



PRIMEIRA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL No. 1.529.066-
PE (2015/0097929-3)

Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Agravante: Fazenda Nacional

Agravado: Pleno Imobiliaria Ltda - ME

Agravado: DECS Distribucao Ltda

Agravado: Prada Incorporacao Imobiliaria Ltda

Advogados: Sandro Beltrão Farias

Taney Queiroz e Farias

Interes.: Antonio Carlos de Oliveira e Silva

Interes.: Superatacado e Supermercados Esperança Ltda

Interes.: Distribuidora Patriota Ltda

Interes.: Distribuidora Importadora Imigrantes Ltda - ME

Interes.: Via Mix Distribuidora Ltda

Interes.: Corporacao Satturno Americana Ltda

Interes.: Life Investimentos, Empreendimentos e Participacoes S/A

Interes.: Antonio Januario Rolim

Interes.: Sebastiao Interaminense Neto

Interes.: Williams Interaminense Rolim

Interes.: Jose Airton Carneiro Rolim

Interes.: Robson de Franca Silva

Interes.: Irineu Januario Correia Borges Filho

Interes.: Edson Bezerra de Azevedo

Interes.: Ivanildo Gusmao da Silva

Interes.: Elenice do Monte Pinto

Interes.: Vital Rolim de Albuquerque

Interes.: Francisco Fernandes Dias Neto

Interes.: Distribuidora Novo Milenio Ltda

EMENTA

Tributário. Agravo regimental no recurso especial.
Execução fiscal. Responsabilidade tributária. Alegação de grupo

econômico. Impossibilidade de exigência de dívida fiscal contra empresas constituídas após o fato gerador do tributo de outra empresa, dita integrante do mesmo grupo econômico, e que, *ipso facto*, não participou do fato gerador da exação. Art. 124 do CTN. Orientação jurisprudencial do STJ pacificada: AgRg no AREsp 603.177/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 27.3.2015; AgRg no REsp 1.433.631/PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 13.3.2015. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. A teor do art. 124, I do CTN e de acordo com a doutrina justributarista nacional mais autorizada, não se apura responsabilidade tributária de quem não participou da elaboração do fato gerador do tributo, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a eventual integração interempresarial abrangendo duas ou mais empresas da mesma atividade econômica ou de atividades econômicas distintas, aliás não demonstradas neste caso. Precedentes: AgRg no REsp 1.535.048/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 21.9.2015; AgRg no AREsp 429.923/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 16.12.2013.

2. Ainda duas ou mais empresas integrem um grupo econômico, não se tem isso como bastante em si para fundar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma delas, ao ponto de se exigir seu adimplemento por qualquer das outras, se não se evidenciar a participação na formação do fato gerador da exigência tributária. Precedentes: AgRg no AREsp 603.177/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 27.3.2015; AgRg no REsp 1.433.631/PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 13.3.2015.

3. *In casu*, como a ocorrência geradora do tributo, que terá ocorrido na empresa SUPERATACADO E SUPERMERCADOS ESPERANÇA LTDA., remonta aos anos de 1984 a 2000, não há como se admitir que as empresas agravadas, constituídas nos anos de 2007 e 2008, possam ser responsabilizadas pelos seus efeitos obrigacionais tributários, dado que, em razão de terem sido constituídas após alvitrada

ocorrência, ser-lhes-ia impossível participar da formação do fato gerador, o que basta para afastar a sua vinculação jurídica ao pagamento do tributo questionado.

4. Agravo Regimental da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento; prosseguimento da execução contra as demais obrigadas, sendo o caso.

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 Regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1 de outubro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 9.10.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Agravo Regimental interposto pela FAZENDA NACIONAL contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial das agravadas, nos termos da seguinte ementa:

Execução fiscal. Responsabilidade tributária. Alegação da existência de grupo econômico, para compelir as participantes a responderem pelas dívidas fiscais umas das outras. Impossibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra pessoas jurídicas diversas do devedor, fora das hipóteses legais. Empresas constituídas após a ocorrência do fato gerador. Arts. 124 e 128 do CTN. Orientação jurisprudencial do STJ pacificada: AgRg no AREsp 603.177/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1T, DJe 27.3.2015; AgRg no

REsp 1.433.631/PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2T, DJe 13.3.2015. Recurso especial a que se dá provimento para afastar a responsabilidade tributária das recorrentes e excluí-las do polo passivo da demanda (fls. 760/761).

2. Em suas razões, a Fazenda Pública afirma que a formação de grupo econômico justifica a solidariedade reconhecida em pelo Tribunal de origem e que, afastar tal premissa, esbarraria na Súmula 7/STJ.

3. Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão ao Órgão Colegiado.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Preliminarmente, muito embora a agravante afirme que seria o caso de aplicação do óbice da Súmula 7/STJ, o que importa em abonar as razões legais do acórdão recorrido, esta só tem cabimento quando os aspectos de fato estão apreciados e solucionados a contento, ou seja, de acordo com o entendimento jurisprudencial subconstitucional, em matéria jurídica; em outros termos, não se aplica a Súmula 7, se os fatos apreciados e decididos na origem comportam outras considerações.

2. Neste processo, trata a hipótese dos autos de débitos em nome do SUPERATACADO E SUPERMERCADOS ESPERANÇA LTDA, que tem como fato gerador jun/1984 a jul/2000.

3. A Fazenda Pública entendeu que por ser o sócio, WILLIAMS INTERAMINENSE ROLIM, pertencente ao quadro societário de outras empresas, formaria elas um grupo econômico que, assim, o pagamento do tributo poderia ser exigido de qualquer delas.

4. Ocorre que as empresas recorridas, a quem se pretende responsabilizar pelo pagamento da dívida fiscal daquela (SUPERATACADO E SUPERMERCADOS ESPERANÇA LTDA), foram constituídas posteriormente ao fato gerador apontado pelo Fisco, ou seja, a empresa PLENO IMOBILIÁRIA LTDA/ME foi constituída em 13.11.2007 (fls. 60), a empresa PRADA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA LTDA e a empresa DECS DISTRIBUIÇÃO LTDA., foram ambas constituídas em 2.4.2008 (fls. 60/61), muito depois,

portanto, da ocorrência dada como geradora da obrigação da devedora originária ou principal.

5. É certo que o CTN preconiza *que são solidariamente obrigadas* (art. 124, I) *as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal* e, em seu inciso II, *as pessoas expressamente designadas por lei*.

6. A teor do art. 124, I do CTN, somente são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham *interesse comum na situação que constitua o fato gerador* da obrigação tributária principal. Nas lições do Professor HUGO DE BRITO MACHADO, este interesse comum decorre de um interesse jurídico, e não meramente fático. Vejamos:

O interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação, cuja presença cria a solidariedade, não é um interesse meramente de fato, e sim um interesse jurídico. Interesse que decorre de uma situação jurídica, como é o caso daquela que se estabelece entre os cônjuges, no exemplo há pouco citado (Curso de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 150).

7. Outra não é a orientação desta Corte Superior, que tem assentado não existir responsabilidade tributária de quem não participou da elaboração do fato gerador do tributo, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a eventual integração interempresarial abrangendo duas ou mais empresas da mesma atividade econômica ou de atividades econômicas distintas; o conceito de grupo econômico, tão valioso em outras searas jurídicas, como o Direito do Trabalho, não se tem por configurado no Direito Tributário, pela fortuita circunstância de um indivíduo participar, ao mesmo tempo, da composição acionária de mais de uma empresa. Nesse sentido:

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Responsabilidade tributária de terceiros. Alegação de grupo econômico. Impossibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra empresas constituídas após o fato gerador do tributo de outra empresa, dita integrante do mesmo grupo econômico. Agravos regimentais a que se nega provimento.

1. A teor do art. 124, I do CTN e de acordo com a doutrina justributarista nacional mais autorizada, não se apura responsabilidade tributária de quem não participou da elaboração

do fato gerador do tributo, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a eventual integração interempresarial abrangendo duas ou mais empresas da mesma atividade econômica ou de atividades econômicas distintas, aliás não demonstradas, neste caso. Precedente: AgRg no AREsp 429.923/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2T, DJe 16.12.2013.

(...).

3. Agravos Regimentais da FAZENDA NACIONAL e LEMOS DANOVA ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA - ME a que se nega provimento (AgRg no REsp. 1.535.048/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1T, DJe 21.9.2015).

Processo Civil. Violação do art. 535 do CPC. Inexistente. Execução fiscal. Crédito previdenciário. Legitimidade passiva. Grupo econômico. Solidariedade. Inexistência. Súmula 7/STJ.

(...).

4. Correto o entendimento firmado no acórdão recorrido de que, nos termos do art. 124 do CTN, existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.

5. A pretensão da recorrente em ver reconhecida a confusão patrimonial apta a ensejar a responsabilidade solidária na forma prevista no art. 124 do CTN encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 429.923/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2T, DJe 16.12.2013).

8. Pode-se dizer que uma coisa é um grupo econômico, composto de várias empresas, e outra coisa é a responsabilidade de umas pelos débitos de outras, e assim é porque, mesmo havendo grupo econômico, cada empresa conserva a sua individualidade patrimonial, operacional e orçamentária; é por isso que se diz que a participação na formação do fato gerador é o elemento axial da definição da responsabilidade; não se desconhece que seria mais cômodo para o Fisco se lhe fosse possível, em caso de grupo econômico, cobrar o seu crédito da empresa dele integrante que mais lhe aprouvesse; contudo, o sistema tributário e os institutos garantísticos de Direito Tributário não dariam respaldo a esse

tipo de pretensão, mesmo que se reconheça que ela (a pretensão) ostenta em seu favor a inegável vantagem da facilitação da cobrança.

9. Ademais, ainda que se desenvolvesse a tese da existência de *grupo econômico*, a jurisprudência desta Corte entende, para sua configuração, não basta o interesse econômico, mas sim que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador. Neste sentido:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Execução fiscal. ISS. Sujeição passiva. Arrendamento mercantil. Grupo econômico. Solidariedade. Verificação. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124, I do CTN, não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, o que por si só, não tem o condão de provocar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas (HARADA, Kiyoshi. 'Responsabilidade tributária solidária por interesse comum na situação que constitua o fato gerador') (AgRg no Ag 1.055.860/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17.2.2009, DJe 26.3.2009).

(...).

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 603.177/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1T, DJe 27.3.2015).

Tributário. Processual Civil. Responsabilidade solidária. Formação de grupo econômico. Indisponibilidade de bens. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.

(...).

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp. 1.433.631/PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2T, DJe 13.3.2015).

10. por conseguinte, é lícito afirmar que, quando mais de uma pessoa participa da formação do fato gerador do tributo, todas elas podem ser responsabilizadas pelo seu pagamento, *ainda que não se revele a existência de grupo econômico*; por conseguinte, é a participação na

formação do fato gerador - e não a integração no grupo econômico - o que pode definir a responsabilidade tributária de quem não ostenta a condição primária ou originária de contribuinte; como muito bem anotado pelo Professor HUGO DE BRITO MACHADO, discorrendo exatamente sobre esse tipo de responsabilidade, é fundamental que a pessoa de quem se pretende exigi-la tenha participado do fato gerador; eis a sua lição:

Pudesse o legislador atribuir a pessoa estranha ao fato gerador de um tributo a condição de devedor solidário deste, restaria amesquinhada a garantia constitucional consubstanciada no desenho das limitações constitucionais do Poder de Tributar, ou, dito com outras palavras, no desenho das competências tributárias atribuídas às pessoas jurídicas de direito público, às quais são constitucionalmente atribuídas parcelas daquele importantíssimo Poder do Estado (Comentários ao Código Tributário Nacional, volume II, São Paulo, Atlas, 2004, p. 465).

11. Sendo assim, se o fato gerador, ocorrido na empresa SUPERATACADO E SUPERMERCADOS ESPERANÇA LTDA., remonta aos anos de 1984 a 2000, não há como se admitir que empresas constituídas nos anos de 2007 e 2008, possam ser responsabilizadas pelos seus efeitos obrigacionais tributários, dado que, em razão de terem sido constituídas após alvitrada ocorrência, ser-lhes-ia impossível participar da formação do fato gerador, o que basta para afastar a sua vinculação jurídica ao pagamento do tributo questionado.

12. A meu sentir - e digo isso reverenciando as opiniões e os entendimentos contrários -, não se mostra juridicamente aceitável estabelecer-se *responsabilidade pressuposta, automática ou decorrente de simples comodidade para se realizar certas atividades estatais banhadas de licitude*; aliás, aproveito esta ocasião para repetir - mas sem fazer disso um dogma semireligioso - que os poderes estatais devem sempre e sempre atuar de acordo, em primeiro lugar, com os princípios jurídicos, e, depois, em consonância com as regras positivadas; reconheço que, muitas vezes, as garantias subjetivas públicas podem ser apontadas como *estorvos* à eficiência executiva, mas a aceitação dos paradigmas operacionais e não reflexivos que tendem a produzir apenas o chamado *consequencialismo jurídico*, que o mestre juspublicista argentino CARLOS SANTIAGO NINO tanto exorcizou (Introdução à Análise do Direito, tradução de Elza Maria Gasparotto, São Paulo, Martins Fontes, 2010).

13. Anoto, finalmente, que a circunstância de várias empresas possuírem, ao mesmo tempo, um sócio, acionista, dirigente ou gestor comum pode até indiciar a presença de grupo econômico, de fato, mas tenho para mim que não é suficiente, pelo menos do ponto de vista jurídico tributário, para tornar segura, certa ou desenturvada de dúvidas a legitimação passiva das várias empresas, para responderem pelas dívidas umas das outras; aliás, neste caso, as empresas que, à míngua de outra denominação chamarei de *coligadas ou conexas*, não têm dívida passiva com o Fisco, consoante a própria Fazenda Pública Federal informa às fls. 62 e 137 dos autos.

14. Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental; prosseguimento da execução contra as demais obrigadas, sendo o caso. É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL No. 1.535.048-PR (2015/0125689-0)

Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Agravante: Fazenda Nacional

Agravante: Lemos Danova Engenharia e Empreendimentos Ltda - ME

Advogado: Maria Adriana Pereira de Souza e outro(s)

Agravado: JNA - Administradora de Bens Proprios Ltda

Agravado: Naje Administracao e Participacoes Ltda

Advogados: Alceu Conceição Machado Neto e outro(s)

Cezar Augusto Cordeiro Machado

Interes.: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

EMENTA

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Responsabilidade tributária de terceiros. Alegação de grupo econômico. Impossibilidade de redirecionamento da

execução fiscal contra empresas constituídas após o fato gerador do tributo de outra empresa, dita integrante do mesmo grupo econômico. Agravos regimentais a que se nega provimento.

1. A teor do art. 124, I do CTN e de acordo com a doutrina justributarista nacional mais autorizada, não se apura responsabilidade tributária de quem não participou da elaboração do fato gerador do tributo, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a eventual integração interempresarial abrangendo duas ou mais empresas da mesma atividade econômica ou de atividades econômicas distintas, aliás não demonstradas, neste caso. Precedente: AgRg no AREsp 429.923/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2T, DJe 16.12.2013.

2. Da mesma forma, ainda que se admita que as empresas integram grupo econômico, não se tem isso como bastante para fundar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma delas, ao ponto de se exigir seu adimplemento por qualquer delas. Precedentes: AgRg no AREsp 603.177/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1T, DJe 27.3.2015; AgRg no REsp. 1.433.631/PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2T, DJe 13.3.2015.

3. Agravos Regimentais da FAZENDA NACIONAL e LEMOS DANOVA ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA - ME a que se nega provimento.

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 aos agravos regimentais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 8 de setembro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 21.9.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Agravos Regimentais interpostos pela FAZENDA NACIONAL e pela LEMOS DANOVA ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA/ME em face da decisão que deu provimento ao Recurso Especial das agravadas, nos termos da seguinte ementa:

Tributário. Execução fiscal. Responsabilidade tributária. Grupo econômico. Impossibilidade de redirecionamento da execução. Empresas constituídas após o fato gerador. Recurso especial a que se dá provimento para afastar a responsabilidade tributária das recorrentes e excluí-las do polo passivo da demanda. Ônus sucumbenciais invertidos (fls. 1.628).

2. Em suas razões, a Fazenda Pública afirma que a formação de grupo econômico justifica a solidariedade reconhecida em primeiro e segundo graus, e que afastar tal premissa esbarraria na Súmula 7/STJ.

3. A empresa agravante aduz que em outra ocasião o STJ (REsp 1.531.791/RS, Rel. Humberto Martins, 22.6.2015) já definiu que as agravadas deveriam responder solidariamente à dívida fiscal, restando tal ponto superado.

4. Requerem, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão ao Órgão Colegiado. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Preliminarmente, muito embora os agravantes afirmem que a questão da solidariedade foi apreciada por esta Corte, verifica-se que *in casu*, o eminente Relator, Ministro HUMBERTO MARTINS (REsp 1.531.791/RS), apenas manteve o acórdão recorrido por entender que o caso era de

aplicação de óbice da Súmula 7/STJ, o que importa em abonar as razões legais do acórdão recorrido.

2. A aplicação da Súmula 7/STJ, como se sabe, tem cabimento quando os aspectos de fato estão apreciados e solucionados a contento, ou seja, de acordo com o entendimento jurisprudencial subconstitucional, em matéria jurídica; em outros termos, não se aplica a Súmula 7, se os fatos apreciados e decididos na origem comportam outras considerações.

3. Neste processo, trata a hipótese dos autos de execução fiscal referente a débitos contraídos pela empresa LEMOS DANOVA entre março de 1993 e abril de 1997.

4. A tese que foi acolhida, por maioria, pelo Tribunal de origem, é que havia *indícios da prática de atos contrários à lei pelo sócio Nadim Andraus, durante o período de ocorrência dos fatos geradores dos tributos em cobrança, a ensejar sua responsabilização nos termos do artigo 135, III, do CTN* (fls. 1.470). Da mesma forma - e este é ponto relevante -, que as empresas JNA e NAJE, por pertencerem ao sócio Nadim Andraus, seriam também responsáveis pelos débitos da empresa LEMOS DANOVA; o argumento impressiona, se ponderado apenas do ponto de vista privado, mas não do ponto de vista tributário.

5. Em contrapartida, o voto-vista, minoritário, proferido pelo ilustre Desembargador Federal JOEL ILAN PACIORNIK, entendeu que as empresas recorrentes não poderiam ser responsabilizadas por débitos anteriores à sua própria constituição:

Peço vênia para divergir da ilustre Relatora, porque foram julgados diversos agravos oriundos das mesmas relações jurídicas, em que manifestei posição no sentido de excluir da lide tanto a NAJE Administração e Participações Ltda. quanto a JNA Administradora de Bens Próprios Ltda., mantendo no pólo passivo apenas o sócio Nadim Abrão Andraus.

Entendo que não se caracterizam, no caso concreto, a formação de grupo econômico e a sucessão empresarial, sem prejuízo de que a pretensão de alcançar o patrimônio supostamente desviado da empresa Lemos Danova para as empresas NAJE e JNA em fraude a credores seja postulada nas vias ordinárias da ação revocatória, ou mesmo por meio de litígio societário no juízo estadual.

Com efeito, o pressuposto para o reconhecimento de responsabilidade entre as empresas pela formação de grupo econômico é o controle de

fato em comum, na dicção do art. 2o., § 2o., da CLT. Na hipótese, embora os fatos narrados possam vir a caracterizar fraude a credores, não se enquadram ao conceito de controle comum entre as empresas, critério adotado para o reconhecimento do grupo econômico. Ao contrário, o próprio litígio instaurado entre as sociedades empresárias evidencia o dissenso na administração e gestão dos negócios a afastar a atração da responsabilidade pela formação do grupo econômico. Deve ser destacado, a esse propósito, que o incidente em execução fiscal, por meio do qual se postula o redirecionamento do feito executivo não é a via própria para dirimir conflitos societários entre as agravantes, devendo as partes direcionar a pretensão na justiça estadual, competente, como inclusive já noticiado nas razões recursais formuladas.

Sobre a caracterização do grupo econômico, dispõe o art. 2o., § 2o., da CLT, definindo-o pela união de uma ou mais empresas, com individual personalidade jurídica, e sob direção de uma única, nos seguintes termos:

Art. 2o. - (...).

§ 2o. - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

(...).

De fato, não há confundir o instituto da responsabilidade pela formação por grupo econômico com o da desconsideração da personalidade jurídica, ou atração da responsabilidade tributária pela aplicação do art. 124 do CTN, visto que alicerçados em pressupostos de fato e fundamentos legais distintos.

Tal conclusão, implica, portanto, apenas que a pretensão de desconstituir os negócios jurídicos entabulados alegadamente em fraude a credores não pode ser discutida nessa via incidental da execução fiscal. Com efeito, o incidente em execução fiscal não se confunde com ação pauliana, via adequada para o exame da alegada integralização de capital em fraude a credores. Nesse sentido:

(...).

Na hipótese, o que se pretende é o reconhecimento de anulabilidade de negócios jurídicos de integralização de capital e alienações de imóveis em fraude a credores, de modo incidental à execução. Trata-se de evidente inadequação da via eleita, incompatível com o pedido de redirecionamento da execução fiscal (fls. 1.477/1.479).

6. Reza o art. 135, III do CTN que *são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.*

7. Verifica-se que o redirecionamento com base no art. 135, III do CTN não se amolda ao caso dos autos. Além de se basear em *meros indícios*, só seria possível, em tese, o redirecionamento da execução fiscal contro o sócio Nadim Andraus, e não contra as empresas que o tem como integrante societário, no caso, as empresas JNA e NAJE.

8. Aliado o argumento exposto no voto-vista de fls. 1.477/1.479, ao dispositivo legal que embasou o redirecionamento (art. 135, III do CTN), verifica-se que a tese não se sustenta, pois não há como se admitir a responsabilidade das recorrentes por mero *indício de vinculação entre a empresa executada e as empresas JNA e NAJE*, se essas foram criadas no ano de 2000, após, portanto, ao fato gerador ocorrido entre março de 1993 a abril de 1997.

9. Outrossim, a teor do art. 124, I do CTN, somente são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária principal. Nas lições do Professor HUGO DE BRITO MACHADO, esse interesse comum decorre de um interesse jurídico, e não meramente fático. Vejamos:

O interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação, cuja presença cria a solidariedade, não é um interesse meramente de fato, e sim um interesse jurídico. Interesse que decorre de uma situação jurídica, como é o caso daquela que se estabelece entre os cônjuges, no exemplo há pouco citado (Curso de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 150).

10. Outra não é a orientação desta Corte Superior, que tem assentado que não existe responsabilidade tributária de quem não participou da

elaboração do fato gerador do tributo, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a eventual integração interempresarial abrangendo duas ou mais empresas da mesma atividade econômica ou de atividades econômicas distintas; o conceito de grupo econômico, tão valioso em outras searas jurídicas, como o Direito do Trabalho, não se tem por configurado no Direito Tributário, pela fortuita circunstância de um indivíduo participar, ao mesmo tempo, da composição acionária de mais de uma empresa. Nesse sentido:

Processo Civil. Violação do art. 535 do CPC. Inexistente. Execução fiscal. Crédito previdenciário. Legitimidade passiva. Grupo econômico. Solidariedade. Inexistência. Súmula 7/STJ.

(...).

4. *Correto o entendimento firmado no acórdão recorrido de que, nos termos do art. 124 do CTN, existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.*

5. *A pretensão da recorrente em ver reconhecida a confusão patrimonial apta a ensejar a responsabilidade solidária na forma prevista no art. 124 do CTN encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.*

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 429.923/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2T, DJe 16.12.2013).

11. Ademais, ainda que se aceitasse a tese do *indício de vinculação entre as empresas*, a jurisprudência desta Corte entende que não basta o interesse econômico para configurar a entidade denominada de *grupo econômico*, mas sim que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador. Neste sentido.

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Execução fiscal. ISS. Sujeição passiva. Arrendamento mercantil. Grupo econômico. Solidariedade. Verificação. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. *Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124, I do CTN, não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, o que por si só, não tem o condão de provocar a*

solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas (HARADA, Kiyoshi. 'Responsabilidade tributária solidária por interesse comum na situação que constitua o fato gerador') (AgRg no Ag 1.055.860/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17.2.2009, DJe 26.3.2009).

(...).

3. *Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 603.177/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1T, DJe 27.3.2015).*

Tributário. Processual Civil. Responsabilidade solidária. Formação de grupo econômico. Indisponibilidade de bens. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. *Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.*

(...).

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp. 1.433.631/PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2T, DJe 13.3.2015).

12. Sendo assim, se o fato gerado ocorrido na empresa LEMOS DANOVA, remonta aos anos de 93 a 97, não há como admitir que empresas constituídas no ano de 2000 sejam responsabilizadas, embora se possa atribuir responsabilidade por infração a quem dirigia aquela empresa, na época, se apurado algum dos eventos do art. 135 do CTN.

13. Ante o exposto, nego provimento aos Agravos Regimentais.

14. É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL No.
1.070.441-SC (2008/0142613-2)

Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA

Embargante: Fazenda Nacional

Procuradores: Claudio Xavier Seefelder Filho e outro(s)
 Patrícia Vieira Gabardo e outro(s)
Embargado: Ivo Antônio Spironello
Advogado: Isaias Grasel Rosman e outro(s)

EMENTA

Recurso fundado no CPC/1973. Tributário e Processual Civil. Embargos de declaração. Vícios do art. 535 do CPC/1973. Existência. Contribuição social. Empregador rural pessoa física. Contribuição incidente sobre a receita da comercialização da produção. Reconhecimento, pelo STF, no regime da repercussão geral, da inconstitucionalidade do art. 25 da Lei no. 8.212/1991, na redação dada pelo art. 1o. da Lei no. 8.540/1992. Art. 1o. da Lei no. 10.256/2001. Declaração de inconstitucionalidade por órgão fracionário do STJ. Impossibilidade. Ofensa à Súmula Vinculante no. 10/STF. Efeito repristinatório. Restauração de eficácia da norma revogada. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes.

1. Não há falar em vício no *decisum* embargado, no tocante ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1o. da Lei no. 8.540/1992, uma vez que, consoante consignado no voto condutor, houve a adesão aos fundamentos adotados pelo STF no julgamento do RE no. 596.177, no sentido de que referida lei seria formalmente inconstitucional, em razão da previsão constitucional de reserva de lei complementar para a instituição de nova fonte de custeio da Seguridade Social, ainda que outros fundamentos tenham sido citados a título de *obiter dictum*.

2. O reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1o. da Lei no. 10.256/2001 pelo acórdão embargado, ou seja, de dispositivo legal ainda não declarado inconstitucional pela Suprema Corte, de fato, ofende a cláusula de reserva de plenário e a Súmula Vinculante no. 10/STF.

3. Com a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, do art. 1o. da Lei no. 8.540/1992, que havia alterado o art. 25 da Lei no. 8.212/1991, deve-se ter por repristinada, para

os empregadores rurais pessoa física, a aplicação do art. 22 da Lei no. 8.212/1992, que estabeleceu a contribuição incidente sobre a comercialização de produtos rurais com base na folha de salários.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para reconhecer a legalidade da exigência da contribuição do empregador rural pessoa física, incidente sobre o resultado da comercialização de sua produção, com base na Lei no. 10.256/2001, tanto quanto a vigência do art. 22 da Lei no. 8.212/1991, no tocante ao período anterior à Lei no. 10.256/2001, para fins de cobrança da contribuição para o empregador rural pessoa física.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de junho de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 21.6.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional, desafiando acórdão proferido pela Primeira Turma, que recebeu a seguinte ementa (fl. 369):

Tributário. Contribuição social. FUNRURAL. Empregador rural pessoa física. Contribuição incidente sobre a receita da comercialização da produção. Extinção dessa contribuição pelo art. 138 da Lei no. 8.213/1991. Posterior reconhecimento, pelo STF, da inconstitucionalidade do art. 25 da Lei no. 8.212/1991, na redação

dada pelo art. 1o. da Lei no. 8.540/1992, que restabelecera aludida hipótese de exação. Orientação jurisprudencial que ora se acolhe. Recurso do contribuinte provido.

1. Na linha de precedentes deste STJ, a contribuição ao FUNRURAL, incidente sobre a receita da comercialização da produção rural, foi extinta pelo art. 138 da Lei no. 8.213/1991, relativamente ao empregador rural pessoa física (AgRg no Ag no. 1.359.692/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 9.9.2011; AgRg no REp no. 1.226.313/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.4.2011), tendo, contudo, sido restabelecida por força do art. 1o. da Lei no. 8.540/1992, no passo em que deu nova redação ao art. 25 da Lei no. 8.212/1991.

2. Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário no. 596.177/RS, processado sob o rito do art. 543-B do CPC (DJe 29.8.2011), averbou a inconstitucionalidade do art. 1o. da Lei no. 8.540/1992, reconhecendo, com isso, a não sujeição do empregador rural pessoa física ao recolhimento de contribuição previdenciária sobre a receita da comercialização de sua produção.

3. Recurso especial do contribuinte parcialmente provido para se afastar a incidência do tributo questionado no subjacente mandamus, com a devolução do feito à Corte de origem, para que prossiga no julgamento das demais questões levantadas no apelo do impetrante.

A parte agravante, em suas razões, sustenta a existência de omissões no julgado, pois (I) o recurso especial da parte contribuinte não poderia ter sido conhecido por deficiência na fundamentação (Súmula no. 284/STF); (II) a matéria controvertida teria sido decidida à luz de fundamentos constitucionais, por isso que escaparia à apreciação do STJ. Assevera, ainda, que *a constitucionalidade da tributação à luz do art. 1o. da Lei no. 10.256/2001 não foi objeto de deliberação do STF quando do julgamento do RE no. 596.177/RS. Referida questão, aliás, de índole eminentemente constitucional, encontra-se pendente de deliberação pelo Excelso Pretório, que já reconheceu sua repercussão geral no bojo do RE no. 718.874/RS, AINDA PENDENTE DE JULGAMENTO (fl. 378).*

Defende, também, que, *ao afastar a constitucionalidade da tributação à luz da Lei no. 10.256/2001, sem, contudo, submeter prévio incidente de inconstitucionalidade do art. 1o. do aludido diploma legal, essa 1a. Turma não apenas omitiu-se e, em decorrência, afrontou o art. 97 da CF/1988,*

mas também omitiu-se e, também nesse ponto, usurpou a competência do STF, malferindo o art. 102, III, a, da CF/1988 (fls. 378), ponderação essa levantada pelo Ministro Ari Pargendler em seu voto vencido.

Requer, então, o prequestionamento das questões levantadas no voto vencido e a integração do julgado, para que se adeque às conclusões do julgamento do STF no RE no. 596.177, que declarou a inconstitucionalidade, apenas por vício formal, da cobrança da contribuição social do empregador rural pessoa natural.

Aponta, ademais, omissão no julgamento do agravo regimental do contribuinte, pleiteando a manifestação quanto à reconstituição da lei anterior àquela que foi declarada inconstitucional, ao argumento de que, *se a nova técnica de tributação dos empregadores rurais, inaugurada pela Lei no. 8.540/1992, é inconstitucional, volta a incidir a forma de cobrança anterior, constante originariamente da Lei no. 8.212/1991, da qual o empregador rural não pode ser afastado, até mesmo em respeito aos princípios da solidariedade e da isonomia* (fl. 381).

Postula, por fim, o prequestionamento dos arts. 194 e 195 da CF.

Instada a se manifestar, a parte ora embargada, Ivo Antônio Spironello, ficou inerte (cf. certidão de fls. 392 e 393).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Moacir Guimarães Morais Filho, opina pelo desprovimento do recurso (fls. 399/402).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): A irresignação da parte embargante merece parcial acolhimento, conforme razões a seguir expostas.

A controvérsia dos autos diz com a existência ou não de relação jurídico-tributária no tocante à contribuição social devida pelo empregador rural pessoa física, incidente sobre o valor da comercialização da produção rural (antes denominada FUNRURAL), no período de 1994 até fevereiro de 2005 (data da impetração).

A Primeira Turma, na sessão de 2 de setembro de 2014, por maioria (em parte vencido o Ministro Ari Pargendler), conheceu do recurso especial para lhe dar provimento, ao fundamento de que houve a extinção definitiva da contribuição incidente sobre a comercialização da produção rural do empregador rural pessoa física desde 25.7.1991, isso em decorrência do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1o. da Lei no. 8.540/1992, pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário no. 596.177/RS, processado sob o rito do art. 543-B do CPC.

No que importa ao presente recurso integrativo, compulsando os autos, verifica-se que a tese sustentada pela Fazenda embargante, qual seja, a de que o recurso especial seria inadmissível pela incidência do óbice da Súmula no. 284/STF, não merece acolhimento. Isso porque o art. 138 da Lei no. 8.213/1991, dispositivo legal citado como violado, determinou a extinção da contribuição incidente sobre a produção rural para os produtores rurais empregadores (pessoas físicas e pessoas jurídicas), cujo argumento embasou a tese da parte contribuinte de que não deveria mais recolher referida exação, não havendo, pois, falar em deficiência da fundamentação.

Adiante, uma leitura atenta do acórdão local permite verificar que este apresentou fundamentos tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, o que permitiu o julgamento do presente recurso pelo Superior Tribunal de Justiça, o que é reforçado também pelos diversos julgados que esta Corte já havia proferido sobre a matéria em debate. Ademais, o próprio art. 543-B do CPC autoriza os órgãos colegiados dos demais tribunais a aplicar o entendimento firmado pelo STF no regime de repercussão geral, que foi a precisa hipótese dos autos.

Não há falar, ainda, em vício no *decisum* embargado no tocante ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1o. da Lei no. 8.540/1992, uma vez que, consoante consignado no voto condutor, houve a adesão ao fundamento adotado pelo STF, no sentido de que referida lei seria formalmente inconstitucional, em razão da reserva de lei complementar para a instituição de nova fonte de custeio da Seguridade Social. Houve também, a título de *obiter dictum*, menção aos demais fundamentos citados no voto condutor, quais sejam: (I) o art. 1o. da Lei no. 8.540/1992 teria criado nova hipótese de incidência

de contribuição social não prevista no art. 195, I, da CR; e (II) os empregadores rurais pessoa física estariam sujeitos à dupla tributação ao recolher a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, além daquela instituída pela Lei no. 8.540/1992, ferindo, portanto, o princípio da isonomia.

É oportuno transcrever, uma vez mais, a ementa do referido julgado:

Constitucional. Tributário. Contribuição social previdenciária. Empregador rural pessoa física. Incidência sobre a comercialização da produção. Art. 25 da Lei no. 8.212/1991, na redação dada pelo art. 1o. da Lei no. 8.540/1992. Inconstitucionalidade.

I - Ofensa ao art. 150, II, da CF em virtude da exigência de dupla contribuição caso o produtor rural seja empregador.

II - Necessidade de lei complementar para a instituição de nova fonte de custeio para a seguridade social.

III - RE conhecido e provido para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1o. da Lei no. 8.540/1992, aplicando-se aos casos semelhantes o disposto no art. 543-B do CPC.

(RE no. 596.177, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 1.8.2011, DJe 29.8.2011)

De outro lado, a irresignação prospera com relação ao efeito expansivo que foi dado à declaração de inconstitucionalidade do art. 1o. da Lei no. 8.540/1992, de modo a abranger, por arrastamento, também o 1o. da Lei no. 10.256/2001, no período de vigência de referida norma.

Explico.

Conforme a própria Corte Constitucional afirmou, ao julgar os aclaratórios do RE no. 596.177, além de ter retificado a ementa para fazer constar como fundamento para o reconhecimento da inconstitucionalidade apenas a *Necessidade de lei complementar para a instituição de nova fonte de custeio para a seguridade social*, expressamente consignou não ter sido examinada a constitucionalidade do tributo cobrado com fundamento na Lei no. 10.256/2001. Tal acórdão integrativo veio assim sumariado:

Ementa: Embargos de declaração no recurso extraordinário. Fundamento não admitido no deslinde da causa deve ser excluído

da ementa do acórdão. Impossibilidade da análise de matéria que não foi adequadamente alegada no recurso extraordinário nem teve sua repercussão geral reconhecida. Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão em decisão que cita expressamente o dispositivo legal considerado inconstitucional. I – Por não ter servido de fundamento para a conclusão do acórdão embargado, exclui-se da ementa a seguinte assertiva: “Ofensa ao art. 150, II, da CF em virtude da exigência de dupla contribuição caso o produtor rural seja empregador” (fl. 260). II – A constitucionalidade da tributação com base na Lei no. 10.256/2001 não foi analisada nem teve repercussão geral reconhecida. III – Inexiste obscuridade, contradição ou omissão em decisão que indica expressamente os dispositivos considerados inconstitucionais. IV – Embargos parcialmente acolhidos, sem alteração do resultado.

(RE no. 596.177 ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17.10.2013, acórdão eletrônico DJe-226 divulg 14.11.2013 public 18.11.2013)

Adiante, consoante mencionado pela parte recorrente, foi reconhecida pelo STF, em 2013, a repercussão geral da *Validade da contribuição a ser recolhida pelo empregador rural pessoa física sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, nos termos do art. 1o. da Lei no. 10.256/2001* (Tema 669), em decisão que restou assim enunciada:

Ementa: Constitucional. Tributário. Contribuição social. Empregador rural pessoa física. Receita bruta. Comercialização da produção. Art. 25 da Lei no. 8.212/1991, na redação dada pela Lei no. 10.256/2001. Constitucionalidade. I - A discussão sobre a constitucionalidade da contribuição a ser recolhida pelo empregador rural pessoa física, prevista no art. 25 da Lei no. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei no. 10.256/2001, ultrapassa os interesses subjetivos da causa. II - Repercussão geral reconhecida.

(RE no. 718.874 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22.8.2013, processo eletrônico DJe-178 divulg 10.9.2013 public 11.9.2013)

Nos fundamentos da afetação, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, considerou que a Lei no. 10.256/2001, ao contrário da Lei no. 8.540/1992, foi editada quando já estava em vigor a Emenda Constitucional no. 20/1998, *verbis*:

A questão versada neste recurso consiste em definir, ante o pronunciamento desta Corte no RE no. 363.852/MG, Rel. Min. Marco Aurélio e no RE no. 596.177/RS, de minha relatoria, se a exigência da contribuição do empregador rural pessoa física incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, com fundamento Lei no. 10.256/2001, editada após a Emenda Constitucional no. 20/1998, seria constitucionalmente legítima.

[...]

Além disso, a repercussão geral do tema referente à constitucionalidade da exigência de contribuição do empregador rural pessoa física, incidente sobre o resultado da comercialização de sua produção, foi reconhecida no RE no. 596.177/RS, de minha relatoria.

Contudo, não houve nessa oportunidade tampouco no julgamento do RE no. 363.852/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, o exame da matéria sob o enfoque presente neste recurso, a saber: a exigência do tributo com fundamento em lei editada após a Emenda Constitucional no. 20/1998.

Assim, tenho que o reconhecimento da inconstitucionalidade, pelo órgão fracionário, no caso, a Primeira Turma, de dispositivo de lei federal ainda não declarado inconstitucional pela Suprema Corte, de fato, ofende a cláusula de reserva de plenário e a Súmula Vinculante no. 10/STF (*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*).

Essas ponderações, inclusive, já haviam sido feitas pelo Ministro Ari Pargendler, que assim se manifestou em seu voto vencido (fl. 365):

2. Data venia, a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei no. 8.212, de 1991, na redação que lhe deu a Lei no. 10.256, de 2001, só pode ser proclamada pela Corte Especial, não decorrendo da decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade do art. 25 da Lei no. 8.212, de 2001, na redação que lhe deu a Lei no. 9.528, de 1997, que teve como pano de fundo o regime vigente antes da Emenda Constitucional no. 20, de 1998.

Aliás, a inconstitucionalidade, ou não, do art. 25 da Lei no. 8.212, de 1991, na redação que lhe deu a Lei no. 10.256, de 2001, é objeto

de Repercussão Geral no RE no. 718.874, RS, relator o Ministro Ricardo Lewandowski (Plenário, 22.8.2013), e terá como cenário o regime vigente após a Emenda Constitucional no. 20, de 1998.

Estando, portanto, o Supremo Tribunal Federal por decidir essa questão, a observância do princípio da reserva do plenário se impõe.

Nessas circunstâncias, há que se reconhecer a legalidade da exigência da contribuição do empregador rural pessoa física, incidente sobre o resultado da comercialização de sua produção, com base na Lei no. 10.256/2001.

Com relação à omissão quanto à alegada repristinação constitucional, a insurgência também merece acolhida.

De fato, o art. 1o. da Lei no. 8.540/1992 havia promovido alterações no texto do art. 25 da Lei no. 8.212/1991, no sentido de substituir a contribuição devida pelos empregadores rurais pessoas físicas, que, de início, tinha por base a folha de salários, pela contribuição devida com base na comercialização rural. No entanto, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1o. da Lei no. 8.540/1992 pelo STF, na sistemática da repercussão geral, por força da repristinação, deve ser revigorada, para os empregadores rurais pessoa física, a aplicação do art. 22 da Lei no. 8.212/1992, que havia estabelecido a contribuição incidente sobre a comercialização de produtos rurais com base na folha de salários.

No mesmo sentido, confira-se:

Tributário e Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. FUNRURAL. Contribuição incidente sobre a comercialização da produção de empregador rural. Lei no. 10.256/2001. Declaração de inconstitucionalidade. Efeitos. Repristinação da norma revogada. Decisão extra petita. Inocorrência. Precedentes uníssimos do STJ. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Pedido de repetição de indébito e compensação. Prazo prescricional. Cinco anos. Precedentes do STJ e do STF. Afastamento, no caso, do prazo decenal (“cinco mais cinco”). Agravo regimental improvido.

I. Entendia o STJ que “o prazo prescricional na repetição de indébito de cinco anos definido na Lei Complementar no. 118/2005 somente incidirá sobre os pagamentos indevidos ocorridos a partir da

entrada em vigor da referida lei, ou seja, 9.6.2005. Vide o REsp no. 1.002.032/SP, julgado pelo regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). Este entendimento foi superado quando, sob o regime de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 4.8.2011, no julgamento do Recurso Extraordinário no. 566.621/RS (DJe 18.8.2011), pacificou a tese de que o prazo prescricional de cinco anos definido na Lei Complementar no. 118/2005 incidirá sobre as ações de repetição de indébito ajuizadas a partir da entrada em vigor da nova lei (9.6.2005), ainda que estas ações digam respeito a recolhimentos indevidos realizados antes da sua vigência” (STJ, AgRg no REsp no. 1.440.852/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 13.5.2014).

II. Ajuizada a presente ação em 8.6.2010, é de ser aplicado, portanto, no caso, o prazo prescricional quinquenal.

III. Nos termos da jurisprudência, “Esta Corte firmou compreensão segundo a qual, ‘uma vez declarada a inconstitucionalidade das referidas leis, deve-se aplicar a redação originária da Lei no. 8.212/1992, que dispõe ser válida a tributação com base na folha de salários. Tal orientação espelha a jurisprudência do STJ, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade acarreta a repristinação da norma revogada pela lei viciada. Precedentes do STJ’ (AgRg no REsp no. 1.423.352/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 20.3.2014, DJe 27.3.2014)’ e AgRg nos EDcl no REsp no. 1.517.542/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 26.5.2015. (...) Não há julgamento extra petita quando o acolhimento da pretensão decorre da interpretação lógico-sistemática da peça inicial” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp no. 1.333.323/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 14.10.2015).

IV. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp no. 1.506.191/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 17.3.2016, DJe 29.3.2016)

Tributário e Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Contribuição sobre a comercialização de produtores rurais. Repristinação de legislação anterior. Possibilidade. Sucumbência recíproca. Súmula no. 7 do STJ.

1. *Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 25 da Lei no. 8.870/1994, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela eficácia da redação originária do art. 22 da Lei no. 8.212/1992, a qual dispõe ser válida a tributação com base na folha de salários, no que se refere à contribuição incidente sobre a comercialização de produtos rurais. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no REsp no. 1.334.431/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 22.5.2013; AgRg no REsp no. 1.358.091/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 19.5.2014.*

2. *Reconhecida a prescrição quinquenal e decidido que não há direito à repetição da totalidade das contribuições recolhidas, não há como, em sede de recurso especial, aferir-se a proporcionalidade da sucumbência de cada parte, porquanto necessária a análise de documentos e, até mesmo, a realização de prova pericial para se constatar eventual desproporcionalidade (Súmula no. 7 do STJ).*

3. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp no. 1.422.730/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 10.2.2015, DJe 20.2.2015)

Por fim, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar, na via especial, alegada violação a dispositivo constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido: EDcl no AgRg na Rcl no. 13.132/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Primeira Seção, DJe 7.10.2013; EDcl no AgRg no REsp no. 1.329.049/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe 1.10.2013; EDcl no AgRg no REsp no. 1.335.271/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 2.10.2013.

Ante o exposto, acolho, em parte, os embargos declaratórios da Fazenda Nacional, para reconhecer: (I) a legalidade da exigência da contribuição do empregador rural pessoa física, incidente sobre o resultado da comercialização de sua produção, com base na Lei no. 10.256/2001 e (II) a vigência do art. 22 da Lei no. 8.212/1991, no tocante ao período anterior à Lei no. 10.256/2001, para fins de cobrança da contribuição para o empregador rural pessoa física.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA No. 41.759-RJ
(2013/0094401-7)

Relator: Ministro GURGEL DE FARIA

Recorrente: Caixa Econômica Federal

Advogado: Luiz Fernando Padilha e outro(s)

Recorrido: União

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Impetração contra decisão judicial. Terceiro. Remuneração de depósitos judiciais. Ação de natureza tributária. Erro no preenchimento de guia. Irrelevância.

1. *A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso* (Súmula no. 202 do STJ).

2. O erro no preenchimento de formulário por ocasião da efetivação de depósito judicial de valores referentes a tributos federais, em ação de natureza tributária, não impede a remuneração do capital pela taxa SELIC, conforme estabelece a Lei no. 9.703/1998.

3. Recurso ordinário 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 ordinário em mandado de segurança nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2016 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 28.4.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso ordinário interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2a. Região, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 411/412):

Tributário. Agravo interno em mandado de segurança. Ação ajuizada por terceiro interessado. Mandado de segurança. Possibilidade. Depósito judicial. Lei no. 9.703/1998. Aplicabilidade.

I - O impetrante não faz parte da relação processual, sendo apenas o terceiro interessado, o que, segundo o entendimento do Eg STJ, não o condiciona à interposição de recurso e autoriza o ajuizamento de ação mandamental contra decisão interlocutória. Cite-se o enunciado da Súmula no. 202, do citado Tribunal: “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”.

II - A correção dos depósitos judiciais relativos a tributos e contribuições federais é disciplinada pela Lei no. 9.703/1998, a qual prevê expressamente o repasse do depósito, pela Caixa Econômica Federal, para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade (art. 1o., § 2o.). E, após a transferência, a remuneração dos depósitos se dá de acordo com a taxa SELIC (art. 2o.-A, § 2o.). A referida lei prevê, ainda, que aos depósitos efetuados antes de 1.12.1998 deve ser aplicada a sistemática ali prevista, de acordo com cronograma fixado pelo Ministério da Fazenda, sob pena de incidência da taxa SELIC, além da responsabilização dos administradores da instituição financeira (art. 2o.-A, § 3o.).

III - O depósito foi realizado em 29.6.2007, portanto, muito após o advento da Lei no. 9.703/1998, não havendo justificativa para que a CEF não tivesse efetuado a imediata transferência para a Conta Única do Tesouro Nacional, o que somente veio a ocorrer em 29.5.2009 (...).

IV - Não merece qualquer reparo a decisão de fls. 132, visto que o depósito foi efetivado em uma agência da impetrante, que inclusive, deveria ter observado a regular operacionalização do serviço oferecido.

V - Agravo Interno desprovido.

A recorrente considera não poder ser responsabilizada pela ausência de remuneração pela taxa SELIC do depósito judicial realizado em

ação tributária quando a parte interessada, em vez de utilizar-se do Documento de Arrecadação de Receitas Federais – DARF, utiliza-se do depósito judicial simples. Entende que, nessa hipótese, a remuneração do capital deve-se dar pela Taxa Referencial, nos termos do § 1o. do art. 11 da Lei no. 9.289/1996.

Apresentadas as contrarrazões pela Fazenda Nacional, nas quais se aduz o não cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial passível de recurso (e-STJ fls. 439/442).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 452/456).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): De início, cumpre destacar que *a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso*, nos termos da Súmula no. 202 desta Corte.

Assim, cabível a impetração do *writ*, observo que a incidência da taxa SELIC é determinada em razão da natureza e finalidade dos valores depositados e não do tipo de documento utilizado para a efetivação da operação de depósito.

Essa conclusão pode ser extraída da Lei no. 9.703/1998, a qual estabelece que os depósitos judiciais e extrajudiciais realizados na Caixa Econômica Federal são repassados à Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para o pagamento dos respectivos tributos, sendo que, ao final da lide, a) são devolvidos ao depositante com juros *na forma estabelecida pelo § 4o. do art. 39 da Lei no. 9.250/1995*, hipótese em que serão debitados da Conta Única do Tesouro Nacional; ou b) são transformados em pagamento definitivo (art. 1o., § 3o., da Lei no. 9.703/1998).

Destarte, a existência de erro formal do depositante no documento necessário ao depósito não impede a remuneração do capital pela taxa SELIC.

A respeito, confirmam-se: AgRg nos EDcl no REsp no. 1.310.452/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 8.2.2013; RMS no. 29.119/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, AgRg no RMS no. 19.800/AM, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 13.3.2009.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.125.528-RS (2009/0102608-9)

Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA

Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Newton Sebastião Martinez Lewis

Curador: Walyra Eunice Lewis Delgado

Advogado: Rafael dos Santos e outro(s)

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Pensão previdenciária. Pessoa física absolutamente incapaz e judicialmente interdita. Moléstia grave. Isenção prevista no art. 6o., XIV e XXI, da Lei no. 7.713/1988. Repetição de indébito. Causa impeditiva de prescrição. Art. 198, I, do Código Civil. Incidência. Art. 108, I, do CTN. Analogia. Prescrição afastada.

1. Tratando-se de autor absolutamente incapaz e judicialmente interdito, portador de moléstia grave prevista no artigo 6o., XIV e XXI, da Lei no. 7.713/1988, não há falar em prescrição de quaisquer parcelas referentes à repetição do imposto de renda indevidamente cobrado sobre pensão previdenciária por ele recebida após o surgimento da incapacidade (o caso era de isenção do tributo), uma vez que, nos termos do art. 198, I,

do Código Civil, a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes.

2. Não possuindo o Código Tributário Nacional regra própria que discipline a prescrição contra incapazes, lícito se revela o emprego da analogia, tal como previsto no art. 108, I, do CTN. Nesse contexto de lacuna, em benefício de incapaz, a regra impeditiva da prescrição, de que trata o art. 198, I, do CC, tem prevalência sobre a regra prescricional do art. 168, I, do CTN.

3. Como refere REGINA HELENA COSTA, *o uso de analogia - cercado das devidas cautelas - serve à praticabilidade tributária, na medida em que, como meio de integração da legislação tributária, permite suprir as lacunas do ordenamento, que poderiam causar dificuldades tanto no exercício de direitos pelo contribuinte quanto na fiscalização e arrecadação dos tributos (Praticabilidade e justiça tributária - exequibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 194).*

4. 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, Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 5 de abril de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 12.4.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF,

contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4a. Região, assim ementado (fl. 164):

Imposto de renda. Prescrição. Incapaz. Alienação mental. Isenção. Lei no. 7.713/1988, art. 6o., XIV e XXI. Lei no. 8.541/1992.

1 - Nos termos do art. 198, inc. I, do Código Civil, a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes.

2 - A lei assegura a isenção de imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma a quem for acometido de alienação mental (Lei no. 7.713, de 1998, art. 6o., inciso XIV).

3 - O autor, portadora de alienação mental desde 1990, faz jus à isenção prevista no inciso XXI do artigo 60 da Lei no. 7.713/1988 a partir de 10 de janeiro de 1991, conforme o pedido.

Sem contrarrazões pela parte autora (certidão à fl. 174).

Nas razões do especial, a Fazenda aponta violação ao art. 198, I, do Código Civil, sustentando, em síntese: (I) que a aplicação do referido dispositivo incide tão-somente na esfera cível, e não na seara tributária, pois o *Código Tributário Nacional é lei especial em relação ao Código Civil, de forma que, quando a matéria versar sobre prescrição tributária, deve-se aplicar os dispositivos daquele e não deste código (...)* Ou seja: se a *Lei Tributária (CTN) entende que os incapazes civilmente têm capacidade tributária e nada fala a respeito de “não correr a prescrição” contra eles, é porque, obviamente, não pretendeu o legislador dar aos incapazes tal benefício na esfera tributária.* (fls. 169/170); (II) incidir, na hipótese dos autos, o disposto no art. 168, I, do CTN, que prevê o prazo decadencial quinquenal para se pleitear a restituição de indébito tributário, restando prescritos, assim, os créditos anteriores a 17.7.2002.

Requer, com isso, o provimento do raro apelo, mediante o afastamento da aplicação do art. 198, I, do CC e o reconhecimento da incidência do art. 168, I, CTN, norma especial regente da matéria (fl. 171).

O Ministério Público Federal, em parecer exarado pela Subprocuradora Geral da República Denise Vinci Tulio, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa (fl. 184):

Ementa: Tributário. Ação de repetição de indébito. Imposto de renda. Incapaz. Alegação de prescrição das parcelas anteriores ao ajuizamento da ação. 1 - A Corte de origem não negou vigência ao art. 198, I, do CC. Ao contrário, aplicou tal dispositivo ao afirmar que contra os incapazes não corre a prescrição. 2 - A União pretende ver declarada ao caso a aplicação do art. 168, I, do CTN, e para isso alega negativa de vigência a dispositivo que foi aplicado ao caso. 3 - Da fundamentação do recurso não decorre logicamente a conclusão, requisito de toda e qualquer petição judicial. 4 - Incide, neste caso e por analogia, o Enunciado no. 284 da Súmula do STF, que estabelece ser inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. 5 - Parecer pelo não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Sem embargo da diversa compreensão da Subprocuradoria-Geral da República, não se descortina o óbice descrito na Súmula no. 284/STF, eis que o recurso fazendário, em verdade, irroga hipótese de maltrato ao art. 198, I, do Código Civil, que recebeu ostensiva exegese da Corte de origem.

Passa-se, pois, ao enfrentamento do mérito recursal.

Versam os autos sobre ação ordinária de repetição de indébito em que o autor, incapaz judicialmente interditado e representado por sua curadora, pleiteia a restituição do imposto de renda incidente sobre a pensão previdenciária que recebe, ao argumento de que, desde 1990, é portador de moléstia grave (esquizofrenia), a qual se insere na isenção prevista no artigo 6o., XIV, da Lei no 7.713/198.

A magistrada de primeiro grau julgou procedente a ação e condenou a União a restituir os valores recolhidos a título de imposto de renda nos anos-calendários de 1991 a 2006, corrigidos desde o recolhimento indevido, pela taxa SELIC.

Em reexame necessário, o Tribunal *a quo* negou provimento à remessa oficial e ratificou o entendimento da sentença, no sentido de que não há falar em ocorrência de prescrição, uma vez que esta não corre contra os incapazes, nos termos do art. 198, I, do Código Civil.

No especial, a União se insurge contra a aplicabilidade, na espécie, do art. 198, I, do Código Civil, alegando, em síntese, que tal dispositivo não possui aplicação na esfera tributária, devendo, antes, ter incidência o art. 168, I, do Código Tributário Nacional, norma especial que contempla o prazo decadencial quinquenal para se pleitear a restituição de indébito, fulminando o período que precede os cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

A irrisignação, contudo, não merece guarida.

Nos termos do art. 198, I, do Código Civil:

Art. 198. Também não corre a prescrição:

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

O art. 3o., ali mencionado, dispõe que:

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;

O Tribunal de origem, ao verificar o conjunto probatório dos autos, consignou estar comprovado que o autor, ora recorrido, é pessoa portadora de doença mental (esquizofrenia) desde 26.9.1990, reconhecendo seu direito quanto à isenção prevista no art. 6o., incisos XIV e XXI, da Lei no. 7.713/1998. Confira-se, a tanto, o seguinte trecho do acórdão recorrido (fls. 159/160):

O inciso XIV do artigo 6o. da Lei no. 7.713/1988, com a redação dada pela Lei no. 8.541/1992, prevê a isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria de portadores das moléstias ali elencadas, in verbis:

Art. 6o. Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de

moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

Contudo, a Lei no. 9.250/1995 condicionou o reconhecimento da isenção prevista no artigo 6o. da Lei no. 7.713/1988 à comprovação da doença por meio de laudo pericial oficial, contendo, inclusive, prazo de validade, verbis:

Art. 30. A partir de 1o. de janeiro de 1996, para efeito do reconhecimento de novas isenções de que tratam os incisos XIV e XXI do art. 6o. da Lei no. 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pelo art. 47 da Lei no. 8.541, de 23 de dezembro de 1992, a moléstia deverá ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1o. O serviço médico oficial fixará o prazo de validade do laudo pericial, no caso de moléstias passíveis de controle.

No caso dos autos, o Juízo a quo assim se manifestou na sentença (fls.), verbis:

(...)

No caso, o autor comprova ser portador de patologia enquadrada no art. 6o., XIV, da Lei no. 7.713/1988 desde 26 de setembro de 1990, de acordo com o que atesta laudo médico emitido pelo INSS, com cópia juntada aos autos (fl. 13). Portanto, a alegação da União sobre a necessidade de laudo emitido por serviço médico oficial para a implementação de isenção tributária não se enquadra no caso em tela.

Demonstrado, pois, que a parte autora faz jus ao benefício a partir do diagnóstico da doença, deverá ser julgada procedente a pretensão da parte autora para o fim de lhe serem restituídos os valores descontados a título de Imposto de Renda dos anos-calandário de 1991 a 2006.

(...)

A parte autora, de acordo com a cópia do laudo médico do INSS acostado nas fls. 13, é portadora de doença mental desde 26.9.1990.

Em 18.4.1986, o Juiz da 2a. Vara de Família e Sucessões decretou a interdição do autor, conforme certidão juntada a fls. 14.

Tenho que os documentos acima referidos são suficientes para atestar a doença, fazendo jus a autora à isenção prevista no artigo 6o. da Lei no. 7.713/1988.

Firmada a premissa de tal incapacidade, o acórdão regional chancelou, então, a incidência da causa impeditiva da prescrição desenhada no já transcrito art. 198, I, do CC (fl. 158).

A Fazenda recorrente, de sua parte, após salientar que a capacidade tributária passiva independe da capacidade civil das pessoas naturais (art. 126, I, do CTN), entende deva prevalecer, no caso concreto, o comando expresso no art. 168, I, do CTN, que ostenta a seguinte redação:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

- nas hipóteses dos incisos I e I do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art. 3o. da LC no. 118, de 2005).

O Código Tributário Nacional, realmente, não contém regra qualquer disciplinando a prescrição contra incapazes.

Em face de tal lacuna, lícito se faz recorrer ao emprego da analogia, tal como autoriza o art. 108, I, do CTN, de modo a se aplicar a regra contida no art. 198, I, do Código Civil, pois não seria razoável admitir-se que os incapazes, nos domínios do direito tributário, não pudessem contar, em termos de prescrição, com o regime protetivo estabelecido na legislação civil substantiva.

Nesse quadrante, vale colher o elucidativo ensinamento de Regina Helena Costa, *verbis*: *Desse modo, pensamos seja cabível o emprego de analogia no campo tributário, desde que tal não afete o próprio aperfeiçoamento das relações jurídicas obrigacionais e não-obrigacionais, nem se revele prejudicial ao contribuinte. Conseqüentemente, o uso de analogia - cercado das devidas cautelas - serve à praticabilidade tributária,*

na medida em que, como meio de integração da legislação tributária, permite suprir as lacunas do ordenamento, que poderiam causar dificuldades tanto no exercício de direitos pelo contribuinte quanto na fiscalização e arrecadação dos tributos (Praticabilidade e justiça tributária - exeqüibilidade da lei tributária e direitos do contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 194).

Logo, forçoso reconhecer que a repetição deferida em prol do autor incapaz (ora recorrido) não se deixou atingir pela prescrição, ante a prevalência do comando normativo contido no art. 198, I, do Código Civil, cujo dispositivo, longe de ter sido malbaratado, recebeu correta exegese das antecedentes instâncias ordinárias.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.388.789-RJ (2013/0168920-3)

Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES

Recorrente: Peracio Exportadora de Café S/A

Advogados: José Osvaldo Bergi

Ana Paula de Barcellos

Felipe Monnerat Solon de Pontes e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Violação do artigo 535 do CPC. Não ocorrência. Vícios de integração não configurados. Cota de contribuição do café. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo. Direito à restituição. Prescrição. Transcurso do prazo. Art. 18, inciso X, § 3o. da Lei no. 10.522/2002. Renúncia tácita à prescrição. Não ocorrência. Precedentes.

1. Constatado que a Corte de origem decidiu a demanda de forma clara e fundamentada, apreciando todos os fundamentos necessários ao deslinde da controvérsia, não se configura a alegada violação do artigo 535 do CPC.

2. Caso em que o contribuinte requereu a repetição de indébito decorrente do recolhimento indevido do tributo denominado “quota de contribuição do café”, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo STF. O direito à repetição foi, no entanto, considerado prescrito, tendo em vista o transcurso de prazo superior a dez anos desde a data dos recolhimentos indevidos até a data do ajuizamento da demanda (tese dos “cinco mais cinco”).

3. A recorrente defende que deve ser afastada a prescrição, pois o artigo 18, X, § 3o. da Lei no. 10.522/2002, configura: (i) renúncia tácita ao prazo prescricional para repetição do indébito referente às “quotas de contribuição do café”, nos termos do artigo 191 do CC/2002 e (ii) prática de ato incompatível com o direito de recorrer, nos termos do artigo 503 do CPC, de modo a fazer perder o objeto os embargos infringentes nos quais se discutiu a prescrição.

4. O fato de a lei ter sido editada apenas após o transcurso do prazo prescricional para a eventual repetição de indébito, bem como de ter sido incluída a expressão *ex officio* no § 3o. não leva à conclusão de que há inequívoca determinação de restituição dos valores pagos indevidamente aos contribuintes que assim solicitarem. Ao contrário, a leitura do dispositivo apenas revela que o legislador pretendeu deixar claro que a devolução de quantias eventualmente pagas a título de “quota de contribuição do café” não decorreria automaticamente das autorizações previstas no *caput*, inciso X.

5. A par disso, ainda que seja admitida a renúncia tácita da Administração Pública à prescrição, nos termos do artigo 191 do Código Civil, no caso concreto ela não se configura, pois o artigo 18, X, § 3o. da Lei no. 10.522/2002 não representa fato incompatível com a prescrição, na medida em que, além de não se referir expressamente à prescrição, não autoriza expressa e automaticamente a restituição dos indébitos.

6. Nessa mesma linha de raciocínio, não prospera a tese de que a alteração legislativa constitui ato incompatível com a vontade de recorrer, nos termos do artigo 503 do CPC, na medida em que os embargos infringentes então pendentes de julgamento na data do advento da lei tratavam exclusivamente do prazo prescricional para a repetição do indébito.

7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1a. Região), por maioria, vencidos os Srs. Ministros Regina Helena Costa e Napoleão Nunes Maia Filho, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente) (voto-vista) e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1a. Região) (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 4.3.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Peracio Exportadora de Café S/A, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, em sede de embargos infringentes, assim ementado (fl. 399):

Embargos infringentes. Tributário. Quota de contribuição. Decreto-Lei no. 2.295/1986. Repetição de indébito. Prescrição. LC no. 118/2005. Súmula no. 52 deste TRF 2a. Região.

I - Tendo em vista a aposentadoria do eminente relator Desembargador Federal Paulo Barata, coube a este vogal a lavratura do acórdão.

II - Ação objetivando a repetição do indébito de quotas de contribuição recolhidas com base no Decreto-Lei no. 2.295/1986.

III - O prazo prescricional para pleitear o indébito nos tributos sujeitos a lançamento por homologação é de dez anos a contar da ocorrência do fato gerador, para as situações constituídas antes da entrada em vigos da LC no. 118/2005. Precedente do STJ, Aplicação da Súmula no. 52 deste Tribunal.

IV - Embargos infringentes providos para que prevaleça o voto vencido no que toca à prescrição.

Os embargos de declaração foram rejeitados pelos acórdãos de fls. 453-465 e 477-484.

Em suas razões, a recorrente afirma que o acórdão recorrido ofendeu o artigo 535 do CPC, na medida em que deixou de se manifestar a respeito de questões indispensáveis à solução da controvérsia, dentre as quais: (i) tese a respeito da impossibilidade de aplicação da nova orientação do STJ acerca da prescrição da repetição de indébito tributário; (ii) aplicação do artigo 503 do CPC à hipótese, na medida em que a alteração legislativa perpetrada pela Lei no. 11.051/2004 no artigo 18, X, § 3o. da Lei no. 10.522/2002 teria causado a perda de objeto dos embargos infringentes da União. Nesta hipótese específica, afirma que o Tribunal de origem estava obrigado a se manifestar acerca da questão, por se tratar de questão de ordem pública, a qual foi invocada na primeira oportunidade da ora recorrente de se manifestar nos autos, a saber: nos primeiros declaratórios opostos contra o acórdão julgador dos embargos infringentes.

Quanto ao juízo de reforma, aduz que houve violação do artigo 18, inciso X, § 3o., da Lei no. 10.522/2002, artigo 503 do CPC e artigo 191 do Código Civil, na medida em que, resumidamente: (i) o § 3o. do referido artigo 18 da Lei no. 10.522/2002 determinaria a restituição dos valores pagos indevidamente a título de “quota de contribuição do café”, posteriormente declarada inconstitucional pelo STF aos contribuintes que assim requererem; (ii) a referida determinação legal, a par de configurar fato novo a afastar o interesse recursal da Fazenda e prejudicar os embargos infringentes então pendentes de julgamento

(forte no artigo 503 do CPC); significou que houve renúncia tácita ao prazo prescricional, sob pena de ser inócua, já que a lei foi editada após o transcurso do prazo prescricional para a exigência da repetição de indébito.

Às fls. 518-545, a ora recorrente apresentou recurso extraordinário.

A Fazenda Nacional apresentou petição de contrarrazões às fls. 581-599, nas quais defende, primeiramente, a falta de prequestionamento dos artigos tidos por violados, a não ocorrência de ofensa ao artigo 535 do CPC, pois as omissões ora alegadas foram apontadas tão somente nos declaratórios e não foram abordadas em nenhum momento antes do julgamento da apelação.

Quanto ao juízo de reforma, pugna pelo desprovemento do recurso especial, aplicando-se a Súmula no. 83/STJ, tendo em vista os precedentes desta Corte sobre o tema, nos quais já se consignou que o artigo 18 da Lei no. 10.522/2002 apenas dispensou a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição em dívida ativa da União e o ajuizamento de execução fiscal nos casos do pagamento da quota de contribuição para a exportação de café, posteriormente considerada inconstitucional, nada dispondo acerca da renúncia à prescrição, a qual, segundo a jurisprudência desta Corte, deve ser expressamente autorizada por lei.

Decisão positiva de admissibilidade do recurso especial à fl. 605.

O Ministério Público, no parecer de fls. 625-629, opinou pelo provimento do recurso especial, em razão da ofensa ao artigo 535 do CPC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Emerge dos autos que a ora recorrente ajuizou, em 17 de abril de 1998, ação de repetição de indébito na qual requereu a devolução de quantias pagas indevidamente a título de “quota de contribuição do café”, a qual foi julgada improcedente.

O acórdão recorrido deu provimento ao recurso de apelação para reconhecer a inconstitucionalidade do tributo e afastar a prescrição, pois o termo inicial do prazo prescricional para o pedido de restituição do indébito tributário deveria ser contado a partir da data da declaração *erga omnes* de inconstitucionalidade do tributo pelo Senado Federal (fl. 284).

Diante da reforma, por maioria, da sentença de mérito, a Fazenda Nacional interpôs embargos infringentes, no intuito de fazer prevalecer o voto vencido, segundo qual deveriam ser consideradas prescritas as parcelas indevidamente recolhidas no período de dez anos anteriores à propositura da demanda, nos termos da jurisprudência do STJ (“tese dos cinco mais cinco”).

O referido recurso foi provido, dando ensejo à interposição do presente recurso especial.

De início, entendo que não se configuram, no acórdão recorrido, vícios de integração que ensejem a sua anulação.

Com efeito, o Tribunal Regional Federal julgou a causa de forma clara, completa e fundamentada, concluindo, por ocasião da apreciação dos embargos infringentes, pela aplicação do entendimento então fixado pelo STJ, no sentido de que o prazo prescricional para a repetição do indébito tributário (“tese dos cinco mais cinco”) deve ser contado a partir da data do recolhimento indevido, mesmo para os casos em que é reconhecida a inconstitucionalidade do tributo. Dessa forma, não há falar em omissão a respeito da tese de que não seria possível a aplicação do novo entendimento do STJ ao caso concreto, uma vez que a conclusão do acórdão foi exatamente o contrário.

Quanto à tese relativa à alegada perda de objeto dos embargos infringentes da União por força do advento da nova redação do artigo 18, inciso X, § 3º. da Lei no. 10.522/2002, da mesma forma não se configura a alegada omissão, pois foi expressamente rechaçada pelo acórdão julgador dos embargos declaratórios nos embargos infringentes, nos seguintes termos (fls. 479-482 - grifos nossos):

[...]

Alega a embargante a existência de omissão uma vez que, tanto o julgamento dos embargos infringentes como os primeiros declaratórios deixaram de se manifestar acerca do artigo 503 do CPC, fundamento

diverso da alegada renúncia à prescrição, sendo certo que o voto vencido da lavra da Desembargadora Federal Dra. Lana Regueira, “não tratou do tema, muito embora tenha feito referência à falta de interesse da União”.

Em relação a este ponto é importante esclarecer que, em nenhum momento, nos autos, a alegação de falta de interesse em agir bem como a questão acerca do artigo 503 do CPC, foram ventiladas pela ora embargante, apenas tendo levantado a tese da renúncia à prescrição. Confira-se a petição de fls. 615/624, onde a ora embargante, trazendo à lide fato novo, qual seja, a entrada em vigor da Lei no. 10.522/2002, requer, com base na alegação de renúncia à prescrição decorrente da interpretação dada ao artigo 18 da aludida norma, seja rejeitada a tese de prescrição suscitada pela União, em suas razões de apelação. Nem mesmo nos declaratórios de fls. 669/671, interpostos em face ao acórdão de fls. 667, ou no bojo da manifestação de fls. 687/688, discorreu a esse respeito. Tampouco as contrarrazões de fls. 735/739, em resposta aos embargos infringentes interpostos pela União, trouxeram a matéria a debate.

Em assim sendo, não havia razões que justificassem a manifestação do Órgão Julgador, acerca do artigo 503 do CPC, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes.

Ora, foi apenas por ocasião do voto vencido, em sede de embargos infringentes, que a ilustre Desembargadora Federal Lana Regueira trouxe a questão à tona, fundamentando-se no artigo 19, § 3o., da Lei no. 10.522/2002, para afastar a ausência de interesse em agir da UNIÃO, esi que esta norma “prevê a necessidade da manifestação da União Federal no sentido de que não possui interesse e, a própria utilização dos embargos infringentes é demonstração clara e irrefutável de que a Ré possui interesse no prosseguimento do feito.”

Além disso, quando do julgamento, perquiriu-se acerca dos pontos relevantes deduzidos nesta ação, levando em consideração o ordenamento jurídico pertinente ao caso não sendo necessário que todos argumentos utilizados pelas partes fossem enfrentados.

Entende, ainda, a ocorrência de obscuridade em virtude da afirmação de que a Lei no. 10.522/2002 “não está relacionada com o prazo de prescrição para a repetição do indébito”, enquanto que a tese sustentada seria a de que “o referido diploma veiculou determinação legal incompatível com a prescrição, de modo que a União renunciou a ela de maneira tácita, nos termos autorizados pela art. 191 do CC.”

Ocorre que o mencionado dispositivo legal determina a dispensa da constituição de créditos da Fazenda Nacional, da inscrição como Dívida Ativa da União, do ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem como o cancelamento do lançamento e da inscrição, relativamente aos tributos constantes de seus incisos I a X. Esta norma não está relacionada com o prazo de prescrição para a repetição do indébito mas sim, como visto, com a constituição, inscrição, ajuizamento e lançamento do crédito tributário.

Tendo em vista o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, inexistente a possibilidade de renúncia tácita de prescrição consumada em favor da UNIÃO, o que apenas é possível mediante lei.

Nesse sentido confira-se o seguinte julgado extraído do Informativo no. 267/STJ:

Renúncia. Prescrição. Fazenda Pública.

Não há como se entender que haja renúncia tácita de prescrição já consumada em favor da Fazenda Pública, pois, conforme o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, isso só pode dar-se mediante lei. No caso, o art. 18 da Lei no. 10.522/2002 apenas dispensou a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição na dívida ativa da União e o ajuizamento de execução fiscal em casos de quota de contribuição para a exportação de café, nada dispondo sobre renúncia à prescrição. Ao contrário, em seu § 3o., aquele artigo deixa claro que não abre mão de valores já percebidos, quanto mais de valores recebidos e insusceptíveis de exigência pela via judicial pelo fato de se haver consumado a prescrição. Com esse entendimento, destacado entre outros, a Turma negou provimento ao especial.

(...) REsp no. 747.091-ES, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, julgado em 8.11.2005.

Verifica-se que a embargante, inconformada, busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese. Todavia, impossível transformar os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração de qualquer vício ou teratologia.

[...]

Mediante tais considerações, não merecem ser providos os embargos de declaração opostos por PERÁCIO EXPORTADORA DE CAFÉ S/A.

É como voto.

Demonstrada a não ocorrência de vícios de integração, passo ao exame concernente ao juízo de reforma.

Registro, de início, que, quanto à questão da aplicação, ao caso concreto, na denominada “tese dos cinco mais cinco”, não há mais margem para discussões, tendo em vista que a questão já foi pacificada por esta Corte em sede recurso especial repetitivo (REsp no. 1.269.570-MG) e pelo STF, em repercussão geral (RE no. 566.621), no sentido de que, para as ações ajuizadas anteriormente à vigência da LC no. 118/2005, como é o caso da presente, o prazo prescricional para a restituição do indébito tributário referente a tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos (para homologação tácita), acrescidos de mais cinco, cotados a partir da data do pagamento indevido.

Dessa forma, nos termos já relatados, a controvérsia dos autos, de forma resumida, cinge-se em saber se: (i) o artigo 18, X, § 3o. da Lei no. 10.522/2002, editado mais de dez anos após o recolhimento indevido das contribuições, leva à conclusão de que houve, por parte da Fazenda, renúncia tácita ao prazo prescricional para repetição do indébito referente ao pagamento indevido das “quotas de contribuição do café”, nos termos do artigo 191 do CC/2002; e (ii) se a referida regra configura prática de ato incompatível com o direito de recorrer, nos termos do artigo 503 do CPC, de modo a fazer perder o objeto os embargos infringentes nos quais se discutiu a prescrição.

A primeira questão não é nova nesta Corte e já foi apreciada por ambas as Turmas da Seção de Direito Público, as quais, por mais de uma vez, já decidiram que o artigo em comento não demonstra a ocorrência de renúncia à prescrição já consumada em favor da Fazenda, pois, esta apenas poderia ser realizada por meio de lei expressa, em face do Princípio da indisponibilidade, que rege a atuação do Poder Público. Ademais, consignou-se, em um dos precedentes, que o referido artigo trata dos procedimentos que dizem respeito à constituição e à cobrança do crédito tributário, não influenciando em relação ao prazo prescricional relativo à repetição de indébito.

A esse respeito, confirmam-se (grifos nossos):

Tributário e Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Repetição de indébito. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Prescrição. Orientação firmada pela 1a. Seção no EREsp no. 435.835/SC. LC no. 118/2005: natureza modificativa (e não

simplesmente interpretativa) do seu artigo 3o. Inconstitucionalidade do seu art. 4o., na parte que determina a aplicação retroativa. Entendimento consignado no voto do EREsp no. 327.043/DF.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A 1a. Seção do STJ, no julgamento do EREsp no. 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. JOSÉ DELGADO, sessão de 24.3.2004, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador - sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo a quo do prazo ao universal princípio da actio nata (voto-vista proferido nos autos do EREsp no. 423.994/SC, 1a. Seção, Min. PEÇANHA MARTINS, sessão de 8.10.2003).

3. No caso, a ação foi promovida quando já passados mais de dez anos da data do recolhimento do tributo que se busca repetir.

4. A renúncia à prescrição em favor da Fazenda Pública somente se dá quando expressamente autorizada por lei.

5. Recurso especial a que se nega provimento (REsp no. 747.091/ES, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 8.11.2005, DJ 6.2.2006, p. 210).

Processual Civil. Quota de contribuição sobre operações de exportação de café. Repetição de indébito. Prescrição. Precedentes.

1. O art. 18 da Lei no. 10.522/2002 apenas dispensou a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição na dívida ativa da União e o ajuizamento de execução fiscal em casos de quota de contribuição para a exportação de café, nada dispondo sobre renúncia à prescrição.

2. Não há como se entender que haja renúncia tácita de prescrição já consumada em favor da Fazenda Pública, pois, conforme o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, isso só pode dar-se mediante lei. Precedente: REsp no. 747.091/ES.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp no. 907.869/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 4.12.2008, DJe 18.12.2008)

Processual Civil. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Acórdão recorrido. Inexistência de omissão. Tributário. Quota de contribuição sobre operações de exportação de café. Repetição. Prescrição.

1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que, mesmo sem se ter pronunciado sobre todos os temas trazidos pelas partes, manifestou-se de forma precisa sobre aqueles relevantes e aptos à formação da convicção do órgão julgador, resolvendo de modo integral o litígio.

2. A Primeira Seção desta Corte, ao apreciar os EREsp no. 435.835/SC (Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 4.6.2007), firmou entendimento no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para pleitear a compensação ou a restituição do que foi indevidamente pago somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco, contados a partir da homologação tácita. Aplica-se essa orientação ainda que se trate de tributo declarado inconstitucional pelo STF.

3. Cumpre acrescentar que, conforme assentado pela Primeira Seção/STJ, ao apreciar os EDcl nos EREsp no. 644.820/RS (Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 7.11.2005), a orientação no sentido de que “o prazo prescricional da ação de repetição de indébito de tributo declarado inconstitucional é de cinco anos, contados a partir da Resolução do Senado que suspende a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF” foi superada “pela tese dos cinco mais cinco”.

4. Por outro lado, a formulação da denominada tese dos “cinco mais cinco” não tem como sustentáculo nenhuma declaração de inconstitucionalidade de diploma normativo, mas tão-somente a interpretação de legislação federal. Assim, mostra-se inviável restringir a sua aplicação, por força do princípio da segurança jurídica, tendo em vista que, “salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei no. 9.868/1999, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ das suas decisões” (EREsp no. 738.689/PR, 1a. Seção, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVÁSCKI, DJ de 22.10.2007).

5. Por fim, nos termos do art. 18 da Lei no. 10.522/2002, “ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente” aos tributos listados nos incisos I a X do artigo referido. Conforme se verifica, o artigo em comento trata dos procedimentos que

dizem respeito à constituição e à cobrança do crédito tributário, não influenciando em relação ao prazo prescricional relativo à repetição de indébito.

6. *Agravo regimental desprovido* (AgRg nos EDcl no REsp no. 733.152/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, julgado em 11.3.2008, DJe 7.4.2008)

Com efeito, o dispositivo legal que norteia a tese recursal (artigo 18, X, § 3o. da Lei no. 10.522/2002), assim dispõe (com grifos nossos):

Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

[...]

X – à Cota de Contribuição revigorada pelo art. 2o. do Decreto-Lei no. 2.295, de 21 de novembro de 1986 pela Lei no. 11.051, de 2004)

§ 1o. Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

§ 2o. Os autos das execuções fiscais dos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do juiz, ciente o Procurador da Fazenda Nacional, salvo a existência de valor remanescente relativo a débitos legalmente exigíveis.

§ 3o. O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantia paga.

De fato, da leitura das normas acima transcritas tem-se que a lei se limitou a dispensar a Fazenda Nacional da constituição do crédito tributário, da inscrição na dívida ativa e do ajuizamento da execução fiscal ainda não realizados, bem como autorizou o cancelamento dos lançamentos e inscrições já feitas e execuções já ajuizadas.

A mesma regra determinou, em seu § 3o., que a autorização mencionada no *caput* não possibilita a restituição, de ofício, das quantias eventualmente pagas enquanto teve vigência a norma tributária posteriormente declarada inconstitucional.

Entendo que o referido § 3o. não tem, com a devida vênia, o alcance pretendido pela ora recorrente. Em verdade, faz-se a ressalva de que

as restituições devem ser devidamente requeridas e tais requerimentos analisados para que sejam averiguados os necessários requisitos para a ocorrência da devolução, (dentre os quais, inclusive, a prescrição), já que não decorre automaticamente da lei.

Transcrevo, por oportuno, trecho do voto condutor do precedente da Primeira Turma, relatado pelo Sr. Ministro Teori Zavascki, cuja ementa foi colacionado acima (REsp no. 747.091/ES, DJ 6.2.2006, p. 210 - grifos nossos):

[...]

Nada dispôs sobre renúncia a prescrição. Pelo contrário, em seu § 3o. expressamente dispôs que a dispensa nela prevista não autorizava a restituição ex officio de quantias já pagas. Portanto, além de não fazer menção alguma à renúncia à prescrição, a lei deixou claro que não abria mão, espontaneamente, dos valores já recebidos, muito menos, portanto, dos valores já recebidos e insuscetíveis de lhe serem exigidos por via judicial, quando consumada a prescrição. Em outras palavras: não houve renúncia alguma, nem expressa e nem tácita, mas, ao contrário, houve a clara e expressa manifestação no sentido de não abrir mão dos valores já recebidos.

Sob esse enfoque, o fato de a lei ter sido editada apenas após o transcurso do prazo prescricional para a eventual repetição de indébito, bem como de ter sido incluída a expressão *ex officio* no § 3o. não leva à conclusão ora defendida pela recorrente de que a referida lei determina, inequivocamente, a restituição dos valores pagos indevidamente aos contribuintes que assim solicitarem. Ao contrário, a leitura do dispositivo apenas revela que o legislador pretendeu deixar claro que a devolução de quantias eventualmente pagas a título de quota de contribuição do café não decorreria automaticamente das autorizações previstas no *caput*, inciso X.

Nesse sentido, também não prospera a tese de que o referido dispositivo demonstraria a renúncia tácita da Fazenda à prescrição já consumada em seu favor, no caso concreto, seja porque, diante do princípio da indisponibilidade, a referida renúncia deveria ser expressa, seja porque a lei nada falou a respeito da prescrição. Explica-se.

Como já mencionado, os prévios debates acerca do tema em discussão levaram tanto este Colegiado quanto a Segunda Turma à conclusão de que a renúncia da Fazenda Pública à prescrição já consumada em seu

favor não pode ser tácita, mas expressamente prevista por lei, na medida em que o Poder Público não pode, deliberadamente, abrir mão dos bens e direitos públicos, os quais são regidos pela indisponibilidade.

A par disso, ainda que seja admitida a renúncia tácita da Administração Pública à prescrição, nos termos do artigo 191 do Código Civil, na linha do Recurso Especial Repetitivo de no. 990.284/RS, o fato é que, no caso concreto a alegada renúncia tácita não se configura.

Isso porque, nos termos do referido artigo, para que ocorra a renúncia tácita à prescrição, além do transcurso do prazo prescricional, é preciso que ela se presuma *de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição*.

E tal fato incompatível foi apurado no recurso especial repetitivo acima mencionado, porquanto a Administração Pública, por ocasião da edição da MP no. 1.704/98 reconheceu expressamente o direito dos servidores ao reajuste de 28,86%, o qual se alegava estar prescrito.

No caso concreto, não vislumbro a incompatibilidade entre o artigo 18, inciso X, § 3o. da Lei no. 10.522/2002, com redação dada pela Lei no. 11.051/2004, e o transcurso do prazo prescricional para a repetição de eventuais indébitos tributários referentes à *quota de contribuição do café*, justamente porque o referido dispositivo legal, além de não se referir expressamente à prescrição, não autoriza expressa e automaticamente a restituição dos indébitos.

Repita-se, o fato de haver previsão legal autorizando a Fazenda a cancelar inscrições, constituições ou execuções do débitos eventualmente já realizadas e a não efetuar as que ainda pendem não levam à conclusão de que os valores por ela recebidos serão automaticamente devolvidos.

Por outro lado, deve-se destacar que eventual perplexidade decorrente do tratamento aparentemente mais benéfico aos contribuintes que não efetuaram o pagamento do tributo em detrimento dos que pagaram em dia, fica enfraquecida pela possibilidade de os contribuintes que entendiam ser o tributo inconstitucional levarem a discussão ao judiciário naquela ocasião, por meio de demandas específicas de reconhecimento da inexistência de relação jurídico tributária ou repetição de indébito tributário, sem que fosse necessário, para tanto, o aguardo da eventual declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa mesma linha de raciocínio, não prospera a tese de que a alteração legislativa constitui ato incompatível com a vontade de recorrer, nos termos do artigo 503 do CPC, pois, se os embargos infringentes então pendentes de julgamento na data do advento da lei tratavam exclusivamente do prazo prescricional para a repetição do indébito, não há como o interesse recursal ser afetado por força da nova regra, se a nova regra nada dispõe expressamente a respeito da prescrição, nem tampouco determina expressamente a restituição dos tributos pagos indevidamente.

Com essas considerações, entendo que deva ser mantido o entendimento jurisprudencial já consolidado em ambas as Turmas da Seção de Direito Público sobre o tema.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial interposto por Perácio Exportadora de Café S/A., com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2a. Região, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, assim ementado (fl. 399):

Embargos infringentes. Tributário. Quota de contribuição. Decreto-Lei no. 2.295/1986. Repetição de indébito. Prescrição. LC no. 118/2005. Súmula no. 52 deste TRF 2a. Região.

I - Tendo em vista a aposentadoria do eminente relator Desembargador Federal Paulo Barata, coube a este vogal a lavratura do acórdão.

II - Ação objetivando a repetição do indébito de quotas de contribuição recolhidas com base no Decreto-Lei no. 2.295/1986.

III - O prazo prescricional para pleitear o indébito nos tributos sujeitos a lançamento por homologação é de dez anos a contar da ocorrência do fato gerador, para as situações constituídas antes da entrada em vigor da LC no. 118/2005. Precedente do STJ, Aplicação da Súmula no. 52 deste Tribunal.

IV - Embargos infringentes providos para que prevaleça o voto vencido no que toca à prescrição.

Opostos embargos de declaração pelo ora recorrente por duas vezes, foram rejeitados nos termos dos acórdãos de fls. 453/465 e 477/484.

O contribuinte aponta violação aos arts. 503 e 535, II, do CPC; 191 do CC e 18, X, da Lei no. 10.522/2002. Sustenta que, a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* remanesceu omissos sobre as questões nele suscitadas, quais sejam, (a) *impossibilidade de aplicação da nova orientação dessa Eg. Corte a respeito de prescrição a demandas ajuizadas na vigência da orientação anterior* (fl. 498); e (b) necessidade de enfrentar matéria de ordem pública suscitada nos dois embargos de declaração, *a de que a Lei no. 11.051/2004, ao incluir a quota de contribuição de café ao rol do art. 18 da Lei no. 10.522/2002, teria praticado ato contrário à vontade de recorrer, de modo que o recurso da União não poderia ter sido conhecido, por força do art. 503 do CPC* (fl. 500). Assevera que *a determinação legal de devolver o tributo configura (i) ato contrário à vontade de recorrer, de modo que o recurso de apelação já interposto quando da edição da lei deveria ter sido extinto por perda superveniente de interesse, nos termos do art. 503 do CPC; e/ou (ii) renúncia tácita à prescrição já consumada em favor da Fazenda, uma vez que as Leis no. 10.522/2002 e 11.051/2004 foram editadas mais de 10 anos após a extinção da cota de contribuição do café* (fl. 503).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Sub-Procurador Geral da República Geraldo Brindeiro, opinou pelo provimento do recurso pela ofensa ao art. 535, II, do CPC (fls. 625/629).

Iniciado o julgamento, na sessão da Primeira Turma de 18.8.2015, o relator, Ministro Benedito Gonçalves, apresentou voto negando provimento ao especial, consoante a seguinte ementa:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Violação do artigo 535 do CPC. Não ocorrência. Vícios de integração não configurados. Cota de contribuição do café. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo. Direito à restituição. Prescrição. Transcurso do prazo. Art. 18, inciso X, § 3o. da Lei no. 10.522/2002. Renúncia tácita à prescrição. Não ocorrência. Precedentes.

1. Constatado que a Corte de origem decidiu a demanda de forma clara e fundamentada, apreciando todos os fundamentos necessários ao deslinde da controvérsia, não se configura a alegada violação do artigo 535 do CPC.

2. *Caso em que o contribuinte requereu a repetição de indébito decorrente do recolhimento indevido do tributo denominado “quota de contribuição do café”, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo STF. O direito à repetição foi, no entanto, considerado prescrito, tendo em vista o transcurso de prazo superior a dez anos desde a data dos recolhimentos indevidos até a data do ajuizamento da demanda (tese dos “cinco mais cinco”).*

3. *A recorrente defende que deve ser afastada a prescrição, pois o artigo 18, X, § 3o. da Lei no. 10.522/2002, configura: (i) renúncia tácita ao prazo prescricional para repetição do indébito referente às “quotas de contribuição do café”, nos termos do artigo 191 do CC/2002 e (ii) prática de ato incompatível com o direito de recorrer, nos termos do artigo 503 do CPC, de modo a fazer perder o objeto os embargos infringentes nos quais se discutiu a prescrição.*

4. *O fato de a lei ter sido editada apenas após o transcurso do prazo prescricional para a eventual repetição de indébito, bem como de ter sido incluída a expressão ex officio no § 3o. não leva à conclusão de que há inequívoca determinação de restituição dos valores pagos indevidamente aos contribuintes que assim solicitarem. Ao contrário, a leitura do dispositivo apenas revela que o legislador pretendeu deixar claro que a devolução de quantias eventualmente pagas a título de “quota de contribuição do café” não decorreria automaticamente das autorizações previstas no caput, inciso X.*

5. *A par disso, ainda que seja admitida a renúncia tácita da Administração Pública à prescrição, nos termos do artigo 191 do Código Civil, no caso concreto ela não se configura, pois o artigo 18, X, § 3o. da Lei no. 10.522/2002 não representa fato incompatível com a prescrição, na medida em que, além de não se referir expressamente à prescrição, não autoriza expressa e automaticamente a restituição dos indébitos.*

6. *Nessa mesma linha de raciocínio, não prospera a tese de que a alteração legislativa constitui ato incompatível com a vontade de recorrer, nos termos do artigo 503 do CPC, na medida em que os embargos infringentes então pendentes de julgamento na data do advento da lei tratavam exclusivamente do prazo prescricional para a repetição do indébito.*

7. *Recurso especial não provido.*

Na oportunidade, pedi vista para examinar a questão mais de perto. É o breve relato.

A presente controvérsia se originou de ação de repetição de indébito ajuizada por Perácio Exportadora de Café S/A., visando obter a restituição dos valores indevidamente pagos, a partir de 11.5.1987, a título de quota de contribuição relativamente a operações de exportação de café, exação essa declarada inconstitucional pelo STF (RE no. 408.830, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15.4.2004, DJ 4.6.2004 pp-00030 Ement Vol-02154-3 pp-00577).

No acórdão de fls. 247/284, o Tribunal Regional Federal da 2a. Região deu provimento ao recurso da parte contribuinte, consignando ser o prazo prescricional decenal contado a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo Senado Federal.

Posteriormente, ao julgar os embargos infringentes da Fazenda Nacional em 3.12.2009, a Corte Regional alterou seu entendimento quanto ao termo inicial da prescrição, compreendendo que, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo se iniciaria dez anos a contar da ocorrência do fato gerador, considerando que a ação teria sido proposta antes da entrada em vigor da LC no. 118/2005.

Insurge-se a parte recorrente frente ao prazo prescricional, argumentando que a edição da Lei no. 10.522/2002, em seu artigo 18, X, ao prever a dispensa de constituição de créditos relativamente à Cota de Contribuição revigorada pelo art. 2o. do Decreto-Lei no. 2.295/1986, configurou renúncia tácita à prescrição pelo ente público, consoante a dicção do art. 191 do CC. Assevera também a contrariedade ao art. 535 do CPC, pois o Tribunal *a quo* não teria se manifestado sobre a modulação dos efeitos da mudança de jurisprudência do STJ, bem como sobre a tese de que a edição de referido diploma legislativo implicaria na prática de ato incompatível com a vontade de recorrer.

De início, em conformidade com a proposta apresentada pelo ilustre Relator, compreendo inexistir a alegada violação ao art. 535 do CPC, uma vez que o Tribunal *a quo* rechaçou as duas teses suscitadas, ao consignar, quanto à pretendida modulação, a existência de superação pelo STJ da anterior compreensão de contagem do prazo prescricional de cinco anos a partir da Resolução do Senado que suspende a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF pela “tese dos cinco mais cinco”.

Também, quanto à alegada ofensa ao art. 503 do CPC, a Corte Regional, em raciocínio incensurável, assim se manifestou (fls. 479/480):

Em relação a este ponto é importante esclarecer que, em nenhum momento, nos autos, a alegação de falta de interesse em agir bem como a questão acerca do artigo 503 do CPC, foram ventiladas pela ora embargante, apenas tendo levantado a tese da renúncia à prescrição. Confirma-se a petição de fls. 615/624, onde a ora embargante, trazendo à lide fato novo, qual seja, a entrada em vigor da Lei no. 10.522/2002, requer, com base na alegação de renúncia à prescrição decorrente da interpretação dada ao artigo 18 da aludida norma, seja rejeitada a tese de prescrição suscitada pela União, em suas razões de apelação. Nem mesmo nos declaratórios de fls. 669/671, interpostos em face ao acórdão de fls. 667, ou no bojo da manifestação de fls. 687/688, discorreu a esse respeito. Tampouco as contrarrazões de fls. 735/739, em resposta aos embargos infringentes interpostos pela União, trouxeram a matéria a debate.

Em assim sendo, não havia razões que justificassem a manifestação ao Órgão Julgador, acerca do artigo 503 do CPC, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes.

Ora, foi apenas por ocasião do voto vencido, em sede de embargos infringentes, que a ilustre Desembargadora Federal Lana Regueira trouxe a questão à tona, fundamentando-se no artigo 19, § 3o., da Lei no. 10.522/2002, para afastar a ausência de interesse em agir da UNIÃO, eis que esta norma “prevê a necessidade da manifestação da União Federal no sentido de que não possui interesse e, a própria utilização dos embargos infringentes é demonstração clara e irrefutável de que a Ré possui interesse no prosseguimento do feito.”

Já no que respeita à sustentada renúncia tácita à prescrição por parte do Fisco, também em linha com o relator, tenho que não assiste razão ao contribuinte.

Primeiramente, é certo que o § 3o. do art. 18 da Lei no. 10.522/2002, contrariamente ao sustentado pela parte recorrente, não determina à Fazenda Nacional, em momento algum, a espontânea devolução de valores por ela recebidos indevidamente, conforme se extrai da própria literalidade do referenciado normativo. Confirma-se a respectiva redação:

Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

[...]

X – à Cota de Contribuição revigorada pelo art. 2o. do Decreto-Lei no. 2.295, de 21 de novembro de 1986. (Incluído pela Lei no. 11.051, de 2004)

[...]

§ 3o. O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantia paga.

Em acréscimo, cumpre observar que, na forma do artigo imediatamente seguinte (19) da mesma Lei no. 10.522/2002, achando-se já em curso ação judicial sobre as matérias versadas no reportado art. 18 (dentre elas a cota de contribuição do café), a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, havendo “outro fundamento relevante”, deverá prosseguir na defesa do crédito impugnado. Eis a redação do preceptivo em comento:

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei no. 11.033, de 2004)

I - matérias de que trata o art. 18;

Ora, a conjugada exegese desses dois regramentos (arts. 18 e 19) deixa claro que não foi intenção do legislador estabelecer hipótese de renúncia à prescrição, expressa ou mesmo tácita, que se amoldasse aos ditames do art. 191 do Código Civil (*A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição*). Pelo contrário, o legislador se limitou a sinalizar sobre a dispensabilidade da persecução administrativa ou judicial, pela Fazenda, dos créditos indicados no sobredito diploma legal, sem aventar, porém, de renúncia à prescrição.

Por isso mesmo, há julgados proferidos por ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção, tal como trazido pelo Ministro Relator, no sentido de que *a renúncia à prescrição em favor da Fazenda Pública somente se dá quando expressamente autorizada por lei* (REsp no. 747.091/ES, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 8.11.2005), bem assim que *O art. 18 da Lei no. 10.522/2002 apenas*

dispensou a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição na dívida ativa da União e o ajuizamento de execução fiscal em casos de quota de contribuição para a exportação de café, nada dispondo sobre renúncia à prescrição (AgRg no REsp no. 907.869/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 18.12.2008).

Pelas razões acima expostas, acompanho o ilustre Ministro Relator, para negar provimento ao recurso especial de Perácio Exportadora de Café S/A.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1a. Região): - Cuida-se de recurso especial (art. 105, III, *a* – CF) interposto por Perácio Exportadora de Café S/A contra acórdão do TRF – 2, em embargos infringentes, que deu parcial provimento à apelação da União (Fazenda Nacional) para reconhecer a prescrição dos recolhimentos da quota de contribuição do café, instituída pelo Decreto-Lei no. 2.295/1986, anteriores a 17.4.1988 – dez anos do ajuizamento da ação, em 17.4.1998 (e-STJ fl. 642) –, deixando incólume apenas os do período de 18.4.1988 a 9.1988.

A ação foi ajuizada em 17.4.1998, após a primeira decisão do STF, no RE no. 408.830/ES, reconhecendo a incompatibilidade da exação com a Constituição de 1967/1969.

Sustenta a empresa recorrente que o art. 18, X, § 3o., da Lei no. 10.522/2002, com a redação da Lei no. 11.051/2004, determinou a devolução dos valores pagos pelos contribuintes àquele título, o que implica renúncia tácita à prescrição já consumada, nos termos do art. 191 do Código Civil; e que aquela regra configura ato incompatível com o direito de recorrer, nos termos do art. 503 – CPC, com a perda de objeto dos embargos infringentes, cujo acórdão está em julgamento.

Iniciado o julgamento, o Min. Benedito Gonçalves (Relator) acentuou que o julgado não continha nenhum vício de integração e, no juízo de reforma, negou provimento ao recurso, sendo acompanhado pelo Ministro Sérgio Kukina, em voto-vista apresentado na sessão de 19.11.2005.

Seguiram-se os votos divergentes da Ministra Regina Helena Costa, pelo provimento ao recurso, e o voto antecipado do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, na mesma linha, ao que pedi vista para melhor estudo.

Anotou o Relator que a questão da “tese dos cinco mais cinco” constitui tema pacificado nesta Corte a partir do REsp no. 1.269.570 - MG (repetitivo); e no STF, com o RE no. 566.621 (repercussão geral), no sentido de que, para as ações como a presente, ajuizadas antes da vigência da LC no. 118, de 9.2.2005, o prazo de prescrição para a repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos (para a homologação tácita), acrescidos de mais cinco anos contatos a partir do pagamento indevido.

Nessa premissa, observou que a controvérsia dos autos consiste em saber, num primeiro momento, se o art. 18, X, § 3o., da Lei no. 10.522/2002, editado mais de dez anos após o recolhimento das contribuições, justifica a conclusão de que houve, por parte da União (Fazenda Nacional), renúncia tácita ao prazo prescricional para repetição do indébito referente às “quotas de contribuição do café”, nos termos do art. 191 do Código Civil; e, num segundo momento, se aquela regra configura ato incompatível com o direito de recorrer, nos termos do art. 503 – CPC, de modo a fazer perder objeto os embargos infringentes nos quais se discutiu a prescrição.

No primeiro ponto, destacou que os precedentes da 1a. e 2a. Turmas (Direito Público) respondem negativamente: o art. 18, X, § 2o., da Lei no. 10.522/2002 não equivale à renúncia à prescrição já consumada em favor da União (Fazenda Nacional), que somente poderia ocorrer de forma expressa em face do princípio da indisponibilidade, que rege a atuação do Poder Público.

Enfatizou que a lei trata apenas dos procedimentos alusivos à constituição e à cobrança do crédito tributário, não tendo influência no prazo prescricional relativo à repetição de indébito, limitando-se a dispensar a União (Fazenda Nacional) da constituição do crédito tributário, da inscrição e do ajuizamento da execução fiscal ainda não realizados, e a autorizar o cancelamento dos lançamentos e inscrições já efetuados, e das execuções já ajuizadas; e que o § 3o. daquele preceito (*O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantia paga.*) não possibilita a devolução de ofício das quantias pagas.

No segundo ponto, afirmou que também não prospera a tese de que aquela regra configura ato incompatível com o direito de recorrer, nos termos do art. 503 – CPC, de modo a fazer perder objeto os embargos infringentes, tendo em vista que o recurso, pendente de julgamento no advento da Lei no. 10.522/2002, tratava exclusivamente do prazo prescricional para a repetição de indébito, não tendo porque o interesse recursal ser afetado (ou prejudicado) pela nova regra que não dispunha de prescrição e tampouco determinava expressamente a restituição dos tributos pagos indevidamente.

A Ministra Regina Helena Costa, após afirmar (com o relator) que o julgado não contém vício de integração, procedeu à detida análise do *caput* do art. 18 da Lei no. 10.522/2002 (*Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente: (...) X – à Cota de Contribuição revigorada pelo art. 2o. do Decreto-Lei no. 2.295, de 21 de novembro de 1986, pela Lei no. 11.051, de 2004.*), para concluir, se mal não interpreto o seu pensamento, que a situação ali contida não trata de renúncia à prescrição, senão de uma autêntica confissão de dívida, embora a devolução não se desse de ofício, senão mediante requerimento.

Na sequência, afirmou que aquela opção da lei se torna incompatível com os embargos infringentes, mesmos interpostos anteriormente, nos termos do art. 503 do Código de Processo Civil (*A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.*), razão por que deu provimento ao recurso.

Antes do encaminhamento do meu voto, e postas claramente as duas linhas de julgamento, reputo relevante fazer uma pequena resenha histórica do processo, até mesmo para se saber se as teses do recurso especial – de que o art. 18, X, § 3o., da Lei no. 10.522/2002 equivale a uma renúncia tácita ao prazo prescricional para repetição do indébito referente às “quotas de contribuição do café”, nos termos do art. 191 do Código Civil; e de que aquela regra configura ato incompatível com o direito de recorrer, nos termos do art. 503 – CPC, de modo a fazer perder objeto os embargos infringentes – foram examinadas (ou não)

pelo acórdão de origem, se foram prequestionadas (Súmula no. 211), ou se constituem inovação nesta Corte Superior

Segundo a sentença – que afastou a prescrição e rejeitou o pedido por se tratar de exação anterior à Constituição de 1988 –, a autora busca a restituição dos pagamentos efetuados entre novembro de 1986 e setembro de 1988 (e-STJ fl. 183). O acórdão da apelação, pelo voto-vencedor do Des. Federal Alberto Nogueira, deu provimento ao recurso, em 14.8.2007 (e-STJ fls. 282-284).

Ficou vencido o Relator, Juiz Federal Convocado Guilherme Diefenthaler, que dava provimento parcial ao recurso para reconhecer a prescrição dos recolhimentos anteriores a 17.4.1988 (dez anos do ajuizamento da ação, em 17.4.1998 (e-STJ fl. 642), voto que veio a prevalecer nos embargos infringentes, julgados em 10.12.2009 (e-STJ fl. 389), em virtude do qual se reconheceu à autora (como já dito) a repetição dos valores recolhidos apenas no período de 18.4.1988 a 9.1988.

Embora a Lei no. 10.522 seja de julho de 2002, a argumentação do recurso especial, em torno do seu art. 18, que não poderia ter sido acionada na apelação (a sentença é de maio/2001), também não foi objeto de argumentação nem, conseqüentemente, de análise no primeiro julgamento de origem, realizado em 14.8.2007, tampouco no dos embargos infringentes, julgados em 10.12.2009.

Cuida-se, portanto, de fato novo (inovação) que não poderia ser objeto de exame no recurso especial (Súmula no. 211/STJ), ainda que fosse (e não o foi) ventilado no voto vencido (Súmula no. 320/STJ: *A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.*)

Opostos dois embargos de declaração, ambos foram rejeitados ao fundamento de não conter o acórdão os vícios apontados (e-STJ fls. 453-464 e 477-484), pois efetivamente o julgamento dos embargos infringentes não tratara dos temas veiculados no recurso especial.

A Relatora dos dois embargos de declaração, Des. Federal Salete Maccaloz destacou, nos primeiros, que o voto vencido, naquele julgamento, a respeito dos preceitos da Lei no. 10.522/2002, não integrara o acórdão recorrido, pelo que não se poderia falar em obscuridade (e-STJ

fl. 460); e, nos segundos, a par de repetir a observação (e-STJ fl. 480), enfatizou ainda que em nenhum momento se falara de falta de interesse de agir, à luz do art. 18 daquela lei, para os fins do art. 503 – CPC, tanto mais que a norma não tratara de prescrição, senão da *constituição, inscrição, ajuizamento e lançamento de crédito tributário*. (e-STJ fls. 480-481).

Já foi lembrado que, pela Súmula no. 320/STJ, *A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento*. A própria recorrente reconhece a inovação, ao afirmar que a Corte de origem *não apreciou a tese referente ao art. 503, mesmo após a oposição de dois embargos de declaração e nada obstante o tema envolva matéria de ordem pública* (e-STJ fl. 492), tratando a disciplina do art. 18 da Lei expressamente como fato novo (e-STJ fl. 494).

Assim posta a questão, vê-se que o recurso especial sequer deveria ser conhecido por total falta de prequestionamento dos temas que veicula a título de violação de lei federal. Se conhecido, e a essa altura do julgamento quiçá não convenha retroceder, não deve ser provido, pelas razões do voto do eminente Relator, já referidas, com as quais estou de acordo.

A Ministra Regina Helena Costa, ao analisar o preceito do *caput* do art. 18 da Lei no. 10.522/2002, entendeu que não se trata de renúncia à prescrição, senão de uma autêntica confissão de dívida, embora a devolução não se desse de ofício, senão mediante requerimento; e que a opção da lei se torna incompatível com os embargos infringentes, mesmos interpostos anteriormente, nos termos do art. 503 do Código de Processo Civil.

Cuida-se de tema complexo, mas, com a devida vênia, também não adoto a compreensão de que aquela situação jurídica configure ato incompatível com o direito de recorrer, nos termos do art. 503 – CPC (*A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.*), de modo a fazer perder objeto os embargos infringentes, tendo em vista que o recurso, pendente de julgamento no advento da Lei no. 10.522/2002, tratava exclusivamente do prazo prescricional de repetição de indébito, não tendo porque o interesse recursal ser afetado (ou prejudicado) pela

nova regra, que não dispunha de prescrição, tampouco determinava expressamente a restituição dos tributos pagos indevidamente.

Como dito, a sentença afirmou que a ora recorrente busca a restituição dos pagamentos efetuados entre novembro de 1986 e setembro de 1988 (e-STJ fl. 183), estando a prevalecer até agora, em virtude do julgamento dos embargos infringentes, a prescrição dos recolhimentos anteriores a 17.4.1988, e, portanto, apenas a repetição dos valores recolhidos no período de 18.4.1988 a 9.1988.

Consumada a prescrição de parte da pretensão em 17.4.1988 – dez anos do ajuizamento da ação, em 17.4.1998 (e-STJ fl. 642) –, a edição da Lei no. 10.522/2002, mais de dez anos depois, não poderia servir como ato incompatível com a vontade de recorrer.

Dir-se-á que os embargos infringentes foram interpostos depois da lei. Mas, bem feitas as contas, cuida o recurso de declaração de prescrição reconhecida (inicialmente) em 14.8.2007, no voto vencido do julgamento da apelação (e-STJ fl. 269); e, depois, em 27.10.2009 (e-STJ fl. 383), mas que se consumara em 17 de abril de 1988.

A narrativa de que o preceito do *caput* do art. 18 da Lei no. 10.522/2002 (*Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente (...) X – à Cota de Contribuição revigorada pelo art. 20. do Decreto-Lei no. 2.295, de 21 de novembro de 1986, pela Lei no. 11.051, de 2004.*) trata de uma autêntica confissão de dívida, embora a devolução não se desse de ofício, senão mediante requerimento, não seria (mesmo admitida) em tese inconciliável com a prescrição, desde que o contribuinte não agisse no prazo do art. 168 do CTN.

Mas, no caso, não teria funcionalidade (eficácia) na discussão do processo, que trata de prescrição já consumada, a menos que se admitisse a tese da renúncia – e, depois dela, uma inércia de cinco anos –, professada pela recorrente, mas rechaçada pelos precedentes das Turmas da 1a. Seção.

Não é relevante para o julgamento, por fim, o fato de ter o STJ, no EREsp no. 435.835/SC, julgado em 24.3.2004 – entre a interposição da apelação, em 2001, e o julgamento do Tribunal de origem, em 2007

–, passado a considerar irrelevante, para fins de contagem do prazo de prescrição, a declaração de inconstitucionalidade do tributo, por definir que isso ocorreria, em qualquer caso, da data do pagamento indevido.

Além dessa (nova) exegese passar a expressar a compreensão do STJ, nas ações ajuizadas antes da LC no. 118/2005, em face da qual não prevaleceria o recurso, a realidade é que não há direito adquirido à jurisprudência, sem falar que a temática, segundo informa a recorrente, é objeto de RE no STF.

Em face do exposto, e pedindo a mais respeitosa vênia aos Ministros Regina Helena Costa e Napoleão Nunes Maria Filho, acompanho o Relator para negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.390.875-RS (2013/0193352-3)

Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Recorrente: Liquigás Distribuidora S/A

Advogado: Túlio Freitas do Egito Coelho

Recorrente: Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda

Advogado: Ali Mustafa Atyeh e outro(s)

Recorrente: Supergasbras Energia Ltda

Advogados: Wallace Pedroso e outro(s)

Wallace Pedroso

Recorrente: Companhia Ultragás S/A

Advogados: Candido Rangel Dinamarco e outro(s)

Daniel Raichelis Degenszajn

Estevão Franzoso Lubisco

Recorrido: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

Recorrido: Ministério Público Federal

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Agencia Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Interes.: SPGÁS Distribuidora de Gás Ltda

EMENTA

Administrativo e Econômico. Ação civil pública. Danos difusos aos consumidores. Infrações à ordem econômica. GLP. Distribuidoras. Formação de cartel. Não ocorrência. Aplicação da *state action doctrine*. Atuação das distribuidoras imunes ao controle do órgão antitruste. Atividade regulada e fiscalizada pelo Estado. Advocacia da concorrência ou educativa para promoção de ambiente livre e competitivo. Recursos especiais providos.

1. O mercado de GLP – gás liquefeito de petróleo – tinha seu preço tabelado pelos órgãos reguladores competentes no período em que se alega a formação de cartel por parte das distribuidoras, o que afasta a possibilidade de punição delas.

2. Aplicação, ao caso, da *state action doctrine* foi formulada nos EUA para definir os casos em que a regulação estatal afastaria o controle concorrencial feito pelo órgão antitruste, quando presentes determinados requisitos: (i) a regulação estatal deve servir a um fim de política pública; e (ii) o Estado deve efetivamente obrigar determinada conduta e supervisioná-la: lição do Professor CALIXTO SALOMÃO FILHO (Direito Concorrencial: As Estruturas, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 238-240).

3. No caso, não há dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste, pois facilmente se verifica que: (i) o CNP aprovou a implantação de mercado de empresas que tinha como objetivo organizar a distribuição do GLP, facilitar a sua fiscalização, evitar a proliferação de revendedores clandestinos e propiciar melhores condições de segurança ao consumidor; e (ii) o Sistema Integrado de Abastecimento era elaborado pelo próprio órgão regulador,

sendo mensalmente auditado pelo DNC (Departamento Nacional de Combustíveis). Assim, está claro que a regulação servia a uma política pública, era imposta às empresas reguladas e supervisionadas pelo órgão competente.

4. Nos casos em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência – como ocorre no caso dos autos, no qual foi imposto um tabelamento de preços às empresas – exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência (*competition advocacy*) ou educativa.

5. A advocacia da concorrência refere-se às atividades desenvolvidas pela autoridade antitruste relacionadas com a promoção de um ambiente competitivo para atividades econômicas, por meio de mecanismos que não se enquadrem no controle preventivo ou na atuação repressiva, principalmente através de suas relações com outras entidades governamentais e pelo aumento da sensibilização do público para os benefícios da concorrência.

6. Recursos Especiais providos para julgar improcedentes os pedidos formulados na Ação Civil Pública.

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 aos recursos especiais para julgar improcedentes os pedidos formulados na ação civil pública, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Assistiram ao julgamento o Dr. Túlio Freitas do Egito Coelho, pela parte recorrente: Liquigás Distribuidora S/A, o Dr. José Arnaldo da Fonseca Filho, pela parte recorrente: Supergasbras Energia Ltda e o Dr. Daniel Raichelis Degenszajn, pela parte recorrente: Companhia Ultragáz S/A.

Brasília (DF), 9 de junho de 2015 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 19.6.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recursos Especiais interpostos por LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A., por NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA, por SUPERGASBRAS ENERGIA LTDA. e por COMPANHIA ULTRAGÁZ S.A., com fundamento nas alíneas *a* e *c* do art. 105, III da Constituição Federal, objetivando a reforma do acórdão proferido pelo egrégio TRF da 4a. Região, da lavra do eminente Desembargador Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, assim ementado:

Ação civil pública. Danos difusos aos consumidores. Infrações à ordem econômica. Julgamento extra petita. Não ocorrência. Abuso do poder econômico. GLP. Distribuidoras. Formação de cartel. Indenização.

1. *O pedido feito com a instauração da demanda emana de interpretação lógico-sistemática da petição inicial, não podendo ser restringido somente ao capítulo especial que contenha a denominação dos pedidos. Devem ser levados em consideração, portanto, todos os requerimentos feitos ao longo da peça inaugural, ainda que implícitos. Assim, se o julgador se ateuve aos limites da causa, delineados pelo autor no corpo da inicial, não há falar em decisão citra, ultra ou extra petita. Precedente STJ.*

2. *A prova dos autos revela que as empresas distribuidoras de gás agiam de forma concertada, em conluio, por meio da Área Operacional Metropolitana (na região de Porto Alegre/Canoas), enquadrando-se nos artigos 20 e 21 da Lei no. 8.884/1994.*

3. *Determinada a vedação de práticas cartelizantes às rés a fim de permitir a livre concorrência no setor.*

4. *Com a cartelização e a adoção de métodos comerciais uniformes restou caracterizada a prática comercial abusiva, vedada ao fornecedor nos termos do art.art. 39, X do Código de Defesa do Consumidor.*

5. *A responsabilidade civil das distribuidoras decorre do prejuízo causado aos consumidores, difusamente considerados.*

6. *Mantida a indenização arbitrada em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), atualizado desde a propositura da ação (2 de outubro de 1997) pelos índices normalmente admitidos na Justiça Federal (UFIR e, a partir de 1o. de janeiro de 2001, IPCA-E), acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da publicação da sentença.*

7. *Apelações improvidas (fls. 4.414/4.415).*

2. Os Embargos Declaratórios foram parcialmente acolhidos apenas para fins de questionamento (fls. 4.594/4.597).

3. A Ação Civil Pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal e o Estadual para desfazer suposto cartel na distribuição de gás liquefeito de petróleo (GLP) nos Municípios de Porto Alegre e Canoas, do Estado do Rio Grande do Sul, nos anos de 1991 a 1997. O suposto cartel seria formado por Agipliquigás do Brasil S.A., Nacional Gás Butano Ltda., Companhia Ultragaz S.A. e SPGAS Distribuidora de Gás Ltda. e pela Supergasbras Energia Ltda.

4. Conforme a inicial, as distribuidoras teriam se organizado em sistema integrado de abastecimento, denominado *Área Operacional Metropolitana*, que estabelecia rodízio de dias em que a comercialização dos produtos poderia ser feita por cada empresa.

5. O Juízo da 2a. Vara Federal de Porto Alegre julgou procedente o pedido para proibir as distribuidoras de atuarem na forma da *Área Operacional Metropolitana*. Além disso, condenou as Distribuidoras ao pagamento de indenização no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) pelos danos supostamente causados, a ser rateado de acordo com os respectivos percentuais de participação de mercado detido à época dos fatos e recolhido ao Fundo de Direitos Difusos.

6. A sentença foi objeto de Apelações pelas distribuidoras; contudo, o egrégio TRF da 4a. Região negou provimento aos recursos.

7. Nas razões do seu Apelo Nobre (fls. 4.463/4.677), alega a LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A., violação do art. 535 do CPC, porquanto a Corte local não teria apreciado questões relevantes ao deslinde da controvérsia; sustenta, ainda, ofensa aos arts. 1o. da Lei no. 8.178/1991, 20 e 21 da Lei no. 8.884/1994, sob os seguintes argumentos:

(a) não houve a prática de cartel, porquanto a atuação uniforme das distribuidoras de gás de cozinha foi imposta pela Administração Pública e os preços do GLP eram tabelados por imposição do Governo Federal;

(b) tanto a recorrente como as demais distribuidoras de gás não tinham liberdade para fixar o preço do produto;

(c) o Sistema Integrado de Abastecimento foi criado pelo CNP para garantir a segurança aos consumidores e evitar revendedores clandestinos; e

(d) o produto fornecido às distribuidoras de gás tem um único fornecedor, qual seja, a Petrobrás, portanto, é natural que os preços oferecidos no mercado tenham elevado grau de paralelismo, o que não implica em prática de cartel.

8. A empresa recorrente NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA., em seu Apelo Especial (fls. 4.709/4.725), alega dissídio de interpretação jurisprudencial, bem como ofensa à Portaria 843/90, ao art. 1o. da Lei no. 8.894/1994, aos arts. 320, I e 333, I, ambos do CPC e aos arts. 5o., XXXII e LV, 109, VI, 175 e 177, II e § 1o., todos da Constituição Federal, aos argumentos abaixo transcritos:

(a) como o caso em apreço existe a figura do litisconsorte passivo não há que se falar em revelia, devendo a documentação acostada aos autos ser analisada;

(b) a competência para a demanda seria da Justiça Estadual, porquanto não houve prejuízo para a União, entidade autárquicas ou empresas públicas, nem mesmo a mais de um Estado da federação;

(c) *a Petrobrás é a única fornecedora do gás para todas as distribuidoras e o preço era tabelado por imposição legal e governamental;*

(d) não há reclamação de qualquer consumidor quanto ao preço do produto, posto que eram tabelados pelo próprio governo; e

(e) a empresa recorrente tinha um percentual de 10% sobre a venda de gás no mercado e sendo sua participação, no referido Sistema de Abastecimento Integrado, em menor período, conforme prova documental.

9. A SUPERGASBRAS ENERGIA LTDA. sustenta, em seu Recurso Especial (fls. 4.814/4.837), além da violação do art. 535 do CPC, ofensa aos arts. 131, 267, VI e 458, todos do CPC, 186, 927 e 944, todos do

CC, 3o. da Lei no. 7.347/1985, 2o. da Lei no. 9.784/1999, 29 e 84 da Lei no. 8.884/1994 e aos arts. 5o., 127 e 129 todos da Constituição Federal, conforme argumentos:

(a) não há interesse de agir do MPF e do MPE, porquanto a Área Operacional Metropolitana já havia sido extinta em setembro de 1997;

(b) o MPF e MPE não têm legitimidade para propor Ação Civil Pública em que se pleiteia indenização provada por prejuízos sofridos de suposto cartel, uma vez que se trata de direito individual homogêneo disponível;

(c) à época, a competência punitiva das infrações à Ordem Econômica cabia única e exclusivamente ao CADE;

(d) se a natureza da indenização fosse realmente uma reparação de danos, deveria existir o nexo causal entre a suposta ilicitude da conduta e os danos experimentados pela pelas pessoas prejudicadas;

(e) *tratava-se de sistema de abastecimento de postos de revenda de GLP concebido e organizado pela autoridade regulatória competente no intuito de combater problemas que afligiam o setor à época (como a proliferação de postos clandestinos e dificuldades de fiscalização) e que funcionou sob seu conhecimento e supervisão até o efetivo encerramento, em setembro de 1997;*
e

(f) a conduta da distribuidora nada mais era que uma política pública setorial, em que *o preço do produto era fixado pelo Poder Público de modo a garantir o menor preço possível ao consumidor final, controlando-se as margens das Distribuidoras e dos postos de revenda, nenhum espaço sobrava às empresas para reduzirem mais ainda o preço que praticavam.*

10. Por fim, a recorrente COMPANHIA ULTRAGAZ S.A., em suas razões recursais (fls. 4.749/4.780), alega dissídio jurisprudencial, bem como violação dos arts. 131, 458, 535, 552 e 565, todos do CPC, 6o. e 39, X do CDC e 1o., 7o., 20, 21, 29 e 84, todos da Lei no. 8.884/1994, aduzindo que:

(a) houve cerceamento de defesa, porquanto a recorrente não foi intimada quando da inclusão do processo em pauta;

(b) o acórdão local não fundamentou, como deveria, a violação à livre concorrência por parte da empresa; e

(c) não se pode imputar a empresa a prática de infração à ordem econômica, se reconhecido que a empresa atuava conforme as diretrizes emanadas do Poder Público.

11. Contrarrazões do Ministério Público Federal (fls. 4.935/4.947, fls. 4.961/4.978, fls. 4.992/5.011 e fls. 5.027/5.048).

12. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e a Agência Nacional do Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis – ANP, mesmo intimados, decidiram não apresentar contrarrazões aos Recursos Especiais.

13. Os recursos foram admitidos na origem (fls. 5.081/5.0825, fls. 5.084/5.085, fls. 5.087/5.088 e fls. 5.090/5.091).

14. Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento dos recursos com base na Súmula 7/STJ (fls. 5.174/5.179).

15. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Preliminarmente, afasta-se de plano qualquer violação do art. 535 do CPC, visto que a lide foi resolvida com a devida fundamentação, ainda que sob ótica diversa daquela almejada pelos recorrentes.

2. Destaca-se, ainda, que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório o caráter de infringência do julgado. Nesse sentido: AgRg no AREsp 12.346/RO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 26.8.2011.

3. No tocante à incompetência da Justiça Federal para apreciar e julgar o feito, entende-se que o acórdão recorrido não merece qualquer reparo, uma vez que o art. 109, I da CF, determina a competência da Justiça Comum Federal quando *Entidade Autárquica* for interessada na demanda *na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes*; no caso em apreço, existente a ANP no polo passivo da lide, a manutenção do julgamento pela Justiça Federal é medida que se impõe.

4. Passa-se à análise do mérito de forma conjugada, porquanto as alegações formuladas pelos recorrentes são basicamente no mesmo

sentido, qual seja, a ausência de formação de cartel das empresas distribuidoras de GLP – gás liquefeito de petróleo.

5. Antes, porém, é importante traçar um breve histórico do sistema de controle de preços na venda do GLP – gás liquefeito de petróleo.

6. Durante toda a década de 80, havia no setor de GLP uma bandeira única nos postos de revenda, bem como um tabelamento de preços, impostos pelo CNP – Conselho Nacional do Petróleo, órgão regulador à época, que foi substituído pelo DNC – Departamento Nacional de Combustíveis.

7. *Com o objetivo de organizar a distribuição do GLP, facilitar a sua fiscalização, evitar a proliferação de revendedores clandestinos e propiciar melhores condições de segurança ao consumidor, o CNP aprovou a implantação de mercado de empresas que ficaria responsável pelo abastecimento do GLP nos postos de revenda, em área operacional nas cidades de Porto Alegre e Canoas/RS, chamado Sistema Integrado de Abastecimento.*

8. Esse sistema implementava um calendário de vendas, que *era elaborado pelo próprio órgão regulador, sendo mensalmente auditado pelo DNC (Departamento Nacional de Combustíveis).*

9. Para implementar um modelo com menor ingerência estatal, o antigo Ministro da Infraestrutura revogou a Portaria 4/1989 do CNP, através da Portaria 843/1990.

10. No entanto, apesar de a Portaria 843/1990 vislumbrar uma menor intervenção estatal, esse processo não foi imediato. A liberação de preço de fretes e margens de distribuição e de revenda ocorreu em 1996 com a Portaria 195. Somente em 1998, com a Portaria 322 é que houve a liberação dos preços ao consumidor; isso para os Estados da Região Sul, porque o Centro-Oeste, Norte e Nordeste permaneceram com o tabelamento até a Portaria MF/MME 125/2001.

11. Conclui-se que, à época, os preços praticados pelas distribuidoras de gás GLP eram tabelados pelo poder público, assim como o Sistema Integrado de Abastecimento era autorizado pelo DNC.

12. Assim, deve-se observar até que ponto, em um mercado regulado, a regulação estatal afasta a possibilidade de atuação repressiva do órgão de defesa da concorrência e conseqüentemente impede a punição dos

agentes econômicos que atuam conforme as diretrizes repassadas pelo poder público.

13. Nos Estados Unidos o tema ficou conhecido como *state action doctrine* (teoria da ação estatal). Essa teoria surgiu em 1943 na decisão *Parker vs. Brown*, em que a Suprema Corte Americana absolveu o Estado da Califórnia acusado de violar a lei antitruste local por ter aprovado legislação que permitia os produtores de passas a fixação de preços. Com isso, ficou estabelecido que a ação privada fica imune da ação estatal quando for considerada política pública.

14. Conforme os ensinamentos do jurista CALIXTO SALOMÃO FILHO, a *state action doctrine* foi formulada para definir os casos em que a regulação estatal afastaria o controle concorrencial feito pelo órgão antitruste. Em suma: definem-se casos em que regulação estatal, de um lado, é imune ao controle do órgão regulatório antitruste, e, de outro lado, imuniza a conduta dos agentes econômicos que atuam conforme suas diretrizes. Essa imunidade, no entanto, só é reconhecida se presentes determinados requisitos: (i) a regulação estatal deve servir a um fim de política pública; e (ii) o Estado deve efetivamente obrigar determinada conduta e supervisioná-la (Direito Concorrencial: as estruturas, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 238-240).

15. No caso em tela, não há dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste, pois facilmente se verifica que: (i) o CNP aprovou a implantação de mercado de empresas que tinha como objetivo organizar a distribuição do GLP, facilitar a sua fiscalização, evitar a proliferação de revendedores clandestinos e propiciar melhores condições de segurança ao consumidor; e (ii) o Sistema Integrado de Abastecimento era elaborado pelo próprio órgão regulador, sendo mensalmente auditado pelo DNC (Departamento Nacional de Combustíveis). Assim, está claro que a regulação servia a uma política pública, era imposta às empresas reguladas e supervisionadas pelo órgão competente.

16. Muito embora o acórdão recorrido tenha consignado que havia um controle estatal dos preços praticados pelas distribuidoras, entendeu por manter a condenação, conforme extrai-se desses trechos do acórdão:

A prova dos autos confirmou a atuação uniforme das distribuidoras no mercado do gás de cozinha, de 1991 a 1997 (quando aforada

esta ação), da forma como relatada pelo Ministério Público Federal (cf. petição inicial e, posteriormente, na manifestação de fls. 2.784-2.786):

Não existia a possibilidade destes postos (os postos de revenda da capital e de Canoas) comprarem gás de determinada distribuidora a não ser no dia programado e informado pela tabela, e segundo se apurou, este maior controle do mercado por parte das distribuidoras já havia implicado em retirada de benefícios, bonificações e prazos, antes concedidos aos postos de revenda como estratégia comercial por parte das distribuidoras, numa relação que se podia ter como mais igualitária, propiciando a livre iniciativa e a livre concorrência, com evidentes benefícios aos consumidores que, como sói acontecer, pautam-se pelo melhor fornecimento (fl. 2.785).

(...)

A responsabilidade civil das distribuidoras decorre do prejuízo causado aos consumidores, difusamente considerados. Acolho, nesse ponto, os argumentos do Ministério Público Federal:

(...) com a cartelização, a adoção de métodos comerciais uniformes. O atentado à livre concorrência, geraram, por óbvio, preços excessivos aos consumidores, causando-lhes danos patrimoniais de difícil - para não dizer impossível - determinação (eis que ofendidos interesses da coletividade juridicamente protegidos, não ser submetida aos efeitos do nocivo comportamento). Ou será que há dúvida de que o cartel visou a obtenção de lucro mais fácil, com abuso do poder econômico (...)(fl. 2.791) (fls. 4.408/4.409 e 4.411).

17. Extrai-se, ainda, das contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público Federal:

O processo de mudança foi particularmente longo, tendo sido iniciado em outubro de 1990, com a Portaria no. 843, do antigo Ministério da Infra-estrutura (MINFRA), e concluído somente em maio de 2005, quando foi editada a Resolução no. 15 da Agência Nacional do Petróleo (ANP).

Em 1990 o CNP foi extinto e suas funções parcialmente transferidas ao DNC (Departamento Nacional de Combustíveis), e

a edição da Portaria MINFRA no. 843, de 31.10.90, flexibilizou a maioria das regras da Resolução no. 13 e aboliu outras. Foram mantidos, entretanto, o controle de preços e as restrições quantitativas no suprimento de GLP por parte da Petrobras, embora sob novo formato. A partir de então, a Petrobras continuou a definir as quantidades anuais a serem ofertadas no mercado interno, e cada distribuidora passou a ter acesso a uma quota, alocada de acordo com três parâmetros: o volume de vendas da empresa no período anterior, sua capacidade de armazenamento e a quantidade de botijões de sua propriedade. Este sistema durou até 2005, quando foi eliminado através da Resolução no. 15 da ANP.

(...)

Com efeito, conforme ressaltado na exordial, o preço do gás de cozinha era tabelado pelo DNC:

Partindo, então, destas seis distribuidoras, o gás chega ao consumidor pelas duas maneiras antes referidas, sendo que existem atualmente cerca de trinta postos de revenda de gás GLP em Porto Alegre e Canoas. É preciso que se diga que o gás de cozinha é tabelado pelo DNC (Departamento Nacional de Combustíveis – órgão governamental federal responsável pelo setor) e, então, quando se compra o gás (P13) no posto de revenda se pagará um determinado preço (R\$ 6,50 ou R\$ 6,19, exemplificativamente) e, quando este mesmo gás é fornecido pelos caminhões das distribuidoras o valor chega, em média, a ser de até 50% superior (R\$ 9,00), acréscimo este cobrado título de frete. Ou seja, como resultado, somente a venda no posto de revenda é efetivamente tabelado (fls. 4.973/4.974).

18. Analisando o acórdão recorrido, bem como as contrarrazões do órgão ministerial, constata-se que as distribuidoras de GLP não cometeram qualquer infração a ordem econômica ou a livre concorrência, pois o que ocorria era um tabelamento de preços imposto pelo Estado.

19. Vê-se que o preço fixado pelo Poder Público não admitia flexibilidade alguma, sendo absolutamente controlado e imposto às distribuidoras. Assim, questiona-se: como pode existir um acordo entre concorrentes para a fixação de preços ou quotas de produção se a cartelização era imposta pelo próprio Estado?

20. Nessa toada, entende-se que o Sistema Integrado de Abastecimento de GLP foi desenvolvido pelos órgãos públicos federais

competentes para regular as atividades das distribuidoras e revendedoras. Assim, toda a atuação das distribuidoras pautou-se naquela época nos procedimentos definidos pelos referidos órgãos públicos.

21. A corroborar com tal premissa, cita-se trecho do parecer da Procuradoria Federal que atua junto ao CADE:

78. Assim, em síntese, a partir da leitura dos autos, é possível concluir que; (i) o Sistema Integrado de Abastecimento localizado nas cidades de Porto Alegre e de Canoas, ainda que possivelmente tenha restringido a livre concorrência na região, no período em que vigeu, foi incentivado por atos normativos e pelos agentes administrativos do setor regulado, tornando, por conta disso, inviolável juridicamente a aplicação de sanção aos agentes econômicos que o implementaram; e (ii) não existem nos autos provas suficientes para fundamentar uma condenação por eventuais outras práticas concertadas decorrentes do sistema Integrado de abastecimento (fl. 4.472).

22. Ao meu sentir, a condenação aplicada às distribuidoras pune atos que foram seguidos em estrita obediência a normas públicas federais e sob a supervisão dos órgãos reguladores competentes.

23. Dessa forma, impor às recorrentes uma condenação que sequer pactuaram no ajuste de preços, haja vista que *o preço era cartelizado pelo próprio Estado*, é algo no mínimo descabido.

24. Tal conduta (*condenação das distribuidoras*) ofende o princípio da confiança, pois as empresas acusadas agiam em estrita obediência as normas públicas federais e sob a supervisão dos órgãos reguladores competentes. Sobre o tema, destaca-se a lição do Professor MARÇAL JUSTEN FILHO:

(...) todas as situações jurídicas instauradas em decorrência do exercício de competências administrativas se presumem como legítimas. As expectativas e os direitos derivados de atividades estatais devem ser protegidos, sob o pressuposto de que os particulares têm a fundada confiança em que o Estado atua segundo os princípios da legalidade, moralidade e da boa-fé. O administrado deve e pode confiar na atuação estatal. Os particulares orientam a própria conduta de acordo com as condutas estatais. A participação estatal na produção de uma situação produz a confiança do particular (Curso

de Direito Administrativo. 7a. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1.239).

25. Vale ressaltar ainda que, em casos como o dos autos, nos quais a violação à livre concorrência decorre de uma atuação do próprio Estado, punir as empresas, além de ser uma medida injusta, será uma medida totalmente ineficaz se a regulamentação estatal persistir. Com efeito, o direito antitruste não pode se limitar a combater condutas privadas que atentam contra a livre concorrência, devendo voltar-se, também, contra as condutas estatais que violam a liberdade de competição. Nesse sentido são os ensinamentos do jurista EDUARDO FERREIRA JORDÃO:

Tradicionalmente, o direito antitruste preocupa-se de forma prioritária (e quase exclusiva) com restrições concorrenciais de origem privada – i. e. concentrações empresariais e condutas anticompetitivas, como a predação ou a colusão. É fato, entretanto, que limitações concorrenciais semelhantes ou ainda mais intensas podem advir de ações estatais, em especial das medidas regulatórias. A regulação pode, por exemplo, (i) erigir barreiras à entrada e à saída de mercado; (ii) estabelecer vantagens competitivas artificiais para produtores específicos. (iii) promover assimetrias informacionais; (iv) impedir concorrência em determinados aspectos do produto; (v) impor custos financeiros e de gestão que poderão retirar recursos das atividades mais produtivas e dos investimentos; (vi) influir na escolha tecnológica; (vii) comprometer a flexibilidade e a liberdade empresarial; (viii) reduzir a produção; e (ix) promover a elevação de preços dos bens e serviços (A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. Revista eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, Salvador, fev./abr. de 2009).

26. Nesses casos, pois, em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência, exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência, fazendo, por exemplo, uma recomendação de desregulamentação do setor e conseqüente liberdade de fixação de preços.

27. A advocacia da concorrência, apesar de pouco utilizada, está prevista como umas das formas de defesa da concorrência – *diversa daquelas que geralmente são promovidas pelo CADE (controle dos atos de concentração – função preventiva, e repressão de condutas anticompetitivas –*

função repressiva). Trata-se de uma atuação da autoridade antitruste que visa a difundir a importância da livre-iniciativa e da livre concorrência para o funcionamento sadio do mercado.

28. O conceito de advocacia da concorrência amplamente adotado pela doutrina é aquele formulado pelo Grupo de Trabalho da ICN (*International Competition Network*):

A advocacia da concorrência refere-se às atividades desenvolvidas pela autoridade antitruste relacionadas com a promoção de um ambiente competitivo para atividades econômicas, por meio de mecanismos que não se enquadrem no controle preventivo ou na atuação repressiva, principalmente através de suas relações com outras entidades governamentais e pelo aumento da sensibilização do público para os benefícios da concorrência (tradução livre, disponível em <www.internationalcompetitionnetwork.org/seoul/capacitybluid_sg4_seoul.pdf>).

29. Infelizmente, como destaca o professor ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS *a advocacia da concorrência ainda é exercida de forma muito tímida no Brasil, sobretudo quando se trata de combater as agressões estatais à livre concorrência* (Os Fundamentos Contra o Antitruste, Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 254), mas é exatamente nessas situações e que ela deve ser utilizada com mais intensidade.

30. Portanto, em casos como o dos autos, seria muito melhor e eficaz para a defesa da concorrência e da livre iniciativa, que a autoridade antitruste fizesse um controle educativo e preventivo dos atos do próprio Estado que são anticoncorrenciais, ao invés de punir empresas que são obrigadas a seguir as medidas regulatórias que lhe são impostas.

31. Por todas essas razões, entende-se que não houve qualquer formação de cartel, mas sim o cumprimento de regras pré-estabelecidas e impostas pelo Poder Público que impunham o tabelamento de preços do GLP e a forma de distribuição pelo chamado Sistema Integrado de Abastecimento.

32. Ante o exposto, dou provimento aos Recursos Especiais a fim de julgar improcedentes os pedidos formulados na Ação Civil Pública. É como voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.519.685-RS (2015/0050412-2)

Relator: Ministro GURGEL DE FARIA

Recorrente: Sul Arno Criações em Acessórios Ltda

Advogado: Cláudio Leite Pimentel e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Recurso especial. Execução fiscal. Garantia do juízo. Reforço da penhora. Intimação da parte executada. Necessidade.

1. Penhorados bens e direitos e constatada pelo magistrado a insuficiência da garantia, deve-se intimar o devedor para que proceda ao reforço da penhora, oportunizando-lhe a indicação de bens/direitos necessários a essa finalidade, à luz dos arts. 9º. e 11 da LEF, sem prejuízo, contudo, da faculdade de o exequente requerer o reforço da garantia e apontar, por conta própria, os meios pelos quais será realizado (BACEN JUD, penhora de bem imóvel etc).

2. *É defeso ao juiz determinar de ofício o reforço da penhora, realizada validamente no executivo fiscal, a teor dos artigos 15, II, da LEF e 667 e 685 do CPC (REsp no. 475.693/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 24.3.2003).*

3. Nessa linha, se o reforço da penhora depende do requerimento da Fazenda exequente, não pode o oficial de justiça, sem a correspondente ordem judicial, proceder à penhora no rosto de autos de processos em trâmite na justiça estadual com o fim de reforçar a garantia do juízo da execução.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal

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

Brasília (DF), 19 de abril de 2016 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 28.4.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto por SUL ARNO CRIAÇÕES EM ACESSÓRIOS LTDA contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4a. Região, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 32):

Agravo de instrumento. Tributário. Reforço da penhora. Legalidade.

A penhora determinada de ofício é meio de ver efetivado o disposto no art. 7o., II, da Lei no. 6.830/1980. Isto porque o processo de execução fiscal, conquanto dependa de iniciativa da Fazenda Pública para ser instaurado, desenvolve-se por impulso oficial, prevalecendo o interesse do exeqüente, já que o julgador pode diligenciar no sentido da garantia e adimplemento do crédito tributário.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos para acrescer à fundamentação do acórdão embargado que *houve deferimento do pedido da União para que fosse dado prosseguimento aos atos executórios; portanto, não prospera o argumento de que não houve determinação judicial para a realização da penhora* (e-STJ fl. 47).

A recorrente alega violação dos arts. 162, § 2o., 535 e 685 do CPC/1973 e do art. 15, II, da Lei no. 6.830/1980, por considerar que o órgão julgador *a quo* não teria observado a inexistência de determinação judicial para a realização de reforço da penhora, o que não poderia ser feito de ofício pelo magistrado (e-STJ fls. 56/68).

Contrarrazões da União pelo não conhecimento ou não provimento do recurso especial (e-STJ fls. 56/68).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): O recurso especial se origina em autos de agravo de instrumento interposto contra o indeferimento pelo juízo federal do pedido de cancelamento de penhoras efetivadas no “rosto dos autos” em processos da parte executada, em tramitação na Justiça estadual, mesmo após a penhora de 5% dos repasses financeiros vinculados ao seu cartão de crédito, bem como de bens localizados em sua sede.

Anota-se que, com a discordância da Fazenda Nacional quanto à nomeação à penhora de prejuízos fiscais (e-STJ fls. 168/171), o magistrado acatou o pedido de penhora *on-line* e sobre os repasses financeiros de cartões de crédito, nos seguintes termos (e-STJ fl. 174):

[...] pretendendo a compensação de crédito decorrente de prejuízos fiscais, primeiramente a executada deverá tornar líquido e certo esse crédito, mediante procedimento administrativo previsto em lei.

Assim sendo, defiro o requerido pela exeqüente, a fim de utilizar o sistema BACEN JUD para a localização e bloqueio de valores existentes em contas correntes e aplicações financeiras, mantidos em nome da executada SUL-ARNÓCRIAÇÕES EM ACESSÓRIOS LTDA., CNPJ: 94.397.122/0001-07, até o montante da dívida exeqüenda, ou seja, R\$ 1.439.702,24 (em outubro/2010).

CDA no. 00 3 1000 0241-71.

Resultando inexitosa a diligência, lavre-se termo de penhora sobre o percentual de 5% dos repasses de cartão de crédito percebidos pela executada, a serem recolhidos mensalmente em conta vinculada ao presente feito, ficando nomeado depositário o representante legal da devedora.

Embora penhorados os repasses financeiros, a FN pediu o reforço da penhora, inclusive sobre máquinas e equipamentos na sede da sociedade executada (e-STJ fl. 190 e fls. 1.116/1.118), o que foi feito (e-STJ fls. 424/426)

Consta dos autos que o oficial de justiça, posteriormente, compareceu ao Foro da Comarca de Bento Gonçalves e procedeu à penhora no rosto dos autos em diversos processos em que a ora recorrente é parte (e-STJ fls. 544/558).

A executada se insurgiu contra o ato, porquanto não haveria pedido nem ordem para a realização da penhora; todavia, o juízo da execução indeferiu o pedido, mantendo o ato construtivo sob o fundamento de que, *recebida a inicial e encontrando-se a execução sem a plena garantia, é consequência natural que se extrai do dispositivo legal acima reproduzido as diligências empreendidas pelo oficial de justiça para a localização e penhora de outros bens da executada, visando à integral satisfação do crédito, como no caso em análise* (e-STJ fl. 569).

Interposto o agravo de instrumento, o TRF da 4a. Região negou-lhe provimento. Vejamos, no que interessa, o que consignou e decidiu o Tribunal de origem (e-STJ fls. 30/31):

[...] é facultado ao Juiz determinar o reforço da penhora quando os bens já penhorados são insuficientes à garantia do Juízo. Neste sentido, colaciono jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

No caso dos autos, a dívida corresponde ao valor de R\$ 1.439.702,24, tendo sido penhorado 5% dos repasses de cartão de crédito da empresa, além de equipamentos. No entanto, ainda insuficientes os bens penhorados, não há óbice ao reforço da penhora.

Importa consignar que a penhora determinada de ofício é meio de ver efetivado o disposto no art. 7o., II, da Lei no. 6.830/1980. Isto porque o processo de execução fiscal, conquanto dependa de iniciativa da Fazenda Pública para ser instaurado, desenvolve-se por impulso oficial, prevalecendo o interesse do exeqüente, já que o julgador pode diligenciar no sentido da garantia e adimplemento do crédito tributário.

Nos aclaratórios, a ora recorrente pediu manifestação a respeito da inexistência de ordem judicial que determinasse o reforço da penhora, o que foi acolhido pelo órgão julgador, o qual esclareceu que, com o deferimento do prosseguimento do processo executivo, estaria permitida a realização da penhora (e-STJ fl. 47).

Do que se observa, não há violação do art. 535 do CPC/1973, porquanto o Tribunal de origem, de forma clara, coerente e fundamentada, pronunciou-se, expressamente, sobre a integração pedida pela então embargante.

Isso considerado, importa notar que a Corte de origem considera não ser necessário pedido expresso da exequente para que aconteça o reforço da penhora pelo oficial de justiça.

Nos termos do art. 7º. da Lei no. 6.830/1980, o despacho do juiz que defere a petição inicial da execução fiscal importa em sucessivas ordens ao oficial de justiça, dentre as quais a penhora ou o arresto de bens e/ou direitos, no caso de não pagamento do débito ou não garantida a execução.

Assim, deferida a petição da execução e citado o devedor, o ato de penhora independe do requerimento expresso do credor.

Por sua vez, o art. 15, II, da Lei no. 6.830/1980 estabelece que, *em qualquer fase do processo, será deferida pelo juiz à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.*

Em se tratando de reforço da penhora realizada para a oposição dos embargos do devedor, deve-se registrar que a Primeira Seção, no julgamento do REsp no. 1.127.815/SP, na sistemática dos recursos repetitivos, sedimentou que *não se deve obstar a admissibilidade ou apreciação dos embargos à execução pelo simples fato de que o valor do bem constrito é inferior ao valor exequendo, devendo o juiz proceder à intimação do devedor para reforçar a penhora, facultando-se ao ente fazendário requerer tanto a substituição dos bens penhorados quanto o reforço da penhora para a satisfação de seus créditos, nos termos do art. 15, II, da LEF.*

Nessa hipótese, o magistrado intima o devedor para que este providencie o reforço da garantia, conforme disposições do art. 9º. da Lei no. 6.830/1980, sem prejuízo da faculdade do credor-exequente de também requerer o reforço, mormente porque, à luz do § 2º. do art. 40 da Lei de Execução Fiscal – LEF, cabe à exequente as diligências à procura do patrimônio do devedor.

Deve-se aplicar o mesmo procedimento à hipótese em exame.

Penhorados bens e direitos e constatada pelo magistrado a insuficiência da garantia, deve-se intimar o devedor para que proceda ao reforço da penhora, oportunizando-lhe a indicação de bens/direitos necessários a essa finalidade, à luz dos arts. 9º. e 11 da LEF, sem prejuízo, contudo, da faculdade de o exequente requerer o reforço da garantia e

apontar, por conta própria, os meios pelos quais será realizado (Bacen Jud, penhora de bem imóvel etc).

A propósito, a Primeira Turma teve a oportunidade de manifestar-se sobre o tema, decidindo pela impossibilidade de o magistrado determinar, de ofício, o reforço da penhora. Vide:

Processual Civil. Execução fiscal. Bens penhorados. Ausência de oposição pela credora. Reforço de ofício pelo juiz. Impossibilidade.

1. É consectário do princípio dispositivo que no Processo Civil as atividades que o juiz pode engendrar ex officio não inibe a iniciativa da parte, de requerê-la, não sendo verdadeira a recíproca. Em consequência, por influxo do princípio dispositivo, nas atividades que exigem a iniciativa da parte, o juiz não pode agir sem provocação.

2. Consectariamente, é defeso ao juiz determinar de ofício o reforço da penhora, realizada validamente no executivo fiscal, a teor dos artigos 15, II, da LEF e 667 e 685 do CPC.

3. Recurso improvido.

(REsp no. 475.693/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25.2.2003, DJ 24.3.2003, p. 160).

Nessa linha, se o reforço da penhora depende do requerimento da Fazenda exequente, não pode o oficial de justiça, sem a correspondente ordem judicial, proceder à penhora no rosto de autos de processos em trâmite na Justiça estadual com o fim de reforçar a garantia do juízo da execução.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para anular os atos de penhora realizados no rosto dos autos em tramitação na Justiça estadual, sem prejuízo de que o juízo da execução proceda a oitiva das partes a respeito da necessidade do reforço da garantia.

É como voto.

Recorrente: Fazenda Nacional
Recorrido: Caio Marcelo Debossan
Advogados: Nelson Antonio Reis Simas Junior
Douglas Heidrich

EMENTA

Administrativo e Tributário. Recurso especial. Ação anulatória. Arrolamento de bens e direitos. Artigo 64 da Lei no. 9.532/1997. Alienação de bem imóvel arrolado. Anulação dos efeitos do ato de arrolamento.

1. Recurso especial no qual se discute a permanência da averbação do ato de arrolamento de bem imóvel no registro de imóveis após a alienação pelo devedor tributário.

2. O bem imóvel regularmente adquirido do devedor tributário não mais pode constar de arrolamento administrativo, razão pela qual devem ser anulados seus efeitos, pois não mais poderá servir de garantia à satisfação do crédito tributário.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1a. Região) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL contra acórdão do TRF da 4a. Região, cuaj ementa é a seguinte:

Tributário. Mandado de segurança. Arrolamento administrativo de bens. Lei no. 9.532/1997. Alienação de bem gravado. Manutenção do arrolamento mesmo após transferência. Inviabilidade.

1. O arrolamento administrativo de bens tem como único escopo possibilitar ao Fisco o acompanhamento da evolução patrimonial do contribuinte, bem assim o monitoramento das alterações desse patrimônio, a fim de averiguar se ele está se desfazendo de seus bens como forma de elidir o pagamento da dívida, hipótese em que deverão ser adotadas medidas cabíveis.

2. Em momento algum, é imposto gravame sobre os bens arrolados que deva acompanhá-los em sucessivas transferências de domínio. Não há qualquer restrição à sua utilização, oneração ou alienação, podendo o proprietário deles dispor livremente, desde que dê ciência ao Fisco da respectiva movimentação. O descumprimento da formalidade de comunicação prevista no § 3o. do art. 64, da Lei no. 9.532/1997, autoriza o Fisco a requerer medida cautelar fiscal, a teor do seu § 4o., e há possibilidade de indicação dos bens arrolados como garantia em eventual execução fiscal.

3. A pretensão de manutenção da anotação restritiva, mesmo após a transferência do bem, a fim de resguardar os interesses do Fisco e de terceiros, não encontra respaldo legal. A Lei prevê expressamente que o arrolamento não implica restrição ao direito de propriedade, inexistindo impedimento legal à venda, de forma que não há como subsistir o registro da restrição, em prejuízo ao terceiro adquirente.

A recorrente alega violação do art. 535 do CPC e do art. 64 da Lei no. 9.532/1997, por entender que a averbação do ato de arrolamento no registro de imóveis deve permanecer mesmo quando o imóvel for alienado pelo devedor.

Contrarrazões às fls. 325 e seguintes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Constatado que a Corte de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

O artigo 64 da Lei no. 9.532/1997 dispõe que *a autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido.*

Observa-se que o arrolamento administrativo é espécie de inventário de bens que oportuniza eventual constituição de garantia para o adimplemento do crédito tributário caso este não seja pago pelo sujeito passivo e, via de regra, refere-se somente aos bens do próprio devedor tributário.

À míngua de previsão legal, não há dúvidas de que a averbação do arrolamento no registro de imóveis não impede a regular negociação do bem, conclusão, inclusive, que se extrai do § 4o. do art. 64 da Lei no. 9.532/1997.

Na hipótese de o devedor tributário conseguir vender o bem imóvel arrolado, a única consequência é a obrigação de comunicação da operação ao órgão fazendário, o qual, a depender da situação fático-jurídica, tem a prerrogativa de requerer a medida cautelar fiscal, caso preenchidos os requisitos legais.

Assim, o bem imóvel regularmente adquirido do devedor tributário não mais pode constar de arrolamento administrativo, razão pela qual devem ser anulados seus efeitos, pois não mais poderá servir de garantia à satisfação do crédito tributário. Ressalva-se a possibilidade de hipóteses em que é possível presumir a realização de alguma espécie de fraude por parte do devedor tributário, como se extrai do art. 2o., incisos V e VII, da Lei no. 8.397/1992 e dos artigos 185 e art. 185-A do CTN.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.