prequestionamento ficto, é dizer, aquele que se consuma com a mera oposição de embargos de declaração, independentemente da efetiva manifestação da instância ordinária sobre as teses expostas.

V – Se é correto que o novo Código de Processo Civil ampliou a possibilidade de reconhecer o prequestionamento nas situações que indica, não menos certo é que a exegese a ser dispensada ao seu art. 1.025 é aquela compatível com a missão constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, isto é, a de uniformizar a interpretação das leis federais em grau recursal nas causas efetivamente decididas pelos Tribunais da República (CR, art. 105, III), não podendo, portanto, sofrer modificação por legislação infraconstitucional. Disso decorre, por conseguinte, que o comando contido no art. 1.025 do CPC/2015 está adstrito à questão exclusivamente de direito, é dizer, aquela que não imponha a esta Corte a análise ou reexame de elementos fáticos-probatórios, providência que lhe permanece interdita, em virtude do delineamento constitucional de sua competência. Precedentes.

VI – Extrai-se dos julgados deste Superior Tribunal sobre a matéria que o reconhecimento de eventual violação ao art. 1.022

do CPC/2015 dependerá da presença concomitante das seguintes circunstâncias processuais: *i)* oposição de embargos de declaração, na origem, pela parte interessada; *ii)* alegação de ofensa a esse dispositivo, nas razões do recurso especial, de forma clara, objetiva e fundamentada, acerca da mesma questão suscitada nos aclaratórios; *iii)* publicação do acórdão dos embargos sob a vigência do CPC/2015; e *iv)* os argumentos suscitados nos embargos declaratórios, alegadamente não examinados pela instância *a quo*, deverão: *iv.i)* ser capazes de, em tese, infirmar as conclusões do julgado; e *iv.ii)* versar questão envolvendo matéria fático-probatória essencial ao deslinde da controvérsia.

VII – *In casu*, verifica-se a ausência de pronunciamento da Corte de origem a respeito de matéria fática relevante.

VIII – Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à origem, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos à origem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 13 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 22.3.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto por *Nara Maria Ferreira Lopes* e *Outros* contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento de agravo de instrumento, assim ementado (fls. 705/706e):

Tributário. Execução fiscal. Indisponibilidade de bens e direitos do devedor antes da citação. Utilização cautelar do Bacenjud. Necessidade de comprovação

da ineficácia da medida em se aguardar a ordem processual. Proventos de aposentadoria. Impenhorabilidade. Agravo de instrumento provido.

1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede execução fiscal, determinou a penhora de bens e direitos porventura existentes em nome do devedor, especialmente via Sistema BacenJud antes da citação.

2. O STJ decidiu que não há empecilho à utilização do sistema do BacenJud cautelarmente, determinando-se o bloqueio dos ativos financeiros até mesmo antes da citação do devedor conforme já se pronunciou o STJ, em sede de recurso repetitivo julgado na forma do art. 543-C do CPC (REsp 1.184.765/PA). Essa medida seria decorrente do poder geral de cautela.

3. Tal uso prévio e cautelar do sistema, entretanto, não prescinde da demonstração pelo credor de que existe o risco de inutilidade do bloqueio se somente efetivado após a citação, o que não ocorreu na hipótese. Do contrário, estar-se-ia legitimando a inversão do sistema processual que, como regra, oferece ao devedor a oportunidade de pagar antes da utilização de medidas de constrição patrimonial pelo Judiciário. Precedente: (TRF5 - Quarta Turma, AG 00088629020144050000, Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, DJE 22.01.2015).

4. “Não se legitima, pois, a ordem de constrição quando ausente qualquer fundamentação fática (art. 93, IX, da CF/1988), do contrário se estaria chancelando a figura da (medida de) indisponibilidade automática como mera decorrência do simples recebimento da inicial”. (TRF5 - Segunda Turma, AG 00099540620144050000, Des. (a) Federal Conv. Cíntia Menezes Brunetta, DJE 21.03.2015).

5. Quanto à participação dos agravantes, na qualidade de corresponsáveis, no polo ativo da ação de execução fiscal, observa-se que seus nomes constam na CDA, de modo que devido o prosseguimento da ação de cobrança em seu desfavor.

6. Hipótese em que a penhora realizou-se antes da citação dos corresponsáveis, ora agravantes.

7. Agravo de instrumento parcialmente provido, apenas para determinar o levantamento de bloqueios das contas bancárias das partes agravantes.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 721/727e).

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

I. Art. 1.022, II, do CPC/2015 – “Os embargos de declaração opostos pelos Recorrentes não poderiam ter sido rejeitados, na medida em que as omissões ali denunciadas revelam-se absolutamente claras. Ao manejar o referido agravo de instrumento, os ora Recorrentes defenderam que: (i) as decisões de fls. 265/269

e 484/495 não podem alcançá-los para fins de preclusão, porquanto jamais haviam sido citados na condição de responsáveis, mas, tão somente, intimados para propósitos específicos; (ii) a decisão de fls. 555/565, que declarou a nulidade formal da inclusão dos Recorrentes na CDA, por falta de fundamento legal, não foi impugnada oportunamente pela Fazenda Nacional, tornando-se definitiva por força da preclusão; (iii) caso superada a nulidade formal da CDA, os Recorrentes se retiraram da empresa devedora muito antes da alegada dissolução irregular, fundamento este utilizado pela Fazenda Nacional para requerer o redirecionamento da cobrança (petição de fls. 529/533). Acontece que, ao apreciar o agravo de instrumento, certamente por engano, a Corte Regional tratou como se o pleito dos Recorrentes dissesse respeito à nulidade da penhora, matéria esta que sequer havia sido objeto do recurso, apenas fazendo breve menção ao último (iii) dos três fundamentos acima mencionados. [...] Há de se ressaltar que o enfrentamento das questões suscitadas nos embargos de declaração é imprescindível ao deslinde da controvérsia, porquanto seu acolhimento implica a exclusão dos Recorrentes do polo passivo da execução fiscal” (fls. 733/734e);

II. Arts. 505 e 507 do CPC/2015 – “No caso concreto, foi proferida decisão, nos autos da execução fiscal (fls. 555/565), declarando a nulidade da inclusão do nome dos Recorrentes na CDA, porquanto procedida sem qualquer amparo legal, razão pela qual foi rechaçada responsabilização dos Recorrentes pelos débitos da pessoa jurídica. [...] Contra a decisão acima transcrita, a Fazenda Nacional, apesar de regularmente intimada, não interpôs recurso, vindo ela a se tornar definitiva, por força da preclusão (arts. 505 e 507, do CPC/2015). Ocorre que, posteriormente, o ilustre magistrado de piso autorizou o bloqueio de contas dos Recorrentes, sob o argumento de que a legitimidade passiva destes já teria sido anteriormente reconhecida nos autos, através das decisões de fls. 265/269 e 484/495. Ainda segundo o magistrado ‘a quo’, a decisão de fls. 555/565, que afastou a responsabilidade dos Recorrentes, por vício formal da CDA, teria incorrido em erro material, por supostamente ignorar a existência das decisões passadas (fls. 265/269 e 484/495), sobre as quais teria se operado a preclusão. Com o devido respeito, salta aos olhos o equívoco! Renovando-se as vênias, é evidente que não há que se fala em preclusão contra os Recorrente, mas, pelo contrário, em seu favor! [...] A uma, porque, à época em que proferidas as decisões de fls. 265/269 e 484/495, os Recorrentes não haviam sido citados na qualidade de responsáveis tributários, mas, tão somente, intimados para fins

específicos (indicação de bens em nome da empresa devedora). [...] A duas, pois, mesmo que os Recorrentes houvessem sido citados (não foram), ainda assim não haveria que se falar em preclusão em seu desfavor, na medida em que a decisão de fls. 555/565, que indeferiu sua inclusão no polo passivo do feito, o fez por fundamento distinto do que havia sido enfrentado pelas decisões anteriores (fls. 265/269 e 484/495)” (fls. 735/737e); e

III. Art. 135, III, do CTN – “De toda forma, ainda que a matéria referente à ilegitimidade passiva dos Recorrentes pudesse ser revisitada, o que se admite para argumentar, volta-se a destacar que apenas os diretores com mandato à época da dissolução irregular poderiam ser responsabilizados, jamais os Recorrentes, que se retiraram da sociedade bem antes do encerramento de suas atividades (fato este incontroverso, diga-se logo, uma vez que admitido pela própria Fazenda Nacional). [...] No caso, é incontroverso que os Recorrentes não mais possuíam qualquer vinculação com a empresa executada desde outubro de 2005, ocasião em que ela se encontrava em plena atividade, estabelecida em seu tradicional endereço, possuindo patrimônio para garantir a execução fiscal em referência. Nesse sentido, há nos autos petição da Fazenda Nacional (fls. 529/533) admitindo que a empresa executada encerrou suas atividades após a retirada dos Recorrentes de sua direção. No mesmo expediente, a FN requereu o redirecionamento da cobrança contra os novos administradores da empresa devedora (Bruno Neves Silva e Eduardo Tavares Ferreira Filho), responsáveis por sua dissolução irregular, pedido este deferido magistrado de primeiro grau (decisão de fls. 550/565)” (fls. 739e e 741e).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 747/752e), nas quais se alega, preliminarmente, a imprescindibilidade de reexame probatório, e, no mérito, a necessidade de manutenção do acórdão recorrido.

O recurso foi admitido à fl. 754e.

Em 07.03.2018, foi protocolada petição (n. 00105598/2018, fls. 776/789e), mediante a qual os Recorrentes informam a superveniente prolação de decisão interlocutória, pelo juízo de primeiro grau, excluindo-os do polo passivo da presente execução. Tal decisão foi objeto de embargos de declaração pelos executados, os quais foram acolhidos para determinar o cancelamento das constringências efetivadas, e rejeitados aqueles opostos pela Fazenda Nacional que, no momento, aguarda intimação.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Inicialmente, anoto que as informações trazidas aos autos após a inclusão em pauta *não obstat ao julgamento do feito*. Isso porque, primeiramente, a petição limita-se a comunicar os supervenientes fatos processuais ocorridos na origem, *sem formular nenhum pedido de adiamento ou de prejudicialidade*. Ademais, conforme noticiado pelos próprios Recorrentes, pende ainda, em primeiro grau, a intimação da Fazenda Nacional, a qual poderá, eventualmente, impugnar a decisão interlocutória que excluiu os executados do polo passivo da execução e determinou o levantamento das penhoras.

No mais, consigno que o Recurso Especial acha-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

Os Recorrentes sustentam a existência de omissões no acórdão impugnado não supridas no julgamento dos embargos de declaração.

De acordo com o art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, cabe a oposição de embargos de declaração para: *i)* esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; *ii)* suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e *iii)* corrigir erro material.

A omissão, definida expressamente pela lei, ocorre na hipótese de a decisão deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

O atual Código de Processo Civil considera, ainda, omissa a decisão que incorra em qualquer uma das condutas descritas em seu art. 489, § 1º, no sentido de não se considerar fundamentada a decisão que: *i)* se limita à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; *ii)* emprega conceitos jurídicos indeterminados; *iii)* invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *iv)* não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; *v)* invoca precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e *vi)* deixa de seguir enunciado de

súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sobreleva notar que o inciso IV do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 impõe a necessidade de enfrentamento, pelo julgador, dos argumentos que possuam aptidão, em tese, para infirmar a fundamentação do julgado embargado. Nesse sentido, confira-se a doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Nery:

*Não enfrentamento, pela decisão, de todos os argumentos possíveis de infirmar a conclusão do julgador. Para que se possa ser considerada fundamentada a decisão, o juiz deverá examinar todos os argumentos trazidos pelas partes que sejam capazes, por si só e em tese, de infirmar a conclusão que embasou a decisão. Havendo omissão do juiz, que deixou de analisar fundamento constante da alegação da parte, terá havido omissão suscetível de correção pela via dos embargos de declaração. Não é mais possível, de *lege lata*, rejeitarem-se, por exemplo, embargos de declaração, ao argumento de que o juiz não está obrigado a pronunciar-se sobre todos os pontos da causa. Pela regra estatuída no texto normativo ora comentado, o juiz deverá pronunciar-se sobre todos os pontos levantados pelas partes, que sejam capazes de alterar a conclusão adotada na decisão.*

(Código de Processo Civil Comentado. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 1.249-1.250 - destaque no original).

Esposando tal entendimento, o precedente da Primeira Seção desta Corte:

Processual Civil. Embargos de declaração em mandado de segurança originário. Indeferimento da inicial. Omissão, contradição, obscuridade, erro material. Ausência.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões *capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações

intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirar tal *decisum*.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 08.06.2016, DJe 15.06.2016 - destaque).

Ademais, o vigente Estatuto Processual admite o denominado *prequestionamento ficto*, é dizer, aquele que se consuma “[...] com a mera oposição de aclaratórios, sem que o Tribunal *a quo* tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas” (AgRg no REsp 1.514.611/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T., DJe 21.06.2016), nos seguintes termos:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Anote-se, entretanto, que “é firme o posicionamento deste Tribunal Superior segundo o qual não é admissível o prequestionamento ficto aos processos julgados sob a égide do Código de Processo Civil de 1973” (AgInt no REsp 1.409.731/AP, de minha relatoria, 1ª T., DJe 07.11.2017). Na mesma esteira, confirmam-se ainda: STF, *ARE 960.736 AgR/SP*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª T., DJe 28.06.2017; STJ, *AgInt no AREsp 1.060.235/SP*, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª T., DJe 1º.12.2017; *AgInt no REsp 1.298.090/RJ*, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª T., DJe 13.11.2017.

No entanto, na linha da orientação adotada por este Superior Tribunal, somente se poderá considerar prequestionada a matéria especificamente alegada – de forma clara, objetiva e fundamentada – e reconhecida a violação ao art. 1.022 do CPC/2015, como o demonstram os seguintes precedentes:

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Suspensão do fornecimento de energia elétrica. Demora no restabelecimento do serviço. Responsabilidade civil. Danos morais. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Pquestionamento ficto. Ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 1.025 do CPC/2015. Controvérsia resolvida, pelo

Tribunal de origem, à luz das provas dos autos. Impossibilidade de revisão, na via especial. Súmula 7/STJ. Agravo interno improvido.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 14.12.2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Ação de Indenização, ajuizada pela parte agravante contra AES SUL Distribuidora Gaúcha de Energia S/A, em decorrência da interrupção do serviço de energia elétrica pelo período de 9 (nove) dias, após a ocorrência de um temporal no Município de São Sepé/RS. O acórdão do Tribunal de origem reformou a sentença que julgara improcedente a ação, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

III. Não tendo o acórdão hostilizado expandido qualquer juízo de valor sobre os arts. 2º da Lei n. 9.427/1996 e 29, I, da Lei n. 8.987/1995, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, o da ausência de prequestionamento – requisito viabilizador da abertura desta instância especial –, atreindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”), na espécie.

IV. *Na forma da jurisprudência, “a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/2015), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei” (STJ, REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 10.04.2017).*

[...]

VI. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1.017.912/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 03.08.2017, DJe 16.08.2017 - destaquei).

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Inventário. Liquidação parcial de sociedade limitada. Participação nos lucros proporcionais às cotas inventariadas. Herdeiros sócios em condomínio. Cabimento. Prescrição do direito. Não ocorrência.

[...]

04. *A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/2015), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei.*

[...]

06. Recurso especial não provido.

(REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04.04.2017, DJe 10.04.2017, destaquei).

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil. Súmula 284/STF. Concessão de provimento de urgência. Recurso especial. Descabimento. Súmula 735/STF Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Descabimento.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Não se pode conhecer a apontada *violação ao art. 1.022*, do Código de Processo Civil, porquanto *o recurso cinge-se a alegações genéricas e, por isso, não demonstra, com transparência e precisão, qual seria o ponto omissis, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido, bem como a sua importância para o deslinde da controvérsia, o que atrai o óbice da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável, por analogia, no âmbito desta Corte.*

[...]

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1.664.063/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 19.09.2017, DJe 27.09.2017 - destaquei).

Por outro lado, se é correto que o novo Código de Processo Civil ampliou a possibilidade de reconhecer o prequestionamento nas situações que indica, não menos certo é que a exegese a ser dispensada ao seu art. 1.025 é aquela compatível com a missão constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, isto é, a de uniformizar a interpretação das leis federais em grau recursal nas causas efetivamente decididas pelos Tribunais da República (CR, art. 105, III), não podendo, portanto, sofrer modificação por legislação infraconstitucional.

Disso decorre, por conseguinte, que o comando contido no art. 1.025 do CPC/2015 está adstrito à questão exclusivamente de direito, é dizer, aquela que não imponha a esta Corte a análise ou reexame de elementos fáticos-probatórios, providência que lhe permanece interdita, em virtude do delineamento constitucional de sua competência.

A esse respeito, adverte o professor Cassio Scarpinella Bueno:

O prezado leitor poderá objetar que o art. 1.025 só terá aplicação quando o STF ou STJ considerarem existentes os vícios que motivaram a apresentação dos declaratórios e, nesse sentido, que os embargos de declaração foram indevidamente inadmitidos ou rejeitados. De fato, prezado leitor, é o que está escrito, com todas as letras no dispositivo ora examinado. *Contudo, em tais casos, o mais adequado é que o recurso especial (ou, até mesmo, o recurso extraordinário) fosse acolhido por violação a algum inciso do art. 1.022, por haver nele error in procedendo e que houvesse determinação para que outra decisão fosse proferida com a superação ou a correção daqueles vícios.*

É que a causa tem que ser efetivamente decidida para o cabimento dos recursos especial e extraordinário (sempre os incisos III do art. 102 e 105 da CF), não bastando que seja suposto, no acórdão recorrido, o que deveria ter sido decidido, mas não o foi. Tanto o acórdão não decidiu, como deveria ter decidido, que a aplicação do art. 1.025 supõe que o STF ou o STJ “considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”, isto é, ao menos um dos vícios que motivaram a apresentação dos declaratórios.

Importa, pois, que pensemos no recurso especial e no recurso extraordinário no seu ambiente adequado, para afastar a concepção, errada, de que os Tribunais Superiores, quando o julgam, agem (ou podem agir) como se fossem um mera nova instância recursal. Eles não são – e não podem ser tratados como se fossem – uma terceira ou quarta instância.

[...]

A redação do art. 1.025, mesmo para quem não queira ver nela alteração que justifique sua inconstitucionalidade formal, destarte, só acaba por aprimorar o ritual de passagem a que fiz referência de início, ***transportando indevidamente para os Tribunais Superiores o ônus de definir o que foi e o que não foi suscitado para, verificando o que não foi decidido, embora indevidamente, entender cabíveis recursos que, de acordo com a CF, pressupõem “causa decidida”.***

(*Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 741-742 - destaquei).

Semelhante compreensão expressa o Ministro Eduardo Ribeiro, *verbis*:

Sendo certo que o cabimento de extraordinário e especial acha-se previsto na Constituição e que, como já frisado, *a exigência do prequestionamento resulta exatamente do que nela se acha prescrito*, não há como dispensá-lo.

[...]

Verifica-se que, da Súmula 356, nos termos em que tem sido entendida, e do art. 1.025 do CPC/2015, *resultaria, em última análise, que o prequestionamento*

pode ser dispensado. Com efeito, se o acórdão dos embargos de declaração não supriu, se for o caso, a omissão, a matéria persistirá como não tendo sido objeto de decisão. Por conseguinte, continuará a não haver o prequestionamento. Não se percebe, aliás, por que exigir-se a interposição de declaratórios, quando de todo irrelevante o que deles possa advir com relação ao ponto.

E mais, onde se encontrará amparo constitucional para ter-se o cabimento do extraordinário e do especial condicionado à manifestação de tais embargos? *Seja-nos escusado insistir em que o cabimento daqueles recursos, sendo constitucionalmente regulado, não se expõe a ser modificado por lei ordinária.*

Em vista do exposto, forçoso concluir que o Código de Processo Civil, embora admitindo a necessidade de prequestionamento, corretamente entendido como exame da matéria pelo acórdão recorrido, contraditoriamente teve-o como dispensável nas duas hipóteses examinadas. E, o que é mais grave, *infringindo a Constituição, em que se encontra o legítimo fundamento para tê-lo como requerido, reputou dispensável nos casos apontados, o que não é dado à lei ordinária fazer.*

(O Prequestionamento e o novo CPC. In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 41, vol. 256. Junho de 2016. pp. 177-178 - destaquei).

Acolhendo esse entendimento, julgados de ambas as Turmas da 1ª Seção:

Processual Civil e Tributário. Existência de lei estadual que estabelece a sujeição passiva da sociedade empresária consumidora. Prova de pagamento. *Controvérsias. Relevância. Art. 1.022, parágrafo único, do CPC/2015. Violação.*

1. Por força dos arts. 489, § 1º, 927, § 1º, e 1.022, parágrafo único, do CPC/2015, os órgãos judiciais estão obrigados a manifestar-se, de forma adequada, coerente e suficiente, sobre as questões relevantes suscitadas para a solução das controvérsias que lhes são submetidas a julgamento, *assim considerados os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, de modo que, se a integração pedida por meio dos aclaratórios é negada pelo órgão julgador, há violação dos referidos dispositivos.*

2. Hipótese em que *está caracterizada a violação do parágrafo único do art. 1.022 do CPC/2015*, pois o teor do acórdão recorrido revela não terem sido analisadas de forma adequada as controvérsias sobre a existência de lei estadual que atribui sujeição passiva tributária à sociedade empresária consumidora e sobre a existência, em mandado de segurança, de prova do pagamento a menor do ICMS para fins de aferição de eventual decadência tributária.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.665.055/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, julgado em 10.10.2017, DJe 15.12.2017 - destaquei).

Processual e Administrativo. Recursos especiais. Ofensa ao art. 535 do CPC/1973 (art. 1.022 do CPC/2015). Acolhimento da preliminar do INSS. Desacolhimento da preliminar da União. Prescrição. Aplicação do Decreto n. 20.910/1932. Coisa julgada trabalhista. Execução individual de tutela coletiva trabalhista. Tese do INSS não apreciada. Matérias fáticas não abordadas. Devolução à origem.

1. Tanto o Recurso Especial quanto o acórdão dos Embargos de Declaração são regidos pelo Código de Processo Civil de 2015.

Preliminares de violação do art. 1.022 do CPC/2015

2. Na preliminar de violação do art. 1.022 do CPC/2015 do INSS, são aventadas as seguintes omissões: “O v. julgado é omissivo e obscuro. Utilizou-se de voto proferido em outro processo. Não analisou a questão da falta de citação do INSS na ação trabalhista n. 8.157/97 o que por si só inviabilizaria que o Ente Público fosse incluído no polo passivo da demanda ordinária. Não analisou a prescrição em relação ao INSS que não participou e jamais foi citado na ação trabalhista n. 8.157/97. Não analisou o fato de que a despeito da ação trabalhista ter sido ajuizada em 1997, a parte autora se encontrava redistribuída ao INSS desde 1991. Desta forma, como poderia ter sido interrompida a prescrição em relação ao INSS? Não analisou as peculiaridades do caso que implicariam na improcedência da ação.”

3. O acórdão que apreciou os Embargos de Declaração, por sua vez, examinou a questão sob a ótica de legitimidade passiva: “quanto à falta de sua citação na ação trabalhista, sendo ilegítima para figurar no pólo passivo, verifico que o fato do INSS não ter feito parte da relação não lhe retira qualquer responsabilização, na medida em que são direitos incorporados ao patrimônio do servidor. Assim, acolho os declaratórios do INSS para acrescer a fundamentação acima ao acórdão embargado.”

4. Não obstante a previsão do art. 1.025 do CPC/2015 de que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou”, **tal dispositivo legal merece interpretação conforme a Constituição Federal (art. 105, III) para que o chamado prequestionamento ficto se limite às questões de direito, e não às questões de fato.**

5. Não há, portanto, como presumir, com base no art. 1.025 do CPC/2015, os fatos trazidos em Embargos de Declaração como ocorridos, sob pena de extrapolação da competência constitucional do STJ de intérprete da legislação federal infraconstitucional, fundamento este que dá suporte ao previsto na Súmula 7/STJ (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial”) e afasta a possibilidade de o STJ infirmar as premissas fáticas estabelecidas na origem.

6. Na presente hipótese, não há como abstrair, do acórdão embargado, os fatos alegados pela parte recorrente e que servem de premissa à tese de direito invocada.

7. Assim, merece provimento o Recurso do INSS para anular o acórdão dos Embargos de Declaração e devolver os autos à origem para que haja



pronunciamento sobre as matérias fáticas e suas repercussões jurídicas assinaladas nos Embargos de Declaração.

8. Com relação ao Recurso Especial da União não se constata a mesma nulidade no acórdão dos Embargos de Declaração. 9. Fica prejudicada a análise dos Recursos Especiais da União e do INSS quanto ao mérito, em razão do acolhimento da preliminar de nulidade apontada pelo INSS.

10. Recurso Especial do INSS provido e Recurso Especial da União desprovido quanto às preliminares de violação do art. 1.022 do CPC/2015. Prejudicada a análise das questões mérito.

(REsp 1.644.163/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 19.04.2017 - destaqueei).

Processual Civil e Tributário. Procedimento administrativo de controle de regularidade da inscrição no CNPJ. Possibilidade de decretação acautelatória da suspensão do registro. Contraditório diferido. *Questões relevantes. Ausência de fundamentação. Omissão configurada.*

1. Controverte-se o acórdão que reconheceu a possibilidade de a Receita Federal do Brasil declarar a inaptidão da inscrição no CNPJ de empresa que não comprovou a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência dos recursos empregados em operações de comércio exterior, com base no art. 81 da Lei n. 9.430/1996, mas que anulou a decretação da suspensão da sua inscrição no referido cadastro (CNPJ), em razão de esta ter ocorrido antes do contraditório, o que violaria o disposto no art. 5º, IV, da CF/1988, dada a impossibilidade de antecipar os efeitos definitivos de eventual decisão pelo cancelamento do CNPJ.

2. A Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração para discutir os seguintes pontos: a) somente a declaração de inaptidão do CNPJ importa restrições de caráter operacional à empresa, o que não se confunde com a mera declaração de suspensão do CNPJ, procedimento de efeito exclusivamente interno aos cadastros da Receita Federal, com amparo na Instrução Normativa SRF 200/2002, que, ao contrário do que teria suposto o acórdão embargado, não gera prejuízos à empresa, pois esta pode “seguir normalmente, (...) emitir documentos fiscais, comprar e vender bens móveis e imóveis, movimentar contas bancárias, fechar contratos de câmbio, efetuar operações de comércio exterior, enfim praticar todos os atos necessários à consecução do seu objeto social”; b) o art. 45 da Lei n. 9.784/1999 e o art. 116 do CTN possibilitam a imediata suspensão da inscrição no CNPJ, com caráter acautelatório, corolário do poder de polícia, o que não exclui o contraditório.

3. O Tribunal de origem rejeitou os aclaratórios, não enfrentando essa argumentação, o que evidencia, nos moldes do art. 489, § 1º, do CPC/2015, vício de fundamentação do acórdão proferido, mormente quando se leva em conta a necessidade de a Corte local pronunciar-se a respeito da compatibilidade da medida adotada pela Receita Federal com o princípio do contraditório diferido.

4. Recurso Especial parcialmente provido, com determinação de devolução dos autos para novo julgamento dos aclaratórios.

(REsp 1.655.641/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.04.2017, DJe 05.05.2017 - destaqueei).

Isso considerado, segue-se que o reconhecimento de eventual violação ao art. 1.022 do CPC/2015 dependerá da presença *concomitante* das seguintes circunstâncias processuais: *i)* oposição de embargos de declaração, na origem, pela parte interessada; *ii)* alegação de ofensa a esse dispositivo, nas razões do recurso especial, de forma clara, objetiva e fundamentada, acerca da mesma questão suscitada nos aclaratórios; *iii)* publicação do acórdão dos embargos sob a vigência do CPC/2015; e *iv)* os argumentos suscitados nos embargos declaratórios, alegadamente não examinados pela instância *a quo*, deverão: *iv.i)* ser capazes de, em tese, infirmar as conclusões do julgado; e *iv.ii)* versar questão envolvendo matéria fático-probatória essencial ao deslinde da controvérsia.

Contudo, se tais requisitos estiverem preenchidos, mas os temas jurídicos associados aos vícios de integração apontados disserem respeito à questão de direito, restará, em princípio, caracterizado o prequestionamento ficto, possibilitando a esta Corte a análise imediata da tese, independentemente de pronunciamento expresso do tribunal *a quo*, a teor do disposto no art. 1.025 do CPC/2015.

Desse modo, transpondo essas premissas para o caso concreto, verifica-se que, apesar de os requisitos do art. 1.022 do CPC/2015 terem sido atendidos, os embargos de declaração veiculam aspectos de índole fático-probatória, motivo pelo qual impõe-se o retorno dos autos à origem.

Com efeito, o recurso integrativo foi oposto a fim de que a instância ordinária se pronunciasse sobre as seguintes questões: *i)* no bojo da execução fiscal, haveria decisão declarando a nulidade da inclusão dos Recorrentes na CDA e indeferindo a sua citação, a qual teria, *alegadamente*, restado *irrecorrida* pela Fazenda Nacional, acarretando preclusão favorável aos executados; e *ii)* os Recorrentes teriam se retirado da direção da empresa devedora muito antes da apontada dissolução irregular, inviabilizando, no seu entender, o redirecionamento da execução.

Observo tratar-se de questões relevantes, oportunamente suscitadas e que, se acolhidas, poderiam levar o julgamento a um resultado diverso do proclamado. Ademais, a não apreciação das teses, à luz dos dispositivos constitucional e

infraconstitucional indicados a tempo e modo, impede o acesso à instância extraordinária.

Importante registrar que, embora conste do recurso especial matéria de mérito relativa ao redirecionamento da execução fiscal segundo a disciplina do art. 135, III, do CTN (fls. 739/741e), tema esse afetado à sistemática dos recursos repetitivos (Tema n. 981), mostra-se crucial a prévia manifestação da Corte de origem sobre os pontos fáticos omissos, decisivos para o acerto na solução da causa, como também para, eventualmente, nortear a aplicação da tese a ser firmada sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015 ao caso concreto.

Por fim, embora a noticiada exclusão dos Recorrentes do polo passivo do executivo fiscal e do cancelamento das constringências, por decisão passível de recurso em primeiro grau, não prejudiquem, nesta fase processual, o julgamento do feito, *tais aspectos podem, eventualmente, ao retorno dos autos, ser sopesados pelo próprio tribunal de origem, conforme entender de direito.*

Isto posto, *dou provimento* ao Recurso Especial para determinar o retorno dos autos ao tribunal *a quo*, a fim de que sejam supridas as omissões indicadas.

Prejudicada a análise das demais questões trazidas no especial.

É o voto.