



---

**Segunda Turma**



---

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.161.709-SP (2009/0200996-9)**

---

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Agravante: Expresso Cristália Ltda.

Advogado: Adriana Zanni Ferreira e outro(s)

Agravado: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

---

**EMENTA**

Agravo regimental em agravo regimental em recurso especial. Honorários advocatícios. Cabimento. Renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação. Adesão ao Refis. Precedentes. Agravo improvido.

– A verba honorária é efetivamente devida em casos de extinção da ação proposta pela empresa contribuinte contra o Fisco. Inteligência do art. 26 do CPC.

– A adoção ao Refis é uma faculdade dada à pessoa jurídica pelo Fisco, assim, ao optar pelo programa, deve sujeitar-se às suas regras – a confissão do débito e a desistência da ação, com a conseqüente responsabilidade pelo pagamento da verba advocatícia.

– A Corte Especial, no julgamento do AgRg nos EDcl nos EDcl no RE nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.009.559, da relatoria do Ministro Ari Pargendler, fixou a tese de que o artigo 6º, § 1º, da Lei n. 11.941 de 2009 somente dispensou dos honorários advocatícios o sujeito passivo que desistir de ação judicial em que requeira “o restabelecimento de sua opção ou a sua reinclusão em outros parcelamentos”.

Agravo regimental improvido.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda 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 Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

---

DJe 04.02.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Cuida-se de agravo regimental interposto pela Fazenda Nacional contra decisão exarada pela Ministra Eliana Calmon que, homologando pedido de renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, condenou a Empresa Contribuinte em honorários advocatícios consoante fixado pela Instância de origem, nestes termos:

Trata-se de agravo regimental interposto pela **Fazenda Nacional**, contra decisão que homologou o pedido de renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, nos termos do art. 269, V, do CPC.

Alega a agravante que a decisão merece ser reformada no que tange à condenação da parte contrária ao pagamento de honorários advocatícios, devidos em razão da aplicação do princípio da causalidade.

Argumenta que na Lei n. 11.941/2009 há previsão de dispensa de honorários advocatícios em razão da extinção da demanda, porém quando esta trata de restabelecimento da opção de parcelamento ou de reinclusão em outros parcelamentos, consoante o disposto no artigo 6º, do referido diploma legal.

### **Decido:**

Na base fática, temos ação ordinária que busca a anulação de débito fiscal relativo à autuação promovida pela SRF, tendo em vista a ausência de correção monetária dos valores extracontábeis relativos ao lucro inflacionário existente em 31.12.1989.

A autora desistiu integralmente da presente ação (fls. 263-265), renunciando às alegações de direito que tenha aduzido, segundo alegou, em atendimento às condições para adesão ao parcelamento de débito tributário, consoante previsto na Medida Provisória n. 449/2008.

O pedido foi homologado e extinto o processo (fl. 267), não tendo a decisão tratado expressamente da fixação dos honorários, daí a oposição do presente agravo regimental.

Incide à espécie o art. 26 do Código de Processo Civil, respondendo pelos honorários a parte que desistiu da ação. A previsão de dispensa dos honorários contida no § 1º, do artigo 6º da Lei n. 11.941/2009 é expressa para os casos em que o sujeito passivo requer o restabelecimento de sua opção ou a reinclusão em outros parcelamentos, do que não trata o caso em tela.

Com essas considerações, nos termos do art. 259 do RISTJ c.c. art. 557 do CPC, **reconsidero o decisum** para **dar provimento ao agravo regimental** e condenar a autora nos honorários advocatícios fixados na origem.

Intimem-se.

Alega a ora agravante que a decisão impugnada merece reforma. Sustenta, em síntese, que não é cabível a fixação de honorários, sob pena de ignorar o contexto histórico e contrariar o propósito para qual a lei de recuperação fiscal foi editada. Acrescenta que a dispensa de honorários representa um benefício processual e não fiscal propriamente dito, podendo o julgador a partir de uma interpretação histórica e teleológica de normas, afastar referido ônus do contribuinte.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Não obstante as razões regimentais da agravante, a irresignação não prospera, devendo o *decisum* recorrido ser mantido por seus próprios fundamentos.

É pacífico nesta Corte o entendimento segundo o qual a verba honorária, em casos como os dos autos, é efetivamente devida, em face do disposto no artigo 26 do Código de Processo Civil. É que a adoção ao Refis é uma faculdade dada à pessoa jurídica pelo Fisco, assim, ao optar pelo programa, deve sujeitar-se às suas regras – a confissão do débito e a desistência da ação, com a conseqüente responsabilidade pelo pagamento da verba advocatícia.

Acrescento que a Corte Especial, no julgamento do AgRg nos EDcl nos EDcl no RE nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.009.559, da relatoria do Ministro Ari Pargendler, fixou a tese de que o artigo 6º, § 1º, da Lei n. 11.941 de 2009 somente dispensou dos honorários advocatícios o sujeito passivo que desistir de ação judicial em que requeira “o restabelecimento de sua opção ou a sua reinclusão em outros parcelamentos”.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes julgados:

Execução fiscal. Adesão ao programa de parcelamento. Reconhecimento do débito. Extinção dos embargos do devedor. Honorários advocatícios. Cabimento.

1. O pagamento de honorários advocatícios na Execução Fiscal não exclui a condenação na verba honorária devida nos Embargos do Devedor, que constitui ação autônoma. Precedentes do STJ.

2. A adesão a programa especial de parcelamento representa confissão do débito. Nesses casos, a extinção dos Embargos do Devedor, decorrente do pagamento dentro do programa, implica condenação em honorários advocatícios. Precedentes do STJ.

3. Hipótese em que a empresa aderiu ao Refis estadual e pagou o débito em cobrança na Execução Fiscal, acrescido dos honorários devidos naquela ação. Os Embargos foram extintos em decorrência do pagamento do débito, com a condenação em honorários.

4. O Tribunal *a quo* julgou que a adesão ao Refis configura transação e atrai a aplicação do art. 26, § 2º, do CPC, afastando a verba honorária. Entendimento que destoava da jurisprudência do STJ e, portanto, merece reforma. Precedentes do STJ.

5. Agravo Regimental não provido (AgRg no Ag n. 1.292.805-MS, relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 1º.07.2010).

Processo Civil. Desistência. Adesão ao Refis. Pagamento de honorários advocatícios. Precedente da Corte Especial.

1. A Corte Especial, na assentada de 25 de fevereiro de 2010, firmou o entendimento de que o art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.941, de 2009, só dispensou dos honorários advocatícios o sujeito passivo que desistir de ação judicial em que requeira “o restabelecimento de sua opção ou a sua reinclusão em outros parcelamentos”.

2. Nas demais hipóteses, à míngua de disposição legal em sentido contrário, aplica-se o art. 26, *caput*, do Código de Processo Civil, que determina o pagamento dos honorários advocatícios pela parte que desistiu do feito.

Agravo regimental provido (AgRg no AgRg no Ag n. 1.184.979-RS, relator Ministro Humberto Martins, DJe de 21.06.2010).

Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Programa de parcelamento de créditos tributários - Refis. Inclusão. Desistência da ação. Condenação em honorários. Agravo improvido.

1. “O artigo 6º, § 1º, da Lei n. 11.941, de 2009, só dispensou dos honorários advocatícios o sujeito passivo que desistir de ação judicial em que requeira ‘o restabelecimento de sua opção ou a sua reinclusão em outros parcelamentos’. Nas demais hipóteses, à míngua de disposição legal em sentido contrário, aplica-se o artigo 26, *caput*, do Código de Processo Civil, que determina o pagamento dos honorários advocatícios pela parte que desistiu do feito. Agravo regimental não provido.” (AgRg EDcl EDcl RE EDcl AgRg REsp n. 1.009.559-SP, Relator Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, *in* DJe 08.03.2010).

2. Não há dispensa dos honorários advocatícios em razão da extinção da ação proposta pelo contribuinte contra o Fisco, quando se visa à “adesão da empresa ao programa do Refis”, nos termos da Lei n. 11.941/2009.

3. Agravo regimental improvido (AgRg na Desis no REsp n. 1.128.942-RS, relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 07.05.2010).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 973.989-PR (2007/0186140-0)**

---

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Agravante: Tuca Bairros Indústria de Bebidas Ltda.

Advogado: Eros Santos Carrilho e outro(s)

Agravado: Fazenda Nacional

Procuradores: Berenice Ferreira Lamb e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho

---

**EMENTA**

Agravo regimental. Recurso especial. Crédito-prêmio. IPI. Produtor-vendedor. DL n. 491/1969, DL n. 1.248/1972, DL n. 1.894/1981 e Lei n. 8.402/1992.

– O § 1º do art. 1º da Lei n. 8.402/1992, ao restabelecer “a garantia de concessão dos incentivos fiscais à exportação de que trata o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.248, de 29 de novembro de 1972, ao produtor-vendedor que efetue vendas de mercadorias à empresa comercial exportadora, para o fim específico de exportação”, o fez considerando a última redação, decorrente da modificação imposta pelo Decreto-Lei n. 1.894/1981. Isto é, foram restabelecidos os incentivos fiscais, *excluído o crédito-prêmio para os produtores-vendedores desde 1981*.

– Tendo em vista que o crédito-prêmio criado pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 491/1969, na linha da jurisprudência da Corte, deixou

de existir em 04.10.1990 por força do art. 41, *caput* e § 1º, do ADCT, o restabelecimento, pelo § 1º do art. 1º da Lei n. 8.402/1992, dos “benefícios fiscais concedidos por lei para incentivo à exportação” (art. 3º do Decreto-Lei n. 1.248/1972), não poderia mesmo ensejar a volta do crédito-prêmio.

– Caso em que, seja considerando como data da extinção do crédito-prêmio 04.10.1990 (art. 41, *caput* e § 1º, do ADCT) seja considerando a data da revogação do benefício quanto aos produtores-vendedores, ocorrida em 17.12.1981 (publicação do Decreto-Lei n. 1.894, de 16.12.1981), ocorreu a prescrição, tendo em vista que a ação foi ajuizada apenas em 2003.

Agravo regimental improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda 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 Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

---

DJe 10.02.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Agravo regimental interposto por Tucabairros Indústria de Bebidas Ltda. contra a decisão de fls. 549-553, da em. Ministra Eliana Calmon, com o seguinte teor:

Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª assim ementado:



Tributário. IPI. "Crédito-prêmio". Art. 1º do Decreto-Lei n. 491/1969. Extinção em 30 de junho de 1983. Precedentes. Produtor-vendedor. Vedação expressa. Resolução n. 71/05 do Senado Federal.

1. O Decreto-Lei n. 491/1969 instituiu incentivo fiscal destinado às empresas fabricantes consistente no deferimento de créditos tributários decorrentes de vendas para o exterior como ressarcimento de tributos pagos internamente. O marco final do incentivo fiscal consistente nesse "crédito-prêmio" foi estabelecido na legislação de regência em 30 de junho de 1983.

2. O Decreto-Lei n. 1.894/1981 não reinstituiu o "crédito-prêmio" sem previsão de data de extinção, mas apenas redirecionou o incentivo para outros grupos econômicos. Por sua vez, a Lei n. 8.402/1992 também não restabeleceu o "crédito-prêmio", posto que este incentivo não consta do rol de benefícios expressamente indicados no texto legal.

3. Assim, o "crédito-prêmio" do IPI previsto no artigo 1º do Decreto-Lei n. 491/1969 só teve aplicação até 30.06.1983.

4. Precedentes desta Corte e do e. STJ.

5. A remissão feita pelo art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.402/1992 ao art. 3º do Decreto-Lei n. 1.248/1972, já encontrou a nova redação imprimida ao referido dispositivo pelo Decreto-Lei n. 1.894/1981, que expressamente vedou o aproveitamento, pelo produtor-vendedor, do benefício fiscal previsto no malsinado Decreto-Lei n. 491/1969.

6. A edição da Resolução n. 71/05, do Senado Federal, não anula ou se sobrepõe ao poder de o Judiciário interpretar a lei, sem olvidar de sua abrangência limitada aos DDLL n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, sendo certo que o Decreto-Lei n. 1.658/1979, que não teve seus efeitos suspensos, foi que determinou a extinção do benefício.

7. Apelo desprovido (fl. 423).

Opostos embargos declaratórios, restaram parcialmente providos para efeito de prequestionamento, nos seguintes termos:

Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Prequestionamento. Possibilidade.

1. O acórdão não incorreu em omissão ante o adequado enfrentamento das questões postas em discussão.

2. Os embargos declaratórios não se prestam para rediscutir o julgado, sendo cabível caráter infringente somente em situações excepcionais, o que não é o caso dos autos.

3. Cabíveis embargos de declaração para efeito de prequestionamento, em vista do disposto nas Súmulas n. 282 e 356 do STF e n. 98 e 211 do STJ.

4. Embargos de declaração parcialmente providos para efeito de prequestionamento (fl. 432).

Inconformada, a empresa *Tuca Bairros Indústria de Bebidas Ltda.* aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 1º, § 1º, da Lei n. 8.402/1992, 3º do DL n. 1.248/1972 c.c. o 1º do DL n. 491/1969, 2º, §§ 1º e 3º, da LICC e da Resolução n. 71/2005 do Senado Federal. Sustenta, em síntese, que:

a) cuida-se de exportação indireta, que era regida pelo DL n. 1.248/1972, cujo art. 3º foi expressamente repristinado pelo art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.402/1992;

b) diante dessa repristinação em 1992, a discussão sobre os Decretos-Leis n. 1.658/1979 e n. 1.894/1981 ficou prejudicada, na medida em que o fato de se “entender que o crédito prêmio do IPI teria sido extinto em junho de 1983 – do que se cogita apenas para argumentar – não é obstáculo para que, especificamente em relação às exportações indiretas, fosse repristinado em 1992 pela Lei n. 8.402/1992”;

c) segundo o instituto da repristinação (art. 2º, §§ 1º e 3º, da LICC), a lei revogada não se restabelecerá com a revogação da lei revogadora, salvo se houver disposição expressa de nova lei – o que ocorreu no presente caso;

d) negar referida repristinação seria negar vigência ao art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.402/1992, que somente poderia deixar de ser aplicado se declarado inconstitucional;

e) as operações de que trata o art. 1º do DL n. 1.248/1972 são justamente as vendas de mercadorias a empresas comerciais exportadoras. Dentre os benefícios vigentes nessa época estava o crédito-prêmio do IPI. Defende que na mesma linha de argumentação do acórdão recorrido, “o crédito-prêmio teria sido extinto apenas em junho de 1983, o que significa que estava em vigor em 1972, quando editado o DL n. 1.248/1972, ora repristinado”;

f) com o advento desse decreto-lei, o benefício fiscal foi conferido ao vendedor, ou seja, o recorrente. Anteriormente, era dirigido às empresas comerciais exportadoras;

g) o entendimento de que o art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.402/1992 teria encontrado a nova redação imprimida ao art. 3º do DL n. 1.248/1972 pelo art. 3º do DL n. 1.894/1981 não é argumento hábil para negar ou afastar a repristinação;

h) “ao repristinar o art. 3º do DL n. 1.248/1972, ao invés do art. 2º do DL n. 1.894/1981, a *ratio* do art. 1º § 1º da Lei n. 8.402/1992 foi justamente a de restabelecer a redação primitiva do art. 3º do DL n. 1.248/1972 assegurando assim ao produtor vendedor o crédito prêmio do IPI, e não à comercial exportadora”;

i) é inaplicável o DL n. 1.658/1979, para concluir pela extinção do benefício fiscal em 1983, à vista da inconstitucionalidade do DL n. 1.724/1979, que expressamente se reportava aos DL n. 1.658/1979 e n. 1.722/1979;

j) o art. 1º do DL n. 1.722/1979 alterou a escala de redução gradual prevista no art. 1º do DL n. 1.658/1979 e excluiu a previsão legal para extinção do benefício fiscal em 30.06.1983. Assim, conclui que após a edição do DL n. 1.722/1979 não havia mais previsão legal para extinção do referido benefício;

l) a Resolução n. 71/2005 “é o reconhecimento do próprio Poder Legislativo de que o crédito prêmio do IPI encontra-se em vigor e assiste direito a todos os exportadores, em face da extensão dos efeitos das decisões do STF(...)”.

Pede seja provido o especial, para assegurar-lhe o direito ao crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL n. 491/1969, nas exportações indiretas, por força do art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.402/1992, que expressamente ripristinou o art. 3º do DL n. 1.248/1972, com correção monetária e Taxa Selic.

Em relação ao dissídio jurisprudencial, colaciona acórdãos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Após as contra-razões, inadmitido o especial, subiram os autos por força do AG n. 894.685-PR.

É o relatório.

Preliminarmente, incabível, em sede de recurso especial, a análise de negativa de vigência a resolução do Senado Federal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Administrativo e Processual Civil. Trânsito. Substituição de motor à gasolina por motor a diesel. Registro e licenciamento do veículo. Art. 98 do CTB. Falta de prequestionamento.

1. Não se conhece do recurso especial se a matéria suscitada – ofensa ao art. 98 do CTB – não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, em virtude da falta do requisito do prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356-STF.

2. Resoluções e portarias, ainda que tenham caráter normativo, não se adaptam ao requisito de lei federal para fins de análise em recurso especial.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1.013.386-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20.05.2008, DJe 04.06.2008).

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental no agravo regimental no agravo de instrumento. Contrato de telefonia. Demanda entre o usuário e a concessionária de serviço público. Anatel. Ilegitimidade passiva. Detalhamento das contas, com a exata descrição das ligações locais. Análise de suposta ofensa a dispositivo de resolução. Não-enquadramento no conceito de “lei federal”. Divergência jurisprudencial não-demonstrada.

1. Inexiste interesse jurídico da Anatel capaz de justificar a sua presença no pólo passivo das ações ajuizadas apenas contra as empresas concessionárias de telefonia, nas quais se pretende ver declarada a necessidade de discriminação detalhada das ligações locais que excedem a franquia mensal.

2. O recurso especial não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a resoluções, portarias ou instruções normativas, por não estarem tais atos normativos compreendidos na expressão “lei federal”, constante da alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

3. Para a demonstração do dissídio jurisprudencial não basta a simples transcrição de ementas, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

4. Ademais, o conhecimento do recurso especial fundado na alínea **c** do permissivo constitucional pressupõe a indicação do dispositivo de lei federal interpretado de modo divergente por outro Tribunal.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no Ag n. 1.012.536-AM, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 05.08.2008, DJe 20.08.2008).

Ultrapassado esse ponto, no julgamento do

Processual Civil. Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Pedido de desistência. Indeferimento. Violação ao art. 535, do CPC. Inocorrência. Alínea **c**. Ausência de demonstração de dissídio. IPI. Crédito-prêmio. Decreto-Lei n. 491/1969 (art. 1º). Vigência. Prazo. Extinção. Prescrição.

1. É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c.c. Resolução n. 8/2008 do STJ. Precedente: QO no REsp n. 1.063.343-RS, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17.12.2008.

2. O Poder Judiciário não está obrigado a se manifestar expressamente a respeito de todas as teses jurídicas trazidas pelas partes para a solução de um determinado caso concreto. Basta a existência de fundamentação apta e razoável a fazê-lo no decisório, havendo que ser consideradas rechaçadas as demais teses levantadas e não acolhidas. Ausente a violação ao art. 535, do CPC.

3. A mera colagem de ementas não supre a demonstração do dissídio a que se refere a alínea **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988. Nas razões de recurso especial, a alegada divergência deverá ser demonstrada nos moldes exigidos pelo artigo 255 e parágrafos do RI-

STJ. Precedentes: AEREsp n. 337.883-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ de 22.03.2004, REsp n. 466.526-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 25.08.2003 e AgREsp n. 493.456-RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 23.06.2003.

4. Relativamente ao prazo de vigência do estímulo fiscal previsto no art. 1º do DL n. 491/1969 (crédito-prêmio de IPI), três orientações foram defendidas na Seção. A primeira, no sentido de que o referido benefício foi extinto em 30.06.1983, por força do art. 1º do Decreto-Lei n. 1.658/1979, modificado pelo Decreto-Lei n. 1.722/1979.

Entendeu-se que tal dispositivo, que estabeleceu prazo para a extinção do benefício, não foi revogado por norma posterior e nem foi atingido pela declaração de inconstitucionalidade, reconhecida pelo STF, do art. 1º do DL n. 1.724/1979 e do art. 3º do DL n. 1.894/1981, na parte em que conferiram ao Ministro da Fazenda poderes para alterar as condições e o prazo de vigência do incentivo fiscal.

5. A segunda orientação sustenta que o art. 1º do DL n. 491/1969 continua em vigor, subsistindo incólume o benefício fiscal nele previsto.

Entendeu-se que tal incentivo, previsto para ser extinto em 30.06.1983, foi restaurado sem prazo determinado pelo DL n. 1.894/1981, e que, por não se caracterizar como incentivo de natureza setorial, não foi atingido pela norma de extinção do art. 41, § 1º do ADCT.

6. A terceira orientação é no sentido de que o benefício fiscal foi extinto em 04.10.1990, por força do art. 41 e § 1º do ADCT, segundo os quais “os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis”, sendo que “considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos fiscais que não forem confirmados por lei”. Entendeu-se que a Lei n. 8.402/1992, destinada a restabelecer incentivos fiscais, confirmou, entre vários outros, o benefício do art. 5º do Decreto-Lei n. 491/1969, mas não o do seu artigo 1º. Assim, tratando-se de incentivo de natureza setorial (já que beneficia apenas o setor exportador e apenas determinados produtos de exportação) e não tendo sido confirmado por lei, o crédito-prêmio em questão extinguiu-se no prazo previsto no ADCT.

7. Prevalência do entendimento no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL n. 491/1969, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.1990. Precedente no STF com repercussão geral: RE n. 577.348-5-RS, Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13.08.2009. Precedentes no STJ: REsp n. 652.379-RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 08 de março de 2006; EREsp n. 396.836-RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. para

o acórdão Min. Castro Meira, julgado em 08 de março de 2006; EREsp n. 738.689-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 27 de junho de 2007.

8. O prazo prescricional das ações que visam ao recebimento do crédito-prêmio do IPI, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, é de cinco anos. Precedentes: EREsp n. 670.122-PR Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 10 de setembro de 2008; AgRg nos EREsp n. 1.039.822-MG, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 24 de setembro de 2008.

9. No caso concreto, tenho que o mandado de segurança foi impetrado em 06 de junho de 2005, portanto, decorridos mais de cinco anos entre a data da extinção do benefício (05 de outubro de 1990) e a data do ajuizamento do *writ*, encontram-se prescritos eventuais créditos de titularidade da recorrente.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp n. 1.129.971-BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 24.02.2010, DJe 10.03.2010).

Adequando o julgado à jurisprudência do STJ, verifico que os créditos foram irremediavelmente atingidos pela prescrição, considerando a extinção do benefício após 04.10.1990 e que a demanda foi ajuizada somente em 28.05.2003.

Com essas considerações, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.

Acolhi os embargos de declaração para, sanando defeito material na decisão ora agravada, “esclarecer que onde se lê ‘Ultrapassado esse ponto, no julgamento do’ (fl. 551), leia-se ‘Ultrapassado esse ponto, no julgamento do recurso especial representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC), assim decidiu a Primeira Seção’” (fl. 577). O resultado do julgamento do recurso especial foi mantido, portanto.

Alega a agravante que “o caso concreto revela peculiaridade que o distancia da decisão da 1ª Seção do REsp n. 1.129.971-BA. É que, na espécie, trata-se de exportação indireta, ou seja, vendas realizadas pelo produtor, ora Agravante, a empresa comercial exportadora. Essa operação é regida especificamente – regra jurídica específica – pelo art. 3º do DL n. 1.248/1972, que foi expressamente reprimido pelo art. 1º, § 1º da Lei n. 8.402/1992” (fls. 581-582). Este foi o motivo pelo qual “se apontou no Resp violação, dentre outros preceitos legais,

do art. 2º, §§ 1º e 3º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), segundo o qual há repristinação da lei revogada no caso de remissão expressa da lei nova, como se verificou na espécie, com o art. 1º, § 1º da Lei n. 8.402/1992” (fl. 582). Reitera as razões do recurso especial (cf. fls. 582-586).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): O agravo regimental não merece ser acolhido, devendo ser mantido o reconhecimento da prescrição.

A tese da agravante quanto à repristinação do Decreto-Lei n. 1.248/1972, a propósito, foi bem repelida assim pelo acórdão do Tribunal de origem:

A remissão feita pelo art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.402/1992 ao art. 3º do Decreto-Lei n. 1.248/1972, já encontrou a nova redação imprimida ao referido dispositivo pelo Decreto-Lei n. 1.894/1981, que expressamente vedou o aproveitamento, pelo produtor-vendedor, do benefício fiscal previsto no malsinado Decreto-Lei n. 491/1969. Logo, não há falar em repristinação, consoante pretende a ora recorrente, mesmo porque a redação primitiva daquele DL já fora derogada e já não produzia efeitos, até em nome da segurança jurídica (fl. 420v).

De fato, a redação originária do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.248/1972, assim dispunha:

*“Art. 3º - São assegurados ao produtor-vendedor, nas operações de que trata o artigo 1º deste Decreto-Lei, os benefícios fiscais concedidos por lei para incentivo à exportação” [“Art. 1º - As operações decorrentes de compra de mercadorias no mercado interno, quando realizadas por empresa comercial exportadora, para o fim específico de exportação, terão o tratamento tributário previsto neste Decreto-Lei”].*

Ocorre que o Decreto-Lei n. 1.894/1981, modificou a redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.248/1972, excluindo em relação ao “produtor-vendedor” o crédito-prêmio previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 491/1969. Eis a redação que passou a vigorar em 1981:

*Art. 3º - São assegurados ao produtor-vendedor, nas operações de que trata o artigo 1º deste Decreto-lei, os benefícios fiscais concedidos por lei para incentivo à exportação, à exceção do previsto no artigo 1º do Decreto-Lei n. 491, de 05 de março de 1969, ao qual fará jus apenas a empresa comercial exportadora (grifo meu).*

Efetivamente, portanto, o § 1º do art. 1º da Lei n. 8.402/1992, ao restabelecer “a garantia de concessão dos incentivos fiscais à exportação de que trata o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.248, de 29 de novembro de 1972, ao produtor-vendedor que efetue vendas de mercadorias à empresa comercial exportadora, para o fim específico de exportação”, o fez considerando a última redação, decorrente da modificação imposta pelo Decreto-Lei n. 1.894/1981. Isto é, foram restabelecidos os incentivos fiscais, *excluído o crédito-prêmio para os produtores-vendedores desde 1981*.

A propósito, a modificação do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.248/1972 pelo Decreto-Lei n. 1.984/1981 foi expressamente anotada pelo em. Ministro Humberto Martins, sob um enfoque histórico, no voto vista que proferiu no julgamento do EREsp n. 738.689-PR (publicado em 22.10.2007, Primeira Seção, da relatoria do em. Ministro Teori Albino Zavascki), assim:

*As empresas exportadoras, muito antes do Decreto-Lei n. 1.894/1981, já estavam contempladas com o crédito-prêmio de IPI. Na verdade, tanto o **fabricante e exportador** (Decreto-Lei n. 491/1969), quanto o **produtor-vendedor** que remetia suas mercadorias ao exterior por meio de comerciais exportadoras (Decreto-Lei n. 1.248, de 29.11.1972), e ainda, a própria comercial exportadora (Decreto-Lei n. 1.456, de 07.04.1976), faziam jus ao incentivo quando da edição do Decreto-Lei n. 1.894/1981.*

Assim, o prazo fatal de extinção do crédito-prêmio IPI, previsto no Decreto-Lei n. 1.658/1979, com as alterações do Decreto-Lei n. 1.722/1979, que estabeleceu a extinção gradativa do benefício *na sua integralidade* com data-limite fixada em 30.06.1983, abarcaria todos os destinatários do incentivo, ou seja, as empresas exportadoras (inclusive comerciais exportadoras) e o *produtor-vendedor*.

Ocorre, porém, que antes que normas do Decreto-Lei n. 1.658/1979 tivessem alguma aplicação prática, foi editado o Decreto-Lei n. 1.894/1981, que embora tenha mantido a delegação de competência para o Ministro da Fazenda em seu art. 3º, de forma que também foram consideradas inconstitucionais as expressões “reduzí-los” e “suspendê-los ou extinguí-los” pelo STF, conferiu, em contrapartida, novo tratamento legal ao crédito-prêmio de IPI, em seus arts. 1º e 2º, revogando o prazo extintivo previsto no Decreto-Lei n. 1.658/1979, a teor do que prescreve o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil, *verbis*:

A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando com ela seja incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Isso porque, enquanto às empresas exportadoras não foi fixado prazo para a vigência temporal do estímulo financeiro, a qual se tomou indeterminada, os



*produtores-vendedores tiveram amesquinhado o seu direito ao gozo do crédito-prêmio com sua **exclusão antecipada** para 1981, pois restou alterada a cláusula geral de concessão de incentivos fiscais à exportação prevista, originalmente, no Decreto-Lei n. 1.248/1972. (grifo meu).*

Ademais, tendo em vista que o crédito-prêmio criado pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 491/1969, na linha da jurisprudência da Corte, deixou de existir em 04.10.1990 por força do art. 41, *caput* e § 1º, do ADCT, o restabelecimento, pelo § 1º do art. 1º da Lei n. 8.402/1992, dos “benefícios fiscais concedidos por lei para incentivo à exportação” (art. 3º do Decreto-Lei n. 1.248/1972), não poderia mesmo ensejar a volta do crédito-prêmio.

Concluindo, seja considerando como data da extinção do crédito-prêmio 04.10.1990 (art. 41, *caput* e § 1º, do ADCT), seja considerando a data da revogação do benefício quanto aos produtores-vendedores, ocorrida em 17.12.1981 (publicação do Decreto-Lei n. 1.894, de 16.12.1981), ocorreu a prescrição, tendo em vista que a ação foi ajuizada apenas em 2003.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 22.579-SE  
(2006/0189603-0)**

---

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Supermercados Izabella Ltda.

Advogado: Pablo Fernandes Araújo Hardman e outro(s)

Tribunal de Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Sergipe

Recorrido: Estado de Sergipe

Procurador: Conceição Maria Gomes Ehl Barbosa e outro(s)

---

**EMENTA**

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. Parcelamento. Norma estadual que veda a concessão

do benefício em relação a débito fiscal oriundo de auto de infração julgado procedente em decisão administrativa irrecurável, lavrado em decorrência de constatação de fraude, dolo ou má-fé. Inexistência de ilegalidade.

1. Considerando que a concessão de parcelamento sujeita-se à observância das condições estabelecidas em lei do respectivo ente tributante (art. 155-A do CTN) e, no âmbito do Estado de Sergipe, há vedação expressa em relação ao débito fiscal oriundo de auto de infração julgado procedente em decisão administrativa irrecurável, lavrado em decorrência de constatação de fraude, dolo ou má-fé (art. 9º, II, da Lei Estadual n. 5.666/2005), não há falar em direito líquido e certo no caso concreto - em que há decisão administrativa irrecurável que confirmou a ocorrência de emissão de notas fiscais que simulavam operações inexistentes. Assim, na hipótese, a não concessão do parcelamento funda-se em expressa previsão legal.

2. Ressalte-se que, nos termos do art. 154, parágrafo único, do CTN, “a moratória não aproveita aos casos de dolo, fraude ou simulação do sujeito passivo ou do terceiro em benefício daquele”, sendo que tal regra se aplica, por analogia, ao instituto do parcelamento, de modo que, “silente a legislação ordinária do ente tributante, vedase a inclusão em parcelamento tributário de créditos decorrentes de evasão fiscal” (REsp n. 1.068.041-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 08.10.2008).

3. Por outro lado, a vedação contida na legislação estadual não implica contrariedade ao princípio consagrado no art. 5º, LVII, da CF/1988, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sobretudo porque não se trata de aplicação de pena ou de restrição de direito, mas da impossibilidade de se conceder um benefício de natureza fiscal quando não preenchidos os requisitos previstos na lei que o estabelece.

4. Recurso ordinário não provido.



## ACÓRDÃO

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

de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

---

DJe 21.10.2010

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe cuja ementa é a seguinte:

Mandado de segurança. Tributário. ICMS. Parcelamento e redução da dívida. Débito oriundo de fraude. Impossibilidade legal. Precedentes. Denegação da segurança.

I - Segundo precedente deste Tribunal (Acórdão n. 0683/2006), “sendo o débito oriundo de fraude, e havendo vedação legal expressa da não inclusão do benefício quando o débito fiscal for oriundo de auto de infração julgado procedente em decisão administrativa irrecurável, vedada está a concessão da tutela antecipada diante da ausência dos seus requisitos”.

II - *Writ* indeferido.

A recorrente sustenta, em suma, que é ilegal e inconstitucional a norma contida na Lei Estadual n. 5.666/2005 que veda o parcelamento em relação a débitos oriundos de autos de infração “julgados procedentes em decisão administrativa irrecurável”, lavrados em “decorrência de constatação de fraude, dolo ou má fé” (fl. 121). Afirma que tal vedação viola o “princípio da presunção de inocência” (art. 5º, LVII, CF/1988).

O Estado de Sergipe, em suas contrarrazões, alega, em síntese, que a vedação prevista na legislação estadual não configura ofensa ao “princípio constitucional da presunção de inocência” (fl. 132).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de fls. 150-154, opina pelo não provimento do recurso, tendo em vista que não ficou caracterizado

o alegado direito líquido e certo, sendo que a vedação contida na legislação estadual não configura ofensa ao princípio da presunção de inocência.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): O recurso não merece prosperar.

Nos termos do art. 155-A do CTN (incluído pela LC n. 104/2001), “o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica”.

A Lei Estadual n. 5.666/2005 (do Estado de Sergipe) estabelece que não será concedido parcelamento em relação a débito fiscal oriundo de auto de infração julgado procedente em decisão administrativa irrecorrível, lavrado em decorrência de constatação de fraude, dolo ou má-fé.

No caso dos autos, o Fisco Estadual, ao autuar o impetrante (ora recorrente) entendeu que houve a prática de crime contra a ordem tributária, consistente na emissão de notas fiscais que simulavam operações inexistentes.

Assim, considerando que a concessão de parcelamento sujeita-se à observância das condições estabelecidas em lei do respectivo ente tributante (art. 155-A do CTN) e, no âmbito do Estado de Sergipe, há vedação expressa em relação ao débito fiscal oriundo de auto de infração julgado procedente em decisão administrativa irrecorrível, lavrado em decorrência de constatação de fraude, dolo ou má-fé (art. 9º, II, da Lei Estadual n. 5.666/2005), não há falar em direito líquido e certo no caso concreto - em que há decisão administrativa irrecorrível que confirmou a ocorrência de emissão de notas fiscais que simulavam operações inexistentes. Assim, na hipótese, a não concessão do parcelamento funda-se em expressa previsão legal.

Ressalte-se que, nos termos do art. 154, parágrafo único, do CTN, “a moratória não aproveita aos casos de dolo, fraude ou simulação do sujeito passivo ou do terceiro em benefício daquele”, sendo que tal regra se aplica, por analogia, ao instituto do parcelamento, de modo que “silente a legislação ordinária do ente tributante, veda-se a inclusão em parcelamento tributário de créditos decorrentes de evasão fiscal” (REsp n. 1.068.041-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 08.10.2008).

Por outro lado, a vedação contida na legislação estadual não implica contrariedade ao princípio consagrado no art. 5º, LVII, da CF/1988, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sobretudo porque não se trata de aplicação de pena ou da restrição de direito, mas da impossibilidade de se conceder um benefício de natureza fiscal quando não preenchidos os requisitos previstos na lei que o estabelece.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 904.131-RS (2006/0253822-0)**

---

Relatora: Ministra Eliana Calmon  
Relator para o acórdão: Ministro Herman Benjamin  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS  
Procurador: Mozart Leite de Oliveira Junior e outro(s)  
Recorrido: Indústria de Calçados Sinimbu Ltda.  
Advogado: Sem representação nos autos

---

**EMENTA**

Processual Civil. Execução fiscal contra empresa falida. Encerramento da ação de falência por insuficiência patrimonial. Redirecionamento. Nome dos co-responsáveis na CDA. Possibilidade.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem indeferiu o requerimento de suspensão do feito com base no art. 40 da Lei n. 6.830/1980, bem como o redirecionamento da Execução Fiscal contra os sócios cujo nome consta da CDA, ao fundamento de que o encerramento da Ação Falimentar, por inexistência de bens, torna regular a dissolução societária.

2. Não há violação do art. 40 da LEF, tendo em vista que a suspensão da Execução Fiscal somente ocorre quando não localizado o devedor ou bens passíveis de constrição. Na situação em análise, o

devedor foi encontrado (a massa falida é representada pelo síndico) e verificou-se ausência de bens.

3. A inaplicabilidade do dispositivo acima citado, contudo, não implica autorização para imediata extinção da Execução Fiscal quando o nome do(s) sócio(s) estiver na CDA.

4. A questão da co-responsabilidade pelo pagamento da dívida ativa da Fazenda Pública é matéria estranha à competência do juízo falimentar, razão pela qual a sentença que decreta a extinção da falência, por não haver patrimônio apto para quitação do passivo, não constitui, por si só, justa causa para o indeferimento do pedido de redirecionamento, ou para a extinção da Execução Fiscal.

5. Conseqüentemente, o redirecionamento deve ser solucionado de acordo com a interpretação conferida pelo STJ: a) se o nome dos co-responsáveis não estiver incluído na CDA, cabe ao ente público credor a prova da ocorrência de uma das hipóteses listadas no art. 135 do CTN; b) constando o nome na CDA, prevalece a presunção de legitimidade de que esta goza, invertendo-se o ônus probatório (orientação reafirmada no julgamento do REsp n. 1.104.900-ES, sob o rito dos recursos repetitivos).

6. Recurso Especial provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-desempate do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, e da retificação dos votos dos Srs. Ministros Herman Benjamin e Humberto Martins, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, que lavrará o acordão, com a ressalva do ponto de vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques. Vencida a Sra. Ministra Eliana Calmon.” Votaram com o Sr. Ministro Herman Benjamin os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

---

DJe 15.10.2010

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: - Trata-se de recurso especial interposto com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 4ª Região, cuja ementa é a seguinte:

Processual Civil. Execução fiscal. Extinção. Encerramento da falência. Redirecionamento. Ausência de responsabilidade dos sócios. Art. 13 da Lei n. 8.620/1993. Inconstitucionalidade. Renúncia ou extinção do crédito não configurada.

1. A suspensão da execução fiscal, sem baixa na distribuição, é medida adequada para a hipótese de não localização do devedor ou bens passíveis de constrição judicial, nos termos do artigo 40 da Lei n. 6.830/1980. Em sendo noticiado o encerramento da falência da executada, após o ajuizamento da ação, sem que houvesse a quitação do débito exequendo ante a insuficiência do acervo patrimonial, impõe-se a extinção do feito executivo. Com a liquidação dos bens arrecadados e a extinção da lide falimentar, desapareceu não só a massa falida - inclusive para figurar no pólo passivo da demanda executiva, já que nada mais há para ser requerido em relação a ela - como também o interesse da exequente na prestação jurisdicional reclamada, haja vista a inexistência de ativo para a satisfação da dívida que remanesceu.

2. A manutenção de um processo ativo, sem a perspectiva de alcançar um resultado útil, não se coaduna com os princípios da efetividade e economicidade que devem reger a atividade jurisdicional. Conquanto a execução exista em proveito do credor para a satisfação de seu crédito, não lhe é dado onerar excessivamente o devedor nem o próprio Judiciário com o prolongamento de uma execução por prazo indeterminado, sem que exista a possibilidade de ulatimação produtiva. Tal proceder importaria em um custo administrativo elevado, que não pode ser suportado pela máquina judiciária, sob pena de grave violação ao princípio da razoabilidade. O processo executivo não está vocacionado a operar no vácuo imposto por motivos alheios à atividade jurisdicional, sendo impositiva a sua extinção diante a necessidade de estabilizar-se o conflito por imperativo de segurança jurídica. O prosseguimento da execução só se justificaria se tivesse a potencialidade de satisfazer o crédito exequendo.

3. O pedido de redirecionamento da execução contra os sócios da executada encontra óbice na ausência de causa justificadora, eis que fundado no simples fato de ter havido o encerramento do processo falimentar sem o pagamento do crédito oriundo da falta de recolhimento de contribuições previdenciárias a cargo da empresa. É assente na jurisprudência que a responsabilidade dos sócios, em relação às dívidas fiscais contraídas por esta, somente se afirma se aquele, no exercício da gerência ou de outro cargo na empresa, abusou do poder ou infringiu a lei, o contrato social ou estatutos, ou, ainda, se a sociedade foi

dissolvida irregularmente. De outra parte, a decretação de falência não caracteriza dissolução irregular da sociedade, porque, a par de estar prevista legalmente, consiste numa faculdade estabelecida em favor do comerciante impossibilitado de honrar os compromissos por ele assumidos.

4. O artigo 13 da Lei n. 8.620/1993 teve sua constitucionalidade afastada pelo Plenário desta Corte, em 28 de junho de 2000, por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Agravo de Instrumento n. 1999.04.01.096481-9-SC.

5. A extinção da execução fiscal não implica renúncia, desistência ou extinção do crédito, nem impede a propositura de nova ação, desde que tem repercussão meramente processual, restando incólume o direito material envolvido.

Embargos de declaração parcialmente providos somente para fins de prequestionamento (fl. 165).

Aponta o recorrente, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 124, 128, 135 e 202 do CTN, arts. 2º, § 5º, I e IV, e art. 3º da Lei n. 6.830/1980 e art. 13 da Lei n. 8.620/1993, sob o argumento, em síntese, de que: a) é possível a suspensão do processo executivo quando não for localizado o devedor ou encontrado bens passíveis de penhora; b) a CDA goza da presunção de certeza e liquidez contra o devedor, cujo nome consta no título, cabendo a este provar que deve ser excluído do pólo passivo da execução; c) a dissolução irregular enseja o redirecionamento da execução fiscal; e, d) no caso de débitos para com a Seguridade Social aplica-se a legislação específica, havendo responsabilidade solidária de todos os sócios.

Sem contra-razões (fl. 225), subiram os autos admitido o especial na origem (fl. 227).

É o relatório.

#### **VOTO VENCIDO**

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): - Inicialmente, quanto à suspensão do processo executivo, verifico que o art. 40 da LEF é reservado para as hipóteses em que não são localizados o devedor ou bens passíveis de penhora, não sendo motivo de suspensão da execução fiscal o encerramento da falência, sem possibilidade de satisfação do crédito fiscal, como ocorre na hipótese dos autos.

Nesse sentido:



Processual Civil e Tributário. Suspensão da execução fiscal para busca dos co-devedores. Dissolução regular da pessoa jurídica por meio de processo falimentar. Impossibilidade.

1. O art. 40 da Lei n. 6.830/1980 é taxativo ao admitir a suspensão da execução para localização dos co-devedores pela dívida tributária; e na ausência de bens sobre os quais possa recair a penhora.

2. *In casu*, a executada foi dissolvida regularmente por processo falimentar encerrado, sem que houvesse quitação total da dívida, razão pela qual carece o fisco de interesse processual de agir para a satisfação débito tributário.

3. Inocorrentes quaisquer das situações previstas no art. 135 do CTN (atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto), não há se falar em redirecionamento.

4. Inexiste previsão legal para suspensão da execução, mas para sua extinção, sem exame de mérito, nas hipóteses de insuficiência de bens da massa falida para garantia da execução fiscal. Deveras, é cediço na Corte que a insuficiência de bens da massa falida para garantia da execução fiscal não autoriza a suspensão da execução, a fim de que se realize diligência no sentido de se verificar a existência de co-devedores do débito fiscal, que implicaria em apurar a responsabilidade dos sócios da empresa extinta (art. 135 do CTN). Trata-se de hipótese não abrangida pelos termos do art. 40 da Lei n. 6.830/1980 (precedentes: REsp n. 718.541-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 23 de maio de 2005 e REsp n. 652.858-PR, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 16 de novembro de 2004).

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp n. 755.153-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado monocraticamente, DJ 1º.12.2005).

Tributário. Execução fiscal. Suspensão. Falência. Redirecionamento.

1. O comando do art. 40 da Lei n. 6.830/1980, que prevê hipótese de suspensão da execução fiscal, pressupõe a existência de devedor que não foi localizado ou não foram encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora.

2. A insuficiência de bens da massa falida para garantia da execução fiscal não autoriza a suspensão da execução, a fim de que se realize diligência no sentido de se verificar a existência de co-devedores do débito fiscal, que implicaria em apurar a responsabilidade dos sócios da empresa extinta (art. 135 do CTN). Trata-se de hipótese não abrangida pelos termos do art. 40 da Lei n. 6.830/1980 4. Recurso especial improvido.

(REsp n. 718.541-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 23 de maio de 2005).

A decretação de falência, em razão do insucesso do empreendimento comercial, não gera, por si só, a responsabilidade do sócio apta a justificar o redirecionamento da execução fiscal. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Com a quebra da sociedade, é a massa falida que responde pelas obrigações da sociedade até o encerramento da falência, sem prejuízo da responsabilidade pessoal do sócio se ficar demonstrada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos.

Ademais, a falência é forma de dissolução regular da sociedade.

Cito julgados:

Tributário. Redução de multa fiscal. Aplicação do art. 106, II, do CTN. Processo ainda não definitivamente julgado na esfera judicial. Execução fiscal. Sócio-gerente. Responsabilidade tributária. Falência. Exigüidade de bens. Redirecionamento.

1. Na interpretação do art. 106, II, **c**, do CTN, entende-se que a lei mais benigna pode ser aplicada, mesmo estando em pendência recurso judicial.

2. A expressão contida no art. 106 do CTN refere-se a decisão sujeita a recurso administrativo ou judicial.

3. Nesta Corte o entendimento é de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não enseja a responsabilidade solidária do sócio-gerente, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. A falência não configura modo irregular de dissolução da sociedade, pois além de estar prevista legalmente, consiste numa faculdade estabelecida em favor do comerciante impossibilitado de honrar os compromissos assumidos.

5. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Com a quebra, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos.

6. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, no mérito, improvidos.

(REsp n. 601.851-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.06.2005, DJ 15.08.2005 p. 249).

Tributário. Agravo regimental. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Art. 13 da Lei n. 8.620/1993. Fundamento eminentemente constitucional. Redirecionamento da execução. Sócios. Responsável tributário. Súmulas n. 7 e n. 83-STJ. Falência. Dissolução regular.

1. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” (Súmula n. 211-STJ).

2. A questão relativa ao art. 13 da Lei n. 8.620/1993 foi analisada pelo Tribunal *a quo* sob ótica essencialmente constitucional, de competência do STF e, portanto, fora do âmbito de apreciação do recurso especial.

3. Inexistindo prova de que houve dissolução irregular da empresa, ou de que o representante da sociedade agiu com excesso de mandato ou infringiu lei ou o contrato social, não há que se direcionar para ele a execução.

4. A falência configura forma regular de dissolução da sociedade e não enseja, por si só, o redirecionamento da execução.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 767.383-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15.08.2006, DJ 25.08.2006, p. 327).

Além disso, descabe o exame da tese em torno do art. 13 da Lei n. 8.620/1993 porque o TRF da 4ª Região decidiu a questão sob o enfoque exclusivamente constitucional, concluindo que o dispositivo viola o art. 146, III, **b** da CF/1988.

Prequestionada, pois, a tese em torno dos dispositivos remanescentes, a questão que se coloca para análise é a seguinte: é possível prosseguir a execução contra o sócio, incluindo o nome dos sócios na CDA, após encerrado o processo falimentar, liquidado e exaurido o patrimônio da pessoa jurídica extinta?

O Direito pretoriano atual, na interpretação do art. 135 do CPC, firmou o seguinte entendimento:

a) se ocorre a extinção regular da empresa, o credor não pode direcionar a execução, senão comprovando ter o sócio-gerente agido com dolo ou má-fé, ou excesso de poderes;

b) se a sociedade se extingue irregularmente, o ônus da prova inverte-se e passa a ser obrigação do sócio-gerente demonstrar que não agiu com excesso de poder, dolo ou má-fé. Nesse sentido, são os últimos julgados da Corte:

Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Sócio-gerente. Responsabilização pessoal. Não-configuração, por si só, nem em tese, de situação que acarreta a responsabilidade subsidiária dos sócios.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, a simples falta de pagamento do tributo e a inexistência de bens penhoráveis no patrimônio da devedora (sociedade por quotas de responsabilidade limitada) não configuram, por si só, nem em tese,

situações que acarretam a responsabilidade subsidiária dos representantes da sociedade.

2. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp n. 831.380-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20.06.2006, DJ 30.06.2006, p. 192).

Agravo regimental no recurso especial. Tributário. Saída da empresa antes de sua extinção e prova de ato doloso da condição de sócio da empresa executada ao tempo dos fatos geradores. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Art. 135 do CTN. Dissolução irregular da empresa. Responsabilização dos sócios. Possibilidade. Agravo desprovido.

1. Quanto à alegação de que o agravante teria saído da empresa antes de sua dissolução irregular e que não teria praticado qualquer ato doloso na condição de sócio ou de administrador da empresa executada ao tempo dos fatos geradores, tem-se por inviável sua análise, uma vez que envolveria reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em vista do disposto na Súmula n. 7-STJ.

2. A jurisprudência desta Corte mantém-se firme no sentido de que os sócios da pessoa jurídica são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, desde que haja dissolução irregular da sociedade ou seja comprovada a atuação dolosa ou culposa na administração dos negócios, através de fraude ou excesso de poderes. Assim, a dissolução irregular da empresa, ao contrário do simples inadimplemento do tributo, enseja o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(REsp n. 605.358-SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 14.02.2006, DJ 13.03.2006, p. 194).

Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Redirecionamento da execução para o sócio-gerente. Não pagamento do tributo.

1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. Precedentes: REsp n. 738.513-SC, deste relator, DJ de 18.10.2005; REsp n. 513.912-MG, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 1º.08.2005; REsp n. 704.502-RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02.05.2005; EREsp n. 422.732-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 09.05.2005; e AgRg nos EREsp n. 471.107-MG, deste relator, DJ de 25.10.2004.

2. Ressalva do ponto de vista no sentido de que a ciência por parte do sócio-gerente do inadimplemento dos tributos e contribuições, mercê do recolhimento de lucros e *pro labore*, caracteriza, inequivocamente, ato ilícito, porquanto há conhecimento da lesão ao erário público.

3. É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental, ante a preclusão consumativa, bem como, em razão da ausência de prequestionamento.

4. Hipótese em que o fato de o nome do sócio-gerente constar da CDA, não foi, até o presente momento processual, apreciada ou sequer suscitada pelas partes litigantes.

5. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 819.934-ES, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 1º.06.2006, DJ 22.06.2006, p. 191).

Processual Civil e Tributário. Ausência de prequestionamento. Divergência jurisprudencial não-configurada. Responsabilidade do sócio-gerente. Art. 135, III, do CTN. Precedentes.

1. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” - Súmula n. 211 do STJ.

2. Inviabiliza-se o conhecimento da alegada divergência jurisprudencial nas hipóteses em que o recorrente não realiza o necessário cotejo analítico nem demonstra a similitude fática entre os acórdãos confrontados, conforme prescrições dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à configuração das demais condutas nele descritas: práticas de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp n. 380.539-SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 20.04.2006, DJ 14.06.2006, p. 195).

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Citação na pessoa do sócio-gerente. Art. 135, III do CTN. Dissolução irregular.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração à lei.

2. Em matéria de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, é necessário fazer a distinção entre empresa que se dissolve irregularmente daquela que continua a funcionar.

3. Em se tratando de sociedade que se extingue irregularmente, cabe a responsabilidade do sócio-gerente que fica com o ônus de provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder.

4. A diferença entre as duas situações, em relação do redirecionamento, é a inversão do ônus da prova: na extinção regular cabe ao exequente fazer a prova em desfavor do sócio-gerente, e na extinção irregular da sociedade, cabe ao sócio gerente fazer a prova em seu favor, ou seja não ter agido com dolo, culpa fraude ou excesso de poder.

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 736.325-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.10.2005, DJ 24.10.2005, p. 291).

Na hipótese dos autos, temos uma empresa que entrou em regime de falência e se extinguiu, sem que o seu patrimônio cobrisse os débitos. Pergunta-se: pode haver redirecionamento, com a inclusão do nome do sócio na CDA?

A resposta é negativa, visto que a empresa entrou em regime falimentar e se extinguiu com o aval da Justiça, naturalmente, não sendo possível imputar aos sócios a responsabilidade pessoal após a quebra. A extinção por falência equivale à normal extinção e constitui-se em um terceiro item da tese, não admitindo redirecionamento.

Com essas considerações, conheço em parte do recurso especial e nego-lhe provimento.

É o voto.

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto pelo INSS, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Processual Civil. Execução fiscal. Extinção. Encerramento da falência. Redirecionamento. Ausência de responsabilidade dos sócios. Art. 13 da Lei n. 8.620/1993. Inconstitucionalidade. Renúncia ou extinção do crédito não configurada.

1. A suspensão da execução fiscal, sem baixa na distribuição, é medida adequada para a hipótese de não localização do devedor ou bens passíveis de constrição judicial, nos termos do artigo 40 da Lei n. 6.830/1980. Em sendo noticiado o encerramento da falência da executada, após o ajuizamento da ação, sem que houvesse a quitação do débito exequendo ante a insuficiência do acervo patrimonial, impõe-se a extinção do feito executivo. Com a liquidação dos bens arrecadados e a extinção da lide falimentar, desapareceu não só a massa falida

- inclusive para figurar no pólo passivo da demanda executiva, já que nada mais há para ser requerido em relação a ela - como também o interesse da exeqüente na prestação jurisdicional reclamada, haja vista a inexistência de ativo para a satisfação da dívida que remanesceu.

2. A manutenção de um processo ativo, sem a perspectiva de alcançar um resultado útil, não se coaduna com os princípios da efetividade e economicidade que devem reger a atividade jurisdicional. Conquanto a execução exista em proveito do credor para a satisfação de seu crédito, não lhe é dado onerar excessivamente o devedor nem o próprio Judiciário com o prolongamento de uma execução por prazo indeterminado, sem que exista a possibilidade de ultimação produtiva. Tal proceder importaria em um custo administrativo elevado, que não pode ser suportado pela máquina judiciária, sob pena de grave violação ao princípio da razoabilidade. O processo executivo não está vocacionado a operar no vácuo imposto por motivos alheios à atividade jurisdicional, sendo impositiva a sua extinção diante a necessidade de estabilizar-se o conflito por imperativo de segurança jurídica. O prosseguimento da execução só se justificaria se tivesse a potencialidade de satisfazer o crédito exeqüendo.

3. O pedido de redirecionamento da execução contra os sócios da executada encontra óbice na ausência de causa justificadora, eis que fundado no simples fato de ter havido o encerramento do processo falimentar sem o pagamento do crédito oriundo da falta de recolhimento de contribuições previdenciárias a cargo da empresa. É assente na jurisprudência que a responsabilidade dos sócios, em relação às dívidas fiscais contraídas por esta, somente se afirma se aquele, no exercício da gerência ou de outro cargo na empresa, abusou do poder ou infringiu a lei, o contrato social ou estatutos, ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente. De outra parte, a decretação de falência não caracteriza dissolução irregular da sociedade, porque, a par de estar prevista legalmente, consiste numa faculdade estabelecida em favor do comerciante impossibilitado de honrar os compromissos por ele assumidos.

4. O artigo 13 da Lei n. 8.620/1993 teve sua constitucionalidade afastada pelo Plenário desta Corte, em 28 de junho de 2000, por ocasião do julgamento da Argüição de Inconstitucionalidade no Agravo de Instrumento n. 1999.04.01.096481-9-SC.

5. A extinção da execução fiscal não implica renúncia, desistência ou extinção do crédito, nem impede a propositura de nova ação, desde que tem repercussão meramente processual, restando incólume o direito material envolvido.

Segundo o recorrente, o juiz de 1º grau indeferiu o redirecionamento da Execução Fiscal para os sócios e extinguiu o feito por considerar que o processo tornou-se inútil após a extinção da ação falimentar – esta última motivada, por seu turno, pela inexistência de bens suficientes para quitação do passivo da massa.

Interposta a apelação, buscou-se a reforma da sentença com base nos seguintes argumentos: a) os nomes dos sócios estão inseridos na certidão da dívida ativa, que goza da presunção de liquidez e certeza (arts. 2º, § 5º, I e IV, e 3º da Lei n. 6.830/1980); b) a ausência de recolhimento da contribuição previdenciária constitui infração à lei (art. 135 do CTN); c) a responsabilidade solidária dos sócios encontra previsão no art. 13 da Lei n. 8.620/1993; e d) a ausência de localização do devedor e de bens passíveis de constrição judicial não justifica a extinção do feito, mas a sua suspensão e posterior arquivamento administrativo, conforme o art. 40 da LEF.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação, fundamentando-se nos seguintes termos: a) a inserção dos nomes dos sócios na CDA não dá origem à respectiva responsabilização, nem justifica a inversão do ônus probatório; b) não basta a mera inadimplência do tributo para fins de aplicação do art. 135 do CTN, é necessária a comprovação de que o sócio-gerente procedeu de modo temerário, praticando infração a lei ou a atos constitutivos da empresa; c) o art. 13 da Lei n. 8.620/1993 foi considerado inconstitucional pelo Plenário do órgão julgador; e d) o art. 40 da LEF só pode ser aplicado quando não localizados bens passíveis de constrição, e não quando certificada a inexistência de bens em processo judicial de falência, que é modo de dissolução regular da sociedade.

Os Embargos de Declaração opostos foram parcialmente acolhidos, para fins de prequestionamento.

No Recurso Especial, o recorrente reitera a violação dos dispositivos legais anteriormente mencionados, acrescentando existir divergência jurisprudencial com decisões deste Tribunal Superior, notadamente quanto à presunção de legitimidade da CDA, o que justificaria o provimento do apelo nobre, determinando-se o prosseguimento da Execução Fiscal contra os sócios-gerentes indicados na CDA.

O Tribunal de origem admitiu o processamento do recurso, excetuando o art. 13 da Lei n. 8.620/1993, porque julgado sob enfoque constitucional.

Eis a ementa do acórdão da e. Ministra Eliana Calmon:

Processo Civil. Execução fiscal. Empresa falida. Nome do sócio na CDA. Redirecionamento: impossibilidade.

1. Na interpretação do art. 135 do CTN, o Direito pretoriano no STJ firmou-se no sentido de admitir o redirecionamento para buscar responsabilidade dos sócios, quando não encontrada a pessoa jurídica ou bens que garantam a execução.



2. Duas regras básicas comandam o redirecionamento: a) quando a empresa se extingue regularmente, cabe ao exeqüente provar a culpa do sócio para obter a sua imputação de responsabilidade; b) se a empresa se extingue de forma irregular, torna-se possível o redirecionamento, sendo ônus do sócio provar que não agiu com culpa ou excesso de poder.

3. Na hipótese dos autos, surge uma terceira regra: quando a empresa se extingue por falência, depois de exaurido o seu patrimônio. Aqui, a responsabilidade é inteiramente da empresa extinta com o aval da Justiça, sem ônus para os sócios, exceto quando houver comportamento fraudulento.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

Colhe-se do voto da ilustre Relatora que: a) os precedentes do STJ encampam a tese de que o encerramento da ação falimentar sem possibilidade de quitação do crédito fiscal implica a extinção da execução regida pela Lei n. 6.830/1980; b) o patrimônio social da empresa responde pelas dívidas, de modo que a decretação da falência, por si só, não gera a responsabilidade do sócio, mas sim da massa falida, ressalvada unicamente a possibilidade de ter sido demonstrada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração a lei; c) a falência é modo de dissolução regular da sociedade, avalizada pelo Poder Judiciário, criando “terceira tese” e excluindo a responsabilidade do sócio, *mesmo que seu nome esteja incluído na CDA*; e d) o art. 13 da Lei n. 8.620/1993 foi decidido sob enfoque exclusivamente constitucional, não comportando julgamento na via do apelo nobre.

Dada a complexidade da matéria, pedi vista dos autos.

Fixados no relatório os pontos controvertidos, manifesto-me em relação a cada um deles.

### **1. O art. 13 da Lei n. 8.620/1993**

O art. 13 da Lei n. 8.620/1993 não foi aplicado porque o Tribunal de origem decretou a respectiva inconstitucionalidade, nos termos da legislação em vigor.

Assim, o fundamento constitucional utilizado torna inviável a discussão do assunto no âmbito do Recurso Especial.

### **2. A Falência e o art. 40 da Lei n. 6.830/1980**

Quando a ação falimentar é encerrada por sentença, não incide o art. 40 da Lei n. 6.830/1980, assim redigido:

Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, *enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre ao quais possa recair a penhora*, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. (grifei)

O referido dispositivo legal pressupõe que não tenha sido localizado o devedor ou encontrados os seus bens, muito embora eles existam. Por essa razão, a norma tem por objetivo a concessão de prazo para a diligência de sua localização, de modo a viabilizar ulterior penhora ou arresto.

Ora, na hipótese de Execução Fiscal promovida, original ou posteriormente, contra a massa falida, o devedor foi localizado (daí por que houve a citação e posterior penhora no rosto dos autos).

Ademais, se a ação falimentar é encerrada por sentença que ratificou a informação do síndico ou administrador judicial, concernente à inexistência de bens para quitação do passivo, não há motivo razoável para a concessão de prazo, na Execução Fiscal, para localização de bens da empresa falida.

Conseqüentemente, se a ação falimentar é extinta por conta da inexistência de bens, não se justifica a aplicação do art. 40 da LEF à ação de Execução Fiscal, consoante precedentes desta Corte já mencionados no voto da e. Ministra Relatora.

Finalmente, a pretensão do redirecionamento.

### 3. O redirecionamento

Está consolidado o entendimento de que a mera inadimplência da obrigação tributária não é suficiente para viabilizar o redirecionamento da Execução Fiscal contra os sócios-gerentes da pessoa jurídica. Em tal hipótese, para a aplicação do art. 135 do CTN, deve a Fazenda Pública comprovar a prática de atos de infração a lei ou de violação a contrato social. Nesse sentido:

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Certidão de dívida ativa. Sócios. Incluídos. Súmulas n. 282 e n. 356-STF. Matéria constitucional. Exame na via do recurso especial. Impossibilidade.

1. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135 do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à comprovação das demais condutas nele descritas: prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

2. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas n. 282 e 356-STF quando as questões suscitadas no especial não foram debatidas no acórdão recorrido nem, a respeito, foram opostos embargos de declaração.

(...)

4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido.

(REsp n. 736.046-SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 23.10.2007, publicado DJ 23.11.2007, p. 455).

Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Arts. 544 e 545 do CPC. Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento para o sócio-gerente. Art. 135 do CTN.

1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

2. Precedentes da Corte: EREsp n. 174.532-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.08.2001; REsp n. 513.555-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06.10.2003; AgRg no Ag n. 613.619-MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 20.06.2005; REsp n. 228.030-PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 13.06.2005.

(...)

5. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 729.695-ES, Min. Luiz Fux, DJU de 28.09.2006).

Diferente, porém, é a situação em que o nome do sócio consta da Certidão da Dívida Ativa - CDA. Nesse caso, segundo a Primeira Seção desta Corte, a presunção de liquidez e certeza do título executivo faz com que o ônus da prova seja transferido ao gestor da sociedade. Veja-se:

Tributário. Embargos de divergência. Art. 135 do CTN. Responsabilidade do sócio-gerente. Execução fundada em CDA que indica o nome do sócio. Redirecionamento. Distinção.

1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c.c. o art. 3º da Lei n. 6.830/1980.

3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável

tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de divergência providos.

(REsp n. 702.232-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 14.09.2005, DJ 26.09.2005, p. 169).

Tal entendimento tem sido reiteradamente adotado por ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte:

Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Responsabilidade do sócio-gerente. Art. 135 do CTN. CDA. Presunção *juris tantum* de liquidez e certeza. Ônus da prova.

1. Depreende-se do artigo 135 do CTN que a responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade.

2. A Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 702.232-RS, de relatoria do Ministro Castro Meira, assentou entendimento segundo o qual: 1) se a execução fiscal foi promovida apenas contra a pessoa jurídica e, posteriormente, foi redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o sócio agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN; 2) se a execução fiscal foi promovida contra a pessoa jurídica e o sócio-gerente, cabe a este o ônus probatório de demonstrar que não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas no mencionado art. 135; e 3) se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, o ônus da prova também compete ao sócio, em virtude da presunção *juris tantum* de liquidez e certeza da referida certidão.

3. Na hipótese dos autos, a Certidão de Dívida Ativa incluiu o sócio-gerente como co-responsável tributário, cabendo a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp n. 866.222-RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 09.02.2007, p. 300).

Tributário. Contribuição previdenciária. Redirecionamento da execução contra os sócios, cujos nomes constavam da CDA. Possibilidade. Inversão do ônus da prova. Exceção de pré-executividade. Necessidade de exame de matéria probatória. Impossibilidade pela via da exceção.

I - Conforme entendimento jurisprudencial, sendo a execução proposta somente contra a sociedade, a Fazenda Pública deve comprovar a infração a lei, contrato social ou estatuto ou a dissolução irregular da sociedade para fins de redirecionar a execução contra o sócio.

II - De modo diverso, se o executivo é proposto contra a pessoa jurídica e o sócio, cujo nome consta da CDA, não se trata de típico redirecionamento e o ônus da prova compete ao sócio, uma vez que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza.

III - A terceira situação consiste no fato de que, embora o nome do sócio conste da CDA, a execução foi proposta somente contra a pessoa jurídica, recaindo o ônus da prova, também neste caso, ao sócio, tendo em vista a presunção de liquidez e certeza que milita a favor da CDA. Precedentes: EREsp n. 702.232-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.09.2005, p. 169 e AgRg no REsp n. 720.043-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005, p. 214.

IV - No caso dos autos, a execução foi proposta contra a empresa e os sócios, cujos nomes constavam da CDA, do que se conclui que cabia a estes provar a ausência de uma das situações do art. 135 do CTN, com vistas a afastar o redirecionamento da execução e/ou sua ilegitimidade passiva.

V - Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a aferição da legitimidade passiva do sócio de sociedade depende de dilação probatória, o que desautoriza o uso da exceção de pré-executividade, devendo a matéria ser apreciada por meio de embargos do devedor.

VI - Recurso especial provido.

(REsp n. 860.047-PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 19.09.2006, DJ 16.10.2006, p. 338).

Nesse ponto, a decisão do Tribunal de origem diverge frontalmente da orientação deste Tribunal Superior e, por essa razão, merece reforma.

A e. Ministra Eliana Calmon, entretanto, pugna pela existência de nova tese, que alcunhou de “terceira”, segundo a qual o redirecionamento seria inviabilizado, mesmo que o nome do sócio esteja incluído na CDA, quando a empresa da qual faz parte teve encerrada a ação falimentar. Com efeito, destaco de seu voto o seguinte excerto:

Na hipótese dos autos, temos uma empresa que entrou em regime de falência e se extinguiu, sem que o seu patrimônio cobrisse os débitos. Pergunta-se: *pode haver redirecionamento, ainda que o nome do sócio conste da CDA?* (grifei)

Enfatizo que a e. Ministra Relatora enfrenta, expressamente, a tese do redirecionamento com base na *inclusão do nome do sócio-gerente, administrador ou controlador na CDA*.

Ao que se infere de sua argumentação, como a falência é causa de dissolução regular da sociedade, não haveria ato de infração a lei a ser atribuído ao sócio.

Penso, contudo, de modo diferente.

A falência é meio de dissolução da sociedade (Código Civil/2002, arts. 1.044, 1.051, I, e 1.087 e Lei n. 6.404/1976, art. 206, II, c). A jurisprudência do STJ entende tratar-se de meio regular de dissolução societária, porque o processo da quebra foi submetido à apreciação do Poder Judiciário:

Processual Civil. Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Responsabilidade do sócio. Alegação de que os nomes dos co-responsáveis constam da CDA. Ausência de prequestionamento. Suposta ofensa ao art. 13 da Lei n. 8.620/1993. Enfoque constitucional da matéria. Encerramento da falência. Suspensão do feito executivo. Inviabilidade.

1. A matéria suscitada nas razões de recurso especial e não abordada no acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não merece ser conhecida por esta Corte, ante a ausência do indispensável prequestionamento (Súmula n. 211-STJ).

2. Fundando-se o acórdão recorrido na incompatibilidade parcial entre o art. 13 da Lei n. 8.620/1993 e o art. 146, III, b, da CF/1988, é inviável a análise de suposta ofensa ao preceito legal referido em sede de recurso especial.

3. É firme a orientação desta Corte no sentido de que é inviável o redirecionamento da execução fiscal na hipótese de simples falta de pagamento do tributo associada à inexistência de bens penhoráveis no patrimônio da devedora, porquanto tal circunstância, nem em tese, acarreta a responsabilidade subsidiária dos sócios.

4. A falência não caracteriza modo irregular de dissolução da pessoa jurídica, razão pela qual não enseja, por si só, o redirecionamento do processo executivo fiscal (REsp n. 601.851-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 15.08.2005; AgRg no Ag n. 767.383-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 25.08.2006).

5. Nesse contexto, verifica-se que não foi caracterizada nenhuma situação apta a ensejar, na hipótese, o redirecionamento da execução fiscal. Por outro lado, o art. 40 da Lei n. 6.830/1980 não abrange a hipótese de suspensão da execução para a realização de diligências consubstanciadas na busca e localização de co-responsáveis, para eventual redirecionamento do feito executivo. Assim, havendo o trânsito em julgado da sentença que encerrou o procedimento falimentar sem a ocorrência de nenhum motivo ensejador de redirecionamento da execução fiscal, não tem cabimento a aplicação do disposto no artigo referido no sentido de se decretar a suspensão do feito.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 824.914-RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 13.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 297).

Tributário e Processual Civil. Massa falida. Redirecionamento da execução fiscal. Ausência de comprovação das hipóteses previstas no art. 135, do CTN. Massa falida. Impossibilidade. Agravo regimental.

1. Depreende-se que a responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade.

2. *In casu*, cuida-se de redirecionamento da execução fiscal diante da falência da pessoa jurídica devedora.

3. Esta Corte já se posicionou que, no caso de massa falida, a interpretação do art. 135, do CTN, é de que a responsabilidade é da empresa, porque foi extinta com o aval da justiça (Precedente: REsp n. 868.095-RS; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 11.04.2007). Ademais, não existe a comprovação de qualquer irregularidade na falência.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 572.175-PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18.10.2007, DJ 05.11.2007, p. 247).

Embora a falência seja um meio de dissolução previsto em lei e submetido ao Poder Judiciário, isso não significa que o seu encerramento acarrete a automática liquidação de todos os débitos da sociedade empresarial. Nesse sentido, tanto a antiga (art. 134 do Decreto-Lei n. 7.661/1945) como a atual lei que disciplina a falência (art. 157 da Lei n. 11.101/2005) estipulam que o prazo prescricional para a extinção das obrigações do falido tem como termo inicial justamente o trânsito em julgado da sentença que extingue a demanda falimentar.

Não se podem confundir, assim, a dissolução “lícita” – no sentido de observância dos procedimentos definidos em lei – com a inexistência de obrigação e responsabilidade da sociedade empresarial falida, ou, naturalmente, de responsáveis por sucessão.

Cabe então a seguinte pergunta: a sentença que encerra a ação falimentar vincula o juízo da Execução Fiscal, especificamente no que diz respeito ao redirecionamento fundado na responsabilidade dos sócios-gerentes?

A resposta é negativa. Em primeiro lugar, porque a sentença de extinção da falência põe termo ao processo após a apresentação do relatório final do síndico/administrador judicial (art. 132 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 156 da Lei n. 11.101/2005), o qual, por seu turno, limita-se a indicar o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, além de especificar as responsabilidades com que continuará o falido.

Veja-se que não há menção sobre a responsabilidade dos sócios-gerentes, controladores ou administradores do falido. Nesses termos, se a questão não foi decidida por sentença, não pode transitar em julgado e, por consequência, não afeta a pretensão fazendária, deduzida em ação própria.

Entendo, além disso, que a circunstância de não ter havido responsabilização ou condenação dos sócios-gerentes, controladores ou administradores pela prática de crimes falimentares não pode ser equiparada à existência, em seu favor, de um “atestado de boa conduta”, mesmo porque dizer que crime falimentar inexistiu não é o mesmo que afirmar a ausência de prática de atos de infração à legislação tributária, civil e empresarial, suficientes para ensejar a responsabilidade na execução da dívida ativa da Fazenda Pública (art. 4º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980). No Direito brasileiro, não se confundem – embora dialoguem – os campos da responsabilidade administrativa, civil e penal.

Registro que, a despeito da faculdade de habilitação do crédito no procedimento falimentar, com o escopo de ter respeitada a ordem preferencial dos pagamentos, a Fazenda Pública dispõe de ação específica para a execução da dívida ativa. A competência para processar e julgar a Execução Fiscal exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência (art. 5º da Lei n. 6.830/1980). Não houve alteração quanto a isso, mesmo após a revogação do Decreto-Lei n. 7.661/1945 pela Lei n. 11.101/2005. Da mesma forma, o procedimento do novo instituto da recuperação judicial não interfere no processamento da Execução Fiscal (art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/2005).

Conseqüentemente, *a sentença extintiva da falência não pode ser invocada como justificativa para o indeferimento do pedido de redirecionamento na Execução Fiscal, se o nome do sócio-gerente estiver incluído na CDA, dada a presunção de legitimidade desse título executivo extrajudicial (arts. 2º, § 5º, I e IV, e 3º da Lei n. 6.830/1980) e a ausência de discussão dessa matéria na ação falimentar.*

Noutra perspectiva, a existência de personalidades jurídicas distintas entre a sociedade empresarial e os sócios que a compõem – fundamento que levou o Poder Judiciário a rever sua posição anterior e assim não mais admitir o redirecionamento fundado na mera inadimplência da obrigação tributária – deve ser prestigiada no presente caso, sob pena de flagrante incongruência. Em outras palavras, como as personalidades jurídicas não se confundem, responsável pelo inadimplemento é o sujeito passivo da relação jurídica tributária, isto é, a sociedade empresarial, e não o seu sócio-gerente. Exatamente pela mesma razão, qual seja a diversidade de personalidades jurídicas, a decretação da falência como meio de dissolução societária não afeta a presunção de legitimidade da



CDA e não inverte o ônus probatório previstos no art. 3º da LEF em relação ao sócio cujo nome nela estiver inserido.

Finalizando, peço vênia à eminente Relatora para questionar a existência ou conveniência pragmático-jurídica de uma “terceira tese”, visto que não podemos, sem que presentes relevantes razões de ordem pública ou sob o manto de uma interpretação conforme a Constituição Federal, mudar *contra legem* a jurisprudência do STJ. Por isso, minha proposta de voto é no sentido de manter o entendimento atualmente adotado por esta Corte, isto é, o de que o redirecionamento da Execução Fiscal só pode ser admitido nas seguintes hipóteses:

a) em caso de inadimplemento da obrigação tributária, mediante comprovação da prática de atos de infração à lei ou ao contrato social (art. 135 do CTN), ou da existência de dissolução irregular (art. 135 do CTN); e

b) prévia inclusão do nome do sócio na CDA (arts. 2º, § 5º, I e IV, e 3º, da LEF).

A falência da sociedade empresarial deve ser analisada sob o enfoque supracitado. Assim, se o nome do sócio estiver incluído na CDA, justifica-se o redirecionamento com base na presunção de legitimidade da CDA, mesmo porque as informações do título executivo extrajudicial do Fisco não são, nem poderiam ser, objeto de julgamento no processo falimentar.

Não há, em tal hipótese, afirmação de que o sócio-gerente ou administrador cujo nome consta da CDA seja, efetivamente, responsável pelos pagamentos dos valores inscritos na dívida ativa da Fazenda Pública, mas apenas uma presunção de legitimidade do título executivo extrajudicial, que justifica, nos termos da jurisprudência consolidada, a inversão do ônus probatório. Como as questões relacionadas à dívida ativa demandam cognição em juízo privativo, sendo dela expressamente excluído o juízo falimentar, devem as partes submeter os seus argumentos e interferir no convencimento do juiz competente para processar e julgar a Execução Fiscal.

Finalmente, se o nome do sócio não constar da CDA, a Fazenda Pública, tão logo tenha conhecimento da decretação da falência, deve diligenciar a comprovação de uma das situações mencionadas no item **a** (prática de atos de infração a lei ou a contrato social), sob pena de, com o encerramento da ação falimentar por inexistência de bens, extinguir-se a Execução Fiscal por carência superveniente da ação (extinção do sujeito passivo sem que tenham sido identificados sucessores).

Com essas considerações, *dou parcial provimento ao Recurso Especial, para que seja redirecionada a Execução Fiscal em relação ao(s) sócio(s) cujo(s) nome(s) estiver(em) inserido(s) na CDA.*

É como *voto.*

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** e interposto pelo INSS contra acórdão do TRF da 4ª Região que negou provimento à apelação do ora recorrente, para manter a sentença que extinguiu a execução fiscal, forte nos seguintes argumentos:

(a) deve ser extinta a execução fiscal com o encerramento do processo falimentar em face da ausência de interesse processual da exequente, dada a inexistência de bens capazes de satisfazer o débito;

(b) o redirecionamento da execução aos sócios da executada somente é possível se comprovado terem agido com excesso de poderes, ou infração à lei, contrato social ou estatuto.

O recorrente alega violação dos artigos 134 do CTN e 40 da Lei n. 6.830/1980. Argumenta que a execução fiscal deveria ter sido suspensa, e não extinta, facultando-se ao credor a oportunidade de requerer o redirecionamento contra os sócios.

Aponta, ainda, contrariedade aos artigos 2º, § 5º, I e IV e 3º da Lei n. 6.830/1980 c.c. o art. 202 do CTN, bem como divergência jurisprudencial, pois entende que a CDA é documento hábil a comprovar a vinculação dos nomes dos sócios-gerentes ao débito da empresa devedora.

A eminente Relatora negou provimento ao recurso por entender que o desfazimento da empresa por falência, com o aval da Justiça, equivale à normal extinção da pessoa jurídica, não sendo possível imputar aos sócios a responsabilidade pessoal após a quebra.

O Ministro Herman Benjamin inaugurou a divergência para dar provimento em parte ao recurso especial, reconhecendo a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal aos sócios-gerentes por duas razões: (a) a CDA goza de presunção de liquidez e certeza, característica que não se modifica com a sentença do processo falimentar; e (b) a extinção do processo de falência não extingue integral e imediatamente as obrigações do falido, já que é a partir

da sentença prolatada nesse feito que começa a fluir o prazo prescricional para os credores insatisfeitos demandarem o que entenderem de direito, inclusive a responsabilização patrimonial de sócios e administradores.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria.

Nada oponho à tese, sufragada pela Sra. Ministra Eliana Calmon, ao entender que o desfazimento da empresa por falência é meio normal de extinção da pessoa jurídica e não se confunde com a dissolução irregular, por tratar-se de processo rigorosamente disciplinado pelo ordenamento jurídico.

A razão da discordância reside em outro ponto.

O acórdão recorrido rejeitou o redirecionamento da execução fiscal por dois argumentos: (a) o primeiro, de que a falência não se caracteriza como dissolução irregular; e (b) o segundo, de que o exequente não fez prova de que os sócios da pessoa jurídica agiram com excesso de poderes, ou com infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto.

A Sra. Ministra Relatora negou provimento ao apelo do INSS com base no primeiro fundamento - de que a falência não se equipara à dissolução irregular. Mas, não considerou o segundo fundamento - de que o exequente não fez prova de uma das situações que autorizam a responsabilização dos sócios (art. 135 do CTN).

A jurisprudência desta Corte é tranqüila em admitir o redirecionamento da execução, independentemente de qualquer prova, sempre que o nome do sócio constar como co-responsável na CDA, em face da presunção de legitimidade, certeza e liquidez que milita em favor desse título executivo, nos termos do art. 3º da Lei n. 6.830/1980.

Essa orientação, a meu sentir, não se altera pelo fato de ter sido a empresa extinta por falência.

A falência é meio regular de dissolução da sociedade, porque o processo de quebra foi submetido à apreciação do Poder Judiciário e observou um extenso regramento legal. Essa conclusão, todavia, não implica a extinção de todos os débitos da pessoa jurídica, pois é a partir da sentença que põe termo à falência que se inicia o prazo prescricional para a extinção das obrigações do falido (art. 134 da do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e art. 157 da Lei n. 11.101/2005).

Assim, extinta a falência, nada impede que os credores, totais ou parcialmente frustrados com a insolvência do falido, postulem em juízo o que entenderem de direito, inclusive a constrição patrimonial de sócios e

administradores, desde que observado, é claro, o prazo prescricional acima aludido.

Em outras palavras, mesmo regular o processo de falência, a sua extinção não acarreta a desoneração integral e imediata do falido, já que os credores disporão de prazo para a propositura de demandas judiciais na busca da satisfação de seus créditos.

A sentença que extingue o feito falimentar não examina a responsabilidade de sócios e administradores, sendo possível, ao menos em tese, o prosseguimento da execução fiscal para satisfação integral do crédito tributário, a essa altura já convertido em dívida ativa.

Considere-se, ainda, que a sociedade empresária submetida a processo falimentar tem personalidade jurídica distinta da dos seus sócios. Assim, a decretação da falência, bem como o conseqüente rateio do acervo patrimonial entre os credores, não afeta a legitimidade dos sócios indicados na CDA para figurarem no pólo passivo da execução.

Tomemos como exemplo a seguinte situação: “A” tem crédito com a pessoa jurídica “B” e “C” garante a dívida como fiador. Se “B” tornar-se insolvente e tiver contra si decretada a falência, nada impede que “A” se volte contra “C”, executando a garantia fiduciária.

A mesma coisa acontece na execução fiscal quando a CDA indica o sócio como co-responsável tributário. Se o contribuinte tornar-se insolvente, decretada a falência, não há obstáculo que impeça a Fazenda Pública credora de voltar-se contra o co-responsável, a quem competirá, por meio de embargos do devedor, demonstrar que não estão presentes quaisquer das hipóteses do art. 135 do CTN a autorizar sua responsabilização.

Para o Ministro Teori Zavascki, com o costumeiro acerto:

não se pode confundir a relação processual com a relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na lei processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (CPC, artigos 580 e 583). Os pressupostos para configuração da responsabilidade tributária são os estabelecidos pelo direito material, nomeadamente pelo art. 135 do CTN (...). A indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do co-responsável (Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I), confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (CPC, art. 568, I), mas não confirma, a não ser por presunção relativa (CTN, art. 204), a existência da responsabilidade tributária, matéria que, se for o caso,

será decidida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução (AgRg no REsp n. 643.918-PR, Primeira Turma, DJ de 16.05.2005).

Assim, iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, requerido o redirecionamento contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava nenhum fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, depois, volta-se contra o seu patrimônio, deve demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

Ao revés, se a CDA já indica o sócio-gerente como co-responsável, há inversão do ônus da prova, cabendo a ele demonstrar, por meio dos embargos do devedor, que não agiu com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Essa orientação encontra-se sedimentada em dezenas de precedentes de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte, como se observa das seguintes ementas:

#### **Segunda Turma**

Tributário. Execução fiscal. Certidão de dívida ativa. Responsabilização do sócio cujo nome consta da CDA. Hipótese que difere do redirecionamento da execução. Violação do art. 535 do CPC: inexistência.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal analisa, ainda que implicitamente, os dispositivos legais tidos por violados.

2. A CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos: sujeitos, objeto devido, e quantitativo. Não pode o Judiciário limitar o alcance dessa presunção.

3. Decisão que vulnera os arts. 204 do CTN e 3º da LEF, ao excluir da relação processual o sócio que figura na CDA, a quem incumbe provar que não agiu com dolo, má-fé ou excesso de poderes nos embargos à execução.

4. Hipótese que difere da situação em que o exeqüente litiga contra a pessoa jurídica e no curso da execução requer o seu redirecionamento ao sócio-gerente. Nesta circunstância, cabe ao exeqüente provar que o sócio-gerente agiu com dolo, má-fé ou excesso de poderes.

5. Recurso especial provido (REsp n. 1.069.916-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 21.10.2008);

Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Responsabilidade do sócio-gerente. Art. 135 do CTN. CDA. Presunção *juris tantum* de liquidez e certeza. Ônus da prova.

1. Depreende-se do artigo 135 do CTN que a responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade.

2. A Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 702.232-RS, de relatoria do Min. Castro Meira, assentou entendimento segundo o qual: 1) se a execução fiscal foi promovida apenas contra a pessoa jurídica e, posteriormente, foi redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o sócio agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN; 2) se a execução fiscal foi promovida contra a pessoa jurídica e o sócio-gerente, cabe a este o ônus probatório de demonstrar que não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas no mencionado art. 135; e 3) se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, o ônus da prova também compete ao sócio, em virtude da presunção *juris tantum* de liquidez e certeza da referida certidão.

3. Na hipótese dos autos, a Certidão de Dívida Ativa incluiu o sócio-gerente como co-responsável tributário, cabendo a ele os ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

Recurso especial provido (REsp n. 969.382-PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 11.04.2008);

Execução fiscal. Agravo regimental em agravo de instrumento. Ilegitimidade passiva do sócio cujo nome consta na CDA. Exceção de pré-executividade. Não cabimento.

1. É pacífico o entendimento deste Tribunal no sentido de que a utilização da exceção de pré-executividade tem aplicação na execução fiscal somente quando puder ser resolvida por prova inequívoca, que não demande dilação probatória.

2. Torna-se inviável, em Exceção de Pré-executividade, a discussão acerca da responsabilidade prevista no art. 135 do CTN se o nome do sócio constar na CDA, uma vez que tal certidão possui presunção de relativa liquidez e certeza.

3. Agravo Regimental não provido (AgRg no AG n. 801.392-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 07.02.2008).

No mesmo sentido: EDcl no REsp n. 960.456-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 14.10.2008; REsp n. 1.058.642-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 05.08.2008; REsp n. 948.129-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 23.11.2007; REsp n. 985.326-SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias,

DJ e de 29.04.2008; REsp n. 750.581-RJ, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 07.11.2005.

### **Primeira Turma**

Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Redirecionamento contra sócio-gerente que figura na Certidão de Dívida Ativa como co-responsável. Possibilidade. Distinção entre a relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução) e a relação de direito material (pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária).

1. Não se pode confundir a relação processual com a relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na Lei Processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (CPC, artigos 580 e 583). Os pressupostos para configuração da responsabilidade tributária são os estabelecidos pelo direito material, nomeadamente pelo art. 135 do CTN.

2. A indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do co-responsável (Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I), confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (CPC, art. 568, I), mas não confirma, a não ser por presunção relativa (CTN, art. 204), a existência da responsabilidade tributária, matéria que, se for o caso, será decidida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução.

3. É diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na certidão de dívida ativa. Nesses casos, embora configurada a legitimidade passiva (CPC, art. 568, V), caberá à Fazenda exeqüente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária.

4. No caso, havendo indicação dos co-devedores no título executivo (Certidão de Dívida Ativa), é viável, contra os sócios, o redirecionamento da execução. Precedente: EREsp n. 702.232-RS, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 16.09.2005.

5. Recurso especial desprovido (REsp n. 900.371-SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 02.06.2008).

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento para o sócio-gerente. Impossibilidade.

1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.

2. A 1ª Seção desta Corte recentemente pacificou a matéria no REsp n. 702.232-RS, julgado em 14.09.2005, e publicado no DJ de 16.09.2005, nos termos da seguinte ementa:

Tributário. Embargos de divergência. Art. 135 do CTN. Responsabilidade do sócio-gerente. Execução fundada em CDA que indica o nome do sócio. Redirecionamento. Distinção.

1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c.c. o art. 3º da Lei n. 6.830/1980.

3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de divergência providos.

3. Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp n. 720.043-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005);

Execução fiscal. Responsabilidade dos sócios. Comprovação do excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto ou dissolução irregular. Caso em que o nome do sócio constava da CDA. Presunção de liquidez e certeza não abalada. Dissolução irregular. Certidão do oficial de justiça. Prova *iuris tantum*.

I - Restou firmado no âmbito da Primeira Seção desta Corte o entendimento de que, sendo a execução proposta somente contra a sociedade, a Fazenda Pública deve comprovar a infração a lei, contrato social ou estatuto ou a dissolução irregular da sociedade para fins de redirecionar a execução contra o sócio, pois



o mero inadimplemento da obrigação tributária principal ou a ausência de bens penhoráveis da empresa não ensejam o redirecionamento. De modo diverso, se o executivo é proposto contra a pessoa jurídica e o sócio, cujo nome consta da CDA, não se trata de típico redirecionamento, e o ônus da prova de inexistência de infração a lei, contrato social ou estatuto compete ao sócio, uma vez que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza. A terceira situação consiste no fato de que, embora o nome do sócio conste da CDA, a execução foi proposta somente contra a pessoa jurídica, recaindo o ônus da prova, também neste caso, ao sócio, tendo em vista a presunção de liquidez e certeza que milita a favor da CDA. Precedentes: REsp n. 702.232-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.09.2005, p. 169; AgRg no REsp n. 720.043-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005, p. 214.

II - No caso em exame, os nomes dos sócios figuram como responsáveis tributários na Certidão de Dívida Ativa.

III - Ademais, a certidão emitida pelo oficial de justiça atestando que a empresa não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial presta-se como prova *iuris tantum* de dissolução irregular da sociedade, possibilitando, assim, o redirecionamento da execução aos sócios gerentes. Precedentes: REsp n. 841.855-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 30.08.2006 e REsp n. 738.502-SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005.

IV - Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.010.661-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 05.05.2008).

No mesmo sentido: REsp n. 697.974-RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 03.05.2007; AgRg nos EDcl no AgRg no REsp n. 978.243-ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 03.11.2008.

Na Primeira Seção, há também vários precedentes, dentre os quais se destacam os seguintes:

#### **Primeira Seção**

Tributário. Embargos de divergência. Art. 135 do CTN. Responsabilidade do sócio-gerente. Execução fundada em CDA que indica o nome do sócio. Redirecionamento. Distinção.

1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c.c. o art. 3º da Lei n. 6.830/1980.

3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de divergência providos (REsp n. 702.232-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.09.2005);

Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Tributário. Responsabilidade tributária do sócio. Débitos relativos à seguridade social. CDA. Presunção relativa de certeza e liquidez. Nome do sócio. Redirecionamento. Cabimento. Inversão do ônus da prova.

1. A responsabilidade patrimonial do sócio sob o ângulo do ônus da prova reclama sua aferição sob dupla ótica, a saber: I) a Certidão de Dívida Ativa não contempla o seu nome, e a execução voltada contra ele, embora admissível, demanda prova a cargo da Fazenda Pública de que incorreu em uma das hipóteses previstas no art. 135 do Código Tributário Nacional; II) a CDA consagra a sua responsabilidade, na qualidade de co-obrigado, circunstância que inverte o ônus da prova, uma vez que a certidão que instrui o executivo fiscal é dotada de presunção de liquidez e certeza.

2. A Primeira Seção desta Corte Superior concluiu, no julgamento do REsp n. 702.232-RS, da relatoria do e. Ministro Castro Meira, publicado no DJ de 26.09.2005, que: a) se a execução fiscal foi ajuizada somente contra a pessoa jurídica e, após o ajuizamento, foi requerido o seu redirecionamento contra o sócio-gerente, incumbe ao Fisco a prova da ocorrência de alguns dos requisitos do art. 135, do CTN, vale dizer, a demonstração de que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou a dissolução irregular da empresa; b) constando o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário na CDA, cabe a ele, nesse caso, o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN, independente de que a ação executiva tenha sido proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio ou somente contra a empresa, tendo em vista que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c.c. o art. 3º da Lei n. 6.830/1980.

3. *In casu*, consta da CDA o nome dos sócios-gerentes da empresa como co-responsáveis pela dívida tributária, motivo pelo qual, independente da demonstração da ocorrência de que os sócios agiram com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da

empresa, possível revela-se o redirecionamento da execução, invertido o *onus probandi*.

4. Embargos de divergência providos (REsp n. 635.858-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02.04.2007).

O voto da eminente Relatora, de certo modo, consagra a tese de que a execução jamais poderá ser redirecionada contra sócios-gerentes quando a empresa se extinguiu por falência.

Essa posição, a meu ver, não só contraria a jurisprudência desta Corte, como também as poucas manifestações doutrinárias sobre o assunto, como a de Manoel Álvares, para quem é possível redirecionar a execução após o término do processo falimentar, *verbis*:

Encerrado o processo falimentar sem que a Fazenda Pública tenha obtido sucesso no recebimento de seu crédito inscrito na dívida ativa, a execução fiscal poderá ser redirecionada contra a pessoa do sócio-gerente, no caso de responsabilidade tributária por substituição (FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Execução Fiscal, Doutrina e Jurisprudência**, São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 454).

Assim, decretada a falência da pessoa jurídica, não se deve presumir sua dissolução irregular. Todavia, nada impede que a execução fiscal, total ou parcialmente frustrada pela insolvência da empresa, venha a ser redirecionada para um ou alguns dos sócios-gerentes, redirecionamento que poderá ser imediato, se constar da CDA o nome do sócio como co-responsável, ou mediante demonstração, a cargo da Fazenda Pública exequente, de que agiu com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto.

No caso, o INSS sustenta justamente a tese de que a execução poderia ser redirecionada contra os sócios, pois seus nomes constavam originariamente da CDA, sendo desnecessária a produção de qualquer outra prova pela Fazenda.

Essa orientação contraria o acórdão recorrido, para quem o redirecionamento só seria possível desde que comprovado terem os sócios agido com excesso de poderes, ou infração à lei, contrato social ou estatuto.

Ainda que regular a dissolução da pessoa jurídica, nada impede que a execução seja imediatamente redirecionada contra os sócios se os seus nomes já constavam da CDA como co-responsáveis, ou depois de provada uma das hipóteses do art. 135 do CTN, se não havia a previsão de co-responsáveis no título executivo.

Faço apenas um pequeno registro quanto à conclusão proposta no voto do Ministro Herman Benjamin. Penso que o recurso deve ser provido e não

provido em parte, como propôs Sua Excelência. A União formulou, em verdade, dois pedidos sucessivos: o primeiro de redirecionamento da execução contra os sócios-gerentes da empresa falida; o segundo de suspensão do processo nos termos do art. 40 da Lei n. 6.830/1980.

Acolhido o primeiro pedido, torna-se prejudicado o segundo, devendo o recurso ser provido integralmente.

Ante o exposto, rogando vênias à eminente Relatora, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

#### VOTO-DESEMPATE

Ementa: Processo Civil. Execução fiscal. Empresa falida. Dissolução regular. Irrelevância para o caso. Nome do sócio na CDA. Presunção de apuração de responsabilidade tributária. Redirecionamento. Possibilidade. Formas de ilidir a presunção. Complementação da jurisprudência do STJ.

1. A falência é forma de dissolução regular da sociedade, contudo não exclui outras irregularidades que possam ter sido praticadas pelo sócio responsável e que tenham relação com o não pagamento do tributo devido. A alegação da existência de sentença que decreta a falência ou extingue o processo falimentar como defesa do sócio responsabilizado somente é relevante em um contexto em que a Administração Tributária insere o seu nome na CDA por entender ter havido dissolução irregular.

2. A presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária. Precedentes representativos da controvérsia, art. 543-C, do CPC: REsp n. 1.104.900-ES, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 25.03.2009; REsp n. 1.110.925-SP; Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 22.04.2009.

3. Essa demonstração pode ser realizada através da prova de que a CDA não indica o número do procedimento ou do processo administrativo ou judicial onde foram apurados os fatos que levaram à responsabilização.

4. Não havendo esta prova, deve-se manter a presunção de que o número de processo administrativo indicado na CDA refere-se também à apuração da responsabilidade do sócio nela inscrito.

5. Hipótese em que não houve constatação na origem a respeito da referida prova.

6. Recurso especial provido.

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Em discussão a responsabilidade tributária dos sócios de empresa falida com a falência já encerrada por sentença.

A Relatora Ministra Eliana Calmon elaborou voto onde apresentou as seguintes conclusões:

a) Que a falência é forma de dissolução regular da sociedade, sendo que sua decretação não gera a responsabilidade dos sócios;

b) Com a decretação da falência exclui-se a responsabilidade dos sócios, ainda que tenham o nome inscrito na Certidão de Dívida Ativa - CDA, cabendo à Fazenda Pública demonstrar a ocorrência de fraude para novamente caracterizar a responsabilidade.

Pediu vista o Ministro Herman Benjamin, que, inaugurando a divergência, ponderou que, na conformidade da jurisprudência desta Casa:

1) O redirecionamento da execução fiscal para os sócios e administradores somente pode ser feito quando caracterizada a infração à lei, contrato social ou estatuto de que trata o art. 135, do CTN;

2) A mera inadimplência da obrigação tributária não é suficiente para viabilizar o redirecionamento da execução fiscal, pois não caracteriza a infração à lei, contrato social ou estatuto de que trata o art. 135, do CTN;

3) A dissolução irregular da empresa é suficiente para viabilizar o redirecionamento da execução fiscal, pois caracteriza a infração à lei, contrato social ou estatuto de que trata o art. 135, do CTN;

4) Se o nome do sócio já consta da CDA, a presunção de liquidez e certeza do título executivo faz com que se presuma a ocorrência, mediante prévia apuração pela Administração Tributária, de infração à lei, contrato social ou estatuto de que trata o art. 135, do CTN.

Invocou os seguintes precedentes: REsp n. 736.046-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 23.10.2007; EREsp n. 174.532-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.08.2001; REsp n. 513.555-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06.10.2003; AgRg no Ag n. 613.619-MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 20.06.2005; REsp n. 228.030-PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 13.06.2005; EREsp n. 702.232-RS, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 14.09.2005.

Com parâmetro nessas quatro balizas, concluiu que a responsabilidade do sócio de empresa falida deve ser verificada à luz desses pressupostos, independentemente do fato de haver sentença de extinção ou não do processo falimentar. Informou que no caso os nomes dos sócios e administradores já constam da CDA. Sendo assim, votou pelo provimento do recurso para permitir a execução contra aqueles sócios e administradores.

Após, votou com a Relatora o Ministro Humberto Martins.

Posteriormente, pediu vista o Ministro Castro Meira que acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Herman Benjamin e votou pelo provimento do recurso para permitir a execução contra os sócios e administradores cujos nomes constam da CDA.

Diante da complexidade e ineditismo do caso, pedi vista.

### **1 - Da falência como forma de afastar a responsabilização dos sócios.**

Com a devida vênia, entendo que o voto da Ministra Relatora parte de premissa equivocada ao entender que a sentença que decreta a falência ou a que encerra o processo falimentar teriam algum efeito sobre a responsabilização tributária da empresa ou dos seus sócios e administradores.

Este equívoco, compreensível, tem raiz na errônea identificação das atribuições da administração falimentar com as da administração tributária, imaginando-se que o juízo falimentar e o síndico teriam o dever de avaliar a não-ocorrência das hipóteses de responsabilização tributária previstas no CTN. Tal não sucede.

A falência é forma de dissolução regular da sociedade, disso não tenho dúvidas, contudo não exclui outras irregularidades que possam ter sido praticadas pelo sócio responsável e que tenham relação com o não pagamento do tributo devido.

Com efeito, a administração falimentar não é substituta da administração tributária, cabendo a cada uma delas o seu múnus específico.

Como consabido, à administração da falência, exercida pelo síndico nomeado sob a supervisão do juízo falimentar, cabem todos os deveres elencados nos incisos do art. 63, do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 - Antiga Lei de Falências. Em nenhum desses incisos a lei lhe confere o dever de verificar a ocorrência de atos praticados pelos sócios, diretores ou gerentes em infração à lei, contrato social ou estatutos que tenha gerado a inadimplência quanto a créditos tributários de qualquer esfera.

Também tanto a sentença que decreta a falência (art. 14 e art. 23 e ss.) quanto a que encerra o processo falimentar (art. 132) não examinam a ocorrência ou não de atos que dão causa à responsabilidade tributária de sócios e administradores, não sendo aptas a ensejar uma espécie de salvo conduto ou inversão do ônus da prova contra a Fazenda Pública em processo de execução fiscal.

Acredito que a obrigação da verificação desses atos inexistente até porque o crédito tributário a ser exigido pelas Fazendas Públicas sequer faz parte do juízo universal, havendo que ter curso na respectiva Vara especializada em Execuções fiscais.

Decerto, a Antiga Lei de Falências (art. 103) impõe ao síndico o dever de apresentar exposição circunstanciada onde elenca, se houver, os atos que constituem crime falimentar, com a indicação dos responsáveis e dos *dispositivos penais* aplicáveis. Contudo, essa exposição circunstanciada tem enfoque específico que em muito se diferencia da atividade própria da administração tributária, que vai verificar também a ocorrência de outros eventos que não os criminais (outras infrações legais ou contratuais) para caracterizar a responsabilidade tributária.

Observo que o enfoque da administração falimentar é o de zelar pelos direitos e deveres dos credores privados, da massa falida em situações específicas e fornecer subsídios ao Ministério Público para intentar a *ação penal por crime falimentar*. A evidência está na própria lei:

Art. 103. Nas vinte e quatro horas seguintes ao vencimento do dôbro do prazo marcado pelo juiz para os credores declararem os seus créditos (artigo 14, parágrafo único, n. V) o *síndico apresentará em cartório, em duas vias, exposição circunstanciada, na qual, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença declaratória, e outros elementos ponderáveis, especificará, se houver, os atos que constituem crime falimentar, indicando os responsáveis e, em relação a cada um, os dispositivos penais aplicáveis.*

§ 1º Essa exposição, instruída com o laudo do perito encarregado do exame da escrituração do falido (art. 63, n. V), e quaisquer documentos, concluirá, se for caso, pelo requerimento de inquérito, exames e diligência *destinados à apuração de fatos ou circunstâncias que possam servir de fundamento à ação penal* (Código de Processo Penal, art. 509).

§ 2º As primeiras vias da exposição e do laudo e os documentos formarão os autos do inquérito judicial e as segundas vias serão juntas aos autos da falência.

[...]

Art. 108. Se não houver provas a realizar ou realizadas as deferidas, os autos serão imediatamente feitos com vista ao representante do Ministério Público, que,

*no prazo de cinco dias, pedirá a sua apensação ao processo da falência ou **oferecerá denúncia** contra o falido e outros responsáveis.*

Parágrafo único. Se o representante do Ministério Público não oferecer denúncia, os autos permanecerão em cartório pelo prazo de três dias, durante os quais o síndico ou qualquer credor poderão oferecer queixa.

Já a verificação da ocorrência do fato gerador e a identificação do sujeito passivo (contribuinte ou responsável) para efeito de composição do crédito tributário é de competência privativa da autoridade administrativa, na forma do art. 142, do CTN, *in verbis*:

#### Lançamento

Art. 142. **Compete privativamente à autoridade administrativa** constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a **verificar a ocorrência do fato gerador** da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, **identificar o sujeito passivo** e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

A divisão de atribuições conferidas ao Juízo Falimentar e à Administração Tributária não é incompatível com a conclusão de que a falência é forma de dissolução regular da sociedade. Contudo, a dissolução regular através da falência não exclui outras irregularidades que possam ter sido praticadas pelo sócio responsável e que tenham relação com o não pagamento do tributo devido.

A alegação da existência de sentença que decreta a falência ou extingue o processo falimentar como defesa do sócio responsabilizado somente seria relevante em um contexto em que a Administração Tributária inserisse o seu nome na CDA por entender ter havido dissolução irregular.

Desta forma, entendo que, apesar de a falência ser forma de dissolução regular da sociedade, a sua decretação ou extinção mediante sentença **não** exclui a responsabilidade dos sócios por outras irregularidades que possam ter praticado e que tenham relação com o não pagamento do tributo devido, devendo, em razão da presunção de apuração dessas outras irregularidades, prevalecer a jurisprudência que presume a responsabilidade daqueles que têm o seu nome inscrito na CDA.



## 2 - Do nome do sócio na CDA.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que a jurisprudência desta Casa firmada no sentido de que todos os sócios e administradores que têm o nome inscrito na CDA podem figurar no pólo passivo da execução fiscal resta incompleta e, portanto, insuficiente para solucionar os casos que vêm se apresentando.

É que o entendimento parte da presunção de que em relação aos sócios com o nome na CDA a Administração Tributária já teria apurado a ocorrência de infração à lei, contrato social ou estatuto, na forma do art. 135, do CTN. Essa linha de pensar inclusive foi referendada através de dois recursos representativos da controvérsia cujas ementas transcrevo:

Processual Civil. *Recurso especial submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC.* Execução fiscal. Inclusão dos representantes da pessoa jurídica, cujos nomes constam da CDA, no pólo passivo da execução fiscal. Possibilidade. Matéria de defesa. Necessidade de dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Inviabilidade. Recurso especial desprovido.

1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, ***se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos"***.

2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c.c. a Resolução n. 8/2008 - Presidência-STJ (REsp n. 1.104.900-ES, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 25.03.2009).

Tributário. Execução fiscal sócio-gerente cujo nome consta da CDA. Presunção de responsabilidade. Ilegitimidade passiva arguida em exceção de pré-executividade. Inviabilidade. Precedentes.

1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

2. **Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp n. 1.104.900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.2009)**, não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que **a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária**, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução.

3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC (REsp n. 1.110.925-SP; Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 22.04.2009).

Esta presunção, que trilha caminho acertado ao prestigiar a legalidade do documento formado pela Administração Tributária, transborda o razoável quando não deixa clara a exigência de uma comprovação mínima nos autos da existência de um processo ou procedimento administrativo ou judicial prévios onde se tenha apurado a referida responsabilidade do sócio por infração à lei, contrato social ou estatutos e quando nega ao responsabilizado o conhecimento da forma de se defender dessa presunção relativa decorrente tão-somente da inclusão de seu nome na CDA.

Por conseqüência, o sócio que tem o nome inscrito na CDA, por não haver orientação jurisprudencial a respeito, fica alijado de qualquer meio de defesa já que não tem o que impugnar, pois não há nos autos a indicação de documento ou processo que lhe impute condutas específicas que poderiam ensejar a responsabilização.

O fato se torna mais grave quando se verifica que a jurisprudência criada no STJ acaba por prestigiar o credor público que inadvertidamente insere o nome do responsável na CDA sem qualquer apuração prévia de responsabilidade.

Desta forma, sem o intuito de alterar a jurisprudência já firmada por ocasião do julgamento dos citados recursos representativos da controvérsia, mas com a intenção de fazê-la evoluir com o aprimoramento necessário, entendo que:

a) A presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária;

*b) Esta demonstração pode ser realizada através da prova de que a CDA não indica o número do procedimento ou do processo administrativo ou judicial onde foram apurados os fatos que levaram à responsabilização; e*

*c) Não havendo esta prova, deve-se manter a presunção de que o número de processo administrativo indicado na CDA refere-se também à apuração da responsabilidade do sócio nela inscrito.*

Sendo assim, o responsabilizado poderia ilidir sua responsabilidade simplesmente trazendo ao processo, no momento oportuno, cópia integral dos autos do procedimento e/ou processo administrativo ou judicial indicados na CDA e demonstrando não ter havido neles qualquer apuração de ato ou fato que pudesse gerar sua responsabilidade.

No presente caso, por não haver constatação na origem a respeito da prova a que me referi no item **c**, deve-se manter a presunção de que o número do processo administrativo indicado na CDA refere-se também à apuração da responsabilidade do sócio nela inscrito, adotando-se a jurisprudência da casa para manter a responsabilidade do sócio, sem olvidar as considerações que fiz, as quais entendo pertinentes para orientações futuras no julgamento de casos do mesmo jaez.

Ante o exposto, com a devida vênia dos Ministros que pensam de modo diverso, *acompanho a divergência* (votos dos Ministros Herman Benjamin e Castro Meira) e *dou provimento* ao recurso para permitir a execução fiscal contra os sócios e administradores de empresa falida cujos nomes constam da CDA.

É como voto.

#### **RETIFICAÇÃO DE VOTO**

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Retifico meu voto-vista, porquanto concordo com as ponderações apresentadas pelo e. Ministro Castro Meira.

Com efeito, a hipótese é de integral provimento ao Recurso Especial, pois a pretensão recursal (reformat a sentença que extinguiu a Execução Fiscal) foi totalmente acolhida.

Diante do exposto, *dou provimento ao Recurso Especial, para que seja redirecionada a Execução Fiscal em relação ao(s) sócio(s) cujo nome estiver inserido na CDA.*

É como voto.

## RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS* improvido pela Ministra Eliana Calmon por entender que a autofalência da recorrida não implica na responsabilização patrimonial dos seus sócios, exceto se a exequente, ora recorrente, provar que a dissolução societária foi procedida de modo irregular, fraudulento.

Em brilhante Voto-vista, o Ministro Herman Benjamin, diverge do entendimento da ilustre relatora, argumentando que, não obstante concordar com o entendimento de que a falência da empresa não conduz, necessariamente, à responsabilização patrimonial dos seus sócios, *in casu*, tal responsabilização decorre diretamente do fato de o sócio constar como corresponsável na CDA. Para robustecer sua tese, apresenta farta jurisprudência de ambas as Turmas da Primeira Seção e desta própria.

Pois bem, Senhores Ministros, peço vênias à Ministra Eliana Calmon para também discordar de seu entendimento e acompanhar os Votos-vista dos Ministros Herman Benjamin e Castro Meira.

Depreende-se do art. 135 do CTN que a responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração contra lei, contrato social ou estatutos da sociedade.

É evidente que o não recolhimento dos tributos exigidos na execução fiscal em epígrafe configura um ato contrário à lei, em razão de prejudicar o fim social a que se destina a arrecadação. Necessário, entretanto, fixarem-se os limites do que seja infração legal, porquanto a falta de pagamento do tributo não configura violação legal.

No escólio de Hugo de Brito Machado, ao assentar que “não se pode admitir que o não-pagamento do tributo configure a infração de lei, capaz de ensejar tal responsabilidade, porque isto levará a suprimir-se a regra, fazendo prevalecer, em todos os casos, a exceção. O não cumprimento de uma obrigação qualquer, e não apenas de uma obrigação tributária, provocaria a responsabilidade do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado inadimplente. Mas tal conclusão é evidentemente insustentável. O que a lei estabelece como regra, isto é, a limitação da responsabilidade dos diretores ou administradores dessas pessoas jurídicas, não pode ser anulado por esse desmedido elastério dado à exceção. Em conclusão, a questão em exame pode ser assim resumida:

(a) os sócios-gerentes, diretores e administradores de sociedades por quotas de responsabilidade limitada ou anônimas, em princípio, não são pessoalmente responsáveis pelas dívidas tributárias destas; (b) *omissis*; (c) relativamente aos demais tributos, a responsabilidade em questão só existirá quando a pessoa jurídica tenha ficado sem condições econômicas para responder pela dívida, em decorrência de atos praticados com excesso de poderes, ou violação da lei, do contrato ou do estatuto; (d) a liquidação irregular da sociedade gera a presunção da prática desses atos abusivos ou ilegais. Em síntese, os atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos, aos quais se reporta o art. 135, III, do CTN, são aqueles atos em virtude dos quais a pessoa jurídica tornou-se insolvente” (“*Responsabilidade Tributária e Infração da Lei*”, Repertório IOB de Jurisprudência 15/94, p. 298-299).

Assim, para que a responsabilidade excepcional do sócio seja configurada, é necessário que lhe seja imputada a autoria do ato ilegal; porquanto, em caso contrário, “para sanar uma injustiça contra o Estado, contra o Fisco, cometer-se-ia uma outra injustiça maior: a responsabilidade do sócio (ainda que gerente de direito) que não cometeu qualquer ato ilegal. Cabe-lhe o ônus da prova, mas indiscutivelmente não pode responder por fraude cometida, praticada, realizada, gerenciada, por terceiro” (*op. cit.*). Com a mesma ênfase, prossegue o autor ao discorrer que “apenas quem pratica o ato gerencial fraudulento, ilegal, pode validamente ser responsabilizado. Interessa à organização social como um todo, que a responsabilidade nos negócios seja, como o nome indica, ‘limitada’. Em todo o negócio há um risco. Quem comercia com uma sociedade inidônea, de certa forma também está a cometer um equívoco, a (mal) assumir o risco. Não há razão moral para que, por existirem maus comerciantes, se elimine a garantia institucional da responsabilidade limitada, que protege o comerciante de boa fé, a família, terceiros, contra os riscos naturais dos negócios” (*op. cit.*).

Infere-se, pois, que o sócio deve responder pelos débitos fiscais do período em que exerceu a administração da sociedade, apenas se ficar provado que agiu ele com dolo ou fraude e exista prova de que a sociedade, em razão de dificuldade econômica decorrente desse ato, não pôde cumprir o débito fiscal.

A Primeira Seção, no julgamento dos EREsp n. 702.232-RS, de relatoria do Ministro Castro Meira, assentou entendimento segundo o qual: 1) se a execução fiscal foi promovida apenas contra a pessoa jurídica e, posteriormente, foi redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o sócio agiu com excesso de poderes

ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN; 2) se a execução fiscal foi promovida contra a pessoa jurídica e o sócio-gerente, cabe a este o ônus probatório de demonstrar que não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas no mencionado art. 135; e 3) se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, o ônus da prova também compete ao sócio, em virtude da presunção *juris tantum* de liquidez e certeza da referida certidão. Senão vejamos pelo aresto abaixo:

Tributário. Embargos de divergência. Art. 135 do CTN. Responsabilidade do sócio-gerente. Execução fundada em CDA que indica o nome do sócio. Redirecionamento. Distinção.

1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c.c. o art. 3º da Lei n. 6.830/1980.

3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de divergência providos.

(EResp n. 702.232, Rel. Min. Castro Meira, DJ 26.09.2005).

Ainda em idêntico sentido:

Execução fiscal. Ilegitimidade passiva. CDA. Liquidez e certeza. Exceção de pré-executividade. Não-cabimento.

1. O STJ vem admitindo exceção de pré-executividade em ação executiva fiscal para arguição de matérias de ordem pública, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais, desde que não haja necessidade de dilação probatória.

2. A discussão acerca da responsabilidade prevista no art. 135 do CTN é inviável em sede de exceção de pré-executividade quando constar o nome do sócio na

Certidão de Dívida Ativa (CDA), uma vez que demandaria produção de provas, tendo em vista a presunção de liquidez e certeza da certidão.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 572.088, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 20.10.2006)

Portanto, antes de se examinar a forma como a sociedade foi extinta, se regular ou irregularmente, há que se examinar a própria CDA, que poderá determinar, de forma objetiva, a responsabilização patrimonial do sócio-gerente, caso este figure como corresponsável.

Na hipótese dos autos, a Certidão de Dívida Ativa incluiu o sócio-gerente como corresponsável tributário, cabendo a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

Ante o exposto, *acompanho o Voto-vista do Ministro Herman Benjamin*. Dou provimento ao recurso especial, para anular a decisão que excluiu da relação processual o sócio-gerente que figura na CDA como corresponsável.

É como penso. É como voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 929.758-DF (2007/0040274-3)**

---

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Themag Engenharia Ltda.

Advogado: Marisa Schutzer Del Nero Poletti e outro

Recorrido: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - Codevasf

Advogado: Rodila Alvarenga Brandão e outro

---

### **EMENTA**

Direito Administrativo. Codevasf. Empresa estatal prestadora de serviço público. Atuação essencialmente estatal. Influxo maior de normas de direito público. Prescrição quinquenal. Decreto n. 20.910/1932. Aplicabilidade da Súmula n. 39-STJ restrita a empresas que explorem a atividade econômica.

1. O recurso especial não comporta conhecimento quanto à alegada violação da Súmula n. 39-STJ, já que esta não integra o conceito de lei federal, existente no art. 105, III, a, da CF.

2. A atividade essencial desempenhada pela Codevasf, que fez com que a Corte de origem a qualificasse como uma empresa pública prestadora de serviço público, é matéria fática, motivo pelo qual, não pode ser revista por este Tribunal Superior, em razão do óbice imposto pela Súmula n. 7-STJ.

3. As empresas estatais podem atuar basicamente na exploração da atividade econômica ou na prestação de serviços públicos, e coordenação de obras públicas.

4. Tais empresas que exploram a atividade econômica - ainda que se submetam aos princípios da administração pública e recebam a incidência de algumas normas de direito público, como a obrigatoriedade de realizar concurso público ou de submeter a sua atividade-meio ao procedimento licitatório - não podem ser agraciadas com nenhum beneplácito que não seja, igualmente, estendido às demais empresas privadas, nos termos do art. 173, § 2º da CF, sob pena de inviabilizar a livre concorrência.

5. Aplicando essa visão ao tema constante no recurso especial, chega-se à conclusão de que a Súmula n. 39-STJ - que determina a não aplicabilidade do prazo prescricional reduzido às sociedades de economia mista - deve ter interpretação restrita, de modo a incidir apenas em relação às empresas estatais exploradoras da atividade econômica.

6. Por outro lado, as empresas estatais que desempenham serviço público ou executam obras públicas recebem um influxo maior das normas de direito público. Quanto a elas, não incide a vedação constitucional do art. 173, § 2º, justamente porque não atuam em região onde vige a livre concorrência, mas sim onde a natureza das atividades exige que elas sejam desempenhadas sob o regime de privilégios.

7. Pode-se dizer, sem receios, que o serviço público está para o Estado, assim como a atividade econômica em sentido estrito



está para a iniciativa privada. A prestação de serviço público é atividade essencialmente estatal, motivo pelo qual, as empresas que a desempenham sujeitam-se a regramento só aplicáveis à Fazenda Pública. São exemplos deste entendimento as decisões da Suprema Corte que reconheceram o benefício da imunidade tributária recíproca à Empresa de Correios e Telégrafos - ECT, e à Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia - Caerd. (RE n. 407.099-RS e AC n. 1.550-2).

8. Não é por outra razão que, nas demandas propostas contra as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, deve-se aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto n. 20.910/1932. Precedentes: (REsp n. 1.196.158-SE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.08.2010, DJe 30.08.2010), (AgRg no AgRg no REsp n. 1.075.264-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 02.12.2008, DJe 10.12.2008).

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

---

DJe 14.12.2010

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por *Themag Engenharia Ltda.*, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

Direito Administrativo. Codevasf. Empresa pública. Contrato para construção de barragem de Boacica. Correção monetária de parcelas pagas com atraso. Prescrição quinquenal.

1. A Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco (Codevasf), empresa pública vinculada ao Ministério do Interior, “tem por finalidade o aproveitamento, para fins agrícolas, agropecuários e agroindustriais, dos recursos de água e solo do Vale do São Francisco, (...), podendo, para esse efeito, coordenar ou executar, diretamente ou mediante contratação, obras de infraestrutura, particularmente de captação de águas para fins de irrigação, de construção de canais primários ou secundários, e também obras de saneamento básico, eletrificação e transportes, conforme Plano Diretor, em articulação com os órgãos federais competentes” (art. 4º da Lei n. 6.088/1974).

2. “No exercício de suas atribuições, poderá a Codevasf atuar, por delegação dos órgãos competentes, como agente do poder público, desempenhando funções de boa administração e fiscalização do uso racional dos recursos de água e solo” (art. 4º, § 2º, da Lei n. 6.088/1974).

3. De acordo com a cláusula sexta do contrato que entre si fizeram a Codevasf e a empresa Themag Engenharia, para elaboração do Projeto Executivo, supervisão e gerenciamento da Barragem de Boacica, localizada no Município de Igreja Nova-AL, as respectivas despesas correriam “à conta dos recursos PIN/BIRD, destinados ao Projeto Boacica/Irrigação/Estudos e Projetos/Infra-estrutura Interna e Uso Comum”.

4. O regime jurídico próprio das empresas privadas, a que se redere o art. 173, § 1º, da Constituição é pertinente apenas às empresas estatais dedicadas a atividades econômica *stricto sensu*, em função do princípio da livre concorrência, o que não é o caso da Codevasf na atividade específica de construção da referida barragem, empregando recursos essencialmente públicos, situação em que se equipara à fazenda pública.

5. É quinquenal a prescrição do suposto débito de correção monetária. (fl. 1.931-e)

Rejeitados os embargos de declaração opostos (fl. 1.942-e).

Aduz a recorrente que o acórdão regional contrariou as disposições contidas nos arts. 177 do antigo CC, bem como à Súmula n. 39-STJ.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 1.991-1.998-e, sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fls. 2.003-2.004-e).

O Ministério Público Federal ofereceu parecer às fls. 2.013-2.017-e, opinando pelo parcial conhecimento e não provimento do recurso especial.

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

### DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O recurso especial não comporta conhecimento quanto à alegada violação da Súmula n. 39-STJ, já que esta não integra o conceito de lei federal, existente no art. 105, III, **a**, da CF.

No mesmo sentido:

Processo Civil e Tributário. Técnica de interposição de recurso especial. Prequestionamento. Impossibilidade de alegação de violação de súmula. IPC. Correção dos depósitos judiciais. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

1. Não basta, para a configuração do prequestionamento, que o Tribunal *a quo* mencione algum artigo de lei federal em seu voto, devendo realizar, de modo fundamentado, juízo de valor específico sobre a questão federal enfocada. Para forçar o Tribunal a tanto, a parte tem a seu dispor o poder (direito potestativo) de opor embargos declaratórios.

2. Não rende ensejo ao conhecimento do recurso especial a alegação de violação de Súmula da jurisprudência, que não se perfaz do conceito de lei federal existente no art. 105, III, **a**, da CF.

3. Quanto ao dissídio, não está demonstrada a similitude fática entre os arestos confrontados. Muito embora os arestos do STJ, apontados como paradigma, afirmem incidir o IPC na correção dos depósitos judiciais, são efusivos ao registrar que a aplicação do IPC se dá para o período discutido nos autos. Já o recorrente, em suas razões, não faz o adequado cotejo analítico apto a demonstrar sobre quais períodos, tanto o acórdão recorrido, quanto os paradigmas, estão se debruçando.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 542.993-RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06.11.2007, DJ 19.11.2007).

No mais, o recurso especial merece conhecimento.

### DA ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 177-CC

Alega a recorrente que o acórdão, ao entender que a prescrição em favor da Codevasf é quinzenal, nos termos do Decreto n. 20.910/1932, violou o art. 177 do Código Civil de 1916, já que às empresas públicas não se poderia aplicar o mesmo prazo prescricional que se observa em favor da Fazenda Pública.

O Tribunal de origem, ao apreciar a demanda, entendeu que a recorrida é empresa pública prestadora de serviço público, motivo pelo qual, deve ser beneficiada com o prazo prescricional reduzido a que está sujeita a Fazenda Pública.

A ementa do acórdão deixa clara essa conceituação:

4. O regime jurídico próprio das empresas privadas, a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição é pertinente apenas às empresas estatais dedicadas a atividades econômica *stricto sensu*, em função do princípio da livre concorrência, **o que não é o caso da Codevasf na atividade específica de construção da referida barragem, empregando recursos essencialmente públicos, situação em que se equipara à fazenda pública.** (Grifei) (fls. 1.931-e).

A atividade essencial desempenhada pela Codevasf, que fez com que a Corte de origem a qualificasse como uma empresa pública prestadora de serviço público, é matéria fática, motivo pelo qual, não pode ser revista por esta Corte Superior, em razão do óbice imposto pela Súmula n. 7-STJ.

Sendo assim, ao analisar o prazo prescricional incidente no caso concreto, deve-se partir da ideia de que a recorrida é empresa pública prestadora de serviço público, e não exploradora da atividade econômica.

Fixado esse ponto, parte-se para o enfrentamento do cerne do recurso especial.

As empresa estatais, sejam elas públicas ou sociedades de economia mista, apesar de serem instrumento de atuação do Estado, submetidas a regras impostas pelo interesse público motivador de sua instituição, não se enquadram no conceito de Fazenda Pública. Possuem personalidade jurídica de direito privado e não se beneficiam, em regra, das prerrogativas inerentes às pessoas jurídicas de direito público.

Tais empresas, de acordo com a finalidade em razão da qual foram criadas, podem atuar, basicamente, em dois campos. Há as que se destinam a desempenhar a atividade econômica e aquelas cujo objetivo é prestar serviços públicos e executar obras públicas. Esse critério de diferenciação é de extrema importância, pois, de acordo com o campo de atuação, haverá maior ou menor interferência das normas de direito público.

No caso das empresas estatais que exploram a atividade econômica, ainda que se submetam aos princípios da administração pública e recebam a incidência de algumas normas de direito público - como a obrigatoriedade de realizar concurso público ou de submeter a sua atividade-meio ao procedimento

licitatório - não podem ser beneficiadas com nenhum beneplácito que não seja, igualmente, estendido às demais empresas privadas, nos termos do art. 173, § 2º da CF, sob pena de inviabilizar a livre concorrência.

Aplicando essa visão ao tema constante nos autos, chega-se à conclusão de que a Súmula n. 39-STJ - que determina a não aplicabilidade do prazo prescricional reduzido às sociedades de economia mista - deve ter interpretação restrita, de modo a incidir apenas em relação às empresas estatais exploradoras da atividade econômica.

Este, aliás, é o entendimento que vem prevalecendo nesta Corte Superior:

Recurso especial. Processual Civil. Ação de cobrança. Diferenças de correção monetária em caderneta de poupança. Prescrição vintenária. Incidência, independentemente da existência de autarquia estadual no pólo passivo da demanda. Precedentes. Recurso provido.

I - A correção monetária e os juros remuneratórios em caderneta de poupança, por agregarem-se ao capital, perdem a natureza de acessórios, concluindo-se, por consectário lógico, que a prescrição aplicável é a vintenária;

II - Tal prazo prescricional não se altera pela existência de autarquia estadual no pólo passivo da demanda, porquanto esta sujeita-se ao mesmo regime de prescrição das pessoas jurídicas de direito privado em se tratando de negócios jurídicos bancários;

III - *Dessa forma, a prescrição quinquenal, prevista pelo Decreto n. 20.910/1932, não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista **ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica;***

IV - Recurso especial provido. (Grifei)

(REsp n. 1.058.825-MG, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 03.12.2008.)

Processual Civil. Empresa pública. Prazo prescricional. Decreto n. 20.910/1932.

1. O contido no Decreto n. 20.910/1932 e no Decreto-Lei n. 4.597/1942 aplica-se apenas às pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas), excluindo-se, portanto, as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta (sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações).

**2. As empresas públicas que explorem atividade econômica são regidas pelas normas aplicáveis às empresas privadas, não sendo, portanto, beneficiárias do prazo prescricional previsto pelo Decreto n. 20.910/1932.**

3. Recurso especial improvido. (Grifei)

(REsp n. 925.404-SE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 24.04.2007, DJ 08.05.2007)

Sabe-se, por outro lado, que as empresas estatais que desempenham serviço público ou executam obras públicas recebem um influxo maior das normas de direito público. Quanto a elas, não incide a vedação constitucional do art. 173, § 2º, justamente porque não atuam em região onde vige a livre concorrência, mas sim onde a natureza das atividades exigem que elas sejam desempenhadas sob o regime de privilégios.

Neste sentido, o lapidar voto do Ministro Eros Roberto Grau, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 46-DF:

os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos importam em que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde a sua prestação. É justamente a virtualidade desse privilégio de exclusividade na prestação, aliás, que torna atrativo para o setor privado a sua exploração, em situação de concessão ou permissão.

É por receber um influxo muito maior do regime jurídico de Direito Público que, lentamente, a jurisprudência, principalmente da Corte Suprema, vem conferindo prerrogativas da Fazenda Pública às empresas estatais, sejam elas sociedades de economia mista ou empresas públicas, desde que prestadoras de serviço público.

Neste movimento, pode-se citar, por exemplo, o reconhecimento da imunidade tributária recíproca da Empresa de Correios e Telégrafos - ECT, ou ainda, da Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia - Caerd, o que levou a Corte Suprema a afirmar que tal imunidade abrange as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos - de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (RE n. 407.099-RS e AC n. 1.550-2).

A tendência que vem sendo adotada pela Suprema Corte parece acertada. Isto porque, a prestação de serviços públicos é uma atividade pertinente à esfera peculiar do Estado, de modo que quando uma empresa estatal atua nessa área, o faz como auxiliar o Poder Público no desempenho de suas atividades essenciais.

Pode-se dizer, sem receios, que o serviço público está para o Estado, assim como a atividade econômica em sentido estrito está para a iniciativa privada. A prestação de serviço público é atividade essencialmente estatal, motivo pelo qual, as empresas que a desempenham sujeitam-se a regramento só aplicáveis à Fazenda Pública.

Celso Antônio Bandeira de Melo explica com maestria a diferenciação que precisa ser feita entre as empresas estatais que exploram a atividade econômica e as que prestam serviço público ou executam obras públicas:

Há, portanto, dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos, como procuramos demonstrar em outra oportunidade.

No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas – às quais cabe a senhoria no campo econômico –, compreende-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais. Daí haver o Texto Constitucional estabelecido que em tais hipóteses regular-se-ão pelo regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II). Advirta-se, apenas, que há um grande exagero nesta dicção da Lei Magna, pois ela mesma se encarrega de desmentir-se em inúmeros outros artigos, como além será demonstrado.

**No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole.** (Grifei) (BANDEIRA DE MELLO. Celso A. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 25ª Ed. p. 198-199).

Não é por outra razão que esta Corte Superior, em julgados recentes de ambas as Turmas de Direito Público, entendeu que nas demandas propostas contra as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, deve-se aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto n. 20.910/1932.

Neste sentido:

Processual Civil. Recurso especial. Empresa municipal responsável pela prestação de serviços públicos próprios do Estado. Equiparação à Fazenda Pública. Ação de indenização. Prescrição: Decreto n. 20.910/1932. Termo *a quo*.

1. O art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 fixa como termo inicial da prescrição quinquenal a data do ato ou fato que deu origem à ação de indenização.

2. O direito de pedir indenização, pelo clássico princípio da *actio nata*, surge quando constatada a lesão e suas conseqüências, fato que desencadeia a relação de causalidade e leva ao dever de indenizar.

**3. Tratando-se de empresa pública integrante da administração indireta, responsável pela prestação de serviços públicos próprios do Estado, com o fim de atender as necessidades essenciais da coletividade, sem que apresente**

***situação de exploração de atividade econômica, deve ser aplicada a prescrição quinquenal, conforme o Decreto n. 20.910/1932.***

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.196.158-SE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.08.2010, DJe 30.08.2010)

Processual Civil. Prescrição. Artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932. Empresa pública.

I - Para analisar a afirmação da recorrente de que a empresa recorrida não presta serviço público, afastando a convicção do Tribunal *a quo*, se tem impositivo o reexame do conjunto probatório, o que é insusceptível no âmbito do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

***II - Sendo a recorrida empresa pública integrante da administração indireta como prestadora de serviços públicos, sem que se apresente, conforme delineado no acórdão recorrido, situação de exploração de atividade econômica, ressaí de rigor a aplicação da prescrição quinquenal, conforme o Decreto n. 20.910/1932.***

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp n. 1.075.264-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 02.12.2008, DJe 10.12.2008)

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC, conheço parcialmente do recurso especial e nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 938.403-CE (2007/0072095-4)**

---

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: José Edmundo Barros de Lacerda e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho

Recorrido: Shell Brasil Ltda.

Advogada: Renata Barbosa Fontes da Franca e outro(s)



### EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Sunab. Distribuidora de combustíveis. Atividade-meio. Exigência de afixação de tabela de preços. Impossibilidade. Inexistência de relação de consumo entre a distribuidora e o consumidor final.

1. A Lei Delegada n. 4/1962 estipulou a obrigatoriedade de afixação, em lugar visível e de fácil leitura, de tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares.

2. A Corte de origem, ao apreciar os fatos que deram origem à demanda, considerou que a unidade autuada não exercia nenhuma atividade de comercialização direta com o consumidor final, inclusive por expressa vedação do art. 12 da Portaria n. 116/2000 - ANP.

3. Se a distribuidora de combustíveis não mantém relação de consumo com o consumidor final, mas exerce atividade-meio com as respectivas revendedoras, não está obrigada a expor a lista de preços dos produtos que comercializa.

4. A exigência de exibição de tabela de preços não pode afastar-se do postulado da razoabilidade, o qual, *in casu*, deve ser prestigiado para se afastar a aplicação da Lei Delegada n. 4/1962 ao caso concreto.

Recurso especial improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Mirella Bittencourt de Andrade, pela parte recorrida: Shell Brasil Ltda.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pela *Fazenda Nacional*, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, ao julgar demanda relativa à prevalência de multa aplicada pela extinta Sunab em razão da não fixação de tabela de preços, negou provimento ao recurso de apelação da recorrente.

A ementa do julgado guarda o seguinte teor (fl. 234):

Ação anulatória. Administrativo. Multa da Sunab. Exibição de preço de produto em base de distribuição de combustíveis.

- Realizando a unidade operacional da distribuidora de combustível apenas atividades de armazenamento e distribuição, sem praticar a comercialização direta ao consumidor final, não se justifica a lavratura de auto de infração pela Sunab em razão da não exposição dos preços dos produtos ao público, se este sequer tem acesso às dependências das distribuidoras de combustíveis.

No presente recurso especial, a recorrente alega contrariedade à legislação federal, especificamente do art. 11, alíneas **c** e **j**, da Lei Delegada n. 4, de 26.09.1962, porque, segundo o Tribunal *a quo*, ele não obriga a recorrida a proceder com a afixação de tabela de preços dos produtos que comercializa, em local visível no estabelecimento.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 255-258), sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fls. 260-1).

Distribuídos os autos ao eminente Ministro Francisco Falcão, foi suscitada a conexão entre o presente processo e o processo que culminou com o REsp n. 933.627, que se encontra apenso, perante o qual proferi decisão anterior.

Porque ouvido, reconheci a referida conexão e determinei a apensação dos referidos autos para prolatação de decisões uniformes (fls. 361-366).

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): A controvérsia é singela. Diz respeito à seguinte tese: estariam as distribuidoras de combustíveis, a exemplo da recorrida, obrigadas a afixar a tabela de preços dos produtos comercializados, mesmo sem que efetuem venda direta ao consumidor final?

O art. 11 da Lei Delegada n. 4/1962 determina que:

Art. 11. Fica sujeito à multa de 150 a 200.000 Unidades Fiscais de Referência - UFIR, vigente na data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

(...)

c) não mantiver afixado em lugar visível e de fácil leitura, tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares;

j) dificultar ou impedir a observância das resoluções que forem baixadas em decorrência desta lei;

A recorrida é empresa voltada para a *distribuição de combustíveis*, ao estilo do que definem os incisos XX e XXI do art. 6º da Lei n. 9.478/1997:

XX - Distribuição: atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, na forma das leis e regulamentos aplicáveis;

XXI - Revenda: atividade de venda a varejo de combustíveis, lubrificantes e gás liquefeito envasado, exercida por postos de serviços ou revendedores, na forma das leis e regulamentos aplicáveis;

A Corte de origem, ao se pronunciar sobre as atividades mercantis desenvolvidas pela recorrida, posicionou-se no seguinte sentido (fl. 231):

A apelada não realiza na unidade autuada nenhuma atividade de comercialização direta com o consumidor final, inclusive por expressa vedação legal, conforme o art. 12 da Portaria n. 116/2000 da ANP, *verbis*:

É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista.

Dessa forma, não há razão para manter os preços dos produtos expostos ao público, consumidor varejista, com o qual não pode desenvolver relações de compra e venda de combustíveis. Acrescente-se que este consumidor final sequer tem acesso às dependências das distribuidoras de combustíveis.

À apelada é proibido vender combustível diretamente ao consumidor final. A exigência da tabela de preço afixada em local visível perde sua razão de ser, pois destinada ao público em geral e não ao revendedor varejista.

A finalidade da norma de afixação de tabela de preços, conforme a lógica do razoável, não se estende à recorrida, que, ao estilo do contido no acórdão

recorrido, exerce, tão somente, atividades de intermediação, sem acesso de consumidores finais a seus estabelecimentos.

De fato, comungo do entendimento de que a *mens legis* dirigiu-se a proteger o consumidor contra a alteração indiscriminada de preços dos produtos, muitas vezes feitas à sorrelfa, na calada da noite. Com outras palavras, instituiu-se um mecanismo que privilegiou a não surpresa do consumidor final frente às remarcações desenfreadas de preços.

Bem por isso, não se poderia exigir da recorrida, que não mantém relação de consumo com particulares, a exibição de preços dos produtos que comercializa. A interpretação do dispositivo evocado pela fiscalização, decididamente, não deve afastar-se do norte da razoabilidade.

Bem por isso, ao presente caso, calha como luva a anotação da Professora Fernanda Marinela, para quem:

O princípio da razoabilidade não visa substituir a vontade da lei pela do julgador, visto que cada norma tem uma razão de ser. Entretanto, ele representa um limite para a discricionariedade do administrador, exigindo uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e finalidade legal do outro. Agir discricionariamente não significa agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. A lei não protege, não encampa condutas insensatas, portanto terá o administrador que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal.

(Direito Administrativo, Impetus, 4ª edição, p. 49).

A proteção ao consumidor, sob esse aspecto, restaria inútil e, ao fim, estaria punindo a empresa em razão de conduta inexigível materialmente.

Não deve prevalecer a mesma regra de conduta onde não há a mesma razão fundamental: o dispositivo tido por contrariado, decididamente, não se aplica a distribuidoras de combustíveis, hipótese concreta dos autos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.095.687-SP (2008/0214589-2)**

---

Relator: Ministro Castro Meira

Relator para o acórdão: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Paulo Keiner e outro  
Advogado: Jose Rena e outro(s)  
Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo  
Procurador: Maria Christina Menezes e outro(s)

---

### EMENTA

Processual Civil e Tributário. Violação do art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Súmula n. 284-STF. Execução fiscal. Redirecionamento contra o sócio-gerente em período superior a cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica. Prescrição. Revisão da jurisprudência do STJ.

1. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 284-STF.

2. Controverte-se nos autos a respeito de prazo para que se redirecione a Execução Fiscal contra sócio-gerente.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o redirecionamento não pode ser feito após ultrapassado período superior a cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica.

4. A inclusão do sócio-gerente no pólo passivo da Execução Fiscal deve ser indeferida se houver prescrição do crédito tributário.

5. Note-se, porém, que o simples transcurso do prazo quinquenal, contado na forma acima (citação da pessoa jurídica), não constitui, por si só, hipótese idônea a inviabilizar o redirecionamento da demanda executiva.

6. De fato, inúmeros foram os casos em que as Execuções Fiscais eram arquivadas nos termos do art. 40 da Lei n. 6.830/1980, em sua redação original, e assim permaneciam indefinidamente. A Fazenda Pública, com base na referida norma, afirmava que não corria o prazo prescricional durante a fase de arquivamento. A tese foi rejeitada, diante da necessidade de interpretação do art. 40 da LEF à luz do art. 174 do CTN.

7. A despeito da origem acima explicitada, os precedentes passaram a ser aplicados de modo generalizado, sem atentar para a natureza jurídica do instituto da prescrição, qual seja medida punitiva para o titular de pretensão que se mantém inerte por determinado período de tempo.

8. Carece de consistência o raciocínio de que a citação da pessoa jurídica constitui o termo *a quo* para o redirecionamento, tendo em vista que elege situação desvinculada da inércia que implacavelmente deva ser atribuída à parte credora. Dito de outro modo, a citação da pessoa jurídica não constitui “fato gerador” do direito de requerer o redirecionamento.

9. Após a citação da pessoa jurídica, abre-se prazo para oposição de Embargos do Devedor, cuja concessão de efeito suspensivo era automática (art. 16 da Lei n. 6.830/1980) e, atualmente, sujeita-se ao preenchimento dos requisitos do art. 739-A, § 1º, do CPC.

10. Existe, sem prejuízo, a possibilidade de concessão de parcelamento, o que ao mesmo tempo implica interrupção (quando acompanhada de confissão do débito, nos termos do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN) e suspensão (art. 151, VI, do CTN) do prazo prescricional.

11. Nas situações acima relatadas (Embargos do Devedor recebidos com efeito suspensivo e concessão de parcelamento), será inviável o redirecionamento, haja vista, respectivamente, a suspensão do processo ou da exigibilidade do crédito tributário.

12. O mesmo raciocínio deve ser aplicado, analogicamente, quando a demora na tramitação do feito decorrer de falha nos mecanismos inerentes à Justiça (Súmula n. 106-STJ).

13. Trata-se, em última análise, de prestigiar o *princípio da boa-fé processual*, por meio do qual não se pode punir a parte credora em razão de esta pretender esgotar as diligências ao seu alcance, ou de qualquer outro modo somente voltar-se contra o responsável subsidiário após superar os entraves jurídicos ao redirecionamento.

14. É importante consignar que a prescrição não corre em prazos separados, conforme se trate de cobrança do devedor principal ou dos demais responsáveis. Assim, se estiver configurada a prescrição (na

modalidade original ou intercorrente), o crédito tributário é inexigível tanto da pessoa jurídica como do sócio-gerente. Em contrapartida, se não ocorrida a prescrição, será ilegítimo entender prescrito o prazo para redirecionamento, sob pena de criar a aberrante construção jurídica segundo a qual o crédito tributário estará, simultaneamente, prescrito (para redirecionamento contra o sócio-gerente) e não prescrito (para cobrança do devedor principal, em virtude da pendência de quitação no parcelamento ou de julgamento dos Embargos do Devedor).

15. Procede, dessa forma, o raciocínio de que, se ausente a prescrição quanto ao principal devedor, não há inércia da Fazenda Pública.

16. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Herman Benjamin, embora por outros fundamentos, a Turma, por maioria, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, que lavrará o acórdão. Vencidos o Sr. Ministro Castro Meira e a Sra. Ministra Eliana Calmon.” Votaram com o Sr. Ministro Herman Benjamin os Srs. Ministros Humberto Martins e Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

---

DJe 08.10.2010

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Tributário. Execução. Responsabilidade. Sócios.

1. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que os sócios-gerentes são pessoalmente responsáveis pelos impostos devidos pela empresa da qual eram sócios, com fatos geradores da época em que pertenciam à sociedade, e a falta de recolhimento de tributos constitui infração à lei. (EDREsp n. 258.732-MG, Primeira Turma, rel. Garcia Vieira, j. 07.11.2000, DJU 27.11.2000, p. 136).

2. Interrompida a prescrição pela citação da pessoa jurídica, não ficou comprovada qualquer inércia da exeqüente a justificar o seu reconhecimento sob a forma intercorrente.

Recurso improvido (fl. 91).

Os embargos de declaração a seguir opostos foram rejeitados (fls. 113-115).

Os recorrentes aduzem negativa de vigência ao art. 535 do Código de Processo Civil, em face da rejeição dos aclaratórios que buscavam, além do prequestionamento, “a correção da data do ajuizamento da execução, eis que, restou consignado no v. acórdão recorrido como sendo dia 11.03.1999, sendo que a ação executiva foi distribuída em 26.02.1999, conforme consta da CDA que fundamenta a ação” (fl. 123).

Apontam a existência de violação ao disposto nos arts. 135, III, 156, V, e 174, parágrafo único do Código Tributário Nacional - CTN. Alegam que, entre a constituição definitiva do crédito tributário e a citação dos sócios, decorreu prazo superior a 05 anos, operando-se a prescrição da ação para a sua cobrança. Defendem ainda que o mero inadimplemento da obrigação tributária não implica na responsabilidade objetiva dos sócios.

As contra-razões foram ofertadas às fls. 159-164.

Inadmitido o recurso especial na origem (fls. 167-168), subiram os autos a esta Corte de Justiça, em virtude de provimento dado ao Agravo de Instrumento n. 964.604-SP.

É o relatório.

## VOTO

Ementa: Processual Civil e Tributário. 535 do CPC. Execução fiscal. Embargos do devedor. Redirecionamento contra o sócio. Citação da pessoa jurídica. Prescrição.



1. Não se conhece do recurso especial pela violação do art. 535 do CPC nos casos em que a argüição é genérica. Súmula n. 284-STF.

2. O redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n. 6.830/1980 que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Precedentes.

3. A citação da empresa se deu em março de 1999 e a citação das recorrentes somente em 2006, quando já prescrita, portanto, a pretensão de redirecionamento.

3. Recurso especial conhecido em parte e provido.

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Primeiramente, não se conhece de recurso especial por violação do art. 535 do CPC se a parte não especifica o vício que inquina o aresto recorrido, limitando-se a alegações genéricas de omissão no julgado, por entender imperativo o acolhimento dos embargos para fins de prequestionamento, sob pena de tornar-se insuficiente a tutela jurisdicional.

Ademais, embora tenha apontado suposta omissão no tocante à data do ajuizamento da ação executiva, não demonstrou o recorrente – e isso era o mais importante – por que estava o Tribunal Estadual obrigado a se manifestar sobre tal omissão e como ela influiria no julgamento do feito.

Incide, por analogia, o óbice da Súmula n. 284-STF.

Passo ao mérito.

Em diversas oportunidades, esta Corte de Justiça já se pronunciou no sentido que o redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n. 6.830/1980 que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses de suspensão previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal.

Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente, oriundo da 2ª Turma deste Tribunal:

Tributário. Prescrição. Execução fiscal. Empresa em situação irregular. Citação do sócio. Prescrição intercorrente.

1. O Código Tributário Nacional, possuindo *status* de lei complementar, prevalece sobre as disposições constantes da Lei n. 6.830/1980. Assim, a interrupção da prescrição dá-se pela citação pessoal do devedor nos termos do parágrafo único, inciso I, do art. 174 do Código, e não na forma estabelecida no art. 8º, § 2º, da lei mencionada.

2. O redirecionamento da ação executiva fiscal em face do sócio responsável pelo pagamento deve ser providenciado até cinco anos contados da citação da empresa devedora.

3. Recurso especial conhecido e improvido (REsp n. 205.887, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 1º.08.2005).

No mesmo sentido, confirmam-se: REsp n. 595.979-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 23.05.2005; REsp n. 401.456-SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 1º.02.2005; REsp n. 615.926-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 28.02.2005; e AgRg no REsp n. 646.190-RS, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 17.03.2005.

No caso dos autos, tem-se que a citação da empresa se deu em março de 1999 (fl. 24) e a citação das recorrentes somente em 2006 (fl. 33), quando já prescrita, portanto, a pretensão de redirecionamento.

Diante desse contexto, em face do reconhecimento da prescrição, merece ser extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV do CPC. As custas processuais e os honorários advocatícios, mantido o montante fixado na sentença, serão suportados exclusivamente pelo recorrido.

Ante o exposto, *conheço em parte do recurso especial e dou-lhe provimento.*

É como voto.

#### **VOTO VENCEDOR**

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República.

Os recorrentes alegam violação do art. 535 do CPC e dos arts. 135, III, 156, V, e 174 do CTN. Centralizam a sua tese de mérito no argumento de que, entre a constituição definitiva do crédito tributário e a citação dos sócios, decorreu prazo superior a cinco anos, operando-se a prescrição da ação para a sua cobrança.

O e. Ministro Castro Meira proferiu voto conhecendo parcialmente do recurso e, nessa parte, dando-lhe provimento, de modo a aplicar a jurisprudência

do STJ favorável à ocorrência da prescrição quando o redirecionamento ultrapassa o prazo de cinco anos, contados da data da citação da pessoa jurídica.

Em face da complexidade da matéria, pedi vista dos autos.

De início, esclareço que concordo com a incidência, por analogia, da Súmula n. 284-STF, relativamente à tese de violação do art. 535 do CPC.

Quanto ao mérito, a questão controvertida, pela relevância que possui, merece, preliminarmente, um breve esclarecimento histórico.

### **1. A prescritibilidade do crédito tributário**

De fato, é incontroverso que a orientação jurisprudencial firmou-se no sentido a que se refere o Ministro Relator. É importante, contudo, registrar que a linha de interpretação adotada pelo STJ teve por base a antiga disputa entre o conteúdo do art. 174 do CTN e o do art. 40 da LEF, em sua redação original, ou seja, de um lado, a definição de um prazo extintivo não apenas da pretensão de direito material, como do crédito tributário propriamente dito (arts. 156, V, e 174 do CTN), em aparente conflito com norma que supostamente disciplinaria a imprescritibilidade do aludido crédito (art. 40, § 3º, da Lei n. 6.830/1980).

Em síntese, com a finalidade de evitar a interpretação no sentido da imprescritibilidade do crédito tributário, determinou-se que a regra do art. 40 da LEF (lei ordinária) deve ser aplicada à luz do disposto no art. 174 do CTN (lei complementar, que, nos termos da Constituição da República, é o veículo normativo autorizado a disciplinar a prescrição no Direito Tributário).

Atualmente, esse entendimento não apenas se encontra sedimentado na jurisprudência do STJ, como foi corroborado por meio da inclusão do § 4º ao art. 40 da LEF, conforme a Lei n. 11.051/2004.

### **2. Prescrição e redirecionamento da Execução Fiscal**

Ocorre que os antigos precedentes, que se limitavam à situação acima referida, passaram a ser aplicados, sem a prudência que seria recomendável – ou, ao menos, sem que o tema fosse analisado em seus desdobramentos – para as hipóteses de redirecionamento da Execução Fiscal. Pior ainda, consagram a equivocada tese da prescrição pautada em parâmetro objetivo e absolutamente desvinculado de inércia atribuível à parte (“prescrição sem inércia”).

Passo a tecer considerações dos aspectos que reputo merecedores de maior reflexão.

Como em qualquer ramo do Direito, a aplicação de um instituto jurídico não pode ser feita com base na singela literalidade da redação da lei. É preciso, antes, captar a essência da norma que o dispositivo legal enuncia, à luz dos princípios que o informam.

Pois bem, sabe-se que a prescrição representa medida punitiva ao titular de uma pretensão, em face da inércia exclusivamente a ele atribuível (princípio da *actio nata*), qualificada pelo transcurso do prazo fixado em lei. Desnecessário invocar os ensinamentos dos grandes doutrinadores brasileiros, pois se trata de definição de sabença geral no universo jurídico.

A prescrição para a cobrança do crédito tributário vem disciplinada no art. 174 do CTN, o qual prevê a sua ocorrência após o transcurso do prazo quinquenal, contado da data de sua constituição definitiva.

Sucedem que o Código Tributário Nacional disciplina apenas a prescrição em relação ao devedor principal, nada dizendo a respeito da aplicação daquele instituto em relação aos co-responsáveis. É verdade que há o dispositivo do art. 125, III, do CTN, mas, observo, trata-se de norma que dispõe sobre os efeitos da solidariedade, nada mais.

Inexiste, enfim, regime jurídico específico para as nuances da prescrição em relação aos co-responsáveis.

Pois bem, caso a citação pessoal, ou o despacho que a ordenou (conforme, respectivamente, a redação anterior ou posterior do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, nos termos da Lei Complementar n. 118/2005), nos autos da Execução Fiscal, tenha sido realizada antes dos cinco anos, a prescrição terá sido interrompida.

O primeiro problema que surge é que a lei determina a situação que dá ensejo à interrupção do prazo prescricional, mas é silente a respeito do momento em que este deve ser reiniciado.

Considerando que a aplicação do instituto jurídico da prescrição pressupõe a inércia da parte credora, bem como o disposto no art. 109 do CTN – ou seja, a regra segundo a qual os “princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas” –, não se mostra razoável o entendimento de que a contagem da prescrição deva ser reiniciada no dia imediatamente subsequente ao da citação do principal devedor.

Como se sabe, a partir da citação do principal devedor, a demanda terá prosseguimento por meio de atos que, a rigor, são de iniciativa deste último, quais

sejam o pagamento do débito, a nomeação de bens à penhora ou a apresentação de garantia judicial, consistente em depósito ou fiança bancária. Nesse intervalo de tempo – atualmente fixado em 05 dias, conforme art. 8º, *caput*, da Lei n. 6.830/1980 –, é inconcebível cogitar da fluência do prazo prescricional contra a Fazenda Pública, uma vez que a inércia pressupõe a ausência da prática de ato processual de sua incumbência (ora, é óbvio que o pagamento da dívida ou a apresentação de garantia judicial não podem ser exigidos da Fazenda Pública, pois não é ela a devedora).

Nesta primeira situação fática, portanto, já é possível concluir que o prazo da prescrição – que, no caso, será a intercorrente – somente será reiniciado a partir do momento em que o prosseguimento da demanda depende da manifestação da Fazenda Pública.

Sucedem que, no curso da Execução Fiscal, muitas situações podem ocorrer. A título exemplificativo, menciono as seguintes:

- a) ausência de pagamento e de apresentação de garantia do juízo;
- b) protocolo de Exceção de Pré-Executividade;
- c) pedido de prazo para diligências (para fins de localização do devedor e/ou de bens passíveis de constrição);
- d) concessão de parcelamento administrativo do débito;
- e) verificação de que a empresa executada teve a falência decretada;
- f) nomeação de bens à penhora e concordância da credora, com a conseqüente redução a termo e posterior apresentação de Embargos do Devedor; etc.

Verifica-se que carece de consistência jurídica a aplicação indiscriminada da tese de que a prescrição intercorrente (seja para o redirecionamento, seja para a cobrança do crédito em relação ao principal devedor tributário) tem reinício após a citação da empresa.

Note-se que, nos exemplos **d** e **f**, há situação que dá ensejo, respectivamente, à suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, no regime anterior às alterações promovidas pela Lei n. 11.382/2006, à suspensão da Ação de Execução Fiscal (atualmente, esta somente terá o andamento provisoriamente obstado se o juiz atribuir efeito suspensivo, nas condições previstas em lei, aos Embargos do Devedor – cfr. art. 739-A do CPC).

Impossível, pois, cogitar da possibilidade de dar prosseguimento às medidas de cobrança do crédito tributário quando este se encontra parcelado, ou enquanto a Ação de Execução Fiscal não pode prosseguir.

Relembre-se que há parcelamentos com prazo de duração superior a 60 meses (o Paes, por exemplo, pode ser pago em até 180 meses; o Refis, por seu turno, não tem limite de duração), e que mesmo o ordinário (60 meses) pode ser concedido às vésperas da consumação do prazo prescricional. Enquanto durar o parcelamento, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário perdura (a jurisprudência, com base nessa justificativa, costuma impedir o Fisco de efetuar a penhora de créditos titularizados pelo seu devedor, no rosto dos autos em que aqueles são apurados) e qualquer medida de cobrança que o Fisco pretenda adotar é prontamente repelida pelo Poder Judiciário. Aliás, a concessão de parcelamento, por vir acompanhada de confissão do débito, é ato que também possui o efeito de interromper a prescrição (ar. 174, parágrafo único, IV, do CTN), de modo que, após eventual rescisão daquele, motivada por falta de pagamento, haverá reinício, por mais 05 anos, do prazo de prescrição.

Acrescento à argumentação acima as judiciosas considerações dos e. Ministros Mauro Campbell Marques e Humberto Martins. O primeiro menciona que nem sempre a situação que dá ensejo ao redirecionamento ocorre durante o quinquênio, bem como que a demora na tramitação do feito, decorrente das falhas nos mecanismos inerentes à Justiça, não pode implicar prejuízo à parte credora (Súmula n. 106-STJ).

O Ministro Humberto Martins consigna, em voto que ilustra sua sensibilidade para o trato da questão, que a aplicação da jurisprudência do STJ é “prejudicial à boa-fé processual, daquele exequente que sempre diligenciou nos autos buscando receber o seu crédito, mas, por estar diante de um mau pagador, acaba esgotando todas as alternativas possíveis de cobrança”, para só depois “partir para os bens dos sócios”.

Outro importante aspecto a ser considerado é que a prescrição possui natureza objetiva. Em outras palavras, não se trata de instituto vinculado à natureza das partes, ou à sua manifestação de vontade.

Assim, a prescrição para a cobrança do devedor principal e dos demais responsáveis tributários (quer se trate de responsabilidade direta e pessoal, nos termos do art. 135 do CTN, quer se trate de responsabilidade subsidiária, conforme art. 134 do CTN) é uma só. Não há prazos diferenciados, ou momentos distintos, para a sua incidência.

Com isso, afirmo que, *se houve prescrição, ou prescrição intercorrente, para a cobrança do crédito tributário do devedor principal, estará fulminada a pretensão de redirecionar a Execução Fiscal para os demais responsáveis tributários. Em*

*contrapartida, enquanto o crédito tributário não estiver fulminado pela prescrição, não será legítimo entender que houve prescrição (original ou intercorrente) para o redirecionamento, afinal, o crédito tributário, que é o mesmo, não pode estar simultaneamente prescrito e não prescrito.* Procede, dessa forma, o raciocínio de que, se não houve prescrição quanto ao devedor principal, é porque se reconhece indiretamente que inexistiu inércia da Fazenda Pública – em outras palavras, abandono permanente e duradouro há pelo menos cinco anos –, e, portanto, não seria correto aplicar aquele instituto em relação aos co-responsáveis.

Para reforçar a afirmação acima, utilizo a Súmula n. 314-STJ, que dispõe:

Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

### 3. Um exemplo hipotético

Imagine-se, então, a seguinte ocorrência: o crédito tributário foi definitivamente constituído em 15.03.1998. A Execução Fiscal foi proposta em 15.03.2002 e o despacho que ordenou a citação data de 31.03.2002. Por se tratar de momento anterior ao das alterações promovidas pela LC n. 118/2005, somente a citação pessoal poderia produzir o efeito de interromper a prescrição. Na situação imaginária, tal ato seria datado de 15.08.2002. Pois bem, a empresa devedora não efetua o pagamento e não garante o juízo. A Fazenda Pública promove diligências e nada encontra. Requer ao juiz da Execução Fiscal o bloqueio de dinheiro por meio do Bacen Jud, e, em face da inexistência de aplicações financeiras, depois parte para a última tentativa, qual seja a penhora de faturamento. Nenhuma das medidas é eficaz. Nesse contexto, requer e tem deferida, em 15.08.2004, a suspensão do feito por um ano, nos termos do art. 40 da LEF. Em 15.08.2005, os autos são encaminhados ao arquivo, data em que, consoante a Súmula n. 314-STJ, reiniciou-se a contagem da prescrição intercorrente, que, note-se, estará consumada apenas em 15.08.2010.

Nesse meio tempo, a Fazenda consegue reunir provas da prática de ato de infração à lei cometido pelo gerente da empresa e com base nelas requer, em 15.08.2009, o redirecionamento. Se aplicada – como erroneamente vem acontecendo – a orientação do STJ, o requerimento seria indeferido, ante a constatação do decurso de prazo superior a cinco anos, contados da citação da empresa (relembre-se, em 15.08.2002).

Tal exemplo, longe de representar ficção jurídica – qualquer profissional que atue no ramo há alguns anos, como juiz, advogado privado ou da Fazenda Pública, bem o sabe –, ilustra o seguinte paradoxo: para a empresa, a prescrição intercorrente somente estará consumada em 15.08.2010, ao passo que, para o gerente, a prescrição intercorrente teria se consumado em 15.08.2007! Como defender o argumento de que o mesmo crédito tributário estaria e não estaria prescrito?

É verdade que a hipótese de responsabilidade tributária prevista no art. 135 do CTN não impede que o Fisco, administrativamente, desde logo providencie a atribuição da dívida aos sujeitos nele listados (diretores, gerentes, prepostos, mandatários, etc.). Tal medida, porém, costumeiramente só é adotada no curso da Execução Fiscal, quando se verifica que a pessoa jurídica foi dissolvida irregularmente, ou não possui patrimônio suficiente para a quitação do débito – sem prejuízo, evidentemente, da demonstração da prática de atos de infração à lei por parte do responsável tributário.

Não se pode, com efeito, impor ao Fisco o ônus de atuar nesse sentido. Em primeiro lugar, porque, no atual estágio da civilização, prestigia-se o princípio da boa-fé, o que equivale a dizer que não se concebe que o Estado-administração parta da premissa de que a ausência de pagamento do tributo esteja vinculada à prática de atos dolosos, ou de infração à lei ou ao contrato social, por parte dos gestores da empresa. Se fosse assim, toda a jurisprudência do STJ estaria equivocada, e seria necessário revê-la, para fixar a responsabilidade objetiva, decorrente do mero inadimplemento do tributo.

Ademais, para a constituição do crédito tributário, o que deve ser levado em conta é a concretização da hipótese de incidência e a identificação dos demais elementos da obrigação tributária (espacial, temporal, subjetiva, base de cálculo e alíquota).

Não é razoável obrigar que o Fisco identifique, desde o lançamento, a prática de atos infracionais, mesmo porque situação desse jaez é desvinculada da natureza da relação jurídica entre o Estado-administração e o contribuinte.

Com efeito, entendimento judicial no sentido acima, além de fulminar o lançamento por homologação (afinal, é logicamente inconcebível imaginar a situação em que o gerente da empresa ao Fisco confessaria haver praticado ato de infração à lei, para então assumir a condição de responsável nos termos do art. 135 do CTN – razão pela qual toda a constituição do crédito tributário fatalmente teria de ser realizada por iniciativa exclusiva da autoridade



fazendária), revelaria absoluta alienação ou menoscabo do órgão julgador para com a realidade social da comunidade para a qual, nunca é demais lembrar, presta serviços.

*Concluo, portanto, fixando as seguintes premissas:*

*a) a verificação da prescrição para a cobrança do crédito tributário, principalmente nas hipóteses de redirecionamento, deve ser feita caso a caso, atentando-se para as peculiaridades dos autos;*

*b) o curso da prescrição é um só, porque um só é o crédito tributário a ser pago, razão pela qual inexistente prazo diferenciado, ou paralelo, para a cobrança da dívida em função do devedor principal ou dos demais responsáveis tributários.*

#### **4. Critério objetivo para a prescrição do redirecionamento da Execução Fiscal**

Com essas premissas, é possível estabelecer um critério objetivo para analisar a suposta ocorrência da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal, qual seja a análise, em concreto ou de acordo com as circunstâncias dos autos, quanto à inexistência da prescrição em relação ao devedor principal e, sucessivamente, à identificação do momento a partir do qual se verificou inércia na movimentação dos autos, desde que atribuível exclusivamente à Fazenda Pública.

Para finalizar, transcrevo precedentes atuais de ambas as Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ, corroborando a tese defendida pela Fazenda Nacional, isto é, de que o redirecionamento em prazo superior a 05 anos, contados da citação da pessoa jurídica, não pode necessariamente ser indeferido sob o pretexto de que está configurada a prescrição intercorrente. Nesse sentido:

Processual Civil. Execução fiscal. Demora não imputável ao credor. Não-ocorrência da prescrição intercorrente.

1. Para que a prescrição intercorrente seja decretada, é necessário que tenha ocorrido o transcurso do prazo quinquenal, e que a Fazenda Pública tenha se mantido inerte durante todo este período. Se a demora na citação da executada (ou responsável tributário) ocorreu por fatos alheios à vontade da credora não há que se decretar a prescrição do crédito tributário.

2. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.062.571-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 20.11.2008; REsp n. 898.975-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 17.12.2007, DJe 10.03.2008; REsp n. 827.948-SP, Rel.

Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 21.11.2006, DJ 04.12.2006. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.079.566-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009).

Execução fiscal. Redirecionamento. Sócio. Nome na CDA. Redirecionamento após o prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica. Inocorrência de prescrição. Processo paralisado por mecanismos inerentes ao Judiciário. Ausência de desídia da Fazenda. Súmula n. 106-STJ.

I - Não há prescrição quando o redirecionamento da execução fiscal se dá após o lapso de cinco anos da citação da pessoa jurídica se o processo ficou paralisado por mecanismos inerentes ao Judiciário, considerando-se, ainda, que o acórdão recorrido firma convicção de que a Fazenda sempre diligenciou no sentido de buscar o adimplemento do crédito. Aplicação da Súmula n. 106-STJ.

II - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.106.281-RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 21.05.2009, DJe 28.05.2009).

Registro, a propósito, que esta 2ª Turma, em sua composição atual, acompanhou por unanimidade a mesma linha de entendimento que ora proponho:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Citação da empresa e do sócio-gerente. Prazo superior a cinco anos. Prescrição. Princípio da *actio nata*.

1. O Tribunal de origem reconheceu, *in casu*, que a Fazenda Pública sempre promoveu regularmente o andamento do feito e que somente após seis anos da citação da empresa se consolidou a pretensão do redirecionamento, daí reiniciando o prazo prescricional.

2. A prescrição é medida que pune a negligência ou inércia do titular de pretensão não exercida, quando o poderia ser.

3. A citação do sócio-gerente foi realizada após o transcurso de prazo superior a cinco anos, contados da citação da empresa. Não houve prescrição, contudo, porque se trata de responsabilidade subsidiária, de modo que o redirecionamento só se tornou possível a partir do momento em que o juízo de origem se convenceu da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica. Aplicação do princípio da *actio nata*.

4. Agravo Regimental provido.

(AgRg no REsp n. 1.062.571-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.11.2008, DJe 24.03.2009).

Quanto à situação dos autos, consta da própria ementa que o Tribunal de origem, ao apreciar as circunstâncias fáticas e probatórias, concluiu não haver sido “comprovada qualquer inércia da exeqüente”.

Com essas considerações, *peço vênia ao Ministro Relator para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, negar-lhe provimento.*

É como voto.

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por particular contra a *Fazenda do Estado de São Paulo*, impugnando acórdão que afastou a ocorrência de prescrição intercorrente por não ter sido comprovada qualquer inércia da exeqüente que pudesse justificar o seu reconhecimento.

O Relator Min. Castro Meira conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu provimento por entender que o redirecionamento da execução contra o sócio deve se dar no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40, da Lei n. 6.830/1980 que, além de referir-se ao devedor e não ao responsável tributário, deve se harmonizar com as hipóteses previstas no art. 174, do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Citou precedentes de ambas as Turmas de Direito Tributário desta Corte.

Houve pedido de vista do Min. Herman Benjamin que apresentou voto em sentido divergente, propondo uma nova forma de se aplicar o instituto da prescrição intercorrente existente entre a citação do devedor principal e a citação do co-responsável.

Para o Min. Herman, em suma, *carece de consistência jurídica a tese de que o fluxo do prazo da prescrição intercorrente tem reinício após a citação da empresa, contando-se sem interrupção pelo prazo de cinco anos até a citação do co-responsável.* Segundo o Ministro, podem ocorrer várias situações a ensejar a interrupção ou a suspensão da prescrição e, inclusive, a demora na prática de atos por parte do executado que não implicam em inércia do exeqüente e a prática de atos pelo próprio exeqüente que, por óbvio, afastam a sua inércia.

Parte do pressuposto de que não existe regime jurídico específico para as nuances da prescrição em relação aos co-responsáveis para afirmar que, se

houver a prescrição para a cobrança do crédito tributário do devedor principal, estará fulminada a pretensão de redirecionar a Execução fiscal para os demais responsáveis tributários. Do mesmo modo, válido o raciocínio inverso de que, enquanto o crédito tributário não estiver fulminado pela prescrição quanto ao devedor principal, não será legítimo entender que houve prescrição para o redirecionamento ao co-responsável, afinal, *o crédito tributário, que é o mesmo, não pode estar simultaneamente prescrito e não prescrito.*

Concluiu que a verificação da ocorrência da prescrição para o redirecionamento deve ser feita caso a caso, observando-se a existência ou não da prescrição em relação ao devedor principal e, sucessivamente, identificando-se o momento em que houve inércia imputável à exequente para, a partir daí, ser contado o prazo quinquenal.

Sensível ao tema, pedi vista.

Há muito pacificou-se nesta Corte o posicionamento segundo o qual a citação da empresa executada interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução fiscal. No entanto, com a finalidade de evitar a imprescritibilidade das dívidas fiscais, vem-se entendendo, de forma reiterada, que o redirecionamento da execução contra os sócios deve se dar no prazo de cinco anos contados da citação da pessoa jurídica, por força do art. 174, *caput*, do CTN.

Nesse sentido, confirmam-se:

Recurso especial. Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Prescrição configurada. Mais de cinco anos entre a citação da empresa e a do sócio. Recurso desprovido.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a citação da empresa interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução. Todavia, *para que a execução seja redirecionada contra o sócio, é necessário que a sua citação seja efetuada no prazo de cinco anos a contar da data da citação da empresa executada, em observância ao disposto no citado art. 174 do CTN.*

2. Decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação pessoal dos sócios, impõe-se o reconhecimento da prescrição.

3. Recurso especial desprovido. (REsp n. 625.061-RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 18.06.2007).

Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Interrupção. Redirecionamento contra o sócio. Citação da pessoa jurídica.

1. A falta de prequestionamento dos temas discutidos no recurso especial impede seu conhecimento. Súmulas n. 282 e n. 356-STF.

2. Na redação original do art. 174 do CTN, norma que deve prevalecer sobre o disposto no art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, por ter estatura de lei complementar, somente a citação pessoal produz o efeito de interromper a prescrição.

3. *O redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, em harmonia com o disposto no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Precedentes.*

4. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp n. 914.875-RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 09.05.2007).

Tributário. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Possibilidade. Prescrição. Citação do sócio.

1. A exceção de pré-executividade constitui instrumento idôneo à arguição da prescrição, desde não haja necessidade de dilação probatória. Precedente: EREsp n. 388.000-RS, relator p/ o acórdão Ministro José Delgado.

2. *O redirecionamento da ação executiva fiscal em face do sócio responsável pelo pagamento deve ser providenciado até cinco anos contados da citação da empresa devedora.*

3. Recurso especial improvido. (REsp n. 769.152-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 04.12.2006).

Ao lado dessa linha, há o entendimento sumular de que a demora no processo provocada pelo aparato estatal do Poder Judiciário afasta o transcurso do prazo prescricional ou decadencial. Veja-se:

Súmula n. 106: Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

Subjacente a essa jurisprudência está a compreensão de que o exequente que age de modo diligente não pode ser penitenciado pela a demora natural decorrente da necessária veiculação de sua pretensão ao Poder Judiciário, incluindo-se aí o comportamento por vezes fugidio do executado.

Do mesmo modo, há várias hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstas no art. 151, do CTN que, por retirarem a faculdade do credor de prosseguir com os atos de cobrança, também significam a suspensão do prazo prescricional. *V.g.*: moratória, depósito do montante integral, inauguração e curso do processo tributário administrativo, medida liminar e parcelamento.

Por fim, o parágrafo único do art. 174, do CTN, prevê expressamente as hipóteses de interrupção da prescrição para a cobrança do crédito tributário, quais sejam: citação pessoal feita ao devedor (agora despacho do juiz que ordena a citação - Lei Complementar n. 118/2005), protesto judicial, ato judicial que constitua em mora o devedor e reconhecimento do débito pelo devedor.

Com efeito, todo este conjunto normativo, seja legal ou jurisprudencial, deve conviver em harmonia, de modo que é equivocada a interpretação que veja apenas uma faceta do poliedro apresentado.

Por exemplo, a pretexto de se prestigiar a ausência de inércia do exequente não se pode diferir indefinidamente o termo inicial do prazo prescricional.

Do mesmo modo, não se pode simplesmente computar o prazo prescricional de 05 (cinco) anos a contar da data da citação da empresa para efeito de configurar a prescrição do redirecionamento sem atentar para as hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição previstas no CTN, ou a indicação pela Corte de Origem de que a demora se deu por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça.

Aliás, essa contagem feita às cegas gera o absurdo de se considerar prescrito o crédito em relação aos co-responsáveis nas situações em que o próprio fato gerador da co-responsabilidade somente acontecer após decorridos 05 (cinco) anos da citação do devedor principal (*v.g.* dissolução irregular no curso do processo de execução fiscal depois do quinquênio).

De todo modo, considero haver regime jurídico legal específico a respeito do prazo prescricional para a citação dos co-responsáveis em redirecionamento. Por certo, os artigos 124, I e 125, III, do CTN, têm aplicação no caso. Veja-se:

Art. 124. *São solidariamente obrigadas:*

*I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;*

*II - as pessoas expressamente designadas por lei.*

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Art. 125. *Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:*

*I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;*

*II - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;*

*III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.*

Certamente, ainda que se entenda que o co-responsável não é devedor solidário, nada impede que o art. 125, III, do CTN seja a ele aplicado por analogia (art. 108, I do CTN), de modo que a interrupção ou a suspensão da prescrição contra ou a favor do devedor também deve ser aplicada contra ou a favor do co-responsável. Aliás, a jurisprudência do STJ referenda a aplicação do art. 125, III, do CTN, nos casos de redirecionamento a co-responsáveis, *in verbis*:

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. Matéria de defesa: pré-executividade. Interrupção da prescrição em relação à empresa que atinge também os responsáveis solidários.

1. Inexiste violação ao art. 535, do CPC, de o Tribunal não estava obrigado a analisar tese de que somente veio aos autos nos embargos de declaração opostos do julgamento daquela Corte, bem como resta prejudicada a análise da violação do art. 535, do CPC, quando os dispositivos ditos omissos estão prequestionados.

2. Consiste a pré-executividade na possibilidade de, sem embargos ou penhora, argüir-se na execução, por mera petição, as matérias de ordem pública ou as nulidades absolutas, inclusive quanto à prescrição. Precedente da Corte Especial.

3. *A prescrição, quando interrompida em desfavor da pessoa jurídica, também atinge os responsáveis solidários, não se podendo falar que apenas quando citado o sócio é que se conta a prescrição - **Interpretação dos arts. 125, III, 135, III, e 174 do CTN.***

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido parcialmente (REsp n. 660.277-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 09.08.2005).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Execução fiscal. Pessoa jurídica. Redirecionamento contra o sócio. Prescrição intercorrente. Inocorrência de sua decretação de ofício. Despacho citatório. Art. 8º, IV e § 2º, da Lei n. 6.830/1980. Art. 219, § 4º, do CPC. Arts. 125, III, e 174, parágrafo único, do CTN. Interpretações sistemáticas. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento ofertado pela parte agravante por reconhecer caracterizada a prescrição intercorrente.

2. Comprovação de que, no caso vertente, incoorreu decretação de ofício da prescrição intercorrente, tendo sido a mesma requerida pela parte executada.

3. Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, nele não incluídos os do artigo 40 da Lei n. 6.830/1980. Há de ser sempre lembrado que o art. 174 do CTN, tem natureza de Lei Complementar.

4. O art. 40 da Lei n. 6.830/1980, nos termos em que admitido em nosso ordenamento jurídico, não tem prevalência. Sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do CTN. Repugnam aos princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida. Após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes.

5. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC, e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.

6. *Conforme o art. 125, III, do CTN, c.c. o art. 8º, § 2º, da LEF, a ordem de citação da pessoa jurídica interrompe a prescrição em relação ao sócio, responsável tributário pelo débito fiscal. Fenômeno integrativo de responsabilidade tributária que não pode deixar de ser reconhecido pelo instituto da prescrição, sob pena de se considerar não prescrito o débito para a pessoa jurídica e prescrito para o sócio. Ilogicidade não homenageada pela ciência jurídica.*

7. Não deve prosseguir a execução fiscal contra pessoas físicas, cuja citação só se efetivou mais de cinco anos após a constituição definitiva do débito. Deve, nesse caso, o executivo continuar apenas contra a empresa executada.

8. Precedentes desta Corte de Justiça e do colendo STF.

9. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag n. 623.211-RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 17.03.2005).

Inerente ao art. 125, III, do CTN, citado, está a compreensão de que o crédito tributário é uno e que não pode ser cindido para efeito de prescrição, não podendo permanecer hígido em relação a uns coobrigados e a outros não. Também sobreleva-se a constatação de que a prescrição atinge um dos atributos do crédito, qual seja, a exigibilidade/preensão, e não a sujeição passiva de um obrigado ou outro.

Contudo, a segurança jurídica tão necessária à estabilização das relações sociais e econômicas não permite compreender que o redirecionamento da execução para o co-responsável possa ser feito a qualquer tempo enquanto não prescrito o crédito contra o devedor principal. Essa a razão maior da trilha adotada por este Superior Tribunal de Justiça que acabou por sacrificar o tecnicismo e permitir a prescrição de um mesmo crédito para o co-responsável e a sua higidez para o devedor principal.



No caso concreto, a citação da empresa (devedor principal) se deu em 08.03.1999 (fl. 24), já a citação dos co-responsáveis se deu entre fevereiro e abril de 2006 (fls. 33-35). A situação que deu ensejo ao redirecionamento por dissolução irregular somente ocorreu em março de 2006 (fls. 46-50). Há na decisão de primeiro grau que afastou a prescrição a afirmação de que “o feito jamais ficou paralisado por lapso superior a cinco anos e eventual demora não pode ser imputada exclusivamente à exeqüente” (fl. 51). Essa última afirmação foi confirmada pelo Tribunal *a quo* no acórdão recorrido (fls. 91-100).

Veja-se que estamos diante de um caso em que a mera aplicação do lapso temporal de cinco anos entre a data da citação do devedor e a data da citação do co-responsável não permite solução adequada.

Se a situação que deu ensejo ao redirecionamento por dissolução irregular somente ocorreu depois do quinquênio, não é possível exigir que a citação do co-responsável se dê dentro do prazo de cinco anos. Aí se evidencia a insuficiência dessa jurisprudência que merece, no ponto e para o presente caso, maior refinamento.

Desta forma, dada às particularidades do caso e por entender que foi constatado pela Corte de Origem que a demora no trâmite processual se deu em razão dos mecanismos inerentes à Justiça, *entendo não ter ocorrido a prescrição no presente processo*.

Ante o exposto, com as vênias de praxe, acompanho a divergência por outros fundamentos e *conheço parcialmente e, nessa parte, nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

#### **VOTO VENCIDO**

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Castro Meira, relator, para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, pedindo vênias aos que votam em sentido contrário.

#### **VOTO**

Ementa: Execução fiscal. Redirecionamento da ação. Prazo superior a cinco anos entre a citação da empresa e a dos sócios.

Possibilidade. Demora inerente à administração da justiça. Não ocorrência de desídia pela credora. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por particular contra a *Fazenda do Estado de São Paulo*, em face de acórdão que afastou a ocorrência de prescrição intercorrente por não ter sido comprovada qualquer inércia da exequente que pudesse justificar o seu reconhecimento.

O Relator Ministro Castro Meira deu provimento ao recurso do contribuinte com o fundamento de que “o redirecionamento da execução contra o sócio deve se dar no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40, da Lei n. 6.830/1980 - Lei de Execuções Fiscais (..) que deve se harmonizar com as hipóteses do art. 174 do Código Tributário Nacional, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal.”

O Min. Herman Benjamin apresentou voto divergente no sentido de que o reconhecimento da prescrição “para o redirecionamento deve ser feita caso a caso, observando-se a existência ou não da prescrição em relação ao devedor principal e, sucessivamente, identificando-se o momento em que houve inércia imputável à exequente para, a partir daí, ser contado o prazo quinquenal.”

Voto-vista do Min. Mauro Campbell acompanha a divergência inaugurada pelo Min. Herman Benjamin, concluindo que “se a situação que deu ensejo ao redirecionamento por dissolução irregular somente ocorreu depois do quinquênio, não é possível exigir que a citação do co-responsável se dê dentro do prazo de cinco anos. Aí se evidencia a insuficiência dessa jurisprudência que merece, no ponto e para o presente caso, maior refinamento. Desta forma, dada às particularidades do caso e por entender que foi constatado pela Corte de Origem que a demora no trâmite processual se deu em razão dos mecanismos inerentes à Justiça, *entendo não ter ocorrido a prescrição no presente processo.*”

De igual forma, também entendo que a análise da prescrição do crédito tributário em relação aos demais corresponsáveis deve ser feita caso a caso.

Não se pode apenas aplicar a regra geral de que o prazo entre a citação da empresa e a do sócio não pode superar cinco anos. Tal regra seria prejudicial à boa-fé processual, daquele exequente que sempre diligenciou nos autos buscando receber o seu crédito mas, por estar diante de um mau pagador, acaba esgotando todas as alternativas possíveis de cobrança para partir para os bens dos sócios.

No sistema processual brasileiro não é rara a situação do prazo entre a citação da pessoa jurídica e a da pessoa física superar os cinco anos, gerando,

na prática, uma verdadeira anistia geral aos devedores se conseguirem arrastar o processo por mais de cinco anos sem localização de bens penhoráveis da pessoa jurídica, o que é inaceitável.

Ante o exposto, acompanho a divergência inaugurada pelo Min. Herman Benjamin, para conhecer parcialmente do recurso especial, e nessa parte, negar-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.121.057-RS (2009/0018852-3)**

---

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Tractebel Energia S/A

Advogado: Alexandre dos Santos Pereira Vecchio e outro(s)

Recorrente: União

Recorrido: A Remor e Companhia Ltda.

Advogado: Alvenir Antônio de Almeida e outro(s)

---

#### **EMENTA**

Processual Civil. Administrativo. Recursos especiais. Desapropriação. Inexistência de violação do art. 535 do CPC. Percentual dos juros compensatórios e anatocismo. Súmulas n. 408 e n. 102-STJ. Benfeitoria útil edificada após o decreto expropriatório. Indenização afastada.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. “Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11.06.1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13.09.2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal” (Súmula n. 408-STJ).

3. “A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei” (Súmula n. 102-STJ).

4. Não são indenizáveis as benfeitorias úteis erigidas após a declaração de utilidade pública, salvo quando feitas com autorização do expropriante, nos termos do § 1º do art. 26 do DL n. 3.365/1941.

5. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, parcialmente providos, para excluir do *quantum* indenizatório o valor fixado para a benfeitoria construída após a edição do decreto expropriatório, com reflexo sobre a incidência dos juros compensatórios e os ônus da sucumbência.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte de ambos os recursos e, nessa parte, deu-lhes parcial provimento, nos termos do voto do(a) Sr.(a) Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

---

DJe 03.05.2010

#### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trazem os autos dois recursos especiais interpostos contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região cuja ementa é a seguinte:

Administrativo. Desapropriação. Indenização. Benfeitorias. Juros compensatórios e lucros cessantes. Não-cumulação.

A indenização da terra nua deve refletir o valor real do imóvel, sendo imprópria a utilização do “valor venal” para esse fim. Acolhimento do laudo do assistente

técnico da expropriante, que apurou o valor através da metodologia comparativa em situações concretas (escrituras públicas), aplicando, inclusive, os fatores de homogeneização.

Cabível a indenização por benfeitorias existentes no imóvel. Afastada a alegação de má-fé e de incabimento da reparação relativa a benfeitoria cuja indenização foi oferecida pela expropriante na própria inicial.

Na indenização devida em ação de desapropriação não são cumuláveis os lucros cessantes e os juros compensatórios.

(fl. 1.056)

Os embargos de declaração opostos por ambos os recorrentes foram rejeitados.

No primeiro recurso, interposto com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, a *União* sustenta contrariedade aos arts. 535, II, do CPC, e 15-A e 26, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Afirma, em síntese, que:

a) o acórdão recorrido permaneceu omissos no tocante a questões deduzidas em sede de embargos de declaração;

b) o percentual dos juros compensatórios deve ficar limitado às disposições da MP n. 1.577/1997, sucessivamente reeditada, que determinou a sua incidência no patamar de seis por cento (6%) ao ano;

c) a efetiva ocupação do imóvel ocorreu somente em março/2000, sendo este o termo inicial para a incidência dos juros compensatórios;

d) é vedado o cálculo dos juros moratórios sobre os de natureza compensatória;

e) deve ser excluído da indenização o valor de benfeitoria (galpão) construída após a edição do decreto expropriatório e, caso assim não se entenda, deve ser reduzido o valor que as instâncias ordinárias lhe conferiram.

No segundo recurso, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, *Tractebel Energia S/A* aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 15-A, 26, § 1º, 27, § 1º, e 30 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, 421 e 535, II, do CPC e 11, § 1º, da Lei n. 9.868/1999. Aduz, em suma, que:

a) não foram supridas as omissões indicadas nos embargos de declaração;

b) é vedada a indenização de galpão construído após a vigência do decreto que declarou de utilidade pública o imóvel para fins de desapropriação;

c) os juros compensatórios devem incidir à taxa de seis por cento (6%) ao ano;

d) tanto o valor da oferta quanto o da indenização devem ser atualizados monetariamente para fins de se apurar a base de cálculo dos juros compensatórios;

e) os juros compensatórios são devidos a partir da efetiva imissão provisória na posse, que ocorreu somente em março/2000;

f) a parte expropriada deve ser condenada ao pagamento de mais de oitenta por cento (80%) das custas processuais, diante da proporção da sucumbência sofrida;

g) a base de cálculo dos honorários advocatícios é a diferença entre o valor depositado e a indenização fixada, independentemente do preço inicialmente oferecido;

A demonstração da alegada divergência jurisprudencial está amparada em precedente desta Corte no qual se decidiu que, ocorrida a imissão na posse após a vigência da MP n. 1.577/1997, os juros compensatórios incidem à base de seis por cento (6%) ao ano.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 1.160-1.162) e admitidos os recursos, subiram os autos.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Tem-se, na origem, ação de desapropriação de imóvel destinado à construção da Usina Hidrelétrica de Itá (UHIT).

Deve ser afastada, inicialmente, a alegada contrariedade ao art. 535 do CPC, pois o Tribunal de origem decidiu, fundamentadamente, as questões essenciais à solução da controvérsia, concluindo pela incidência dos juros compensatórios no percentual definido na Súmula n. 618-STF, a partir da imissão na posse, que, segundo entendeu, ocorreu no dia 04 de outubro de 1999.

No nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se apenas que a decisão seja fundamentada, aplicando o julgador ao caso concreto a solução por ele considerada pertinente, segundo o princípio do livre convencimento fundamentado, positivado no art. 131 do CPC.

A questão relacionada ao percentual dos juros compensatórios foi decidida nos autos do REsp n. 1.111.829-SP, submetido a julgamento nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo). O acórdão ficou assim ementado:

Administrativo. Desapropriação. Juros compensatórios. Taxa. Súmula n. 618-STF. MP n. 1.577/1997. Honorários advocatícios. Art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Súmula n. 389-STF.

1. Segundo a jurisprudência assentada no STJ, a Medida Provisória n. 1.577/1997, que reduziu a taxa dos juros compensatórios em desapropriação de 12% para 6% ao ano, é aplicável no período compreendido entre 11.06.1997, quando foi editada, até 13.09.2001, quando foi publicada a decisão liminar do STF na ADIn n. 2.332-DF, suspendendo a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”, do *caput* do art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/1941, introduzida pela referida MP. Nos demais períodos, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano, como prevê a Súmula n. 618-STF.

2. Os honorários advocatícios, em desapropriação direta, subordinam-se aos critérios estabelecidos no § 1º do art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 (redação dada pela MP n. 1.997-37/2000). O juízo sobre a adequada aplicação dos critérios de equidade previstos no art. 20, §§ 3º e 4º do CPC impõe exame das circunstâncias da causa e das peculiaridades do processo, o que não se comporta no âmbito do recurso especial (Súmula n. 7-STJ). Aplicação, por analogia, da Súmula n. 389-STF. Precedentes dos diversos órgãos julgadores do STJ.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

(REsp n. 1.111.829-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe de 25.05.2009).

Em consequência, foi editada a Súmula n. 408-STJ, que assim dispõe: “Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11.06.1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13.09.2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal.”

Por esta razão, os juros compensatórios, na hipótese, são devidos à taxa de seis por cento (6%) ao ano, desde a imissão provisória na posse (04.10.1999) até o dia 13 de setembro de 2001, a partir de quando volta a incidir na forma da Súmula n. 618-STF.

Do mesmo modo, em julgamento de recurso repetitivo (REsp n. 1.118.103-SP), a Primeira Seção desta Corte reafirmou que a incidência dos

juros moratórios sobre os compensatórios não implica anatocismo. Confira-se a ementa do acórdão:

Administrativo. Desapropriação. Juros moratórios e compensatórios. Incidência. Período. Taxa. Regime atual. Decreto-Lei n. 3.365/1941, art. 15-B. Art. 100, § 12 da CF (redação da EC n. 62/2009). Súmula Vinculante n. 17-STF. Súmula n. 408-STJ.

1. Conforme prescreve o art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/1941, introduzido pela Medida Provisória n. 1.997-34, de 13.01.2000, o termo inicial dos juros moratórios em desapropriações é o dia "1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição". É o que está assentado na jurisprudência da 1ª Seção do STJ, em orientação compatível com a firmada pelo STF, inclusive por súmula vinculante (Enunciado n. 17).

2. Ao julgar o REsp n. 1.111.829-SP, DJe de 25.05.2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, a 1ª Seção do STJ considerou que os juros compensatórios, em desapropriação, são devidos no percentual de 12% ao ano, nos termos da Súmula n. 618-STF, exceto no período compreendido entre 11.06.1997 (início da vigência da Medida Provisória n. 1.577, que reduziu essa taxa para 6% ao ano), até 13.09.2001 (data em que foi publicada decisão liminar do STF na ADIn n. 2.332-DF, suspendendo a eficácia da expressão "de até seis por cento ao ano", do *caput* do art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/1941, introduzido pela mesma MP). Considerada a especial eficácia vinculativa desse julgado (CPC, art. 543-C, § 7º), impõe-se sua aplicação, nos mesmos termos, aos casos análogos. A matéria está, ademais, sumulada pelo STJ (Súmula n. 408).

3. Segundo jurisprudência assentada por ambas as Turmas da 1ª Seção, os juros compensatórios, em desapropriação, somente incidem até a data da expedição do precatório original. Tal entendimento está agora também confirmado pelo § 12 do art. 100 da CF, com a redação dada pela EC n. 62/2009. Sendo assim, não ocorre, no atual quadro normativo, hipótese de cumulação de juros moratórios e juros compensatórios, eis que se tratam de encargos que incidem em períodos diferentes: os juros compensatórios têm incidência até a data da expedição de precatório, enquanto que os moratórios somente incidirão se o precatório expedido não for pago no prazo constitucional.

4. Recurso especial parcialmente provido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

(REsp n. 1.118.103-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 24.02.2010, DJe de 08.03.2010).

A questão, ademais, já estava pacificada, consoante o Enunciado n. 102 da Súmula desta Corte Superior, assim redigido: "A incidência dos juros moratórios



sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.”

A alegação de que a efetiva ocupação ocorreu somente em março/2000 não pode ser conhecida em sede de recurso especial, por envolver o reexame do contexto fático-probatório. Incide, nesse aspecto, o óbice da Súmula n. 7-STJ, sobretudo porque as instâncias ordinárias deixaram expressamente consignado que a imissão na posse ocorreu no dia 04 de outubro de 1999 (fl. 959).

A matéria relativa à incidência dos juros compensatórios, no entanto, acabou prejudicada, como se verá adiante.

Quanto à indenizabilidade da benfeitoria edificada após a edição do decreto expropriatório, vem a calhar a lição de José Carlos de Moraes Salles (*in A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 5ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 103-104), que assim se manifesta:

O dispositivo legal supratranscrito se ressentido de manifesta impropriedade terminológica ao se referir às benfeitorias feitas “após a desapropriação”. Na realidade, o legislador quis se referir às benfeitorias feitas “após a publicação do ato de declaração de utilidade pública.

(...)

Destarte, publicado o ato de declaração de utilidade pública, indenizáveis serão as benfeitorias necessárias realizadas pelo expropriando posteriormente a esse ato, porque efetuadas com o fito de evitar o perecimento ou deterioração do bem. Indenizáveis serão, ainda, as úteis, que venham a ser feitas com autorização do expropriante.

As voluptuárias, entretanto, que, nos termos do § 1º do art. 96 do CC, são as de mero deleite ou recreio, não aumentando o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor, não serão atendidas pelo Poder Público expropriante, se levadas a efeito após a declaração de utilidade pública.

Com efeito, a norma contida no § 1º do art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 não deixa muita margem para interpretações ao dispor que: “Serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; as úteis, quando feitas com autorização do expropriante.”

Em julgado versando sobre o tema, a Primeira Turma desta Corte, em voto proferido pelo eminente Ministro Francisco Falcão, deixou consignado o seguinte:

Com efeito, o início do processo de desapropriação ocorre com a edição do Decreto que afirma ser de interesse social a propriedade. A partir daí, e com os atos que se sucedem, o expropriado tem perfeita compreensão de que perderá a sua propriedade.

Em assim sendo, *data maxima venia* de entendimentos em contrário, não se pode imputar ao Poder Público qualquer outra indenização que não a que corresponda ao valor de mercado do imóvel. Em outras palavras: se aquele que permanece na posse do imóvel resolve, *sponte sua*, erigir benfeitorias, mesmo que para uso próprio, deve possuir autorização do Ente Expropriante, visto que a lei veda a indenização posterior à avaliação.

O acórdão possui a seguinte ementa:

Desapropriação. Interesse social. Reforma agrária. Art. 535, II, do CPC. Violação. Inocorrência. Juros compensatórios. Processo iniciado antes das alterações promovidas pela MP n. 1.577/1997. 12% ao ano. Juros moratórios. Art. 15-B do DL n. 3.365/1941. Benfeitorias erigidas após a imissão na posse. Indenização não devida.

(...)

IV - Benfeitorias erigidas após a imissão na posse, sem autorização do Poder Público expropriante, não devem ser indenizadas se realizadas por terceiros. Inteligência do art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Em outras palavras: se terceiros permanecem na posse do imóvel resolvem, *sponte sua*, erigir benfeitorias, mesmo que para uso próprio, devem possuir autorização do Ente Expropriante, visto que a lei veda a indenização posterior à avaliação.

V - *In casu*, deduz-se dos autos que as benfeitorias foram construídas por terceiros sem qualquer relação com o expropriado.

VI - Recurso Especial parcialmente provido. Excluída a indenização das benfeitorias erigidas por terceiros.

(REsp n. 910.834-BA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, DJ de 11.06.2007).

No caso, o Tribunal de origem considerou indenizável a benfeitoria pelos seguintes fundamentos:

Sustenta a expropriante que a construção do galpão ocorreu 01 (um) ano após a declaração de utilidade pública dos imóveis expropriados, sendo, portanto, vedada a indenização nos termos do artigo 26, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941 e Súmula n. 23 do STF, exceto se tivesse sido autorizada pelo expropriante, o que não ocorreu.

Sem razão, contudo, a apelante, pois o referido galpão integra o rol dos bens a serem indenizados, conforme o laudo da própria expropriante, acostado à inicial (fl. 44), cujo valor está incluído no montante inicialmente ofertado. Como bem esclarecido na sentença da lavra do MM. Juiz Federal, Dr. Enrique Feldens Rodrigues, "(...) Desde o período das negociações administrativas a parte autora propõe-se a pagar o 'galpão de alvenaria' cujas medidas totalizam em torno de 1.700 m<sup>2</sup>. É o que deflui do item V.2. ('Das Benfeitorias Não Reprodutivas') contido no laudo juntado na abertura do caderno processual, além da postura do Assistente Técnico à fl. 500, quando admite, ao examinar a postura das partes nas tratativas, que 'a divergência residiu na questão do preço, pois queriam os réus que fosse indenizado pelo valor do Galpão de alvenaria padrão 'C' da tabela de valor da expropriante, que ficaria bem acima do real gasto com tal construção'. Dessarte, merecem integral aplicação os arts. 128 e 264 do CPC. (...) ainda que se invoque o princípio da 'justa indenização' como capaz de derrogar a incidência das normas processuais, penso ser inquestionável o direito da expropriada de ver recomposto o seu patrimônio em consequência do dano sofrido pela perda da referida construção, em todos os seus aspectos. (...) Os itens que se pretende ver excluídos do montante da indenização compunham o patrimônio da expropriada e por isso devem ser pagos, pena de enriquecimento ilícito do expropriante. Evidentemente, na sua tradução em termos financeiros, urge atentar às suas características qualitativas (solidez e segurança) e quantitativas (extensão e dimensões), mas é necessário que seja compensada a privação sofrida com a perda. Quanto ao mais, ou seja, o galpão propriamente dito - cuja construção, efetuada em 1996, data de período posterior à edição do decreto expropriatório -, insta referir que constou do levantamento efetuado em 26.09.1996 (fl. 137), o qual serviu de base para o laudo que instrui a exordial, a teor do depoimento do preposto da parte autora. (...) Censurável, pois, a postura da empresa-postulante de, passados mais de 06 (seis) anos do início das medições, recusar o pagamento do bem em questão. (...)". (fls. 923-924)

Da prova testemunhal colhida em audiência consta o depoimento de dois ex-secretários de obras município, os quais confirmaram que o galpão foi utilizado pela Prefeitura até o ano de 2000 (fls. 832 e 834).

Extrai-se dos autos que o referido galpão foi reconstruído, aproveitando terraplanagem, piso e alicerces de construção anterior (laudo pericial - fls. 436), com o objetivo de locação ao município, que no local abrigava suas máquinas. Isso afasta a tese de que teria havido construção de má-fé, com mero intuito de perceber indenização.

(fls. 1.050-1.051).

A orientação adotada pela Corte de origem está assentada no fato de que a parte expropriante, quando da confecção do laudo administrativo que instruiu a petição inicial, incluiu a referida benfeitoria no rol de itens indenizáveis.

Entendeu-se, com base nessa premissa, que o juiz deve decidir a lide nos limites em que foi proposta, pois é defeso ao autor, depois da citação, modificar o pedido ou a causa de pedir, nos termos dos arts. 131 e 264 do CPC.

Ora, a controvérsia estabelecida nas demandas expropriatórias, em relação ao mérito, está limitada ao *quantum* indenizatório, que poderá ser fixado acima ou abaixo do valor inicialmente ofertado, sobretudo porque “o princípio da justa indenização constitui garantia, tanto do expropriado, de ser indenizado pelo prejuízo que efetivamente suportou, como do Poder Público, de pagar somente o necessário à recomposição integral do patrimônio atingido” (REsp n. 986.470-RN, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe de 30.06.2008).

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

Processual. Administrativo. Desapropriação direta. Reforma agrária. Contestação da oferta. Perícia. Necessidade. Matéria de ordem pública. Ônus do expropriante.

1. A ação de desapropriação para fins de reforma agrária, sujeita a procedimento específico estabelecido pela LC n. 76/1993, impõe a realização de prova pericial pelo juízo, quando o expropriado contestar a oferta.

2. A determinação da perícia em desapropriação direta, quando contestada a oferta, é ato de impulso oficial (art. 262, do CPC), porquanto a perícia é imprescindível para apuração da justa indenização, muito embora não vincule o juízo ao *quantum debeat* apurado.

3. A LC n. 76/1993, no seu art. 9º, § 1º, I, dispõe que se o expropriado contestar a oferta do expropriante, o juiz determinará a realização de prova pericial (arts. 6º, II; 9º, parágrafo 1º, da LC n. 76/1993), cujos valores devem ser adiantados pelo autor (art. 33, do CPC c.c. Sumula n. 232-STJ), que será ressarcido no caso de sair vencedor (art. 19, LC n. 76/1993), conforme exegese dos mencionados dispositivos, *verbis*:

(...)

4. O direito de propriedade é garantia constitucional, decorrente da dignidade da pessoa humana, cuja relativização condiciona-se ao prévio pagamento de indenização pelo Poder Público, por meio da ação desapropriatória, nos termos do art. 5º, inciso XXIV, da Carta Magna. Precedentes: REsp n. 867.010-BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 03.04.2008.

5. A ação de desapropriação tem como escopo imediato a fixação da justa indenização em face da incorporação do bem expropriado ao domínio público. Conseqüentemente, a prova pericial é da substância do procedimento.

6. *É que a oferta e a contraproposta não vinculam o juízo, razão por que, visando a fixação oficial, é lícito a qualquer das partes recorrer para esse fim, independentemente dos valores que indicaram em suas peças processuais.*

(...)

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

(REsp n. 992.115-MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 1º.10.2009, DJe de 15.10.2009).

Processual Civil. Administrativo. Desapropriação para fins de reforma agrária. Análise de eventual infringência de preceitos constitucionais. Impossibilidade. Violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC. Não-ocorrência. Indenização fixada em quantia inferior ao preço inicialmente ofertado. Adoção do laudo oficial. Possibilidade. Valor da indenização. Contemporaneidade à avaliação. Divergência jurisprudencial não-demonstrada.

(...)

3. O § 1º do art. 9º da LC n. 76/1993, aplicável às desapropriações para fins de reforma agrária, impõe limites à prova pericial, restringindo-a aos pontos efetivamente impugnados do laudo de vistoria administrativa.

4. Na hipótese dos autos, todavia, os expropriados impugnaram praticamente todo o laudo de vistoria administrativa, no tocante ao valor atribuído à terra nua, bem como às benfeitorias, pugnando, ainda, pela condenação do Incra ao pagamento, em separado, do valor relativo à cobertura florestal.

5. *Ademais, o magistrado pode determinar até mesmo de ofício a realização da perícia técnica com vistas à apuração da justa indenização constitucionalmente assegurada.*

6. *A fixação do valor indenizatório em montante inferior à oferta inicial, em decorrência da integral adoção do laudo elaborado pelo perito oficial, não constitui julgamento extra petita.*

(...)

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 780.542-MT, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 03.08.2006, DJ de 28.08.2006).

Assim, uma vez contestada a oferta, impõe-se a realização de perícia técnica que, em conjunto com o laudo administrativo e aquele eventualmente apresentado pelo assistente técnico da parte expropriada, servirá de base para a fixação do justo preço.

Assim, é desarrazoado o entendimento adotado pela Corte de origem, no sentido de se indenizar benfeitoria construída após a edição do decreto

expropriatório, só porque já estava inserida no rol de bens indenizáveis descritos no laudo administrativo, pois equivale a dizer que a indenização não pode ser fixada em quantia inferior à oferta inicial, orientação que não se coaduna com a jurisprudência desta Corte.

Entendo, desse modo, que a parte expropriante não pode ser obrigada a indenizar o galpão construído após a edição do decreto expropriatório, sem a autorização exigida no parágrafo único do art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Saliento, por oportuno, que é indiferente se a benfeitoria erigida após a edição do decreto expropriatório ocorreu de boa ou má-fé, pois a norma em comento não faz essa distinção.

Deve-se observar, no entanto, uma pequena peculiaridade. Consta do acórdão recorrido que “o referido galpão foi reconstruído, aproveitando terraplanagem, piso e alicerces de construção anterior, com o objetivo de locação ao Município, que no local abrigava suas máquinas” (fls. 1.051).

Na sentença de fls. 936-962, também ficou consignado que essa construção anterior tem conteúdo econômico auferível, razão pela qual deve ser mantida a condenação do expropriante em indenizá-la, pelo valor consignado no laudo pericial, proporcionalmente ao valor efetivamente considerado devido pelo magistrado.

Consta da sentença (fl. 949) que a perícia oficial estabeleceu o valor do galpão da seguinte forma:

Valor total:	R\$ 260.550,94
Valor dos alicerces	R\$ 7.140,64
Valor dos pisos	R\$ 28.560,00
Valor da terraplanagem	R\$ 8.698,65
Valor a ser considerado	R\$ 216.151,65

Dos números apresentados, é possível inferir que, do valor integral atribuído ao galpão, 17,04% corresponde à terraplanagem, ao piso e aos alicerces existentes anteriormente à declaração de utilidade pública. Como o valor do galpão foi fixado, efetivamente, em R\$ 172.134,84, entendo que se deva pagar ao expropriado, a título de indenização pelas benfeitorias já existentes, o percentual de 17,04% sobre esse valor, ou seja, R\$ 29.331,78 (valores relativos a dezembro/2000 - data do laudo).

Ressalto, por fim, que “os honorários advocatícios, na desapropriação, são calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização estabelecida, incluídas as parcelas dos juros compensatórios e moratórios, com aplicação da correção monetária, excluídos os valores pagos à título de depósito suplementar para efeito de imissão na posse” (REsp n. 146.920-SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, julgado em 15.12.1998, DJ de 29.03.1999).

No mesmo sentido:

Administrativo. Desapropriação direta. Honorários advocatícios. Cálculo. Incidência. Fixação. Diferença entre a indenização e a oferta corrigidas. Súmula n. 141-STJ. Precedentes.

- Em desapropriação direta, os honorários de advogado são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidos monetariamente.

- O montante do depósito complementar eventualmente determinado pelo Juiz, necessário à imissão provisória, não se acrescenta ao valor da oferta para cálculo da verba honorária.

- Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 143.682-SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 17.02.2000, DJ de 27.03.2000)

Desapropriação direta. Depósito complementar. Honorários advocatícios. Cálculo.

Depósito complementar. Em ação expropriatória direta, a verba honorária advocatícia incide sobre a diferença entre a oferta e a indenização, não se adicionando, para efeito do cálculo, a parcela relativa ao depósito complementar, que não se equipara a oferta inicial.

Em ação de desapropriação, a verba honorária calcula-se sobre a diferença entre a oferta e o valor apurado da indenização. Para efeito de tal cálculo não se acrescenta ao valor da oferta o montante do depósito complementar, resultante de avaliação prévia, necessário à imissão provisória.

(REsp n. 145.010-SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 13.10.1998, DJ de 14.12.1998).

Com essas considerações, conheço dos recursos especiais e dou-lhes parcial provimento, para excluir do *quantum* indenizatório o valor fixado para a benfeitoria construída após a edição do decreto expropriatório, preservada a indenização pela construção anteriormente existente, nos termos da fundamentação.

Apesar do afastamento das teses relacionadas aos juros compensatórios e à base de cálculo dos honorários advocatícios, os juros compensatórios, no caso, não serão devidos, pois o valor final da indenização não supera os oitenta por cento (80%) da quantia depositada para fins de imissão na posse.

No caso de já ter havido levantamento de valor superior à condenação, a quantia excedente deverá ser restituída ao expropriante, sempre se procedendo à atualização monetária, tanto do valor ofertado (a contar da data do depósito) como da indenização fixada ao final (a partir da data do laudo).

As custas e honorários advocatícios deverão ser suportados pela parte expropriada, fixados estes últimos em um por cento (1%) sobre a diferença entre a oferta inicial e a condenação.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.164.630-MG (2009/0132366-5)**

---

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Fazenda Guaicuhy Agropecuária Ltda.

Advogada: Fernanda Guimarães Hernandez

Advogada: Karina Gois Gadelha Aguiar e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

---

**EMENTA**

Administrativo. Dano ambiental. Mortalidade de pássaros. Razoabilidade do valor da condenação.

1. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública contra a Fazenda Guaicuhy Agropecuária Ltda., alegando que a ré seria responsável por dano ambiental por uso de agrotóxico ilegal – Furadan – que teria causado grande mortalidade de pássaros.

2. Inexistência de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, ante a abordagem específica de todas as questões suscitadas nos embargos de declaração opostos na origem.



3. O pedido de recomposição da fauna *in loco* constante da inicial expressa a necessidade de que a totalidade do dano ambiental seja sanada, não se admitindo interpretação outra que reduza a amplitude do conceito de meio ambiente.

4. Não houve violação do artigo 6º, *caput*, da LICC, porquanto a Corte de origem apenas valeu-se dos parâmetros estabelecidos no Decreto Federal n. 3.179/1999 para justificar a razoabilidade da sentença que condenou a recorrente a pagar a multa ambiental fixada em R\$ 150.000,00.

5. O valor da condenação por dano ambiental não se exaure com a simples mensuração matemática do valor dos pássaros mortos, mas deve também considerar o grau de desequilíbrio ecológico causado.

6. Recurso especial não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente a Dra. Karina Gois Gadelha Aguiar, pela parte recorrente: Fazenda Guaicuhy Agropecuária Ltda.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

---

DJe 1º.12.2010

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública contra Fazenda Guaicuhy Agropecuária Ltda., alegando que a ré seria responsável por dano ambiental por uso de agrotóxico ilegal – Furadan – que teria causado grande mortandade de pássaros.

A ré, em contestação, alegou inépcia da petição inicial que não delimitou sua responsabilidade, nem o valor do dano a ser reparado; tentou descaracterizar o episódio como dano ambiental, arguindo que pouco mais de 300 aves teriam morrido, sem que tenha havido efetivo comprometimento do meio ambiente.

A ação foi julgada procedente e a ré condenada “a pagar a importância de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) em indenização a ser revertida para o meio ambiente local, em recomposição do dano ambiental causado com a morte de 1.300 pássaros da fauna silvestre”.

A sentença foi mantida em segunda instância, nos termos de acórdão assim ementado:

Ementa: Direito Ambiental. Apelação. Ação civil pública. Dano ambiental. Morte de pássaros. Indenização. Fixação do *quantum*. Aplicação dos parâmetros do artigo 6º da Lei n. 9.605/1998. A responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, nos termos do artigo 14 da Lei n. 6.938/1981, não se inquirindo, portanto, de culpa ou dolo do infrator, restando afastada também a incidência das excludentes relativas à força maior e ao caso fortuito, partindo-se do pressuposto de que, sendo o dano ambiental um prejuízo suportado por toda a coletividade, que atinge, assim, direitos difusos, deve ser reparado em qualquer hipótese. A aplicação do princípio do poluidor-pagador vigente no Direito Ambiental, pelo qual todo aquele que explora atividade potencialmente poluidora tem o dever de reparar os danos dela oriundos, afasta a licitude da conduta daquele que, com sua atividade econômica, causa dano ao meio ambiente, ainda que tenha agido dentro dos padrões recomendados e autorizados pelos órgãos governamentais competentes. Configura manifesto dano ambiental a morte de inúmeros pássaros em virtude de aplicação de agrotóxico em lavoura de arroz. A fixação do *quantum* indenizatório em sede de dano ambiental, quando não quantificado em laudo pericial, deve ser efetuada mediante aplicação dos critérios adotados pela Lei n. 9.605/1998 para a imposição e gradação de penalidades a atividades lesivas ao meio ambiente, quais sejam, a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente, os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental e a situação econômica do infrator.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No presente recurso especial, interposto com fulcro da alínea **a** do permissivo constitucional, a recorrente alega o seguinte:

a) violação do artigo 535 do Código de Processo Civil - CPC, ante o fundamento de não ter sido analisada a alegação de que o Ministério Público Federal teria restringido o objeto da ação ao meio ambiente local, o

que caracterizaria a sentença como *extra petita*, ao tomar como patamar da indenização morte de pássaros de várias espécies ocorrida em região por demais ampla;

b) também a Corte de origem deixou de esclarecer contradição do *decisum* de segundo grau que, em um primeiro momento, sustenta que o juiz pode promover a liquidação do dano e conclui que isto exigiria a presença de perito;

c) o acórdão teria violado o artigo 293 do Código de Processo Civil, ao alargar o pedido trazido na exordial; e

d) houve contrariedade aos artigos 6º, *caput*, da LICC e 944 do Código Civil, em que busca a revisão do valor da indenização, argumentando que o dano poderia ser revertido com compra de pássaros, argumentando que, na fixação do valor do dano, a Corte de origem faz referência ao Decreto n. 3.179/1999, que não vigia à época do dano.

Em contrarrazões, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais pugna pela manutenção do aresto atacado, ressaltando que o recurso não deveria ser conhecido ante a necessidade de revolvimento do contexto fático-probatório dos autos.

Inadmitido o apelo, subiram os autos por força de decisão em agravo de instrumento.

Instado a manifestar-se, o ilustre Subprocurador Geral da República José Flaubert Machado Araújo opinou pelo conhecimento e provimento em parte do recurso especial, em parecer assim ementado:

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em que se pleiteia reparação civil de dano ambiental ocorrido com a morte de pássaros envenenados por agrotóxico usado em área de plantação de arroz. Ação julgada procedente, para condenar a Recorrente ao pagamento de indenização no valor de 150 mil reais. Recurso especial interposto contra acórdão que negou provimento à apelação contra acórdão que negou provimento à apelação da Recorrente integrado pelo que rejeitou os seus embargos de declaração. Aplicação parcialmente correta do direito. Acórdão recorrido que contém contradição, não sanada nos embargos de declaração, e que implicou julgamento fora dos limites do pedido. Coexistência de conclusões contraditórias: a de que o Juízo de 1º grau poderia fixar por conta própria o montante da indenização devida pela Recorrente, como o fez, e a de que o arbitramento desse montante demandaria conhecimento técnico, quantificação do valor por prova pericial. Manutenção, no acórdão recorrido, do equívoco do Juízo de 1º grau, que, a despeito do pedido o Ministério Público de

condenação genérica e posterior liquidação da sentença fixou por conta própria o montante da indenização devida pela Recorrente. Improcedência da alegação de contrariedade ao artigo 6º, *caput*, da LICC, porque os diplomas que serviram de fundamento legal para a fixação da indenização pelo Juízo de 1º grau, mantida pelo Tribunal *a quo*, são anteriores aos fatos que deram origem à demanda. Acórdão recorrido que deve ser anulado, a fim de que, em novo julgamento, se providencie a liquidação do montante da indenização devida pela Recorrente. Recurso especial que deve ser parcialmente conhecido e que, nessa parte, deve ser provido (e-STJ fls. 578-579).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Discute-se, no presente caso, indenização fixada por dano ambiental consistente em morte de pássaros causada por ação poluidora da empresa recorrente.

### 1. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC.

1.1. Omissão do acórdão em relação aos limites da petição inicial que faziam referência ao meio ambiente local.

O julgado, ainda que não faça referência ao termo “local”, aferiu a existência de dano ao meio ambiente causado pela atividade realizada pela recorrente, não sendo necessário dizer mais nada a esse respeito.

O entendimento contrário implicaria compartimentar o meio ambiente em áreas estanques, possibilitando que, eventualmente, uma redação imprecisa na petição inicial viesse a inviabilizar o cumprimento do ditame constitucional de garantia fundamental de gozo a um meio ambiente equilibrado expresso no artigo 225, *caput*, da Constituição da República. Confira-se:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

1.2. Contradição quanto à possibilidade de fixação do valor da indenização pelo magistrado de piso.

Essa contradição inexistente.

Em um primeiro momento, o decisório sustenta a possibilidade de que o magistrado possa fixar o montante a ser indenizado desde que tenha elementos para tal:

Ademais, o fato de o pleito indenizatório ter sido genérico, sem estipular um *quantum*, não impede a condenação em valor certo pelo magistrado, desde que disponha de elementos para desde logo arbitrar seu valor, conforme vêm reiteradamente entendendo os tribunais.

Posteriormente, admite que seria pertinente a utilização de perícia em uma fase de liquidação:

No que toca ao montante indenizatório, é mister frisar que sua fixação, quando feita em dinheiro, por impossibilidade de reparação *in natura*, é tarefa árdua, pois os danos ambientais não são mensuráveis em pecúnia, mormente porque atingem sobretudo bens imateriais da coletividade.

Por essa razão, recomenda-se que tal arbitramento seja efetuado mediante perícia realizada por profissional competente, cujo conhecimento técnico específico permita quantificar o valor dos danos causados ao meio ambiente.

Entretanto, na ausência de aferição do *quantum* indenizatório em sede do laudo técnico jungido aos autos, merecem aplicação os critérios adotados pela Lei n. 9.605/1998 para a imposição e gradação de penalidades a atividades lesivas ao meio ambiente, que levam em consideração a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente, os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental e a situação econômica do infrator.

A leitura do aresto recorrido demonstra que, embora seja recomendável a apuração do valor do dano em fase de liquidação, poderia o magistrado fixá-lo com base nos elementos descritos nos autos e seguindo os critérios previstos na Lei n. n. 9.605/1998.

Não se percebe contradição no julgado recorrido.

Passo ao exame dos demais temas de mérito.

## **2. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 293 DO CPC.**

O artigo 293 do CPC tem a seguinte redação:

Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.

O item do pedido contra o qual se bate a recorrente foi assim redigido:

Requer mais seja a presente julgada procedente, condenando-se a requerida no pagamento de uma indenização capaz de reconstruir a fauna *in loco*, em benefício do meio-ambiente, pois o ato da suplicada lhe causou enorme dano,

Ou

Seja a ré obrigada a não proceder de modo semelhante, no futuro, evitando-se, assim novo desequilíbrio ecológico, conforme o que ocorreu (arts. 3º e 13) (e-STJ fl.28).

Ainda que a redação possa não ter sido a melhor, a leitura da exordial não deixa dúvidas sobre seu objetivo, qual seja, a punição do poluidor e a reconstituição da fauna ao *status quo ante* ao ato ilícito cometido, que levou à mortandade de pássaros.

Esse também é o entendimento da doutrina pátria:

Há poluição quando ocorrer uma deterioração ambiental que afete os seres humanos ou os ecossistema, ou seja, há poluição pelo fato de uma atividade ter direta ou indiretamente causado uma alteração adversa das características do meio ambiente que possam afetar a biota ou os seres humanos, seja sua saúde ou as condições do desenvolvimento de suas sociedades (Silva, Solange Teles, “O conceito de poluição ambiental e suas implicações jurídicas, *in* Políticas Públicas Ambientais - Estudos em homenagem ao Professor Michel Prieur, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 289).

Da mesma forma que não se pode restringir a amplitude do pedido à expressão “*in loco*”, também não se poderia entender a utilização do “ou” como pedido alternativo, porquanto os pedidos revelam-se complementares.

A existência de um dano ambiental encerra a necessidade de reconstituição do meio ambiente no que for possível, com a necessária punição do poluidor (princípio do poluidor-pagador), mas também traz em seu bojo a necessidade de evitar que o evento venha a repetir-se, o que justifica medidas coercitivas e punições que terão, inclusive, natureza educativa.

De outra banda, o artigo 3º, I, da Lei n. 6.938/1981 define meio ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” e a punição encontra respaldo no artigo 14, § 1º, do mesmo diploma legal, que determina que o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente.

Esses dispositivos expressam o caráter sistêmico inserido no conceito de meio ambiente, em que a proteção visada pela Carta da República revela-se no equilíbrio entre os elementos nele existentes.

Na obra “Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira”, ensina Antonio Herman Benjamin, eminente Ministro que hoje honra esta Casa:

Por outro lado, cada vez mais os cientistas se dão conta de que os sistemas naturais não são tão previsíveis como dão a entender que as expressões populares do tipo “equilíbrio ecológico” ou “equilíbrio da natureza”. Na verdade, o equilíbrio ecológico, no sentido utilizado pela Constituição antes de ser estático, é um sistema dinâmico. Não é objetivo do Direito Ambiental fossilizar o meio ambiente e estancar suas permanentes e comuns transformações, que vêm ocorrendo há milhões de anos. O que se busca assegurar que tal estado dinâmico de equilíbrio, em que se processam os fenômenos naturais, seja conservado, que a natureza siga seu próprio curso (in *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, 2ª edição, Editora Saraiva, p. 107-108*).

Ao analisar o pedido de reconstrução da fauna *in loco*, a ação civil pública não pode olvidar que não há como fracionar-se o meio ambiente e, nessa toada, deve ser responsabilizado o agente poluidor pela morte dos pássaros em decorrência de sua ação poluidora.

Disso bem cuidou a Corte de origem, ao fixar o número de pássaros mortos pela ação da poluição em um patamar bem abaixo da média entre os 300 (pretensão do recorrente) e 36.000 (pretensão da recorrida).

José Renato Nalini bem acentua a necessidade de avaliar o meio ambiente sob a ótica de integração dos elementos que o compõem:

A compreensão da natureza como nicho vital conduz a consciência humana a ser protetora e vigilante. Dentre os paradoxos da civilização contemporânea, em que a vida parece às vezes tão desvaliosa, está o devotar-se valor acrescido a todas as suas manifestações. Enquanto a vida é banalizada, notadamente a vida do excluído proclama-se o valor transcendental de toda e qualquer forma de existência (in *Ética Ambiental, Editora Millennium, 3ª edição, p. 7*).

De igual modo, entende José Afonso da Silva:

A ação predatória do meio ambiente natural manifesta-se de várias maneiras, quer destruindo os elementos que o compõem, como a derrubada das matas, quer contaminando-os com substâncias que lhes alterem a qualidade, impedindo

seu uso normal, como se dá com a poluição do ar, das águas, do solo e da paisagem. Atmosfera (ar, clima), hidrosfera (rio, lagos, oceanos) e litosfera (solo) são três órbitas entrelaçadas que mantêm a vida orgânica. A contaminação de uma compromete a pureza das outras, direta ou indiretamente. A alteração adversa das características do meio ambiente é definida pela lei como a degradação da qualidade ambiental (Lei n. 6.938, de 1981, art. 3º, II)

Disso decorrer a necessidade de uma visão global de interação ar, água e solo, para dar-se um tratamento jurídico abrangentemente sistemático à proteção do meio ambiente natural (Silva, José Afonso, Direito Ambiental Constitucional, Editora Malheiros, 7ª edição, p. 28-29).

### 3. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 6º, *CAPUT*, DA LICC E 944 DO CÓDIGO CIVIL - VALOR DA INDENIZAÇÃO.

Em primeira instância, a recorrente foi condenada a “pagar a importância da R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) em indenização a ser revertida para o meio ambiente local, em recomposição do dano ambiental causado com a morte de 1.300 pássaros da fauna silvestre”.

O montante do dano foi fixado no acórdão recorrido, com base nos seguintes fundamentos:

Assim, levando-se em consideração que não há notícia de qualquer antecedente da apelante de infração à legislação ambiental, desconhecendo-se, ainda, a situação econômica da infratora, mas que o dano ambiental de que tratam os autos é de extrema gravidade para o ecossistema atingido, sendo inclusive fixada, no âmbito administrativo, multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por ave morta (artigo 11 do Decreto Federal n. 3.179/1999), entendo por bem manter a indenização em tela, arbitrada em R\$ 150.00,00 (cento e cinquenta mil reais). (e-STJ fls. 484-485).

Afasto a alegada violação do artigo 6º, *caput*, da LICC, porquanto a Corte de origem não aplicou o Decreto Federal n. 3.179/1999 para a fixação do *quantum* a ser indenizado. Houve mera referência àquele diploma legal. Com efeito, limitou-se o aresto atacado a reputar razoável a decisão condenatória de primeira instância, ante a circunstância de que, no plano administrativo, a multa aplicável seria de valor equivalente.

Especificamente quanto ao valor estabelecido na condenação, o pleito da recorrente para que se tome como base de cálculo o valor unitário de cada pássaro não pode ser acolhido, já que a mensuração do dano ecológico não se



exaure na simples recomposição numérica dos animais mortos, devendo-se também considerar os nefastos efeitos decorrentes do desequilíbrio ecológico decorrente da ação praticada pela recorrente.

Em situação análoga, foi essa a orientação deste órgão julgador neste precedente:

Administrativo. Ação civil pública. Garimpo ilegal de ouro em área de preservação permanente. Danos causados ao meio ambiente. Art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981. Princípios da *reparação integral* e do *poluidor-pagador*. Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) e de pagar quantia certa (indenização). Possibilidade. Interpretação da norma ambiental.

1. Ao dano ambiental aplica-se o princípio da reparação *in integrum*. Precedentes do STJ.

2. Se a restauração ao *status quo ante* do bem lesado pelo degradador for imediata e completa, não há falar, como regra, em indenização.

3. A obrigação de recuperar meio ambiente degradado é compatível com indenização pecuniária por eventuais prejuízos sofridos, até a restauração plena, bem como pelos de natureza extrapatrimonial, como o dano moral coletivo, cuja possibilidade vem sendo afirmada pela Segunda Turma do STJ (REsp n. 1.120.117-AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 19.11.2009).

4. Também devem reverter à coletividade os benefícios econômicos que o degradador auferiu com a exploração ilegal de recursos do meio ambiente, "bem de uso comum do povo", nos termos do art. 225, *caput*, da Constituição Federal, sobretudo em garimpo de ouro em Área de Preservação Permanente, destituído de licença ambiental para funcionamento ou autorização de desmatamento.

5. Ao STJ descabe, como regra, perquirir a existência ou não de dano no caso concreto. Análise que esbarra, ressalvadas situações excepcionais, na Súmula n. 7-STJ. Tal juízo fático é de competência das instâncias de origem, diante da prova carreada aos autos.

6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e para fixar o eventual *quantum debeatur* (REsp n. 1.114.893-MG, julgado em 16.03.2010, Rel. Ministro Herman Benjamin, pendente de publicação).

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

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.196.293-RJ (2010/0098954-6)**

---

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Walter do Amaral de Paiva - espólio e outro

Representado por: Eli dos Santos Paiva - inventariante

Advogados: Haroldo Baptista de Brito e outro(s)

Manoel Lopes de Sousa e outro(s)

Recorrido: Casa da Moeda do Brasil

Advogado: Luciana Pereira Diogo e outro(s)

---

**EMENTA**

Processual Civil. Execução trabalhista. Recurso cabível. Agravo de petição. Princípio da fungibilidade. Inaplicabilidade. Erro grosseiro.

1. O presente recurso foi interposto nos autos de reclamatória trabalhista ajuizada no ano de 1976 por mais de uma centena de autores em desfavor da Casa da Moeda do Brasil perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, demanda essa em que, anos depois, foi proferida sentença de improcedência, rescindida pelo extinto Egrégio Tribunal Federal de Recursos para considerar legítimos os pedidos deduzidos na inicial.

2. Após o trânsito em julgado da ação rescisória, seguiu-se uma série de incidentes que culminaram na propositura das execuções individuais no ano de 2004, cujo regime de tramitação constitui basicamente o ponto inicial da controvérsia sob análise que, como se verá, acabou por enveredar para discussão sobre cabimento recursal no âmbito do apelo nobre.

3. A eventual dúvida sobre a competência da Justiça Federal para examinar matéria dessa natureza após o advento da Constituição Federal de 1988 é dirimida pelo ADCT, que no art. 26, § 10, dispõe expressamente que “compete à Justiça Federal julgar as ações nela propostas até a data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais Federais bem como ao Superior Tribunal de Justiça julgar as ações rescisórias das decisões até então proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do Judiciário”.

4. O Tribunal de origem não conheceu do recurso em razão de ter sido interposto agravo de instrumento, e não agravo de petição, contra decisão que desconstituiu a penhora e determinou o seguimento da execução trabalhista movida contra a Casa da Moeda do Brasil pelo sistema de precatórios, próprio das execuções contra a Fazenda Pública.

5. Não se caracteriza erro grosseiro, que inviabilizaria a aplicação do princípio da fungibilidade, a interposição de agravo de instrumento em lugar de agravo de petição contra decisão proferida em execução trabalhista cuja citação foi iniciada nos termos do art. 652 do Código de Processo Civil.

6. Recurso especial provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente o Dr. Acélio Jacob Roehrs, pela parte recorrente: Walter do Amaral de Paiva

Brasília (DF), 18 de novembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

---

DJe 1º.12.2010

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c**, inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, consubstanciado nos termos da ementa a seguir transcrita:

Agravo de instrumento. Decisão proferida em execução trabalhista. Erro grosseiro. Recurso correto: agravo de petição. Art. 897, **a** da CLT. Recurso não conhecido.

O recurso utilizado pela recorrente, agravo de instrumento, não é o adequado à espécie, eis que a decisão agravada foi proferida em sede de execução trabalhista, onde é cabível, tão-só, o agravo de petição previsto no art. 897, **a**, da CLT.

Os recursos têm natureza e procedimentos diversos, configurando-se, assim, erro grosseiro, o que afasta a aplicabilidade do princípio da fungibilidade.

Precedentes.

Recurso não conhecido (fl. 370).

Os embargos de declaração opostos na sequência foram rejeitados (e-STJ fls. 686-695 e 708-715).

Os recorrentes alegam violação do disposto nos arts. 128, 131, 165, 458, 467 a 475 e 535, do Código de Processo Civil, bem como no artigo 897, **a**, da CLT. Sustentam não haver erro grosseiro ou má-fé, porquanto interpuseram o recurso adequado na sede trabalhista, dentro do prazo legal de 08 dias, “equivocadamente nominado” (e-STJ fl. 732). Buscam a aplicação do princípio da fungibilidade recursal para o conhecimento do agravo de instrumento em questão.

Foram ofertadas contrarrazões pela manutenção do julgado (e-STJ fls. 1.473-1.483).

Admitido o especial na origem (e-STJ fls. 1.503-1.504), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): A pretensão não merece reforma.

Na origem, em 1976, foi ajuizada reclamação trabalhista ajuizada por mais de uma centena de autores em desfavor da Casa da Moeda do Brasil perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, demanda essa que, anos depois, teve sua sentença de improcedência rescindida pelo extinto Egrégio Tribunal Federal de Recursos para considerar legítimos os pedidos deduzidos na inicial.

Após o trânsito em julgado da ação rescisória, seguiu-se uma série de incidentes que culminaram na propositura das execuções individuais no ano de 2004, cujo regime de tramitação constitui basicamente o ponto inicial da controvérsia sob análise que, como se verá, acabou por enveredar para discussão sobre cabimento recursal no âmbito do apelo nobre.

Por pertinente, assinalo que eventual dúvida sobre a competência da Justiça Federal para examinar matéria dessa natureza após o advento da Constituição Federal de 1988 é dirimida pelo próprio ADCT, que em seu art. 26, § 10, dispõe expressamente que “compete à Justiça Federal julgar as ações nela propostas até a data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais Federais bem como ao Superior Tribunal de Justiça julgar as ações rescisórias das decisões até então proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do Judiciário”.

Acrescento que o Tribunal de origem não conheceu do recurso em razão de ter sido interposto agravo de instrumento, e não agravo de petição, contra decisão que desconstituiu a penhora e determinou o seguimento da execução trabalhista movida contra a Casa da Moeda do Brasil pelo sistema de precatórios, próprio das execuções contra a Fazenda Pública, pelas razões assim expostas no voto condutor do aresto impugnado:

O recurso utilizado pela recorrente, agravo de instrumento, não é o adequado à espécie, eis que a decisão agravada foi proferida em sede de execução trabalhista, onde é cabível, tão-só, o agravo de petição previsto no art. 897, **a** da CLT.

O recurso está sujeito ao pressuposto objetivo da adequação, complementado pelo da singularidade. A irresignação que se manifesta a partir de certa e determinada decisão não pode ser veiculada mediante recurso impróprio. Havendo previsão legal, em que se especifica o recurso adequado, descabe a admissibilidade de recurso diverso daquele para tanto previsto.

O art. 897 da CLT é expresso na sua alínea **a**, no sentido de que cabe agravo de petição das decisões do Juiz ou Presidente, *nas execuções*.

Os recursos tem natureza e procedimentos diversos, configurando-se, assim, erro grosseiro, o que afasta a aplicabilidade do princípio da fungibilidade (e-STJ fl. 366).

Na linha desse entendimento, localizei apenas dois precedentes desta Corte:

Processual Civil. Recurso especial. Admissibilidade. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF. Reclamação trabalhista. Execução. Agravo de petição. Agravo de instrumento. Fungibilidade. Impossibilidade.

I - Não se conhece do recurso especial, interposto com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, se o recorrente não indica qual dispositivo de lei federal entende violado pela decisão recorrida. Súmula n. 284-STF.

II - Em sede de execução trabalhista, é inadmissível a interposição de agravo de instrumento (art. 522 do CPC) contra decisão do juiz. Nessas hipóteses, o recurso cabível é o agravo de petição, previsto no art. 897, **a**, da CLT.

III - Tratando-se de recursos com natureza, pressupostos e finalidades diversas, configura-se a hipótese de erro grosseiro, sendo inaplicável, *in casu*, o princípio da fungibilidade. Precedentes.

Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp n. 214.088-GO, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 14.02.2000);

Reclamação trabalhista. Ação ordinária movida por servidores do Banco Central do Brasil. Execução. Agravo de petição. Agravo de instrumento. Fungibilidade recursal. Impossibilidade. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

1. No processo trabalhista, nas execuções, admite-se o manejo de embargos e de agravo de petição, a teor do disposto no art. 897 da CLT, constituindo erro grosseiro a interposição de agravo de instrumento contra a decisão homologatória de cálculo complementar.

2. Dissídio jurisprudencial não demonstrado nos termos exigidos pelos dispositivos legais e regimentais que o disciplinam.

3. Recurso especial a que se nega provimento (REsp n. 441.183-DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 02.10.2006).

Os recorrentes aqui não discutem o recurso cabível.

Com efeito, reconhecem que a decisão proferida em execução trabalhista desafia agravo de petição. Irresignam-se, porém, contra a especial circunstância de não haver sido aplicado o princípio da fungibilidade à especial situação dos autos, em que os recorrentes foram citados, juntamente com outros reclamantes na mesma situação, nos termos do art. 652 do Código de Processo Civil, o que afastaria a presença de erro grosseiro.

Ademais, ressaltam que o recurso foi interposto no prazo de oito dias, o que preencheria outro requisito para a possibilidade de o agravo de instrumento ser conhecido pelo recurso de petição, adequado à espécie.

Embora a princípio tenha-me inclinado em seguir os dois precedentes desta Casa, a atenta análise das peculiaridades do caso levou-me a modificar esse entendimento. Conquanto o direito processual oriente-se pela taxatividade dos recursos, entendo que o equívoco cometido pelos recorrentes deve ser relevado pela especial circunstância de que a execução fora iniciada com a seguinte decisão: “*Cite-se, na forma do art. 652 do CPC*”. Por outro lado, não se discute que o recurso foi interposto no prazo de oito dias, consoante previsto na CLT, presentes assim os requisitos gerais de admissibilidade recursal.

Nossa jurisprudência registra precedente que, a meu juízo, foi muito mais liberal, ao aplicar o princípio da fungibilidade à interposição de recurso de revista em lugar de recurso especial, mesmo sendo este previsto no próprio texto da Constituição da República (art. 105, III), como pode-se conferir na seguinte ementa:

*Matéria trabalhista. 1. Recurso cabível. Fungibilidade. Da decisão proferida por TRF, em matéria trabalhista, cabe recurso especial para o STJ. A interposição, no entanto, do recurso de revista, em lugar do recurso especial, não constitui ao ver da 3ª Turma do STJ erro grosseiro, podendo um recurso ser tomado pelo outro. 2. Servidor estável, com opção pelo FGTS. Pedido de reintegração. Impossibilidade. Face à autonomia dos institutos, a opção pelo FGTS implica renúncia a direitos estáveis, tornando impossível, juridicamente, o pedido de reintegração. 3. Recurso especial conhecido pela alínea c, mas improvido (REsp n. 20.265-PE, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 14.09.1992).*

O equívoco de ilustres profissionais do direito nesses casos tem uma explicação, qual seja, o relativamente pequeno número de execuções trabalhistas no âmbito da Justiça Federal. Em mais de 27 anos, dos quais 13 no primeiro grau e 14 no segundo grau, não devo ter examinado mais do que meia dúzia de execuções trabalhistas e recursos de agravos de petição.

Há, ainda, a considerar aqui a demorada tramitação do feito, iniciada em 1976, há mais de 34 anos, num processo em que alguns já faleceram, como é o caso do primeiro recorrente.

Cabe, assim, aplicar-se o princípio da fungibilidade, reformar o acórdão recorrido para determinar o prosseguimento do exame do recurso em seus demais termos.

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

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.198.964-PR (2010/0114525-8)**

---

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional  
Recorrido: Trutzschler Indústria e Comércio de Máquinas Ltda.  
Advogado: Joel Gonçalves de Lima Júnior e outro(s)

---

### EMENTA

Tributário. Contribuição previdenciária. Empresa. Art. 22, inc. I, da Lei n. 8.212/1991. Base de cálculo. Verba salarial. Aviso prévio indenizado. Natureza indenizatória. Não incidência.

1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT).

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.

3. Recurso especial não provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

---

DJe 04.10.2010

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional em face de acórdãos assim ementados:



Tributário. Contribuição previdenciária. Aviso prévio indenizado. Prescrição.

1. O suporte de validade da exigência tributária instituída pelo art. 22, I, da Lei n. 8.212/1991, é o art. 195, I, da CF/1988. A interpretação do referido dispositivo não extrapola ou ofende o conceito de salário, analisado sob a égide da legislação trabalhista e previdenciária.

2. A legislação trabalhista, ao utilizar os termos salário e remuneração, diferencia as verbas pagas diretamente pelo empregador daquelas que não são desembolsadas por ele, embora sejam resultado do trabalho realizado pelo empregado, no âmbito da relação contratual. Essa distinção tem o intuito de dar relevo ao caráter salarial das verbas remuneratórias, dessemelhando-as de outras figuras de natureza indenizatória, previdenciária ou tributária, ainda que nominadas como "salário".

3. Embora parte da doutrina e da jurisprudência discorde, o pagamento substitutivo do tempo que o empregado trabalharia se cumprisse o aviso prévio em serviço não se enquadra como salário, porque a dispensa de cumprimento do aviso objetiva disponibilizar mais tempo ao empregado para a procura de novo emprego, possuindo nítida feição indenizatória.

4. Prescrição reconhecida de ofício.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.

Embargos de declaração. Contribuição previdenciária. Aviso prévio indenizado. Prescrição. Prequestionamento.

Não houve omissão no acórdão pois as questões aventadas foram adequadamente enfrentadas, embora a solução da controvérsia tenha merecido tratamento jurídico diverso do preconizado pela embargante.

Embargos acolhidos em parte, apenas para efeito de prequestionamento.

Em suas razões, alega, em síntese, a contrariedade ao art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/1991, ao argumento de que o aviso prévio indenizado ao trabalhador integra a base de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários.

Contrarrazões apresentadas.

Na origem, houve juízo positivo de admissibilidade.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Sem razão a parte recorrente.

O cerne da controvérsia diz respeito à incidência de *contribuição previdenciária* sobre a verba paga a título de aviso prévio *indenizado*.

A autorização constitucional para a instituição do referido tributo decorre do art. 195, inc. I, da Constituição da República, cuja redação original previa sua incidência apenas sobre a folha de salários.

A partir da Emenda Constitucional n. 20/1998, o campo de abrangência foi ampliado para permitir a tributação da empresa sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”.

Não resta dúvida, portanto, que, a partir da EC n. 20/1998, a Constituição da República não restringe mais a incidência da contribuição à folha de salários. Não obstante, para definir com exatidão qual o *aspecto material* da hipótese de incidência, é preciso analisar a sua regra-matriz, extraída da *Lei* que a instituiu, em atendimento ao *princípio da estrita legalidade tributária* (art. 150, inc. I, da CR/1988).

*In casu*, é na *Lei n. 8.212/1991* onde se verifica o dispositivo legal relativo à contribuição exigível da empresa, cuja redação transcrevo:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o *total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título*, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, ***destinadas a retribuir o trabalho***, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei n. 9.876, de 1999).

(Grifo nosso).

Conforme se depreende da *Lei* instituidora do tributo, seu campo de incidência alcança “o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, (...) *destinadas a retribuir o trabalho*, qualquer que seja a sua forma”.

Por conseguinte, decorre da *Lei* a pertinência das verbas pagas, devidas ou creditadas com a retribuição pelo *trabalho* prestado. Assim, é inexorável a

conclusão de que a contribuição previdenciária devida pela empresa incide sobre verba de caráter *salarial*, porquanto, repita-se, “destinada a retribuir o trabalho”.

Por essa razão, não se admite a sua incidência sobre verbas de caráter *indenizatório*, em que não há a retribuição pelo trabalho, mas o pagamento de quantia destinada a retribuir um *dano sofrido*.

Longe de ser inovadora, essa conclusão - incidência da contribuição previdenciária sobre verba salarial - está sedimentada na jurisprudência desta Corte. Em diversos julgados corrobora-se a tese de que *não* incide contribuição previdenciária sobre verbas de caráter *indenizatório*. Confira-se:

Processual Civil e Tributário. Embargos de declaração. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. *Contribuição previdenciária. Verbas salariais. Incidência. Auxílio-doença. Não-incidência.*

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Ao STJ descabe analisar possível ofensa aos arts. 97 e 110 do CTN, por reproduzirem normas de índole constitucional, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedentes: REsp n. 825.180-RJ, Rel. Min. Castro Meira e AgRg no Ag n. 1.049.403-SP, Rel. Min. Eliana Calmon.

3. A questão não foi apreciada pelo acórdão recorrido sob o ângulo do art. 884 do Código Civil, nem foram opostos Embargos de Declaração para suprir possível omissão quanto a esse ponto. Incidência da Súmula n. 282-STF, por analogia.

4. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o salário-maternidade *não tem natureza indenizatória, mas sim remuneratória, razão pela qual integra a base de cálculo da Contribuição Previdenciária*. Precedentes: AgRg no REsp n. 973.113-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques e REsp n. 803.708-CE, Rel. Min. Eliana Calmon. Da mesma forma, o salário-paternidade deve ser tributado, por se tratar de licença remunerada prevista constitucionalmente, não se incluindo no rol dos benefícios previdenciários.

5. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI-STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

6. *Incidе contribuição previdenciária sobre adicionais noturno (Enunciado n. 60-TST), insalubridade e periculosidade por possuírem caráter salarial.*

7. O benefício residência é salário-utilidade (art. 458, § 3º, da CLT) e, como tal, *integra o salário para todos os efeitos, inclusive quanto às contribuições previdenciárias.*

8. *As verbas pagas por liberalidade do empregador, conforme consignado pelo Tribunal de origem (gratificação especial liberal não ajustada, gratificação aposentadoria, gratificação especial aposentadoria, gratificação eventual liberal paga em rescisão complementar, gratificação assiduidade e complementação tempo aposentadoria), possuem natureza salarial, e não indenizatória.* Inteligência do art. 457, § 1º, da CLT.

9. Dispõe o Enunciado n. 203 do TST: "A gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais".

10. O abono salarial e o abono especial integram o salário, nos moldes do art. 457, § 1º, da CLT.

11. Com efeito, a Lei n. 8.212/1991 determina a incidência da Contribuição Previdenciária sobre o total da *remuneração* paga, com exceção das quantias expressamente arroladas no art. 28, § 9º, da mesma lei.

12. Enquanto não declaradas inconstitucionais as Leis n. 9.032/1995 e n. 9.129/1995, em controle difuso ou concentrado, sua observância é inafastável pelo Poder Judiciário (Súmula Vinculante n. 10-STF).

13. O STJ pacificou o entendimento de que *não incide Contribuição Previdenciária sobre a verba paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença, porquanto não constitui salário.*

14. Agravos Regimentais não providos.

(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.098.218-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 09.11.2009).

Processual Civil. Tributário. *Contribuição previdenciárias sobre verbas de natureza indenizatória (auxílio-doença). Compensação. Prescrição.*

1. Extingue-se o direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, não sendo esta expressa, somente após o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita (EResp n. 435.835-SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 24.03.2004, publicado no DJU de 04.06.2007).

2. Na sessão do dia 06.06.2007, a Corte Especial acolheu a argüição de inconstitucionalidade da expressão "observado quanto ao art. 3º o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172/1966 do Código Tributário Nacional", constante do art.

4º, segunda parte, da LC n. 118/2005 (REsp n. 644.736-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 27.08.2007).

3. Na mesma assentada, firmou-se ainda o entendimento de que, “com o advento da LC n. 118/2005, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.2005), o prazo para a ação de repetição de indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova”.

4. O empregado afastado por motivo de doença não presta serviço e, por isso, não recebe salário, mas apenas uma verba de caráter previdenciário de seu empregador, durante os primeiros quinze dias. *A descaracterização da natureza salarial da citada verba afasta a incidência da contribuição previdenciária. Precedentes.*

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.076.792-RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 02.03.2009).

Tributário. Contribuição previdenciária. Auxílio quebra-de-caixa. Verba remuneratória. Incidência. Precedentes.

1. Quanto ao auxílio quebra-de-caixa, consubstanciado no pagamento efetuado mês a mês ao empregado em razão da função de caixa que desempenha, por liberalidade do empregador, a Primeira Seção desta Corte assentou a natureza não-indenizatória das gratificações feitas por liberalidade do empregador.

2. *Infere-se, pois, de sua natureza salarial, que este integra a remuneração, razão pela qual se tem como pertinente a incidência da contribuição previdenciária sobre ela.*

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental.

Agravo regimental improvido.

(EDcl no REsp n. 733.362-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.04.2008).

Tributário. Contribuição previdenciária. Base de cálculo. Salário contribuição. Auxílio-creche. Natureza indenizatória. “Vale-transporte”. Reexame de matéria fática. Súmula n. 7-STJ.

1. *A contribuição previdenciária incide sobre base de cálculo de nítido caráter salarial, de sorte que não a integra as parcelas de natureza indenizatória.*

2. O auxílio-creche, conforme precedente da Primeira Seção (REsp n. 394.530-PR), não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária.

3. Uma vez que o Tribunal de origem consignou tratar-se a verba denominada “vale-transporte”, na hipótese dos autos, de uma parcela salarial, não ficando, ademais, abstraído na decisão recorrida qualquer elemento fático capaz de impor interpretação distinta, a apreciação da tese defendida pelo recorrente implicaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada a esta Corte em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp n. 664.258-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 31.05.2006).

Processual Civil. Embargos de declaração. Agravo regimental no recurso especial (Tributário. Contribuição previdenciária. Auxílio-doença, auxílio-acidente. Verbas recebidas nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento. Não-incidência. Auxílio-creche/ babá. Não-incidência. Salário-maternidade. Natureza jurídica. Incidência. Férias, adicional de 1/3, horas-extras e adicionais noturno, de insalubridade e de periculosidade. Acórdão recorrido que decidiu a controvérsia à luz de interpretação constitucional. Competência do colendo Supremo Tribunal Federal. Verbas de caráter remuneratório. Incidência.). Omissão. Existência.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC, ou para sanar erro material.

2. O auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador é *inalcançável pela contribuição previdenciária, uma vez que referida verba não possui natureza remuneratória*, inexistindo prestação de serviço pelo empregado, no período. Precedentes: EDcl no REsp n. 800.024-SC, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 10.09.2007; REsp n. 951.623-PR, Rel. Ministro José Delgado, DJ 27.09.2007; REsp n. 916.388-SC, Rel. Ministro Castro Meira, DJ 26.04.2007.

3. O auxílio-acidente *ostenta natureza indenizatória*, porquanto destina-se a compensar o segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, consoante o disposto no § 2º do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, *razão pela qual consubstancia verba infensa à incidência da contribuição previdenciária*.

4. O salário-maternidade *possui natureza salarial e integra, conseqüentemente, a base de cálculo da contribuição previdenciária*.

5. O fato de ser custeado pelos cofres da Autarquia Previdenciária, porém, não exime o empregador da obrigação tributária relativamente à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, incluindo, na respectiva base de cálculo, o salário-maternidade auferido por suas empregadas gestantes (Lei n. 8.212/1991, art. 28, § 2º). Precedentes: AgRg no REsp n. 762.172-SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 19.12.2005; REsp n. 572.626-BA, Rel. Min. José Delgado, DJU de 20.09.2004; e REsp n. 215.476-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 27.09.1999.

6. As verbas relativas ao 1/3 de férias, às horas extras e adicionais *possuem natureza remuneratória, sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária.*

7. A Previdência Social é instrumento de política social do governo, sendo certo que sua finalidade primeira é a manutenção do nível de renda do trabalhador em casos de infortúnios ou de aposentadoria, abrangendo atividades de seguro social definidas como aquelas destinadas a amparar o trabalhador nos eventos previsíveis ou não, como velhice, doença, invalidez: aposentadorias, pensões, auxílio-doença e auxílio-acidente do trabalho, além de outros benefícios ao trabalhador.

8. Quanto às horas extras e demais adicionais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no seguinte sentido:

Tributário. Contribuição previdenciária dos empregadores. Arts. 22 e 28 da Lei n. 8.212/1991. Salário. Salário-maternidade. Décimo-terceiro salário. Adicionais de hora-extra, trabalho noturno, insalubridade e periculosidade. Natureza salarial para fim de inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária prevista no art. 195, I, da CF/1988. Súmula n. 207 do STF. Enunciado n. 60 do TST.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que a contribuição previdenciária incide sobre o total das remunerações pagas aos empregados, inclusive sobre o 13º salário e o salário-maternidade (Súmula n. 207-STF).

2. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade possuem caráter salarial. Iterativos precedentes do TST (Enunciado n. 60).

3. A Constituição Federal dá as linhas do Sistema Tributário Nacional e é a regra matriz de incidência tributária.

4. O legislador ordinário, ao editar a Lei n. 8.212/1991, enumera no art. 28, § 9º, quais as verbas que não fazem parte do salário-de-contribuição do empregado, e, em tal rol, não se encontra a previsão de exclusão dos adicionais de hora-extra, noturno, de periculosidade e de insalubridade.

5. Recurso conhecido em parte, e nessa parte, improvido. (REsp n. 486.697-PR, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 17.12.2004)

9. Conseqüentemente, incólume resta o respeito ao Princípio da Legalidade, quanto à ocorrência da contribuição previdenciária sobre a retribuição percebida pelo servidor a título de um terço constitucional de férias, horas extras e adicionais de insalubridade, periculosidade e noturno.

10. Quanto à existência de pedido atinente à contribuição destinada ao SAT, sobressai o fundamento exarado pelo Tribunal de origem, no sentido de que: "Não houve pedido específico da impetrante quanto ao SAT, uma vez que na inicial referiu: A impetrante busca, através do presente Mandado de Segurança,

ver reconhecido o seu direito de não mais se sujeitar ao pagamento, exigido pelo INSS, das contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas trabalhistas que não apresentam natureza salarial/remuneratória, bem como compensar os valores indevidamente recolhidos a tal título (fl. 02).

Desta forma foi julgado seu pedido, como se depreende do relatório da sentença: *Fiobras Ltda.* impetrou a presente ação de mandado de segurança visando o reconhecimento da inexigibilidade das contribuições previdenciárias incidentes sobre salário-maternidade, auxílio-doença, auxílio-acidente, aviso-prévio indenizado, auxílio-creche e os adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e de horas-extras. (fl. 184) Descabido, portanto, em sede de embargos de declaração, apontar omissão por não ter sido analisado ponto sob ótica não referida no pedido."

11. Outrossim, não integra o salário-de-contribuição, para efeitos de contribuição previdenciária, o abono de férias concedido em virtude de acordo coletivo, cuja vigência perdurou durante a eficácia da redação anterior do artigo 144 da CLT, posteriormente alterada pela Lei n. 9.528/1997, desde que não excedente de vinte dias do salário.

12. Os embargos de declaração têm como requisito de admissibilidade a indicação de algum dos vícios previstos no art. 535 do CPC, constantes do *decisum* embargado, não se prestando, portanto, ao rejuízo da matéria posta nos autos, tampouco ao mero prequestionamento de dispositivos constitucionais, para a viabilização de eventual recurso extraordinário, porquanto visam unicamente completar a decisão quando presente omissão de ponto fundamental, contradição entre a fundamentação e a conclusão, ou obscuridade nas razões desenvolvidas.

13. Impõe-se a rejeição de embargos declaratórios que têm o único propósito de prequestionar a matéria objeto de recurso extraordinário a ser interposto (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp n. 708.062-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 13.03.2006; EDcl no REsp n. 415.872-SC, Rel. Ministro Castro Meira, DJ de 24.10.2005; e EDcl no AgRg no AG n. 630.190-MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ de 17.10.2005).

14. Embargos de declaração da empresa parcialmente acolhidos, apenas para sanar omissões atinentes ao auxílio-acidente, ao SAT e aos abonos de férias.

15. Embargos de declaração da Fazenda Nacional rejeitados.

(EDcl no REsp n. 1.010.119-SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 1º.07.2010).

Recurso especial. Tributário. Ajuda de custo. Natureza indenizatória. Contribuição previdenciária. Não-incidência.

1. A doutrina discorre sobre o conceito de ajuda de custo, afirmando que, por natureza, possui caráter indenizatório e eventual, sendo, portanto, uma



retribuição dada pelo empregador ao empregado que efetua alguma despesa em seu favor.

2. *O regime de previdência social pressupõe, para que determinada verba seja considerada para fins de contribuição previdenciária, que essa possua natureza salarial.*

3. A orientação jurisprudencial desta Corte assentou-se no sentido de que a ajuda de custo somente deixará de integrar o salário-de-contribuição quando possuir natureza meramente indenizatória e eventual. Ao reverso, quando for paga com habitualidade, terá caráter salarial e, portanto, estará sujeita à incidência da contribuição previdenciária.

Precedentes.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 443.689-PR, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 09.05.2005).

Tributário. Férias e licença-prêmio. Contribuição previdenciária. Natureza indenizatória. Não incidência.

1. As verbas rescisórias especiais recebidas pelo trabalhador a título de indenização por férias em pecúnia, licença prêmio não gozada, ausência permitida ao trabalho ou extinção do contrato de trabalho por dispensa incentivada não ensejam acréscimo patrimonial posto ostentarem caráter indenizatório.

2. *Impossibilidade da incidência de contribuição previdenciária sobre verbas de natureza indenizatória.*

3. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 625.326-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.05.2004).

(Grifo nosso).

Visto isso, cumpre definir se o aviso prévio indenizado teria, a despeito dessa denominação, verdadeira natureza salarial, de modo a permitir sua integração à base de cálculo da contribuição previdenciária.

Vejamos.

A CLT estabelece que, não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato de trabalho, deverá comunicar a outra a sua intenção com a devida antecedência.

Caso a parte descumpra esse dever previsto na legislação obreira, haverá de arcar com a consequência nela prescrita. Assim, se a parte omissa for o empregado, o empregador terá “o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo” (art. 487, § 2º da CLT).

Na situação inversa, ou seja, quando o *empregador* incorre em omissão no seu dever de comunicar ao trabalhador, o empregado passa a ter “o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço” (art. 487, § 1º, da CLT).

Confira-se:

*Aviso Prévio*

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser *rescindir* o contrato *deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima* de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei n. 1.530, de 26.12.1951)

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (Redação dada pela Lei n. 1.530, de 26.12.1951)

§ 1º - A *falta do aviso prévio* por parte do *empregador* dá ao *empregado* o direito aos *salários* correspondentes ao *prazo do aviso*, *garantida* sempre a *integração* desse período no seu *tempo de serviço*.

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

§ 3º - Em se tratando de salário pago na base de tarefa, o cálculo, para os efeitos dos parágrafos anteriores, será feito de acordo com a média dos últimos 12 (doze) meses de serviço.

§ 4º - É devido o aviso prévio na despedida indireta. (Parágrafo incluído pela Lei n. 7.108, de 05.07.1983)

§ 5º - O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado. (Parágrafo incluído pela Lei n. 10.218, de 11.04.2001)

§ 6º - O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais. (Parágrafo incluído pela Lei n. 10.218, de 11.04.2001)

Art. 488 - O *horário normal de trabalho do empregado*, durante o prazo do *aviso*, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será *reduzido de 2 (duas) horas diárias*, sem prejuízo do salário integral.

Parágrafo único - É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 02 (duas) horas diárias previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por 01 (um) dia, na hipótese do inciso I, e por 7 (sete) dias corridos, na hipótese do inciso II do art. 487 desta Consolidação. (Incluído pela Lei n. 7.093, de 25.04.1983)

(Grifo nosso).

Desse modo, o pagamento decorrente da falta de aviso prévio, isto é, o aviso prévio indenizado, visa reparar o *dano* causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT (art. 487, inc. I e II, da CLT), bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (art. 488 da CLT).

Dessarte, não há como se conferir à referida verba o caráter *salarial* pretendido pela parte recorrente, por não retribuir o trabalho mas sim reparar um dano.

A doutrina especializada não destoia da conclusão ora apresentada.

Por pertinente, transcrevo escólio de MAURÍCIO GODINHO DELGADO:

O pagamento do aviso prévio prestado em trabalho tem natureza nitidamente salarial: o período de seu cumprimento é retribuído por meio de salário, o que lhe confere esse inequívoco caráter.

Contudo, *não se tratando de aviso prévio laborado, mas somente indenizado, não há como insistir-se em sua natureza salarial*. A parcela deixou de ser adimplida por meio de labor, não recebendo a contraprestação inerente a este, o salário. Neste caso, sua natureza indenizatória inequivocadamente desponta, uma vez que se trata de **ressarcimento** de parcela trabalhista não adimplida mediante a equação trabalho/salário. (Grifo nosso).

(Curso de Direito do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1.171).

Na mesma linha de raciocínio, AMAURI MASCARO NASCIMENTO ensina:

Assim, aviso prévio é o ato que necessariamente deve ser praticado pela parte do contrato de trabalho que deseja rescindir o vínculo jurídico, e consiste numa manifestação desse propósito, mas também é denominado aviso prévio o prazo remanescente da relação de emprego a ser observado pelas partes até o término da sua duração, como, ainda, *aviso prévio é o modo pelo qual é denominada uma indenização substitutiva paga em alguns casos à falta do cumprimento em tempo desse prazo*.

(...)

Quando a ruptura do contrato de trabalho é de iniciativa imotivada do empregador, o empregado tem direito a reparações pela perda do emprego com uma indenização.

As teorias que fundamentam o direito do empregado à indenização são três: a teoria do *abuso de direito*, a teoria do *crédito* e a teoria do *risco*.

Para a teoria do abuso de direito, criada pela jurisprudência francesa e com base no Código Civil, quem rescinde o contrato só por tal motivo comete uma falta, salvo se houver justo motivo, daí o direito à indenização daquele que não causou a ruptura do vínculo jurídico.

Segundo a teoria do crédito, de origem italiana, o empregado ao prestar sucessivamente serviços ao empregador vai acumulando um crédito sob a forma de indenização a ser paga por ocasião da rescisão contratual.

De acordo com a teoria do risco, tudo quanto cabe indagar de modo geral é a quem devem caber os riscos da rescisão, se ao empregado, caso em que suportará os efeitos do seu comportamento, não tendo direito à indenização; se ao empregador, hipótese na qual terá de ressarcir o trabalhador, indenizando-o; ou a ambos, com o que deve ser repartido o ônus entre empregado e empregador.

(Grifo nosso).

(In Curso de Direito do Trabalho. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 782 e 788-789).

O próprio Tribunal Superior do Trabalho, em diversos julgados, vem encampando a tese que afasta a natureza salarial do aviso prévio indenizado.

Nesse sentido, cito precedentes recentes de *todas* as Turmas da referida Corte Superior: RR – n. 6140-10.2004.5.04.0831, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: 13.08.2010; RR – n. 67600-79.2004.5.03.0037, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 30.06.2010, 2ª Turma, Data de Publicação: 13.08.2010; RR – n. 58500-87.2009.5.24.0022, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: 6.08.2010; RR – n. 32100-63.2009.5.14.0006, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de Publicação: 06.08.2010; RR – n. 20400-21.2008.5.06.0371, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: 28.06.2010; AIRR – n. 78840-64.2005.5.04.0017, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: 04.06.2010; AIRR – n. 96440-58.2003.5.04.0732, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: 27.03.2009; e RR – n. 2818000-13.2006.5.11.0010, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: 07.05.2010.

Logo, por não ter natureza salarial, não incide sobre a parcela paga a título de aviso prévio indenizado a contribuição previdenciária.

A Fazenda Pública aduz, ainda, outra tese recursal que merece ser analisada. Defende que o § 9º do art. 28 da Lei n. 8.212/1991, em sua redação original, excluía expressamente o aviso prévio indenizado da base de cálculo do salário-de-contribuição. Contudo, aduz que em sua redação atual, conferida

pela Lei n. 9.528/1997, o referido dispositivo *não* faz mais tal exclusão, de modo que defende a possibilidade de sua tributação a partir da referida mudança legislativa.

Penso não ter razão a Fazenda Pública.

A regra de incidência do tributo deve ser interpretada a partir do veículo normativo que o instituiu - no caso, como visto, o art. 22, inc. I, da Lei n. 8.212/1991 - e não pela regra que o excepciona - o art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/1991.

Antes de verificar se determinada verba paga está enquadrada no rol de *exceção* do referido § 9º, é preciso definir, preliminarmente, se ela compõe a base de cálculo da exação, nos termos do art. 22, inc. I, acima transcrito.

*In casu*, esta Corte já definiu que verba indenizatória não integra a base de cálculo do referido tributo, mas somente a de natureza salarial, e o aviso prévio *indenizado*, com perdão pela redundância, tem natureza *indenizatória*.

Por fim, destaco que não se justifica alargar a regra-matriz de incidência pelo fato de o período relativo ao aviso prévio ser contabilizado no tempo de serviço do trabalhador (art. 487, § 1º, da CLT), pois essa circunstância escapa totalmente à regra instituidora da exação.

Embora possa vir a ter repercussão na seara previdenciária, no campo do Direito Tributário não se pode instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça expressamente, e, no caso, a lei instituidora não comporta a incidência do tributo sobre verba indenizatória.

Tanto assim que, mesmo antes da Lei n. 9.528/1997, quando a legislação *excluí*a expressamente o aviso prévio indenizado da base de cálculo do salário de contribuição, a CLT *já* estabelecia que o referido período seria integrado ao tempo de serviço do trabalhador (art. 487, § 1º, da CLT), independentemente de haver o pagamento da exação em relação a essa verba.

Dessarte, é compatível com o ordenamento jurídico a previsão da anotação do tempo de serviço independentemente do pagamento da contribuição previdenciária pela empresa, conforme se observava no regime anterior ao da Lei n. 9.528/1997.

Com essas considerações, voto por *negar provimento* ao recurso especial.

