



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Edição nº 4/2012 – São Paulo, quinta-feira, 05 de janeiro de 2012

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I - TRF

SUBSECRETARIA DA 1ª SEÇÃO

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 14130/2012

00001 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0038260-44.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.038260-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
IMPETRANTE : APARECIDA AVILA GUARNIERI
ADVOGADO : RICARDO MIGUEL SOBRAL
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
INTERESSADO : Ministerio Publico Federal
: JOSE APARECIDO MADALENA e outros
: ADRIANO RODRIGUES
: PAULO ROBERTO DA SILVEIRA
: JOSE MILTON GUIMARAES
: FREDERICO CARLOS SOUZA PERARO

No. ORIG. : 00092542420084036102 7 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DESPACHO

Vistos em plantão.

À vista do disposto no parágrafo 1º do artigo 1º da Resolução 71/2009, do Conselho Nacional de Justiça, deixo de apreciar o pedido de reconsideração e determino que os autos sejam remetidos à conclusão do e. relator sorteado, ou que o substitua, no próximo dia 9 de janeiro.

São Paulo, 03 de janeiro de 2012.

Nelton dos Santos

Desembargador Federal em substituição regimental

SUBSECRETARIA DA 2ª TURMA

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 14127/2012

00001 HABEAS CORPUS Nº 0039386-32.2011.4.03.0000/MS

RELATOR : Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR
IMPETRANTE : MANOEL ZEFERINO DE MAGALHAES NETO
PACIENTE : MISAEL VITOR DE MENEZES reu preso
ADVOGADO : MANOEL ZEFERINO DE MAGALHAES NETO
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE TRES LAGOAS > 3ªSSJ > MS
CO-REU : ELAINE BRITO FERREIRA GEREMIAS
: EDEMILSON TAVARES
: CLEBER STECCA SANCHEZ
No. ORIG. : 00020737020114036003 1 Vr TRES LAGOAS/MS

DECISÃO

Vistos em Plantão Judiciário durante o Recesso, nos termos da Portaria n. 6.494, de 7 de dezembro de 2011.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Manoel Zeferino de Magalhães Neto em favor de **Misael Vitor de Menezes**, por meio do qual objetiva a revogação da prisão preventiva e, alternativamente, a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, nos autos nº 0002073-70.2011.403.6003, que tramita perante a 1ª Vara Federal de Três Lagoas/MS e apura a prática dos delitos descritos nos artigos 333, 334 e 288, todos do Código Penal.

O impetrante alega, em síntese, que o paciente responde a apenas uma ação penal pela suposta prática do mesmo delito, sem sentença condenatória, o que impede a manutenção da prisão com fundamento na personalidade voltada para o crime. Aduz, ainda, a inexistência de elementos concretos que justificam a decretação da prisão cautelar.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que no dia 16 de dezembro de 2011, o paciente **Misael Vitor de Menezes** foi preso em flagrante delito, juntamente com Elaine Brito Ferreira Geremias, sua esposa, Edemilson Tavares e Cleber Stecca Sanchez, por volta das 00hs e 10min, em um sítio distante 05km da BR-158, município de Três Lagoas/MS, no momento em que descarregavam grande quantidade de cigarros contrabandeados, transportados em um caminhão Mercedes que trafegava pela BR-158.

Consta, ainda, do auto de prisão em flagrante que o paciente **Misael** tentou subornar um dos policiais oferecendo a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para se livrar do flagrante. O paciente declarou também que já foi preso anteriormente pela prática do mesmo delito e que a expectativa de lucro com a venda da mercadoria contrabandeada (120 caixas de cigarros - 60.000 maços de cigarros) era de R\$ 5.000,00 a R\$ 6.000,00.

Compulsando os autos verifica-se que não está configurado o constrangimento ilegal.

Com efeito, a decisão proferida pelo d. magistrado de primeiro grau que decretou a prisão preventiva do paciente não padece de qualquer irregularidade, uma vez que presentes os pressupostos e as circunstâncias autorizadoras para a decretação da custódia cautelar, nos termos do que estabelece o artigo 312 do Código de Processo Penal.

Os indícios de autoria e materialidade do crime estão suficientemente delineados nos autos. O paciente confessou perante a autoridade policial a prática do delito.

Do mesmo modo, da análise dos documentos que instruem o presente feito constata-se que o paciente foi denunciado, em 2010, perante a mesma Vara Federal, pelo transporte de cigarros contrabandeados (2010.03.00.008001-1) e, ainda, pela prática do delito descrito no artigo 20, parágrafo único, da Lei nº 4.947/66, por ter invadido, em fevereiro de 2011, um lote de assentamento de reforma agrária. Neste último feito o *parquet* federal deixou de oferecer a proposta de suspensão condicional do processo em virtude de outra ação penal em trâmite perante a Justiça Estadual de Primeira Instância.

Observou o *parquet* federal também que os documentos apreendidos no momento da prisão e na residência do paciente demonstram que **Misael** abastecia os comerciantes menores e camelôs da cidade de Três Lagoas, conforme extratos de movimentação bancária e anotações na agenda apreendida e das próprias declarações do paciente.

Assim, constata-se que o paciente tem personalidade voltada para o crime e dedica-se à prática reiterada do delito de contrabando de cigarros, sendo que a prisão ocorrida no ano passado não impediu que voltasse a cometer o mesmo delito, o que determina a manutenção da custódia cautelar para garantir a ordem pública e evitar a reiteração criminosa.

Por esses fundamentos, **indefiro o pedido de liminar.**

Intimem-se.

Remetam-se os autos ao Relator sorteado, no primeiro dia útil após o termino do Plantão de Recesso.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

Vesna Kolmar

Desembargadora Federal

SUBSECRETARIA DA 3ª TURMA

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 14119/2011

00001 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0006716-38.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.006716-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : ELISIA SEBASTIAO DISPOSTO
ADVOGADO : OMAR ALAEDIN e outro
AGRAVADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOSE BENEDITO RAMOS DOS SANTOS e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
No. ORIG. : 00091636020104036102 1 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de acolhimento de impugnação ao valor da causa, que fixou o valor da cautelar de exibição de documentos em R\$ 3,45, alegando, em suma, que: (1) a futura ação principal será proposta na Vara Federal, alcançando valor superior ao de alçada do Juizado Especial Federal, o que determina que a ação cautelar, nos termos do artigo 800 do CPC, seja processada no mesmo órgão judicial; (2) o valor da ação cautelar não deve corresponder ao valor do custo dos extratos, pois "*não visa a escusa do pagamento da taxa de emissão da segunda via dos extratos, mas tão somente a obtenção dos extratos, que não foi obtida via pedido administrativo*"; (3) o artigo 258 do CPC determina que a toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato; e (4) o conteúdo econômico que os extratos trarão é proporcional ao valor atribuído à causa.

Preliminarmente intimada para apresentar contraminuta, a agravada deixou de se manifestar.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consolidado o entendimento dos Tribunais no sentido de que o ônus de impugnar o valor da causa é do impugnante (réu da ação), a quem cabe, portanto, indicar o montante correto e provar a sua adequação ao caso concreto, a teor do que revelam, entre outros, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

PET 1.555, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 05/11/2009: "AÇÃO RESCISÓRIA. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. ÔNUS DA PROVA DA RÉ NA AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO COMPROVAÇÃO DO VALOR. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o ônus da prova na impugnação ao valor da causa é da ré na ação rescisória, que deve provar que o valor atribuído à causa está contrário ao que efetivamente deveria ter sido aferido. 2. Pedido julgado improcedente."

AI 2010.03.00038154-0, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, DJF3 13/10/2011: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. BENEFÍCIO ECONÔMICO PRETENDIDO. ÔNUS DO IMPUGNANTE. I. O valor da causa deve corresponder ao benefício econômico pretendido com a demanda, ao êxito material perseguido. II. Inexistente conteúdo econômico ou não sendo possível desde logo a verificação do quantum, é lícito ao autor estimar o indigitado valor, vinculando-o à relação jurídica de direito material, nos limites do petitum. III. É ônus do impugnante apresentar o valor entendido como adequado à causa ou proceder à indicação de elementos concretos para a correta aferição da necessidade de sua alteração, não se admitindo impugnação genérica. Precedentes do STJ e desta E. Corte. IV. Agravo desprovido."

Na espécie, a CEF impugnou genericamente o valor da causa, com a afirmativa de que seria "absurdo" o indicado na inicial, dizendo que cabia ao autor da ação indicar novo valor, sem oferecer, ela própria, como impugnante, a sua proposição (f. 15/6), o que, por si só, bastaria à decretação da improcedência da impugnação, por falta de fundamentação e pedido específico, como exigido na legislação e jurisprudência.

O valor estimativo dado pelo autor, diante da falta de impugnação específica do réu, deve prevalecer até porque, ainda que se trate de mera cautelar de exibição de extratos, o proveito econômico, que se pretende viabilizar com tal ação, não se resume ao custo do fornecimento de tais documentos (R\$ 3,45), de cujo pagamento não se pretende eximir o autor da ação, mas deve retratar, tanto quanto possível, o que pode resultar ou o que se pretende postular na principal, com base nas providências resultantes da cautelar instrumentalizada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, julgando improcedente a impugnação ao valor da causa.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00002 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0007717-58.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.007717-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : CARLOS ALBERTO PACHECO
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO PACHECO
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE AUTORA : IUMKI INDL/ E COML/ AUTO PARTES LTDA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO PACHECO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00365213619924036100 22 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, na fase de pagamento de precatório complementar, indeferiu o destaque de verba honorária contratual, em face do pedido fazendário de compensação de débitos fiscais da parte autora (§ 9º do artigo 100 da CF/88, incluído pela EC 62/09), por entender que estes gozam de preferência sobre os demais, à exceção dos decorrentes de acidente de trabalho ou da legislação trabalhista.

O agravante alegou que a verba honorária é impenhorável, nos termos do artigo 694, IV, do CPC, como decidido por esta Corte no AI 0038582-98.2010.4.03.0000, constituindo verba de natureza alimentar com privilégio sobre quaisquer créditos, na forma dos artigos 22 e 24 da Lei 8.906/94, de modo que, tendo juntado o respectivo contrato antes da expedição do ofício requisitório complementar, faz jus ao valor de R\$ 1.996,44, atualizado em 07/2008, correspondente a 20% do crédito da autora.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, trata-se de execução de julgado que condenou a União a restituir à autora as quantias indevidamente pagas a título de FINSOCIAL, tendo sido expedido, inicialmente, ofício requisitório no valor de R\$ 9.446,88 (f. 78), que foi objeto do alvará de levantamento de 10/12/2003 (f. 82). Após, foi deferido ofício requisitório complementar no valor de R\$ 9.982,23, atualizado em 16/07/2008 (f. 96/103), referente aos juros entre a data do cálculo e a expedição do primeiro ofício requisitório. A União interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento (f. 122/8). Em 02/09/2010, o Juízo *a quo* determinou a intimação da União para os fins do § 10 do artigo 100 da CF/88, incluído pela EC 62/09, tendo sido indicada a existência de débitos previdenciários no total de R\$ 22.164,04, objeto da EF 93.0506329-2 (f. 130/4). Com isso, o advogado da autora juntou cópia do contrato dos honorários e postulou a ressalva da penhora da verba contratual no valor de R\$ 1.996,44 (jul/2008) e a expedição de ofício requisitório em seu nome (f. 135/7).

A decisão agravada foi fundamentada nos seguintes termos (f. 138):

"Fls. 297/299: A despeito da previsão contida no art. 22, par. 4º da Lei 8906/94, que permite a expedição do precatório diretamente em nome do advogado que junta aos autos o respectivo contrato de honorários, há que se ressaltar que a expedição em nome do advogado somente poderá ser feita em relação ao valor a ser percebido pela parte contratante. No entanto, no caso em tela, restou demonstrada a existência de dívida ativa em desfavor da parte autora, gozando o crédito público de preferência sobre os demais, com exceção dos decorrentes de acidente do trabalho ou da legislação trabalhista, na qual não se enquadra os honorários de advogado (precedente: STJ 1ª T, un,

EDecResp 435.111. rel. Min. Denise Arruda, mar/04). E em razão do requerido pela União Federal às fls. 290/294, determino seja expedido o ofício requisitório complementar bom base na conta acolhida à fl. 252, com bloqueio do pagamento, para eventual compensação dos valores, nos termos da EC 62/2009. Dê-se vista às partes da expedição para que requeiram o que de direito, no prazo de 05 (cinco) dias. No silêncio, venham os autos para a transmissão via eletrônica do ofício ao E. TRF-3 e aguarde-se o pagamento no arquivo sobrestado. Int."

Correta a decisão agravada à luz da jurisprudência consolidada no sentido de que não pode prevalecer a reserva pretendida pelo agravante, quanto a honorários advocatícios, por importar violação à preferência legal estabelecida em favor dos créditos tributários.

Neste sentido, firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RESP 909.830, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, DJE 06/08/2010: "PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. NATUREZA ALIMENTAR. RESERVA AO PATRONO DIANTE DA POSSIBILIDADE DE PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTS. 186 E 187 DO CTN. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. 1. Correta a decisão proferida no sentido de obstar a reserva da verba honorária contratual pois, a despeito de sua natureza alimentar, o crédito decorrente dos honorários advocatícios não se equipara aos créditos trabalhistas, razão por que não há como prevalecer sobre o crédito fiscal a que faz jus a Fazenda Pública. Precedentes: REsp. n. 1.068.838 / PR, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Relatora p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 24/11/2009 e REsp. n. 874.309 - PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 6.5.2010. 2. Recurso especial não provido."

RESP 1.068.838/PR, Relatora p/ Acórdão Min. ELIANA CALMON, DJE 04/02/2010: "PROCESSO CIVIL - CONCURSO DE CREDORES - CRÉDITO FISCAL E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARTS. 186 DO CTN E 24 DA LEI N. 8.906/94. 1. O crédito decorrente dos honorários advocatícios, conquanto de natureza alimentar, não se equipara aos créditos trabalhistas, razão por que não há como prevalecer sobre o crédito fiscal a que faz jus a Fazenda Pública. 2. Recurso especial conhecido, mas não provido."

RESP 1.041.676, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJE 24/06/2009: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DEDUÇÃO DE VALORES REFERENTES A HONORÁRIOS DE ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. PREFERÊNCIA DOS CRÉDITOS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. ART. 186, CAPUT, DO CTN. 1. Este Tribunal Superior consolidou o entendimento de que os honorários advocatícios, sejam eles decorrentes de relação contratual ou sucumbência judicial, possuem natureza alimentar. Precedentes: EREsp 706.331/PR, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe de 31.3.2008; EREsp 854.535/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 18.4.2008. 2. Por força dos arts. 186 e 187 do CTN, ficam estabelecidas as preferências e privilégios relativos aos créditos tributários, os quais só são preteridos pelos créditos oriundos da legislação trabalhista e de acidente de trabalho. 3. Nos arts. 22, 23 e 24 da Lei 8.906/94, chega-se a estabelecer um certo grau de privilégio para os créditos relativos à fixação de honorários advocatícios, bem como uma cobrança facilitada da verba honorária, mediante sua dedução do montante oriundo da condenação judicial. Contudo, tais previsões não operam - de modo algum - o efeito de superar a preferência dos créditos de natureza tributária, especialmente quando já são objeto de constrição judicial. Precedentes: AgRg no REsp 1.080.439/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 9.2.2009; REsp 572.285/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10.5.2004; REsp 261.792/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 18.12.2000; REsp 86.297/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 2.2.1998. 4. Recurso especial provido."

Por outro ângulo de análise, decidiu igualmente o Superior Tribunal de Justiça contra a pretensão deduzida neste recurso, ao concluir que não pode a convenção particular, relativa a honorários advocatícios, ser oposta à Fazenda Nacional para o fim de excluir da penhora para garantia de execução fiscal, feita no rosto de outros autos, valor que, eventualmente, se destinaria a tal pagamento contratual, *verbis*:

RESP 1.098.077, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 20/08/2009: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DOS MONTANTES REFERENTES AOS DEPÓSITOS JUDICIAIS, PARA FINS DE GARANTIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL RELATIVA A OUTRO CRÉDITO. RESERVA DE NUMERÁRIO PARA PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. CONVENÇÃO ENTRE PARTICULARES. Oponibilidade à Fazenda Pública. IMPOSSIBILIDADE. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. A recorrente, em Mandado de Segurança, efetuou depósitos judiciais para suspender a exigibilidade do crédito tributário. Em Execução Fiscal promovida pela Fazenda Pública, referente a outro crédito, foi requerida e deferida a penhora no rosto dos autos do writ. 3. Após o êxito na ação mandamental, a impetrante teve indeferido o requerimento para excluir da penhora a quantia destinada ao pagamento dos honorários advocatícios contratados. 4. Correto o julgamento do Tribunal de origem, uma vez que as convenções particulares não podem ser opostas ao Fisco. 5. Recurso Especial não provido."

Cabe destacar, finalmente, que a compensação requerida pela PFN nos termos do § 9º do artigo 100 da CF não recaiu sobre verba honorária, como alegado na invocação da impenhorabilidade a favor do advogado, mas, de forma

específica, incidiu sobre crédito de precatório devido à pessoa jurídica por força de condenação em repetição de indébito fiscal, valor este do qual se pretendeu, aí sim, destacar o montante contratual devido a título de honorários profissionais, providência preliminar esta que, porém, contraria a jurisprudência e a legislação, considerada a preferência legal a favor dos créditos tributários. Sendo indevido o destaque da verba honorária, evidente que a compensação foi feita sobre crédito de precatório em repetição de indébito fiscal, e não sobre verba honorária de profissional da advocacia.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do CPC, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00003 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0009709-54.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.009709-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : MUNICIPIO DE LIMEIRA SP
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO FERREIRA CESARIO e outro
PARTE AUTORA : Instituto Nacional de Colonizacao e Reforma Agraria INCRA
ADVOGADO : PAULO SÉRGIO MIGUEZ URBANO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00338115319864036100 21 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de decisão que determinou a expedição de precatório complementar, nos termos dos cálculos da contadoria judicial, computando juros moratórios a partir de 31/12/1991, "*uma vez que os depósitos foram efetuados fora do prazo constitucional*".

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que não existe mora no pagamento de precatório judicial, para efeito de cobrança dos denominados "*juros em continuação*", se a dívida é quitada até o final do exercício financeiro seguinte, ainda que posterior o levantamento do depósito pelo credor, quando e desde que expedido o ofício pelo Tribunal em 1º de julho antecedente, na forma do § 5º do artigo 100 da Constituição Federal.

Neste sentido, o acórdão no RE nº 305186/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E A DO EFETIVO PAGAMENTO. CF., ART. 100, § 1º (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 30/2000). Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33 do ADCT. Recurso extraordinário conhecido e provido."

As alterações, promovidas pela EC nº 30/2000 e 62/2009, ao artigo 100, ao determinarem a incidência apenas de correção monetária no período entre a requisição do pagamento pelos Tribunais, quando efetuada até 1º de julho, até o final do exercício seguinte, confirmam a interpretação quanto à inexigibilidade de juros de mora no prazo fixado para quitação do precatório, assim delimitando o alcance da condenação judicial e, pois, da coisa julgada.

Neste sentido, entre outros, os seguintes acórdãos:

- ERESP nº 461981, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJU de 07.06.04, p. 156: "PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - PRECATÓRIO COMPLEMENTAR - JUROS MORATÓRIOS - PAGAMENTO REALIZADO NO PRAZO CONSTITUCIONAL - NÃO-CABIMENTO - PRECEDENTES DO STF E DA 1ª SEÇÃO DO STJ. - O STF e a eg. 1ª Seção deste Tribunal assentaram entendimento no sentido de que, cumprido o prazo constitucional para o pagamento dos precatórios, são indevidos os juros moratórios em precatório complementar. - No caso dos autos, não houve mora da Fazenda Pública, por isso que, expedido o precatório em julho/92, foi pago em novembro/93, portanto, dentro do prazo estabelecido no § 1º do art. 100 da Constituição Federal. - Ressalva do ponto de vista do relator. - Embargos de divergência rejeitados."

- AG nº 2002.03.00.043210-1, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 16.01.04, p. 142: "AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - CONTA DE ATUALIZAÇÃO DE PRECATÓRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. 1 - Incabível a imposição de juros de mora na conta de atualização de precatório complementar, caso a expedição do originário pagamento tenha se realizado no prazo constitucional, de vez que não restou caracterizado o inadimplemento por parte do Poder Público. 2 - Exclusão dos juros moratórios na conta homologada, pois não incorreu a agravante em atraso no pagamento da atualização monetária do crédito. Aplicação do entendimento adotado pela Corte Suprema (RE 305.186/SP), acolhido pelo STJ no julgamento do AGEDAG 461.390/MG. 3 - Agravo de instrumento a que se dá provimento. 4- Agravo regimental prejudicado, por perda do objeto."

- AG nº 2002.03.00.014893-9, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJU de 11.04.03, p. 441: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS EM CONTINUAÇÃO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE MORA DA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. 1. A atualização monetária de débitos resultantes de decisões judiciais tem por objetivo a manutenção do valor real da moeda, em face do processo inflacionário. 2. Não incidem juros de mora no período compreendido entre a data da expedição do precatório judicial e a data de seu efetivo pagamento, desde que este tenha ocorrido dentro do prazo estabelecido no § 1.º, do art. 100, da CF. Precedentes do STF (Pleno, RE n.º 298.616/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31/10/2002, por maioria, DOE 08/11/02 e Primeira Turma, RE n.º 305.186/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17/09/02, v.u.). 3. Agravo provido e agravo regimental prejudicado."

Como consequência necessária, deve ser reconhecido o direito do credor ao cômputo dos juros moratórios desde a data do cálculo anteriormente homologado, quando foi por último aplicado o encargo até - salvo termo final requerido em menor extensão ou nos limites devolvidos pelo recurso - o encaminhamento do ofício precatório, apenas com atualização monetária, pelo Tribunal para a inclusão da verba no orçamento (1º de julho de cada ano), uma vez que o texto constitucional apenas afasta a configuração da mora entre esta última data e o pagamento, se ocorrido até o final do exercício seguinte, garantindo, neste interregno específico, a aplicação apenas da correção monetária (artigo 100, § 5º, CF, com a redação da EC nº 62/2009).

A propósito, assim decidiu a Terceira Turma, no AG nº 2004.03.00.044159-7, de que fui relator, com acórdão publicado no DJU de 23.02.05:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. 1. Encontra-se pacificada, no âmbito da Suprema Corte, a interpretação no sentido de que não existe mora no pagamento de precatório judicial, para efeito de cobrança dos denominados "juros em continuação", se a dívida é quitada até o final do exercício financeiro seguinte, ainda que posterior o levantamento do depósito pelo credor, quando e desde que expedido o ofício pelo Tribunal em 1º de julho antecedente, na forma do § 1º do artigo 100 da Constituição Federal. 2. Como consequência, deve ser reconhecido o direito do credor ao cômputo dos juros moratórios desde a data do cálculo anteriormente homologado, quando foi por último aplicado o encargo até - salvo termo final requerido em menor extensão ou nos limites devolvidos pelo recurso - o encaminhamento do ofício precatório, apenas com atualização monetária, pelo Tribunal para a inclusão da verba no orçamento (1º de julho de cada ano). 3. Precedentes."

Ressalte-se ainda, que tal orientação está em plena conformidade com a Súmula Vinculante 17, editada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *"Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos"*.

Certo que, em relação ao período anterior ao da SV 17/STF, de que cuidam os autos, foi admitida perante o Supremo Tribunal Federal a repercussão geral no RE 579.431, DJE 24.10.08, ainda pendente de julgamento. Acerca da repercussão geral, o sobrestamento do artigo 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil, ocorre em relação aos recursos extraordinários de matérias pendentes de julgamento na Suprema Corte, não obstante, porém, o exame de feitos no âmbito das Turmas, como é o caso dos agravos de instrumentos interpostos de decisão interlocutória, agravos legais ou inominados e embargos declaratórios.

Quanto ao decidido no RESP 1.143.677, trata-se de precedente que interpretou a SV 17/STF, reconhecendo, portanto, a natureza constitucional da matéria e, considerando que a Suprema Corte apenas excluiu os juros de mora no período específico de 18 meses, a que se refere o § 5º do artigo 100 da Constituição Federal.

Na espécie, em que pese o precatório tenha sido emitido em **29/06/1990** (f. 64/5), a autuação no Tribunal ocorreu em **14/08/1990**, conforme consulta ao sistema processual eletrônico, o que ensejou, portanto, sua atualização e inclusão no orçamento da União somente em **01/07/1991**, nos termos do artigo 100 da CF/88, para pagamento no exercício seguinte (**até 31/12/1992**). Porém, o pagamento foi realizado apenas em **26/07/1993** (f. 66), após o prazo constitucional, a configurar a mora da Fazenda Nacional a partir de **janeiro/1993**. Diante disso, os cálculos da contadoria de f. 516/8 da ação originária (f. 99/101 deste recurso) devem ser refeitos, pois computaram juros de mora a partir de **31/12/1991**, quando o correto seria a partir de **1º/01/1993**.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao presente recurso, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00004 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010190-17.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.010190-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : COML/ SETE BELO MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA
ADVOGADO : BIANCA LANGIU CARNEIRO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 3 VARA DE SOROCABA > 10ª SSJ> SP
No. ORIG. : 00093251220024036110 3 Vr SOROCABA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição de prescrição em exceção de pré-executividade, alegando, em suma, que: (1) segundo inúmeros precedentes jurisprudenciais, o termo inicial da prescrição é a data do vencimento do tributo; e (2) aplica-se o disposto na redação original do artigo 174 do CTN, interrompendo-se a prescrição com a citação pessoal, que somente ocorreu em 22/11/2002.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que a prescrição para cobrança do crédito tributário ocorre em cinco anos contados da constituição definitiva, nos termos do *caput* do artigo 174 do CTN, sujeita à interrupção de acordo com as causas enunciadas no parágrafo único do mesmo dispositivo.

Em se tratando de crédito tributário constituído através de auto de infração, o quinquênio tem curso a partir, não da data do fato gerador ou vencimento, mas da notificação do sujeito passivo da autuação fiscal, na medida em que o débito não constou de declaração constitutiva pelo contribuinte, mas de lançamento de ofício suplementar, conforme expressamente informado na CDA, ao contrário do que considerado nos autos pelas partes e pelo Juízo *a quo*.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

RESP 1.017.981, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJE 23.06.08: "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IRPJ E CSLL. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITAÇÃO DE 30%. DESCUMPRIMENTO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. AUTO DE INFRAÇÃO. TERMO INICIAL.

PRESCRIÇÃO QUINQUÊNIAL. INOCORRÊNCIA. 1.(...). 2. O crédito fiscal passa a ser exigível a partir de sua constituição definitiva iniciando-se daí o prazo prescricional de cinco anos para a sua consequente execução no nos termos do art. 174, do CTN. 3. Consta dos autos que a constituição do débito se deu por Auto de Infração e que a notificação do contribuinte ocorreu em 31/12/2003, em relação ao Imposto, e 26/12/2003, em relação à Contribuição. 4. In casu, a constituição do débito se deu por Auto de Infração, e a notificação do contribuinte ocorreu em 31/12/2003, em relação ao Imposto, e 26/12/2003, em relação à Contribuição. Consumando-se o lançamento do crédito tributário, não pode a ora recorrente pretender que o prazo prescricional para sua cobrança comece a correr da entrega das declarações por ela prestadas. 5. Nesse panorama, se a Fazenda ingressou com a ação de execução em outubro de 2004, não há falar em prescrição, ingressou em juízo tempestivamente, portanto. 6. Recurso especial não-provido."

AC 2008.03.99.026945-8, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU 03.09.08: "EXECUÇÃO FISCAL.

PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA. 1. Hipótese de crédito constituído por intermédio de auto de infração, sendo que o d. Juízo reconheceu de ofício prescrição, em virtude da fluência de período superior a 5 anos desde o vencimento dos tributos e respectiva multa, sem que fosse efetuada a citação da executada. 2. O art. 174 do CTN disciplina que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 3. Os valores em execução foram inscritos em Dívida Ativa por intermédio de Auto de Infração, com notificação pessoal em 09/05/94. Em tais hipóteses, este é o marco inicial para contagem do prazo prescricional, ou seja, a data da notificação ao contribuinte. 4. Esta Turma tem entendido que, tratando-se de execução ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, incide o disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se, pois, suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional, ocorrido em 15/01/98. 5. Afastada a prescrição, uma vez que não transcorreu o prazo previsto no art. 174 do CTN no período compreendido entre a notificação pessoal e a data da propositura da execução fiscal. 6. Provimento à apelação e à remessa oficial, tida por ocorrida."

Na espécie, o crédito tributário relativo ao SIMPLES, ano-base de 1997, foi constituído através de "notificação e lançamento" (f. 18/25), sem qualquer informação sobre a data de notificação, o que impede o próprio exame da alegada prescrição, sob esta perspectiva.

De qualquer forma, ainda que se considerasse a hipótese de constituição por declaração, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

RESP 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU 05.09.08: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido."

RESP 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJU 16.09.08: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido."

AC 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04.11.08: "DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1.Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. Apelação desprovida."

Como visto, a data do vencimento somente pode ser considerada como termo inicial da prescrição quando impossível aferir a data da entrega do documento constitutivo do crédito tributário que, não sendo omitido e nem revisado, é o marco definidor do prazo de cinco anos para a cobrança judicial.

No caso, a DCTF relativa ao ano-base de 1997 foi entregue em **27/05/1998** (f. 81), com ajuizamento da execução fiscal antes da LC 118/05, em **13/11/2002** (f. 16), tendo sido, pois, interrompida a prescrição com a propositura da ação, nos termos das Súmulas 78/TFR e 106/STJ, afastando a prescrição. Ademais, é de se pressupor, logicamente, que o lançamento de ofício suplementar de tributo não declarado na DCTF do ano-calendário de 1997 tenha sido realizado posteriormente à entrega da respectiva DCTF, circunstância que, por si só, já afastaria a tese de prescrição.

Como assentado, a propositura da execução fiscal dentro do quinquênio legal, de acordo com a legislação e jurisprudência consolidada, não permite o reconhecimento da prescrição, sendo plenamente aplicável, na espécie, a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, os seguintes precedentes:

RESP 1.105.174, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 09/09/2009: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INCISO I DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 174 DO CTN. DEMORA NA CITAÇÃO EDITALÍCIA ATRIBUÍDA AO SERVIÇO JUDICIÁRIO. SÚMULA 7 DO STJ. ART. 219, § 2º, DO CPC. SÚMULA 106 DO STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em interpretação ao art. 219, § 2º, do CPC em conjunto com o art. 174 do CTN, firmou, antes da vigência da LC n. 118/05, o entendimento de que a demora na citação do devedor por culpa dos serviços judiciários não pode prejudicar o exequente. Súmula 106 do STJ. 2. Para se rever a culpa pela demora na citação editalícia, atribuída ao serviço judiciário pela Corte Estadual, é necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, à luz do entendimento sedimentado na Súmula n. 7 desta Corte, não é possível em sede de Recurso Especial (v.g.: REsp 1.081.414/MG; e REsp 802.048/MG). 3. Recurso Especial não provido."

RESP 1.109.205, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 29/04/2009: "TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - CITAÇÃO TARDIA - AUSÊNCIA DE MORA DO CREDOR - SÚMULA 106 DO STJ - INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA - ART. 25 DA LEI Nº 6.830/80 - APLICABILIDADE. 1. A perda da pretensão tributária pelo decurso de tempo depende da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário."

Inteligência da Súmula 106/STJ. 2. O representante judicial da Fazenda Pública deve ser intimado pessoalmente na execução fiscal, nos termos do art. 25 da Lei 6.830/80. 3. Recurso especial provido."

A Segunda Seção desta Corte reconheceu, igualmente, em recente julgado, que a prescrição é interrompida pela propositura da execução fiscal, nos termos da Súmula 106/STJ: EAC nº 94.03.094057-3.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00005 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010242-13.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.010242-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : MARIA IVANETE MASSUQUINI -ME
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE ADAMANTINA SP
No. ORIG. : 10.00.00009-8 2 Vr ADAMANTINA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra suspensão de execução fiscal por 1 (um) ano, nos termos do artigo 40 da Lei 6.830/80, em razão de não terem sido localizados bens penhoráveis pelo oficial de justiça.

Sustenta a agravante, em suma, a inaplicabilidade do artigo 40 da LEF, vez que não teve prévia vista da certidão do oficial de justiça, nos moldes do artigo 20 da Lei 11.033/04.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, é manifestamente procedente o pedido de reforma da decisão agravada, pois efetivamente a agravante não foi intimada a dizer sobre o prosseguimento do feito antes da ordem de suspensão.

De fato, verifica-se que foi realizada a citação da executada em 16/11/2010, certificando o oficial de justiça, em 23/11/2010, não haver procedido à penhora, por não ter localizado bens passíveis de constrição, informando, ainda, que a devedora estaria inativa desde maio de 2009 e não possui bens a serem relacionados e, por fim, esclarecendo não ter diligenciado nos cartórios imobiliários, pois tal demandaria a expedição de certidões e respectivo pagamento (f. 50v).

Na sequência, foi juntada petição da PFN apresentando cópia para contrafé, protocolizada em 06/12/2010 (f. 51), porém sem registro de carga dos autos.

Em 09/12/2010 (f. 52), foi lavrada certidão pelo Escrevente Chefe no sentido de que, em atendimento à Portaria 01/05, estaria encaminhando o feito para manifestação da exequente sobre a certidão do oficial de justiça. Todavia, a informação de vista, logo abaixo, apresenta em branco os campos destinados ao preenchimento da data, da mesma forma que o recebimento dos autos em cartório.

Apesar disso, em 17/03/2011 (f. 52v), foi certificado o decurso do prazo para manifestação da exequente, sem que tenham saído em carga os autos.

Após, em 22/03/2011 (f. 53), o Juízo *a quo* proferiu a decisão agravada, suspendendo o processo por 1 ano, nos termos do artigo 40 da LEF.

Desta forma, assiste razão à agravante, devendo ser concedida a vista e a carga dos autos à PFN, a fim de que se manifeste sobre o prosseguimento do feito, em razão do teor da certidão do oficial de justiça, ficando sem efeito a suspensão pelo artigo 40 da LEF.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, nos termos supracitados.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00006 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010256-94.2011.4.03.0000/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
 AGRAVANTE : Departamento Nacional de Produção Mineral DNPM
 ADVOGADO : EDUARDO FORTUNATO BIM
 AGRAVADO : SIGO MINERACAO E PARTICIPACOES LTDA
 ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J DA BOA VISTA>27ª SJJ>SP
 No. ORIG. : 00047040820084036127 1 Vr SAO JOAO DA BOA VISTA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento de utilização do BACENJUD, em execução fiscal, para pesquisa de endereço da parte executada. Alegou, em suma, que: (1) não tendo sido localizada a devedora nos endereços constantes dos registros próprios e da SRFB, requereu a busca pelo sistema bancário que *"tende a ser muito mais eficiente do que o Info Jud pela natural remessa de cartões, cheques etc."*, porém a decisão agravada entendeu que *"é dever da parte diligenciar o endereço da Executada, presumindo-se que o juízo somente tenha que oficiar à RFB ou usar o Info Jud, não sendo de seu interesse a busca do bem"* (f. 2); (2) o artigo 15 do Regulamento do BACENJUD 2.0 prevê a possibilidade de utilização do sistema para requisitar os endereços atuais das partes; e (3) considerando que o STJ e o CJF admitem o uso preferencial do BACENJUD para penhorar dinheiro *"com tanto mais razão se deve admiti-lo para descobrir o endereço da parte"* (f. 2v).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que ao Juízo não cabe substituir-se à parte nas diligências que lhe competem para localização do devedor e de bens para penhora, salvo se provada o esgotamento razoável das tentativas neste sentido.

No caso dos autos, sem promover qualquer tentativa de localização em cadastros existentes em órgãos públicos, acessíveis ao credor, o que pretende a PFN é que se requisite diretamente o fornecimento de endereço registrado no sistema BACENJUD, por entender ser o único capaz de permitir a localização efetiva do executado.

Todavia, tal pretensão não encontra respaldo na jurisprudência:

AI 2008.03.00042250-0, Rel. Des. Fed. VESNA KOLMAR, DJF3 27/04/2009: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. USO DO BACENJUD PARA LOCALIZAÇÃO DO ENDEREÇO DO RÉU. REQUISITOS PARA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. O fornecimento de endereços para a viabilização de ato processual compete primordialmente à parte que os requer. 2. Só é possível a intervenção do Poder Judiciário junto aos órgãos públicos se a diligência não puder se dar de outra forma, e a parte tiver esgotado as diligências que estavam ao seu alcance o que não ocorreu na hipótese dos autos. 3. Agravo de instrumento improvido."

AI 2011.03.00010255-2, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, DJF3 16/09/2011: "AGRAVO INOMINADO - BACENJUD - REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES - ENDEREÇOS - ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS - RECURSO IMPROVIDO. 1. O agravo de instrumento foi interposto em face de decisão que indeferiu pedido da exequente de realização de pesquisa, via BACENJUD, com o escopo de obter o novo endereço do executado. 2. Na minuta do agravo, o agravante alegou a possibilidade de se utilizar do BACENJUD com esse intuito, conforme art. 15 do Regulamento do BACENJUD 2.0. 3. Corrobora a pretensão do exequente, o pedido deduzido - e indeferido - perante o MM Juízo de origem (fl. 17): "Sabendo-se que para abrir conta em qualquer banco, exigem-se dados atualizados, requer-se que seja feito o Bacen jud no sentido de localizar novo endereço do executado". 4. Não obstante a localização do devedor e de seus bens seja ônus do credor, existem mecanismos à disposição desse para satisfazer o crédito exequendo, entre eles o bloqueio eletrônico de ativos financeiros, pelo sistema BACENJUD, o qual, segundo recente jurisprudência pátria, dispensa o esgotamento de diligências no sentido de localização de bens passíveis de penhora, de titularidade do executado, após a vigência da Lei 11.382/2006. 5. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, segundo o qual a requisição de informações sobre a declaração de bens e endereço do devedor à Receita Federal será admitida, quando esgotados pelo credor todos os meios para sua localização. 6. Compulsando os autos, verifica-se que a exequente não diligenciou no sentido de localizar bens de propriedade da executada, não podendo valer-se dessa medida excepcional, neste momento processual. 7. Resta afastada a aplicação do art. 17, do Regulamento do BACENJUD vigente, também expedido pelo Banco Central do Brasil, pelas razões já expostas. 8. Agravo inominado improvido."

AG 2010.02.01016797-4, Rel. Des. Fed. GUILHERME CALMON, E-DJF2R 15/02/2011: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. UTILIZAÇÃO DO SISTEMA BACENJUD PARA DILIGENCIAR EM BUSCA DO ENDEREÇO DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1 - Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão que indeferiu o pedido para diligenciar junto ao sistema BACENJUD na busca pelo endereço da executada. 2 - O Juízo já realizou uma série de diligências anteriormente solicitadas pela CEF, oficiando para diversos órgãos e empresas em busca do endereço da ré. 3 - Além do mais, o convênio firmado através do BACENJUD tem por objetivo diligenciar em busca de bens penhoráveis e não, ao intento da parte, em busca de informações cadastrais. 4 - O Juízo, na decisão combatida, determinou que a CEF providenciasse a citação

por edital, sendo certo que tal diligência integra os meios a serem esgotados na localização do devedor, produzindo efeitos que não podem ser negligenciados quando da sua efetivação. 5 - Agravo de instrumento improvido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 12 de maio de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00007 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010599-90.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.010599-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
AGRAVADO : PENSIL LITORANEA PROMOCOES E LANCHONETE LTDA
ADVOGADO : NANJI APARECIDA EDUARDO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SANTOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00079241520104036104 2 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em incidente de impugnação ao valor da causa, rejeitou o pedido formulado pela UNIÃO FEDERAL.

A agravante alegou, em suma, que: (1) o valor da causa deve representar a pretensão econômica da autora; (2) é dever da agravada apresentá-lo corretamente, não podendo prevalecer a irrisória quantia de R\$ 1.000,00; (3) tendo em vista tratar-se a agravada de empresa de pequeno porte (f. 37), auferir, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (f. 6); e (4) o valor da causa, quando determinado por estimativa, deve ser fixado com razoabilidade.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Primeiramente, cabe ponderar que o valor da causa, como um dos requisitos essenciais da inicial, enseja a possibilidade de indeferimento, com extinção do processo sem julgamento de mérito, caso não promova o autor a sua adequação, segundo os critérios legais fixados (artigo 282, inciso V, combinado com o artigo 284, do CPC).

Como se observa, o valor da causa não é matéria sobre a qual possam as partes dispor ou transigir, segundo seus interesses ou critérios pessoais, uma vez que a partir de sua correta fixação são extraídos diversos e importantes efeitos processuais, em termos de definição, seja da competência, seja do rito procedimental, como se nota, com particular destaque, diante da criação dos Juizados Especiais Cíveis, na estrutura da Justiça Federal (Lei nº 10.259, de 12.07.2001).

Além disto, o valor da causa é utilizado para o cálculo da verba honorária, em caso de sucumbência, nas mais diversas hipóteses e - mais importante - serve para definir o próprio valor das custas judiciais, verdadeira taxa pela prestação de serviço público, específico e divisível, cuja cobrança obrigatória, como é próprio de todos os tributos (artigos 3º e 16, da Lei nº 9.289/96), não prescinde da fixação legal de critérios objetivos.

Em coerência com este contexto de inserção é que restou adotado o princípio de que toda a causa possui um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato (artigo 258, CPC), daí porque a consagração do entendimento de que o valor da causa deve corresponder ao proveito econômico objetivamente pretendido com a ação.

O critério do proveito econômico pretendido encontra-se inserido no artigo 259 do Código de Processo Civil, exemplificado a partir das seguintes situações: (I) ação de cobrança, (V) ação versando sobre negócio jurídico, (VI) ação de alimentos, e, finalmente, (VII) ação de divisão, de demarcação e de reivindicação. Nos demais incisos (II a IV), o que se disciplina, sem embargo do princípio do proveito econômico, é a forma de apuração do valor da causa, quando o pedido não for único (cumulado, alternativo ou sucessivo).

O artigo 260 do Código de Processo Civil atua na definição do valor da causa, particularmente nas ações de cobrança, quando houver pedido de prestações vencidas (calculadas na forma do inciso I do artigo 259) e vincendas, quando, então, se determina que prevaleça a soma de todas as parcelas vencidas, acrescidas do equivalente, a título de parcelas vincendas, ao valor de uma prestação anual (cf. Moniz Aragão, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, Forense, 6ª edição, 1989, p. 457).

Certo, portanto, que não se deixa de aplicar, tanto nos casos exemplificados, como nos demais, o critério do proveito econômico pretendido, que deve ser alcançado do modo mais objetivo possível, seja por iniciativa do autor, quando propõe a ação, seja com base na impugnação do réu, no prazo de contestação por meio de incidente específico, seja

finalmente, pelo próprio Juízo, de ofício (neste sentido, v.g.: RESP nº 158015, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/10/2000, p. 306; e AC nº 94.04.05484-4, Rel. Juíza VIRGÍNIA SCHEIBE, DJU de 25/10/1995, p. 73431). O proveito econômico efetivo, pretendido com a ação, qualquer que seja sua natureza ou denominação (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, etc.), deve ser aferido com o exame objetivo do pedido formulado na inicial e da documentação respectiva.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

- *REsp nº 20.472-SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJU de 27.05.96: "PROCESSO CIVIL. VALOR DA CAUSA. O valor da causa não pode ser fixado à base de estimativa do autor, quando o pedido pode ser dimensionado economicamente à base de cálculos exatos. Recurso especial conhecido e provido."*
- *AI nº 2000.03.00.024462-2, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU de 07.03.01, p. 564: "PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO - VALOR DA CAUSA - BENEFÍCIO ECONÔMICO - COMPATIBILIDADE. I- O valor atribuído à causa deve corresponder ao da relação jurídica cuja existência se quer afirmar ou negar. II- Agravo de instrumento improvido."*
- *AI nº 98.03.0130730, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, DJU de 15.01.01, p. 846: "PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA - VALOR DA CAUSA - MODIFICAÇÃO "EX OFFICIO". 1. Por ser requisito da petição inicial, o valor da causa deve ser fixado de acordo com a previsão legal e nada impede que o juiz, "ex officio", determine a sua modificação. 2. O valor atribuído à causa deve guardar correspondência com o benefício patrimonial almejado, ainda que se trate de ação de natureza declaratória. 3. Agravo improvido."*

É certo, contudo, que existem causas sem conteúdo econômico imediato, em que não se discute direito patrimonial (v.g. - direito de estado) ou em que a sua aferição não é objetivamente possível no momento da propositura da ação. Tal impossibilidade deve ser objetiva, pois se meramente subjetiva, comporta impugnação por iniciativa do réu, por meio de incidente, em que se deve comprovar que outro é o valor mais adequado aos parâmetros legais, sob pena de prevalecer a atribuição efetuada pelo autor. Somente em tais casos, de **modo excepcional e residual**, é que o conteúdo econômico da lide pode ser adotado com base em mera estimativa.

Na espécie, trata-se de ação que objetiva a declaração de alegado direito de promover, em seu estabelecimento, atividades como "*Mega Sena, Quina, etc., oferecidos e vendidos pelas Casas Lotéricas Federais, através de Lei Federal*" (f. 34v).

A impugnação da UNIÃO FEDERAL não ofereceu valor certo alternativo para a causa. Todavia, é certo que a adoção do rito ordinário para a ação exige que se observe, a *contrario sensu*, o artigo 275, inciso I, do Código de Processo Civil, não podendo a parte autora eximir-se da obrigação de adequar o valor da causa, de modo a que seja superior a 60 salários-mínimos, mesmo porque tal revisão tem efeitos legais relevantes, tanto na fixação do valor das custas, como da própria sucumbência, em caso de improcedência do pedido.

É mister destacar, em reforço à tese da obrigatoriedade da emenda acima apontada, que o Superior Tribunal de Justiça legitima a própria correção de ofício do valor da causa, não apenas quando exista critério legal objetivo de fixação, mas especialmente quando o erro da inicial importe em alterar a competência, o rito procedimental ou as regras recursais (REsp nº 154.991, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJU de 09.11.98, p. 110).

A propósito, podem ser destacados, ainda, os seguintes precedentes, entre outros:

- *AI nº 90.09.016930-6, Rel. Des. Fed. ANA SCARTEZZINI, DJU de 03.08.92, p. 202: "PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALTERAÇÃO DO VALOR A CAUSA PARA ADEQUAR AO RITO ADOTADO - ANUÊNCIA - CABIMENTO. I - Cabível a alteração do valor atribuído a causa para adequá-la ao rito escolhido, considerando-se a anuência da parte `ex-adversa`. II - Agravo Provido"*
- *AI nº 97.02.290678, Rel. Des. Fed. SÉRGIO FELTRIN CORRÊA, DJU de 12.12.00: "PROCESSUAL CIVIL. VALOR DA CAUSA. FIXAÇÃO. CUMULAÇÃO SUBJETIVA DE PEDIDO. PROCEDIMENTO. ADEQUAÇÃO. - Deve prevalecer o valor da causa atribuído na exordial, não se tratando das hipóteses de previsão legal (Art. 259 do CPC), salvo quando, em sede impugnatória, trouxe a ré subsídios concretos que apontem para a determinação de outro valor, fato este não verificado no vertente caso. - Entretanto, o quantum estabelecido inicialmente pelos Autores, equivalente a 8 (oito) salários mínimos à época, não se adequa ao rito por estes escolhidos. Desta forma, cumpre fixá-lo em 21 (vinte e um) salários mínimos, atendendo-se, minimamente, ao comando do Art. 275, I, do CPC. Agravo parcialmente provido."*

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, para que o valor atribuído à causa seja adequado ao rito procedimental adotado, qual seja, o ordinário.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00008 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010825-95.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.010825-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : MAURO SERNARDES CASTRO e outro
: JOSE CARLOS LEAO
PARTE RE' : IND/ METALURGICA TERGAL LTDA massa falida
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05051122519954036182 4F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO
Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento da inclusão dos ex-sócios-diretores MAURO SERNARDES CASTRO e JOSÉ CARLOS LEÃO no pólo passivo da execução fiscal.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA nº 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 22.09.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): 'Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária'. 5. Agravo regimental a que se nega provimento''.

Assim igualmente ocorre quando a hipótese é de falência que, por não constituir forma de dissolução irregular da sociedade, somente autoriza o redirecionamento da execução fiscal contra os ex-administradores se provada a prática de atos de gestão com excesso de poderes ou com infração à lei, contrato ou estatuto social, nos termos do artigo 135, III, do CTN, a tanto, porém, não se equiparando a falta de comprovação da quitação de todos os tributos, a que se refere o artigo 191 do CTN.

A propósito, os seguintes precedentes:

- RESP nº 882.474, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 22.08.08: "PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EMPRESA FALIDA - NOME DO SÓCIO NA CDA - REDIRECIONAMENTO: IMPOSSIBILIDADE - ART. 13 DA LEI 8620/93 - CONTROVÉRSIA DECIDIDA SOB O ENFOQUE EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL - NÃO CONHECIMENTO. 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 exequente 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. Inviável o recurso especial interposto contra acórdão que decidiu controvérsia em torno da inaplicabilidade do art. 13 da Lei 8.620/93, sob enfoque exclusivamente constitucional. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido".

- AGRESP nº 971.741, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE de 04.08.08: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR TRIBUTOS.

IMPOSSIBILIDADE. FALÊNCIA . MATÉRIA PACIFICADA. SÚMULA 83/STJ. 1. O mero inadimplemento da obrigação de pagar tributos não constitui infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional. 2. A simples quebra da empresa executada não autoriza a inclusão automática dos sócios, devendo estar comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei. 3. Agravo regimental não provido".

Na espécie, houve falência aberta em 22/12/1997 (f. 89) e decretada conforme registro na JUCESP de 09/01/1998 (f. 123), o que, por si, não induz à responsabilidade tributária dos ex-sócios-diretores, a qual somente pode ser reconhecida se presentes os requisitos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, conforme tem decidido não apenas o Superior Tribunal de Justiça, como especialmente esta Turma, a teor do que revela, entre outros, o seguinte acórdão:

AG nº 2008.03.00040215-9, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 07/04/09: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO -GERENTE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. FALÊNCIA DA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. I - Não conhecimento do agravo regimental, porquanto, pela nova sistemática processual, incabível o manejo de recurso contra decisão monocrática do Relator (Art. 527, § único do CPC). II - Não conhecimento da matéria referente à nulidade da Certidão da Dívida Ativa, tendo em vista a devolutividade restrita do agravo de instrumento, que enseja o exame de matéria efetivamente apreciada pelo juízo a quo, sob pena de afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição. III - Tenho admitido que o simples inadimplemento do crédito tributário não é suficiente para ensejar o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes da empresa devedora, sendo necessário apresentar indícios de dissolução irregular da empresa executada ou a prática de alguns dos atos previstos no artigo 135, III, do CTN, tais como atos cometidos com excesso de poder ou em infração à lei, contrato social ou estatuto. IV- Nos casos de dissolução da empresa por meio de decretação de falência, não há inclusão automática dos sócios. A massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa. V - No caso em testilha, não houve comprovação pela exequente de eventual gestão fraudulenta praticada pelos sócios-gerentes indicados. Verifico, ademais, que, após o relatório final do síndico e concordância do Ministério Público, o processo de falência foi encerrado sem que houvesse qualquer menção a eventual ação penal falimentar movida em face dos administradores, bem como qualquer apuração no sentido de prática de crime falimentar. VI - Desta forma, entendo incabível, ao menos por ora, o redirecionamento da execução fiscal pretendida VII - Agravo de instrumento provido".

No entanto, consta nos autos que os ex-sócios-diretores MAURO SERNARDES CASTRO e JOSÉ CARLOS LEÃO foram condenados por crime falimentar, em sentença datada de 07/02/2003, confirmada por acórdão de 05/02/2004, nos termos dos artigos 186, VI e VII, e 188, VIII, da antiga Lei de Falências - Decreto Lei n.º 7.661/45 (f. 123):

"Art. 186. Será punido o devedor com detenção, de seis meses a três anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos:

.....
VI - inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa;

.....
VII - falta de apresentação do balanço, dentro de sessenta dias após à data fixada para o seu encerramento, à rubrica do juiz sob cuja jurisdição estiver o seu estabelecimento principal".

"Art. 188. Será punido o devedor com a mesma pena do artigo antecedente, quando com a falência concorrer algum dos seguintes fatos:

.....
VIII - destruição, inutilização ou supressão, total ou parcial, dos livros obrigatórios".

Tais elementos configuram indícios da prática de infração a que se refere o artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, pelo o que é cabível a pretensão ora pleiteada e a inclusão dos ex-sócios-diretores MAURO SERNARDES CASTRO e JOSÉ CARLOS LEÃO no pólo passivo da execução fiscal.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

00009 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010848-41.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.010848-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : AYRES RODRIGO DE PAULA
ADVOGADO : JULIA MARIA DE MATTOS GONÇALVES e outro
AGRAVADO : FACULDADE ANHANGUERA EDUCACIONAL S/A
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE TAUBATÉ >21ºSSJ>SP
No. ORIG. : 00011212820114036121 2 Vr TAUBATE/SP
DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação ordinária, indeferiu o pedido de liminar, em que se objetivava a imediata matrícula do agravante no curso de engenharia de produção da Faculdade Anhanguera Educacional S/A e a manutenção da bolsa integral do sistema Programa Universidade para Todos - PROUNI.

A r. decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (f. 72/72v):

"(...) Não está presente a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, tendo em vista que o autor não comprovou totalmente seu perfil socioeconômico no que se refere ao seu núcleo familiar, com quem reside, qual a renda per capita familiar, tendo em vista que, nos termos do §1º do art. 1º da Lei nº 11.906/2005, um dos requisitos para a concessão da bolsa integral (PROUNI) é que 'renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 1 salário mínimo e 1/2'.

Outrossim, dos veículos automotores que alega não ser proprietário, somente com relação ao de fls. 40 restou comprovada tal afirmativa. Diante do exposto, indefiro o pedido de tutela antecipada".

O agravante alegou, em suma, que: (1) preenche todos os requisitos necessários à manutenção da bolsa integral do sistema PROUNI; (2) "(...) **apresentou todos os documentos necessários, a fim de comprovar que tais veículos foram adquiridos anteriormente à concessão da bolsa e, também vendidos anteriormente a ela, haja vista não ter condição alguma de arcar com as despesas de tais veículos**"(f. 3v); (3) "(...) **por uma questão de financiamento dos veículos, esses foram vendidos, sem que o financiamento fosse retirado do nome do Autor, em razão de alienação, sendo certo que, todos os compradores declaram a veracidade de tais fatos, e, tais documentos, com assinatura devidamente reconhecida perante um dos cartórios locais, foram anexados aos autos**"(f. 3v); (4) o veículo Honda/CG 150 Titan KS 2004/2005 é o único de sua propriedade, tratando-se de "**veículos simples, usado, com mais de 06 (seis) anos de uso, e, que não gera presunção de grande capacidade econômica do Impetrante**"(f. 5v); e (5) "**O único meio apto a demonstrar a 'fumaça do bom direito' para a concessão da tutela de urgência é a juntada das declarações dos reais proprietários dos veículos, com suas assinaturas devidamente reconhecidas, demonstrando que, os veículos não são de sua propriedade, fato esse que será devidamente comprovado no decorrer do processo, com a oitiva das testemunhas. Entretanto, o Agravante não pode ficar a mercê da demora jurisdicional, uma vez que tal fato acarretará a perda do ano letivo, sendo certo que o grave prejuízo caberá ao Agravante e não à Agravada**" (f. 5v).

DECIDO.

Defiro os benefícios da Justiça Gratuita.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a questão sob exame refere-se ao PROUNI, instituído pela Lei nº 11.096/2005, que objetiva conceder bolsas de estudo integrais ou parciais, a estudantes de baixa renda, em instituições privadas de ensino superior.

Um dos requisitos para a concessão da bolsa de estudos integral é que o estudante não possua renda familiar mensal *per capita* superior a um salário mínimo e meio (art. 1º, § 1º, da Lei nº 11.096/2005).

O estudante será pré-selecionado pelos resultados e pelo perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM e, na etapa final, selecionado pela instituição de ensino superior, segundo seus próprios critérios, cabendo também a ela a aferição das informações prestadas pelo candidato, respondendo este pela sua veracidade e autenticidade (art. 3º da citada lei).

As bolsas de estudo poderão ser canceladas em caso de constatação de inidoneidade de documento apresentado ou falsidade de informação prestada pelo bolsista, de acordo com o art. 2º, § 2º do Decreto nº 5.493/2005, que regulamenta a referida lei.

Na espécie, o agravante teve o benefício cancelado, por ter sido constatado que seu perfil sócio-econômico não é compatível com o sistema PROUNI, haja vista a existência de quatro veículos automotores registrados em seu nome (f. 30/31).

Em que pese os argumentos relativos à alegação de não ser efetivamente proprietário de três dos quatro veículos, o fato é que, de acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei nº 11.096/2005, é necessário ao bolsista comprovar que não possui renda familiar mensal *per capita* superior a um salário mínimo e meio, não constando dos autos tal comprovação, pelo o que é incabível a pretensão formulada.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso.
Publique-se.
Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00010 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011045-93.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.011045-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : IVANI ELISABETH DE ANGELIS
ADVOGADO : MARCELO CARLOS DE FREITAS
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00424138720004036182 1F Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição de exceção de pré-executividade, fundada nas alegações de prescrição e pagamento.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 05.09.08: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido."

- RESP nº 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 16.09.08: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido."

- AC nº 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04/11/2008: "DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1.Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. Apelação desprovida."

- AC nº 2008.03.99051353-9, Rel. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. Trata-se de cobrança de IRPJ, PIS, COFINS e Contribuição, declarados e não pagos, com vencimentos entre 31/01/1994 e 15/01/1996 (Execuções Fiscais em apenso). 2. O art. 174 do CTN disciplina que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 3. Quanto ao termo inicial para o cômputo do prazo prescricional, verifica-se, na hipótese, tratar-se de créditos fazendários constituídos por intermédio de declarações do

contribuinte, não recolhidos aos cofres públicos. Em tais hipóteses, ausente nos autos a data da entrega das respectivas DCTFs, o prazo prescricional deve ser contado a partir da exigibilidade dos valores, ou seja, o vencimento das obrigações. 4. Cumpre ressaltar também que esta Turma tem entendido que, tratando-se de execução ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, incide o disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se, pois, suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional. 5. Assim, mesmo utilizando-se como parâmetro o disposto na Súmula nº 106, verifica-se que os valores inscritos em dívida ativa foram, de fato, atingidos pela prescrição, pois as execuções fiscais foram ajuizadas em 13/02/2001 e o vencimento mais recente data de 15/01/1996. 6. Prejudicada a análise das demais questões trazidas no apelo. 7. Pela sucumbência verificada, condeno a embargada no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atualizado da causa, em consonância com o § 4º do artigo 20, do CPC. 8. Provimento à apelação da embargante, para reconhecer a prescrição do crédito tributário."

Na espécie, não restou demonstrada a data da entrega da DCTF, mas consta dos autos a prova de que o vencimento do tributo ocorreu em **30.04.96** (f. 33), tendo sido a execução fiscal proposta antes da LC nº 118/05, mais precisamente em **30.08.2000** (f. 31 e 101vº), dentro, portanto, do prazo quinquenal, considerada a aplicação, na espécie, das Súmulas nº 78/TFR e nº 106/STJ, pelo que inexistente a prescrição.

Como assentado, a propositura da execução fiscal dentro do quinquênio legal, de acordo com a legislação e jurisprudência consolidada, não permite o reconhecimento da prescrição, sendo plenamente aplicável, na espécie, a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, os seguintes precedentes:

RESP 1.105.174, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 09/09/2009: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INCISO I DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 174 DO CTN. DEMORA NA CITAÇÃO EDITALÍCIA ATRIBUÍDA AO SERVIÇO JUDICIÁRIO. SÚMULA 7 DO STJ. ART. 219, § 2º, DO CPC. SÚMULA 106 DO STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em interpretação ao art. 219, § 2º, do CPC em conjunto com o art. 174 do CTN, firmou, antes da vigência da LC n. 118/05, o entendimento de que a demora na citação do devedor por culpa dos serviços judiciários não pode prejudicar o exequente. Súmula 106 do STJ. 2. Para se rever a culpa pela demora na citação editalícia, atribuída ao serviço judiciário pela Corte Estadual, é necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, à luz do entendimento sedimentado na Súmula n. 7 desta Corte, não é possível em sede de Recurso Especial (v.g.: REsp 1.081.414/MG; e REsp 802.048/MG). 3. Recurso Especial não provido."

RESP 1.109.205, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 29/04/2009: "TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - CITAÇÃO TARDIA - AUSÊNCIA DE MORA DO CREDOR - SÚMULA 106 DO STJ - INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA - ART. 25 DA LEI Nº 6.830/80 - APLICABILIDADE. 1. A perda da pretensão tributária pelo decurso de tempo depende da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. Inteligência da Súmula 106/STJ. 2. O representante judicial da Fazenda Pública deve ser intimado pessoalmente na execução fiscal, nos termos do art. 25 da Lei 6.830/80. 3. Recurso especial provido."

A Segunda Seção desta Corte reconheceu, igualmente, em recente julgado, que a prescrição é interrompida pela propositura da execução fiscal, nos termos da Súmula 106/STJ: EAC nº 94.03.094057-3.

No tocante à alegação de pagamento, tampouco é viável a reforma, pois a CDA refere-se a IRPF, exercício 1996, não tendo sido juntada aos autos a cópia da DIRPF, para viabilizar o cotejo da regularidade e suficiência dos valores antecipados, através do carnê-leão, para atestar a hipótese de extinção do crédito tributário, sendo necessária, portanto, dilação probatória para elucidar a causa em questão.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00011 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011686-81.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.011686-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado de Sao Paulo
: CREA/SP
ADVOGADO : MARCELO DE MATTOS FIORONI e outro
AGRAVADO : GIBRALTAR COM/ E PRESTACAO DE SERVICOS LTDA

ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE GUARULHOS Sec Jud SP

No. ORIG. : 00272263420004036119 3 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão de deserção do recurso de apelação, fundamentada nos seguintes termos:

"Verifico que o recorrente não efetuou o recolhimento das custas referentes ao recurso interposto, tendo somente recolhido a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.

O preparo é requisito recursal específico, previsto no artigo 511 do Código de Processo Civil, e o seu descumprimento acarreta a deserção do recurso.

O Eg. Tribunal Regional da Terceira Região assim decidiu:

'EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - APELAÇÃO DESERTA - JUSTO IMPEDIMENTO NÃO CARACTERIZADO. 1. *Quando o recorrente não recolhe nenhum valor como preparo, a jurisprudência do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região é firme no entendimento da desnecessidade de prévia intimação do recorrente para o recolhimento de preparo, devendo ser reconhecida, de plano, a deserção do recurso interposto.* 2. *A simples alegação da agravante de que não recebeu a publicação por falha da empresa encarregada de encaminhá-la não se constitui em justo impedimento apto a elidir a deserção caracterizada.* 3. *Agravo de instrumento improvido'. (AI - Agravo de Instrumento - 44289 (Processo 96.03.070919-0) Des. Federal NERY JÚNIOR, Terceira Turma, data do julgamento 27/08/2009, publicação DJF3 CJI 22/09/2009, p. 215)*

'E M E N T A: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. PREPARO. LEIS N. 9.289/96 e 9.756/98. 1. *O preparo é requisito extrínseco de admissibilidade dos recursos e consiste no pagamento prévio das custas relativas a seu processamento. Cumpre ressaltar que o art. 511 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 9.756/98, adota o preparo imediato, ou seja, o recolhimento das custas simultaneamente à interposição do recurso.* 2. *Agravo desprovido'. (AI - Agravo de Instrumento - 122129 (Processo 2000.03.0065656-0) Des. Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW, Quinta Turma, data do julgamento 05/05/2008, publicação DJF3 20/05/2008)* *Isto posto, julgo deserto o recurso interposto pela exequente, ante a ausência do devido preparo".*

O agravante alegou, em suma, que "(...) o valor relativo ao preparo já havia sido recolhido ao menos em parte quando da propositura da ação, porém o magistrado de primeiro grau, sem aplicar o art. 511, §2º do Código de Processo Civil, julgou deserto o recurso interposto, ensejando que o recurso pertinente de tal decisão seja o agravo, em sua forma de instrumento" (f. 5).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência firme quanto à necessidade de intimação da parte para a complementação do preparo, no caso de recolhimento a menor, antes do decreto de deserção, conforme revelam, entre outros, os seguintes precedentes:

- **AGA nº 1.173.483, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 07/12/2009: "PROCESSUAL CIVIL - INTIMAÇÃO PARA COMPLEMENTAÇÃO DO PORTE DE REMESSA E RETORNO - DUAS OPORTUNIDADES - NÃO-COMPROVAÇÃO NO PRAZO - DESERÇÃO.** 1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o porte de remessa e retorno deve acompanhar o recurso especial no ato da sua interposição (Súmula 187 desta Corte).* 2. *É cediço que a insuficiência do valor do preparo, por si só, não acarreta a deserção do recurso, sendo de rigor a concessão de prazo para a sua complementação, nos termos do que dispõe o art. 511, § 2º, do CPC.* 3. *Intimados por duas vezes a complementar, os agravantes não se manifestaram em tempo hábil, apenas juntaram tardiamente o comprovante de pagamento, ou seja, o fizeram na interposição do agravo de instrumento. Agravo regimental improvido."*

- **RESP nº 506.923, Rel. Min. OTÁVIO DE NORONHA, DJU 13/10/2006: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENA DE DESERÇÃO AFASTADA. RECURSO DE APELAÇÃO. PREPARO. INTIMAÇÃO PARA COMPLEMENTAÇÃO. PRECEDENTES.** 1. *A insuficiência do valor do preparo, por si só, não acarreta a deserção do recurso, sendo de rigor a concessão de prazo para a sua complementação, nos termos do que dispõe o art. 511, § 2º, do CPC.* 2. *Recurso especial provido."*

- **AG nº 2007.03.00100496-0, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJF3 19/05/2008: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECOLHIMENTO DE CUSTAS DE PREPARO. ERRO NO CÓDIGO. RECURSO DE APELAÇÃO REPUTADO DESERTO.** 1- *A insuficiência do valor recolhido, na acepção da palavra, assim como o recolhimento efetuado erroneamente, não podem ser equiparados à falta de preparo, mormente quando se trata de quantia insignificante, como no caso sob exame.* 2- *Verificando o recolhimento incorreto das custas processuais, o magistrado deve dar oportunidade à parte para a sua regularização, evitando-se a abrupta extinção do processo, em atenção aos princípios constitucionais da justiça, inclusive preservando-se o seu acesso. Assim, é de ser aplicada a pena de deserção apenas se o recorrente, intimado, não vier a regularizá-lo no prazo de cinco dias, nos termos do artigo 511, parágrafo 2º, do CPC, o que não ocorreu no caso vertente.* 3- *Agravo de Instrumento parcialmente provido."*

Na espécie, contudo, verifica-se que o ora agravante não efetuou o recolhimento das custas do recurso em valor inferior ao efetivamente devido, mas sim que apenas recolheu as custas de remessa e retorno (f. 34), pelo o que não há que se invocar a complementação prevista do artigo 511, §2º, do CPC, aplicável em situações de "insuficiência no valor", e não de ausência de recolhimento.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00012 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011926-70.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.011926-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : METALURGICA GUAPORE LTDA
ADVOGADO : RODRIGO SILVA COELHO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SSI>SP
No. ORIG. : 00036486920104036126 3 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento de suspensão de execução fiscal, em face de *reclamação administrativa* de decisões que consideraram não formulados os pedidos de restituição de créditos de empréstimo compulsório referente a debêntures da Eletrobrás, julgando, conseqüentemente, não declaradas as compensações realizadas.

Alegou, em suma, que, não sendo admitida manifestação de inconformidade, interpôs *reclamação* em 17/05/2010, com fulcro no artigo 6º do Decreto 20.910/32, em virtude de fato novo, tendo em vista que "*o Deputado Federal Márcio Junqueira protocolou requerimento para o Ministro das Minas e Energia no dia 26/03/2010, registrado sob nº 315, com o objetivo de obter informações sobre a captação, aplicação e registro dos recursos oriundos do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei nº 1.512/1976, podendo resultar na alteração do entendimento da Receita Federal quanto aos créditos oriundos de Empréstimo Compulsório representado pelas Debêntures da Eletrobrás, assim como justificar a inadequação da sanção aplicada.*" (f. 37), o que constitui causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, na forma do artigo 151, III, do CTN.

DECIDO.

Proceda-se à retificação da autuação, com a inversão dos pólos, tendo em vista que a Metalúrgica Guaporé Ltda. é a parte agravante e a União a agravada.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, por expressa disposição legal (artigo 74, § 13, da Lei nº 9.430/96), não tem cabimento a manifestação de inconformidade nos casos de compensação considerada, por lei, como não declarada e, portanto, inexistente hipótese legal de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido como válido e, por isto, tem aplicado o preceito legal, que impede a interposição de manifestação de inconformidade nas hipóteses legalmente qualificadas como compensações não declaradas (RESP 653.553, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU de 13/09/2007; e RESP 1.073.243, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE de 05/11/2008).

A jurisprudência regional não discrepa de tal entendimento, conforme revelam, entre outros, os seguintes acórdãos:

AMS 2007.51.06000012-4, Rel. Des. Fed. LUIZ SOARES, DJU de 13/11/2008: "EXCLUSÃO DO SIMPLES. ART. 13 C/C ART. 9º DA LEI Nº 9.317/96. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 151, III, DO CTN. RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPOSTOS DE DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. LEI Nº 9.430/96, ART. 74, §11. EXCEÇÕES. 1. O art. 151, III, do CTN trata, para efeitos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, dos recursos administrativos que se referem à constituição do crédito, o que não se confunde com os recursos interpostos de decisões administrativas indeferitórias de pedidos de compensação, pois estes dizem respeito à extinção do crédito já constituído. Precedentes do STJ. 2. Superveniência da Lei nº 10.833/2003, que incluiu o §11 ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, que estatuiu que "a manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 [...] enquadram-se no disposto no inciso III

do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação". 3. Exceção, contudo, nos casos do §12 do mesmo artigo, que estabelece as hipóteses em que será considerada como "não-declarada" a compensação. Nesses casos, a compensação é tida por inexistente, não trazendo qualquer efeito, razão pela qual os recursos contra decisão que indefere pedido de compensação que se enquadre em uma dessas hipóteses não poderá ter o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário. 4. No caso dos autos, a situação enquadra-se na exceção acima mencionada, pois a circunstância de não ter sido indicado, pelo contribuinte, os débitos a serem compensados por meio dos créditos que ele alega ter equiparado-se à situação de inexistência de compensação formulada. 5. Diante disso, conclui-se que a impetrante possui, em seu nome, débitos que não se encontram com sua exigibilidade suspensa, gerando hipótese autorizadora de sua exclusão do Programa SIMPLES. 6. Apelação e remessa providas."

AC 2008.70.00002474-1, Rel. Des. Fed. ELOY JUSTO, DE 26/11/2008: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PER/DECOMP. DÉBITOS COMPENSADOS COM TÍTULOS PÚBLICOS. COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA. EFEITOS. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. 1. Extrai-se da leitura sistemática da atual redação do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 que existem três efeitos possíveis para o procedimento compensatório, via DECOMP: a) a compensação extingue o crédito tributário, sob condição de sua ulterior homologação, que pode ser expressa ou tácita (§2º); b) a compensação não é homologada pela autoridade fiscal, sendo garantida a possibilidade de manifestação de inconformidade, com suspensão da exigibilidade do crédito tributário (§§ 7º, 9º e 10º); c) a compensação é considerada não declarada, nas hipóteses do § 12, caso em que não é cabível a manifestação de inconformidade, nos termos do § 13º. 2. No caso dos autos, tem-se que a compensação foi considerada não declarada pela autoridade administrativa, por ter incorrido nas hipóteses de vedação legal previstas no art. 74, caput, e § 3º, III e IV, da Lei nº 9.430/96, hipótese em que não é cabível a manifestação de inconformidade, nos termos do § 13 do mesmo artigo."

De fato, as causas suspensivas da exigibilidade são apenas as expressamente previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional, cujo inciso III refere-se a reclamações e recursos, "nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo". Por isso mesmo, a Lei nº 10.833/03, ao incluir o §§ 11 no artigo 74 da Lei nº 9.430/96 estatuiu que, de então, seriam considerados sujeitos ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 06.03.72, para efeito de enquadramento no inciso III do artigo 151 do Código Tributário Nacional, a "manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10º".

Não basta, pois, a interposição de manifestação de inconformidade ou outro recurso, na medida em que o artigo 151, III, do CTN, exige, expressamente, que a lei reguladora do processo tributário administrativo estabeleça o seu cabimento para efeito de gerar o efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário.

Analisando a pretensão deduzida, verifica-se, claramente, que a legislação reguladora não admitiu a manifestação de inconformidade nos casos de compensação, legalmente qualificada, como "não declarada", como é o caso dos autos, em que o contribuinte utilizou-se de supostos créditos decorrentes de título público - cuja iliquidez e incerteza tem sido, porém, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, impedindo sua nomeação à penhora (RESP 1.051.727, DJE de 08/08/2008) - para compensar débito fiscal.

Como se observa, sendo vedada a interposição de manifestação de inconformidade nos casos de compensação não declarada, por expressamente contrária à autorização legal de compensação, não cabe buscar a atribuição de efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, ainda que por intermédio de recurso com denominação diversa e amparado em legislação não específica, estando o agravo, pois, fundado em tese manifestamente contrária à lei e à jurisprudência.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00013 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011997-72.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.011997-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : CIRO MIYAKE
ADVOGADO : VANESSA SELLMER e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 07092772819914036100 5 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução de sentença, determinou a inclusão de juros entre a data da conta homologada e a data dos novos cálculos de recomposição do valor original devido (f. 14).

Alegou, em suma: (1) a ocorrência de prescrição, nos termos da Súmula 150 do STF, vez que entre o trânsito em julgado, em maio/1997, e o início da execução, em junho/2004, decorreu prazo superior a cinco anos; e (2) o descabimento de "juros em continuação", porquanto não houve mora ou resistência da União, a qual concordou, em agosto/2004, com a conta apresentada, decorrendo o retardamento na expedição do precatório de inércia exclusiva do agravado.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, tanto da Suprema Corte como desta Turma, no sentido de que não existe mora no pagamento de precatório judicial, para efeito de cobrança dos denominados "juros em continuação", se a dívida é quitada até o final do exercício financeiro seguinte, ainda que posterior o levantamento do depósito pelo credor, quando e desde que expedido o ofício pelo Tribunal em 1º de julho antecedente, na forma do § 1º do artigo 100 da Constituição Federal.

Neste sentido, o acórdão no RE nº 305.186/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E A DO EFETIVO PAGAMENTO. CF., ART. 100, § 1º (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 30/2000). Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33 do ADCT. Recurso extraordinário conhecido e provido."

Cabe destacar, na linha do que constou do voto condutor do precedente, que o advento da EC nº 30, de 13.09.2000, não alterou e, pelo contrário, reforçou tal interpretação, na medida em que a nova redação do § 1º do artigo 100 da Carta Federal tornou ainda mais inequívoca a impossibilidade de aplicação de juros moratórios no prazo fixado para a quitação do precatório, ao determinar somente a incidência de correção monetária.

Neste sentido, inclusive, recentes acórdãos de outros Tribunais:

ERESP nº 461.981, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJU de 07.06.04, p. 156: "PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - PRECATÓRIO COMPLEMENTAR - JUROS MORATÓRIOS - PAGAMENTO REALIZADO NO PRAZO CONSTITUCIONAL - NÃO-CABIMENTO - PRECEDENTES DO STF E DA 1ª SEÇÃO DO STJ. - O STF e a eg. 1ª Seção deste Tribunal assentaram entendimento no sentido de que, cumprido o prazo constitucional para o pagamento dos precatórios, são indevidos os juros moratórios em precatório complementar. - No caso dos autos, não houve mora da Fazenda Pública, por isso que, expedido o precatório em julho/92, foi pago em novembro/93, portanto, dentro do prazo estabelecido no § 1º do art. 100 da Constituição Federal. - Ressalva do ponto de vista do relator. - Embargos de divergência rejeitados."

AG nº 2002.03.00.043210-1, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 16.01.04, p. 142: "AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - CONTA DE ATUALIZAÇÃO DE PRECATÓRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. 1 - Incabível a imposição de juros de mora na conta de atualização de precatório complementar, caso a expedição do originário pagamento tenha se realizado no prazo constitucional, de vez que não restou caracterizado o inadimplemento por parte do Poder Público. 2 - Exclusão dos juros moratórios na conta homologada, pois não incorreu a agravante em atraso no pagamento da atualização monetária do crédito. Aplicação do entendimento adotado pela Corte Suprema (RE 305.186/SP), acolhido pelo STJ no julgamento do AGEDAG 461.390/MG. 3 - Agravo de instrumento a que se dá provimento. 4- Agravo regimental prejudicado, por perda do objeto."

AG nº 2002.03.00.014893-9, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJU de 11.04.03, p. 441: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS EM CONTINUAÇÃO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE MORA DA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. 1. A atualização monetária de débitos resultantes de decisões judiciais tem por objetivo a manutenção do valor real da moeda, em face do processo inflacionário. 2. Não incidem juros de mora no período compreendido entre a data da expedição do precatório judicial e a data de seu efetivo pagamento, desde que este tenha ocorrido dentro do prazo estabelecido no § 1.º, do art. 100, da CF. Precedentes do STF (Pleno, RE n.º 298.616/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31/10/2002, por maioria, DOE 08/11/02 e Primeira Turma, RE n.º 305.186/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17/09/02, v.u.). 3. Agravo provido e agravo regimental prejudicado."

Como consequência necessária, deve ser reconhecido o direito do credor ao cômputo dos juros moratórios desde a data do cálculo anteriormente homologado, quando foi por último aplicado o encargo até - salvo termo final requerido em menor extensão ou nos limites devolvidos pelo recurso - o encaminhamento do ofício precatório, apenas com atualização monetária, pelo Tribunal para a inclusão da verba no orçamento (1º de julho de cada ano), uma vez que a jurisprudência da Suprema Corte apenas afasta a configuração da mora entre esta última data e o pagamento, se

ocorrido até o final do exercício seguinte, garantindo, neste interregno específico, a aplicação apenas da correção monetária (artigo 100, § 1º, CF).

A propósito, assim decidiu a Terceira Turma, no AG nº 2004.03.00.044159-7, de que fui relator, com acórdão publicado no DJU de 23.02.05:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. 1. Encontra-se pacificada, no âmbito da Suprema Corte, a interpretação no sentido de que não existe mora no pagamento de precatório judicial, para efeito de cobrança dos denominados "juros em continuação", se a dívida é quitada até o final do exercício financeiro seguinte, ainda que posterior o levantamento do depósito pelo credor, quando e desde que expedido o ofício pelo Tribunal em 1º de julho antecedente, na forma do § 1º do artigo 100 da Constituição Federal. 2. Como consequência, deve ser reconhecido o direito do credor ao cômputo dos juros moratórios desde a data do cálculo anteriormente homologado, quando foi por último aplicado o encargo até - salvo termo final requerido em menor extensão ou nos limites devolvidos pelo recurso - o encaminhamento do ofício precatório, apenas com atualização monetária, pelo Tribunal para a inclusão da verba no orçamento (1º de julho de cada ano). 3. Precedentes."

O exame dos autos revela, pois, que se encontra a decisão agravada em consonância com a orientação da jurisprudência dominante, pelo que inviável a reforma postulada.

Por fim, descabe a análise de eventual prescrição, não alegada na origem, sob pena de supressão de instância, não se verificando, ademais, cópia integral do processo a partir do trânsito em julgado, o que impede a aferição do decurso do prazo prescricional.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00014 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013003-17.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.013003-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : SIMONE REQUENA
ADVOGADO : RENATA DE SOUZA PESSOA e outro
AGRAVADO : Conselho Regional de Enfermagem em Sao Paulo COREN/SP
ADVOGADO : CAROLINA BAPTISTA MEDEIROS e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ARACATUBA SecJud SP
No. ORIG. : 00005807120104036107 1 Vr ARACATUBA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em execução fiscal, acolheu apenas parcialmente a exceção de pré-executividade, excluindo da execução apenas o débito referente à anuidade devida ao CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM (COREN) do ano de 2005.

A execução fiscal 2010.61.07.000580-7 (f. 12/4) foi ajuizada pelo COREN/SP para a cobrança de anuidades referentes aos anos de 2005, 2006, 2007 e 2008.

Citada (f. 39), a executada opôs exceção de pré-executividade, alegando, em suma, que: (1) a anuidade do conselho profissional, possuindo natureza tributária, tem como fato gerador o exercício da profissão, que gerou a necessidade de inscrição no órgão; (2) em 19/07/2004, a executada sofreu acidente de trabalho, e, desde então, não se encontra em condições psicológicas para o exercício de sua profissão de auxiliar de enfermagem, pois passou a desenvolver epilepsia, depressão grave com sintomas fóbicos e anorexia nervosa; (3) foi emitida, à época, "comunicação de acidente de trabalho" (CAT); (4) foi requerido benefício de auxílio-doença ao INSS, concedido em 10/08/2004, cessado em 10/01/2005, concedido novamente em 23/03/2005 e cessado em 16/12/2005; (5) foi dispensada pela empregadora em 11/02/2006; (6) por ainda não se encontrar em condições de trabalhar, ajuizou, em 29/04/05, ação de aposentadoria por invalidez em decorrência de acidente de trabalho (431/2005 - 4ª Vara da Comarca de Araçatuba/SP); e (7) então, no período de 2005 a 2008, a executada não veio a exercer a atividade de auxiliar de enfermagem, e, portanto, não realizou a hipótese de incidência do tributo, devendo, portanto, ser extinta a execução.

O Juízo *a quo* acolheu parcialmente a exceção, nos seguintes termos (f. 111/2)

"[...] Julgo cabível em parte a arguição da presente exceção.

Conforme alega a excipiente, passou a desenvolver epilepsia, depressão e anorexia nervosa após ter sido vítima, em 19/07/2004, no término diário da jornada laboral, do delito descrito no artigo 213 do Código Penal, o que a impossibilitou, a partir daí, de exercer sua profissão.

Obteve o benefício de auxílio-doença por duas vezes, nos períodos de 04/05/2004 a 10/01/2005 e 23/03/2005 a 16/12/2005. Em 11/02/2006 teve seu contrato de trabalho rescindido.

Comprova que, em 29/04/2005, ajuizou, na Justiça Estadual, ação de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho. Não há notícia de julgamento da ação.

O fato gerador da contribuição ao Conselho de Enfermagem é o exercício da profissão, o que se presume por meio do registro profissional (Lei 2.604/55, artigo 7º). Todavia, no caso em tela, restou comprovado que, pelo menos no ano de 2005 a executada recebia o benefício de auxílio-doença, não podendo, deste modo, ser responsabilizada pelo pagamento da respectiva anuidade.

Neste sentido, confira-se a jurisprudência que cito:

[...]

Deste modo, com relação a este ano (2005), procedem as alegações da excipiente, devendo ser este débito excluído da cobrança executiva.

Com relação aos anos de 2006, 2007 e 2008, embora não haja vínculos empregatícios no CNIS, a matéria não restou comprovada nesta fase processual, demandando dilação probatória, não podendo, por conseguinte, ser apreciada por meio de exceção de pré-executividade. Concluo que, quanto às anuidades de 2006, 2007 e 2008, a matéria ventilada deve ser discutida em sede de embargos.

ACOLHO EM PARTE, a presente Exceção de Pré-executividade, julgando-a PROCEDENTE somente quanto à anuidade 2005, devendo o exequente excluí-la da presente execução".

Em face de tal decisão, a agravada interpôs o presente recurso, buscando o reconhecimento da extinção da integralidade dos débitos executados, reiterando os fundamentos da exceção, e alegando, ainda, que (f. 02/11) quando da oposição da exceção, a demanda que visa a obtenção do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez não havia sido julgada, o que, portanto, teria justificado o entendimento do Juízo *a quo* quanto a necessidade de dilação probatória para a análise da extinção dos débitos referentes à 2006, 2007 e 2008. Ocorre que, agora, houve o julgamento do recurso de apelação, cuja cópia somente foi possível juntar um pouco antes da publicação da decisão agravada no Diário Oficial, impossibilitando sua análise ainda em primeiro grau, tendo sido decidido pela concessão da aposentadoria à executada a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença (17/12/2005), reconhecendo-se a inexistência de capacidade laborativa desde então, o que demonstra a inocorrência dos fatos geradores dos tributos.

Preliminarmente intimada, a agravada apresentou contraminuta, alegando, em suma, que: (1) a via da exceção de pré-executividade é inadequada para requerer, no caso, a extinção dos débitos, tendo em vista que "*demandam prova do vício da ilegalidade, ou seja, o não exercício da profissão com o necessário desligamento dos quadros do Conselho*"; e (2) as anuidades possuem natureza tributária, cujo fato gerador é a manutenção da inscrição do profissional no Conselho, independentemente do efetivo exercício profissional.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência encontra-se consolidada, firme no sentido de que a cobrança da anuidade, de natureza tributária, pelos conselhos profissionais tem por fato gerador o efetivo exercício da profissão, que, por sua vez, encontra-se condicionado à inscrição no referido órgão (artigo 2º da Lei 7.498/86 - "*Art. 2º A enfermagem e suas atividades auxiliares somente podem ser exercidas por pessoas legalmente habilitadas e inscritas no Conselho Regional de Enfermagem com jurisdição na área onde ocorre o exercício*").

Neste sentido, os precedentes:

AGRESP 922229, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 12/04/2010: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO COM PREMISSA CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DE LEI ANALISADA EM COMPATIBILIDADE COM O ART. 149 DA CR/88. REVISÃO DO PROVIMENTO VIA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A leitura atenta do acórdão revela que a premissa do Tribunal recorrido foi a de que as anuidades devidas aos conselhos de fiscalização profissional são de natureza tributária, com fundamento no art. 149 da Constituição da República vigente. 2. A partir daí, delineou-se a necessidade do efetivo exercício da profissão para fins de cobrança das anuidades. e a compatibilidade de previsões legais com esta premissa de abordagem. 3. Impossível, pois, a reforma do provimento pela via do especial. 4. Agravo regimental não provido". AC 2006.61.82.056114-1, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 04/10/2010, p. 429: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DUPLO AGRAVO INOMINADO EM APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. CDA'S. ANUIDADES. CERTEZA E LIQUIDEZ. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE FARMACÊUTICO. INCAPACIDADE LABORAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO. PRESCRIÇÃO PARCIAL. MULTA DECORRENTE DE PROCESSO ÉTICO. REQUISITOS LEGAIS DO TÍTULO EXECUTIVO. AUSÊNCIA. NULIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS. [...] 7. Não se vislumbra hipótese de inexistência do fato gerador (exercício da profissão de farmacêutico) pela simples alegação do executado de acometimento de acidente vascular cerebral - AVC em 1999. Em primeiro lugar, não há sequer prova do AVC, senão simples alegação, e, em segundo lugar, o próprio executado admitiu, de forma indireta, não ter abandonado totalmente o exercício da profissão, ao relatar que "após esse acometimento não mais exerceu seu labor

com plenitude em razão do estado clínico que se deflagrou, o que, conseqüentemente, inviabilizou sua capacidade laborativa" (f. 14, g.n.). Não consta dos autos qualquer atestado no sentido de que tenha havido a incapacidade total e irreversível do executado para o trabalho, o que prejudicaria, em tese, a cobrança de anuidades posteriores ao infortúnio narrado[...]."

AC 2008.71.00.016892-3, Rel. Des. Fed. LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, DJU de 17/02/2010:

"TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR. ANUIDADES. INEXIGIBILIDADE. O fato gerador da contribuição paga aos Conselhos de Fiscalização Profissional é o efetivo exercício da atividade sujeita a registro, e não a inscrição propriamente dita. Assim, ainda que haja a inscrição em Conselho, não havendo prestação de atividade, não há falar em pagamento de anuidade".

APELREEX 2007.71.00.037872-0, Rel. Des. Fed. VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DJU de 20/05/2009:

"TRIBUTÁRIO. ANUIDADES. CONSELHO DE ENFERMAGEM. INSCRIÇÃO. EFETIVO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. 1. A anuidade exigida pelos conselhos profissionais tem natureza jurídica de contribuição, sendo seu fundamento constitucional o art. 149 da Carta Magna. 2. O fato gerador da obrigação tributária é a prestação de determinada atividade e que, por sua vez, gera igualmente o dever de inscrever-se em conselho profissional. Assim, ainda que haja a inscrição em conselho, não havendo prestação de atividade, não há falar em pagamento de anuidade".

AC 2007.71.00.011211-1, Rel. Min. OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, DJU de 05/11/2008: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. ATIVIDADE PROFISSIONAL.

ANUIDADES INDEVIDAS. EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO. IMPEDIMENTO PELO REGULAMENTO. MULTA. INDEVIDA. 1. As anuidades devidas aos Conselhos Regionais que fiscalizam as categorias profissionais tem natureza tributária, forte no art. 149 da CF, e por este motivo só pode ser fixada por lei. 2. O exercício efetivo da atividade de auxiliar de enfermeira é o fato gerador tributário, sendo indevida a constituição de crédito tributário exclusivamente sobre a existência de registro junto ao Órgão de Fiscalização Profissional. 3. Se a autora não mais exercia a atividade profissional de auxiliar de enfermagem e não estava obrigada a pagar as anuidades, pelo mesmo fato também não se encontrava sujeita à imputação de multa pecuniária por não comparecer às eleições da categoria profissional".

No caso, a decisão agravada (f. 111/2), que fundamentou a extinção apenas parcial da execução na ausência de provas de que em tais períodos não houve o exercício da atividade profissional, e o acórdão (f. 116/22) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou procedente a apelação da ora agravante, reconhecendo o direito à aposentadoria por invalidez desde a cessação do auxílio-doença, foram proferidas na mesma data, qual seja, em 18/01/2011, daí a apresentação desta informação somente neste recurso.

Referido acórdão reconheceu, adotando-se perícia realizada em segundo grau de jurisdição, que a agravante encontra-se impossibilitada do exercício de sua atividade profissional (e que justificou a inscrição no COREN) em razão de seqüelas psíquicas decorrentes e agravadas por acidente de trabalho, desde a cessação do auxílio acidente, ou seja, desde 17/12/2005 (f. 116/22):

"[...] Repetida a Perícia nesta Instância, apurou o laudo psiquiátrico que a Segurada, além de ser portadora de síndrome convulsiva desde os 14 anos de idade que carece de tratamento médico neurocirúrgico, também é portadora de quadro de transtorno depressivo grave, cuja severidade (seja do transtorno, seja da convulsão) guarda relação com o traumatismo físico psicológico que sofreu [...]

Tal conclusão médica não foi aqui impugnada por nenhuma outra prova técnica.

Neste contexto, considerada a prova segura da ocorrência do lamentável infortúnio, as mazelas dele decorrentes que, notadamente, afetaram de modo significativo o quadro psíquico da Segurada, que já era debilitado por crise compulsiva, tenho que no caso concreto faz ela jus à aposentadoria por invalidez acidentária na medida em que teve ceifada a sua aptidão para o retorno ao mercado de trabalho.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento à apelação para, afastando a r. sentença, julgar procedente o pedido inicial e, conseqüentemente, condenar o INSS a pagar à autora o benefício de aposentadoria por invalidez acidentária, mais o respectivo abono anual, a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença acidentário [...] tomando-se como base de cálculo o salário-de-benefício já apurado administrativamente [...] além do reembolso das eventuais despesas processuais se comprovadas e honorários advocatícios"

Conforme se verifica, houve decisão judicial reconhecendo a impossibilidade de exercício profissional da enfermagem pela agravante desde final de 2005 até os dias atuais, demonstrando-se, pois, de forma manifesta, a incorrência dos fatos geradores dos débitos executados remanescentes, equivocadamente apontados como ocorridos em 2006, 2007 e 2008.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00015 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013128-82.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.013128-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : MERCANTIL SADALLA LTDA e outro
: FELICIO SADALLA
ADVOGADO : RENATO DE LUIZI JUNIOR e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05102800319984036182 1F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra exclusão do sócio FELICIO SADALLA do pólo passivo da ação, em exceção de pré-executividade.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

- AGA nº 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 22.09.08: **"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."**

Na espécie, existem indícios de dissolução irregular da sociedade, pois, conforme ficha cadastral da JUCESP, a empresa tinha sede até 19/11/2003, à rua Tarquínio de Souza, 152, Mandaqui, nesta Capital (f. 135/6). Todavia, em 18/06/2003, o oficial de Justiça ali compareceu, certificando que fez 9 diligências em diferentes dias e horários, não encontrando a empresa nem bens, pois no local funcionava unidade residencial de terceiro e, segundo informações, **"consta este endereço como sendo a sede da empresa executada somente para fins de registro"** (f. 53).

Segundo a jurisprudência consolidada na Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça, **"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"**, o que legitima a pretensão fazendária de inclusão dos responsáveis tributários no pólo passivo da execução fiscal.

O fato de ter sido, em 20/11/2003, após alguns meses da diligência feita pelo oficial de Justiça, modificado o registro social para transferir a sede da empresa para Natal, capital do Rio Grande do Norte, e depois novamente para esta Capital (f. 136), não elide os fortes indícios de dissolução irregular, inclusive porque a situação cadastral, perante o Fisco, em 03/11/2005, não contemplou a alteração da sede social para esta Capital, e o endereço em que supostamente a firma estaria localizada é incompleto, referindo-se a logradouro (Alameda Carlos Marchais, Parque do Lago), porém sem indicação de número (S/N), reforçando a indicação de dissolução irregular, já anteriormente verificada.

Cabe, pois, reformar a decisão agravada, devolvendo ao Juízo *a quo* o exame das demais alegações deduzidas na exceção de pré-executividade, as quais foram julgadas prejudicadas (f. 143/79, e 193).
Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada, nos termos supracitados.
Publique-se.
Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00016 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013216-23.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.013216-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : ORGANIZACAO SANTAMARENSE DE EDUCACAO E CULTURA OSEC
ADVOGADO : CLAUDIA DE FREITAS DE OLIVEIRA CHEDID
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 12 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
AGRAVADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
No. ORIG. : 00078151320104036100 12 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO
Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que (1) deixou de atribuir efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, nos termos do artigo 739-A do Código de Processo Civil, considerando a ausência dos requisitos, inclusive a garantia do débito; e (2) indeferiu o requerimento de realização de prova pericial contábil, por se entender que a análise do processo administrativo que gerou o débito, cuja juntada de cópia nos autos foi determinada, seria suficiente para a solução da lide.

Alegou a agravante, em suma, que: (1) é possível a oposição de embargos e a suspensão da execução, mesmo que o débito não esteja garantido por penhora, depósito ou caução, conforme o artigo 736 c/c o artigo 739-A, § 1º, ambos do CPC; e (2) a execução é "inteiramente temerária", sendo relevantes os argumentos dos embargos, pois (a) o título executivo extrajudicial - acórdão do TCU - não apresenta os pressupostos de exigibilidade e certeza, vez que o procedimento administrativo não comprovou as supostas irregularidades cometidas pela OSEC, sendo fundamental a produção de prova pericial; (b) a organização executada é parte ilegítima, devendo eventual responsabilidade limitar-se ao Diretor-Presidente, que praticou as supostas infrações, fora dos limites dos poderes conferidos no ato constitutivo; e (c) a realização de perícia viabilizará a demonstração de que as verbas recebidas foram aplicadas corretamente pela instituição, tendo sido observadas as orientações contidas em Circular da Comissão Mista do Orçamento do Congresso Nacional.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do CPC.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que as execuções fiscais se sujeitam ao artigo 739-A do Código de Processo Civil (AGRM n° 13.249, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 25/10/07, p. 124), e a atribuição de efeito suspensivo sobre o executivo fiscal somente é possível em situações excepcionais, não bastando apenas, como antes, a propositura dos embargos com a garantia do Juízo, mas a relevância de seus fundamentos e o risco de dano irreparável.

Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu esta Turma, em precedente de que fui relator (AG n° 2007.03.00.088562-2, DJU de 08/07/08):

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. ANULATÓRIA. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência, quanto aos limites de admissibilidade da exceção de pré-executividade, firme no sentido de que nela somente cabe a discussão de questão de ordem pública ou de evidente nulidade formal do título, passível de exame ex officio, e independentemente de dilação probatória. 2. Caso em que pleiteado o reconhecimento da prescrição, sem atentar para o fato de que a constituição definitiva do crédito tributário deve ser demonstrada com a juntada do comprovante de entrega da DCTF, inexistente nos autos, o que revela a necessidade de dilação probatória, incompatível com a via excepcional da exceção de pré-executividade. 3. Firme a jurisprudência no sentido de que, não tendo sido efetuado o depósito na ação anulatória do débito fiscal, é manifesto o cabimento da execução fiscal, cujo curso somente pode ser suspenso, por igual, se garantido o crédito

tributário ou, por outro modo, suspensa a sua exigibilidade. Na atualidade, aliás, dado que as execuções fiscais se sujeitam ao artigo 739-A do Código de Processo Civil (AGRMC nº 13.249, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 25.10.07, p. 124), a atribuição de efeito suspensivo sobre o executivo fiscal somente é possível em situações excepcionais, não bastando apenas, como antes, a propositura dos embargos com a garantia do Juízo, mas a relevância de seus fundamentos e o risco de dano irreparável. Se é assim com os embargos, com maior razão deve ser em relação à anulatória, em que não se tenha garantido o crédito tributário, donde a manifesta a improcedência do pedido formulado, à luz da jurisprudência firmada. 4. No tocante aos artigos 620 do Código de Processo Civil, e 112, II e IV, e 108, ambos do Código Tributário Nacional, não se prestam a viabilizar a defesa das proposições que, pelos fundamentos anteriormente destacados, são impróprias no âmbito da exceção de pré-executividade ou de manifesta improcedência. 5. Precedentes."

Na espécie, não há excepcionalidade a ser tutelada, considerando-se inexistir qualquer garantia do débito, como mencionado na decisão agravada e não impugnado pela agravante, bem como a ausência de plausibilidade, passível de ser constatada de plano, nas alegações tendentes a afastar a presunção relativa de certeza e liquidez do título executivo extrajudicial.

Por sua vez, é manifestamente improcedente a alegação da ilegalidade da decisão que indeferiu a realização da prova pericial, primeiramente porque cabe ao Juiz, segundo o princípio do livre convencimento motivado, deferir, indeferir ou determinar, de ofício, a realização de prova necessária ao julgamento do mérito da causa. Ainda que as partes insistam sobre a necessidade de tal diligência, não se pode considerar ilegítima, liminarmente, a dispensa da produção de prova que, na avaliação do magistrado, é desnecessária para a formação de sua convicção.

Neste sentido, entre outros, os seguintes acórdãos, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

AGA nº 834707, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 19/04/07, p. 239: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento. 2. Acórdão a quo segundo o qual "como o Juiz da causa, destinatário da prova, considera suficiente ao deslinde da controvérsia somente a prova documental, não há razão para a produção da prova pericial". 3. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (art. 131 do CPC), usando os fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e a legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mere expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. 4. Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide. 5. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, "a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide" e que "o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento" (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99) 6. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. Félix Fischer; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira; REsp nº 39361/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; EDcl nos EDcl no REsp nº 4329/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pleiteada. 7. Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. Na via Especial não há campo para revisar entendimento de 2º grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal, nos termos da Súmula nº 07/STJ. 8. Agravo regimental não-provido."

RESP nº 510742, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 13/02/06, p. 855: "RECURSO ESPECIAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA CONTÁBIL. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE. ARTIGO 168-A DO CP. CRIME OMISSIVO. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 83 DESTA CORTE. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS GRAVOSA. INOCORRÊNCIA. RECURSO QUE SE CONHECE PARCIALMENTE E, NA EXTENSÃO, NEGA-SE PROVIMENTO. 1. Mostrava-se desnecessária a prova pericial no caso em apreço, para demonstração das dificuldades financeiras sofridas pela empresa, eis que outros elementos de prova puderam ser produzidos e exibidos

pela defesa formando o convencimento do juiz; além disso, aplicável à espécie o princípio de que não há nulidade sem a demonstração do prejuízo, previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal, pois a ausência da perícia contábil não enseja o reconhecimento de nulidade diante do teor da documentação já se encontrava nos autos, não restando comprovado o prejuízo sofrido pela parte; 2. De outra parte, o princípio do livre convencimento fundamentado, regente no direito processual penal brasileiro, permite ao juiz que aprecie livremente a prova, conforme o ditame principiológico contido no artigo 157 do Código de Processo Penal; 3. A alegação de que a empresa passava por uma série de dificuldades financeiras, motivo pelo qual não foi possível repassar a contribuição previdenciária recolhida dos empregados implicaria, no caso, o reexame de provas, inviável em sede de recurso especial, por esbarrar no óbice imposto pelo enunciado sumular n.º 7 desta Corte; 4. O dolo, nesses delitos, esgota-se com a simples omissão, pois não se pretende a causação de resultado algum. Daí porque a jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de não exigir o fim especial de agir do agente, o dolo específico, não havendo de se demonstrar o animus rem sibi habendi para a caracterização do delito; 5. Este Superior Tribunal já consolidou posicionamento no sentido de que a Lei 9.983/00, ao acrescentar o artigo 168-A, § 1º, ao Código Penal, revogando no art. 95 da Lei nº 8.212/91, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, não fazendo desaparecer o delito em questão ou configurando aplicação de lei mais gravosa; 6. Recurso de que se conhece parcialmente e a que, nessa extensão, se nega provimento."

AGA nº 390667, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 04/02/02, p. 356: "Agravamento regimental. Recurso especial não admitido. Embargos à execução. Julgamento antecipado. 1. No tocante ao julgamento antecipado da lide e à necessidade de produção da prova pericial, o Acórdão recorrido está amplamente fundamentado quanto à desnecessidade de realização da referida prova, inclusive citando doutrina e jurisprudência relativas à matéria. A necessidade de produção de determinadas provas encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do Juiz, em face das circunstâncias de cada caso. 2. A sentença monocrática julgou improcedentes os embargos opostos pelo Banco do Brasil, determinando o prosseguimento da execução até o pagamento do débito. Não se verifica a alegação de iliquidez no decisum, porque não acolhidos os embargos, a execução prossegue regularmente. Sendo assim, não há qualquer contrariedade aos artigos 458 e 459 do Código de Processo Civil. 3. Do exposto, nego provimento ao agravo regimental."

AI nº 200903000344310, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 CJ1 de 09/03/10, p. 103: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CÓPIAS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. ÔNUS DA PARTE INTERESSADA. ART. 41, LEF. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL. PROVA PERICIAL. ARTS. 125, II E 130, DO CPC. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. O art. 41, da LEF, prevê que o processo administrativo ficará na repartição competente e dele poderão ser extraídas cópias ou certidões, a requerimento da parte ou do juízo. Esta Corte Federal já decidiu no sentido de que a intervenção judicial somente se faz necessária nos casos de comprovada resistência administrativa. Precedentes. O art. 125, II, do CPC, atribui ao Juiz a responsabilidade de "velar pela rápida solução do litúgio" e o art. 130, do mesmo diploma legal, a ele atribui a competência para "determinar as provas necessárias para a instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias." O Juiz é o destinatário final das provas, cumprindo somente a ele aferir a necessidade ou não de sua produção. Considerando que o feito apresenta elementos suficientes à formação da sua convicção, é absolutamente legítimo que indefira a produção das provas que considere descabidas à correta solução da lide. Precedentes. Não se há falar em cerceamento de defesa, porquanto a recorrente não fundamentou de forma precisa a indispensabilidade da produção da prova pericial. Agravo de instrumento não provido."

AC nº 90030225346, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 09/12/05, p. 665: "APELAÇÃO CÍVEL - REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA - INDÚSTRIA DO RAMO ALIMENTÍCIO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. 1- Remessa oficial tida por interposta, nos termos do disposto no inciso I, do art. 475 do CPC. 2- Afastada a alegação de nulidade da sentença, pois a não realização de prova pericial, por si só, não enseja cerceamento de defesa. Havendo elementos suficientes nos autos que permitam formar o livre convencimento do julgador, a prova pericial é desnecessária. Julgamento antecipado da lide, em consonância com o artigo 330, I, do CPC. 3- O critério legal para a obrigatoriedade ou não de registro junto aos conselhos profissionais determina-se pela atividade básica da empresa, ou pela natureza da prestação de serviços a terceiros, a teor do artigo 1º da Lei nº 6.839/80. 4- Indústria que opera no ramo de fabricação de massas alimentícias e processamento de grãos de trigo não desenvolve atividade ligada à química, nem presta serviços de tal natureza a terceiros, não estando sujeita ao registro no Conselho Regional de Química. 5- Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do CPC, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00017 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013239-66.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.013239-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : WILSON VALDISSERA JUNIOR ITAPIRA -ME
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE ITAPIRA SP
No. ORIG. : 10.00.00049-4 A Vr ITAPIRA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu o requerimento da FAZENDA NACIONAL para que a penhora de ativos financeiros através do BACENJUD, anteriormente deferida em relação à empresa executada, seja estendida ao titular da firma individual, sob o fundamento de que *"o fato de os patrimônios se confundirem não dispensa a inclusão do proprietário no pólo passivo da ação, pois, somente após formada a relação processual com relação a ele, é que seus bens poderão ser constritados"*.

A execução fiscal foi ajuizada em face da pessoa jurídica WILSON VALDISSERA JUNIOR ITAPIRA-ME (f. 12/45), sendo que, após citada (f. 50), não efetuou o pagamento ou apresentou bens em garantia (f. 51). Assim, a exequente requereu o bloqueio de valores através do BACENJUD tanto da pessoa jurídica quanto do titular da firma individual (f. 53/5), tendo sido indeferido (f. 59/60), sob o fundamento da necessidade de prévio esgotamento das demais diligências para a localização de bens penhoráveis. Foi interposto, então, o agravo de instrumento 0034881-32.2010.4.03.0000 (f. 65/74), ao qual foi dado provimento (f. 76/82).

Em cumprimento à decisão proferida no recurso, foi efetuada a transmissão do pedido de bloqueio via BACENJUD, dos ativos financeiros em nome da pessoa jurídica (f. 84), que, entretanto, restou negativa (f. 85/6).

Desta forma, a FAZENDA NACIONAL requereu o bloqueio de ativos financeiros também em relação ao titular da firma individual, a pessoa física WILSON VALDISSERA JUNIOR (f. 88), tendo sido indeferido (f. 99):

"O fato de os patrimônios se confundirem não dispensa a inclusão do proprietário no pólo passivo da ação, pois, somente após formada a relação processual com relação a ele, é que seus bens poderão ser constritados.

Ante o exposto, esclareça a Exequente, em cinco (5) dias, se pretende a inclusão de WILSON VALDISSERA JUNIOR no pólo passivo da ação, ficando, por ora, indeferido o pedido de fls. 78, consistente na penhora on line de ativos financeiros de pessoa que não integra o pólo passivo da ação".

Em face dessa decisão, a exequente interpôs o presente agravo de instrumento, alegando a desnecessidade de inclusão da pessoa física titular da firma individual no pólo passivo, pois *"é intuitivo perceber que quando se cita a firma individual, como ocorreu no presente caso, já está sendo citada a pessoa natural, e vice-versa, pois são a mesma pessoa. A demanda movida com menção ao nome comercial já atinge a pessoa natural do titular da firma individual, sendo despicienda a sua inclusão no pólo passivo, mesmo a nova citação"*.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se firmada a jurisprudência, inclusive perante esta Corte, no sentido de que o titular de firma individual, diferentemente do que ocorre com o sócio em sociedade de responsabilidade limitada, está sujeito ao regime de responsabilidade ilimitada, por não existir sociedade, confundindo-se a pessoa jurídica com a pessoa física, assim como os respectivos patrimônios.

A propósito, os seguintes acórdãos desta Corte:

AI 2009.03.00041930-9, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJF3 06/07/2010: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO TITULAR DE FIRMA INDIVIDUAL. PATRIMÔNIO ÚNICO DA EMPRESA E SEU TITULAR. AGRAVO PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. I - Assiste razão à recorrente. II - Entendo cabível o pedido de inclusão do titular da empresa individual no banco de dados do juiz distribuidor do fórum das execuções fiscais federais para posterior expedição de mandado de citação e penhora, pois a empresa individual não é sociedade, não havendo distinção para efeito de responsabilidade entre a pessoa física e a pessoa jurídica, já que na firma individual, constituída por patrimônio único, os bens particulares do comerciante individual respondem por quaisquer dívidas, sendo desnecessária a demonstração da prática dos atos previstos no artigo 135 do Código Tributário Nacional, bem como o esgotamento de diligências em busca de bens. III - Precedentes desta Corte (Terceira Turma, AG n. 200803000128190, Rel. Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, v.u., DJF3 13.01.2009, Terceira Turma, AG n. 2007.03.00.047504-3, Rel. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, v.u., DJU 05.12.2007 e Quarta Turma, Ac n° 2001.03.99.044939-9, Rel. Desembargadora Federal Alda

Basto, v.u. , DJF3 04.05.2010). IV - Agravo inominado acolhido para, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dar provimento ao agravo de instrumento."

AI 2006.03.00097327-0, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, DJF3 07/04/2010: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INADIMPLEMENTO. REDIRECIONAMENTO. FIRMA INDIVIDUAL . RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR. POSSIBILIDADE. I - O redirecionamento na execução fiscal, em razão da responsabilidade do sócio-gerente pelos créditos tributários da empresa, tem sua admissibilidade restrita às hipóteses deste ter agido dolosamente na administração da empresa, com excesso de poderes, contrariamente à lei ou ao contrato social. II - O não pagamento de tributos, por si só, não consubstancia infração à lei, ensejadora da aplicação do art. 135, do Código Tributário Nacional. III - Em se tratando de firma individual , a responsabilidade do administrador decorre da identificação entre a empresa e a pessoa física. IV - Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. V - Agravo de instrumento provido."

No caso, a jurisprudência majoritária desta Corte encontra-se firme no sentido de que é desnecessária a inclusão formal do titular da firma individual, no pólo passivo da demanda executiva, pois tem responsabilidade ilimitada, confundindo-se para tal efeito, o patrimônio social com o individual, devendo os atos de execução incidir sobre quaisquer bens, da sociedade ou pessoal do titular da firma individual, independentemente do redirecionamento:

AI 2010.03.00.035017-8, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, DJU de 19/05/2011, p. 1261: "AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO DE PROPRIETÁRIO DE FIRMA INDIVIDUAL. 1. Conforme disposição do Código Civil de 2002, a atividade empresarial poderá ser exercida tanto por pessoa natural, quanto por pessoa jurídica, podendo esta adotar uma das formas societárias previstas na nossa legislação. 2. Quando a pessoa natural exercer a atividade empresarial será considerada empresário individual, devendo adotar, para tanto, firma individual - o nome adotado pelo empresário no exercício de sua atividade, mediante o qual se identifica no mundo empresarial. 3. Desnecessária, portanto, a inclusão da pessoa física no pólo passivo da execução fiscal, porquanto a firma individual não é capaz de formar uma nova pessoa distinta da pessoa do empresário, respondendo este pelos débitos executados. 4. Reconhecimento de que a solvência das obrigações da empresa individual é de responsabilidade da pessoa natural"

AI 2010.03.00.035544-9, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJU de 16/03/2011, p. 553: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO TITULAR DE FIRMA INDIVIDUAL NO POLO PASSIVO DO FEITO. DESNECESSIDADE. 1. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, consoante o disposto no art. 966, do Código Civil. A Lei nº 9.841/99, por sua vez, instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal, assinalando, em seu bojo, as condições de enquadramento de microempresa ou empresa de pequeno porte. 2. Em se tratando de firma individual, não há distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e da pessoa física que a constituiu, que deverá responder pelas dívidas contraídas pela empresa; da mesma forma, não há que se falar em responsabilidade limitada do integrante da empresa individual. 3. Ajuizada a execução fiscal em face de firma individual, mostra-se desnecessária a inclusão da pessoa física empreendedora no polo passivo da demanda para fins de responsabilização tributária, face à inexistência de limitação de sua responsabilidade por dívidas da empresa e da confusão patrimonial existente entre ambos. 4. Agravo de instrumento improvido".

AI 2009.03.00.021840-7, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 03/12/2010, p. 483: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE TITULAR NO POLO PASSIVO. FIRMA INDIVIDUAL. NÃO HÁ NECESSIDADE DE INCLUSÃO. PRECEDENTES DO STJ. 1. A firma individual não possui personalidade jurídica diversa da de seu titular. Ambos são uma única pessoa, com um único patrimônio, e uma única responsabilidade patrimonial perante a administração fazendária. 2. A pessoa física titular da firma individual responde com todos os seus bens pelos débitos contraídos na atividade empresarial, de modo que não há necessidade de inclusão do polo passivo da execução fiscal. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento".

AI 2009.03.00.019284-4, Rel. Des. Fed. VESNA KOLMAR, DJU de 19/11/2009, p. 39: "EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRESA INDIVIDUAL. INCLUSÃO DA PESSOA FÍSICA NO POLO PASSIVO. CITAÇÃO. DESNECESSIDADE. 1. A empresa individual, mera ficção jurídica, é representada integralmente por seu titular, de modo que o seu patrimônio confunde-se com o do empresário individual. 2. Não havendo diferença, para efeito de responsabilidade, entre a pessoa física e a empresa individual, a citação regular desta torna desnecessária a citação daquela. 3. Agravo de instrumento provido".

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, nos termos supracitados.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

00018 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013422-37.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.013422-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : IND/ BANDEIRANTE DE ARTEFATOS DE PLASTICOS E MADEIRA LTDA
ADVOGADO : LEANDRO LORDELO LOPES e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00204156620104036100 13 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de decisão que, em mandado de segurança, recebeu apenas no efeito devolutivo a apelação interposta pela PFN, em face de sentença que concedeu a ordem para que as inscrições 80.2.06.025142-21, 80.5.08.011382-80, 80.5.08.011383-61, 80.5.08.011386-04, 80.6.06.038340-24 e 80.6.06.182529-80 não impeçam a emissão de certidão de regularidade fiscal e não constituam fundamento para o registro no CADIN.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada, firme no sentido de que, em regra, o recurso de apelação interposto em face de sentença denegatória ou concessiva da ordem possui efeito meramente devolutivo (artigo 14, § 3º, da Lei nº 12.016/09), podendo ser recebida em ambos os efeitos apenas quando demonstrados, de plano, a possibilidade da ocorrência de lesão grave ou de difícil reparação, bem como a plausibilidade jurídica do pedido de reforma da sentença no julgamento do recurso de apelação.

Neste sentido, o precedente do qual fui relator (AI 2009.03.00.019633-3, Rel. Des. Fed. JUIZ CARLOS MUTA, DJU de 04/10/2010, p. 434):

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA DENEGATÓRIA. APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. ART. 14, § 3º, DA LEI Nº 12.016/09. EXCLUSÃO DO PAES. DÉBITOS NÃO INCLUÍDOS NO PARCELAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. RISCO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em que pese consolidada a jurisprudência quanto ao cabimento apenas do efeito devolutivo na apelação contra ordem denegada ou concedida, dado o caráter mandamental da sentença proferida (artigo 14, § 3º, da Lei nº 12.016/09), é possível a atribuição de eficácia suspensiva, estritamente em situações excepcionais, diante de risco de lesão de natureza extraordinária e quando relevante a fundamentação para a reforma do julgado monocrático. 2. Caso em que a contribuinte, na declaração PAES, desistiu das impugnações ou recursos, exclusivamente, quanto aos débitos referentes aos PA nº 16327.01166/99-96 e nº 16327.000621/2001-30, com relação aos quais manifestou a desistência do MS nº 95.0009924-1, sendo que a PFN incluiu, de ofício, outros débitos inscritos em dívida ativa (PA nº 13.808.000.715/97-42 e 13.808.000716/97-13, e CDA 80.6.00029980-49), por considerar que somente poderiam ser excluídos do acordo se estivessem com exigibilidade suspensa "em virtude de reclamações e recursos do processo administrativo tributário, concessão de medida liminar em mandado de segurança ou em outras espécies de ação judicial, ou ainda pela concessão de antecipação de tutela", situações inócenas à época, segundo seu entendimento, destacando, ainda, que "em relação aos depósitos efetuados, os valores devem ser convertidos em renda da UNIÃO, em respeito ao artigo 6º da Lei nº 10.684/2003". 3. O contribuinte aderiu ao PAES em 27/08/2003, sendo que, quanto aos débitos relativos aos PA nº 13.808.000.715/97-42 e nº 13.808.000716/97-13, em 13/11/1997, foram efetuados depósitos judiciais na MC nº 97.0049362-8, distribuída por dependência à ação anulatória nº 97.0056331-6 - apelação cível nº 2001.03.99.021040-8. Apesar de ter entendido que os referidos débitos não estavam com a exigibilidade suspensa, à época da adesão, a PFN não impugnou os depósitos judiciais. Por sua vez, o débito da CDA nº 80.6.00029980-49, exigido na EF nº 2003.61.82.061444-2, foi garantido, posteriormente, por carta de fiança bancária, com vigência a partir de 24/10/2005, conforme reconhecido pelo Fisco em informações. 4. Portanto, cabe a atribuição excepcional de efeito suspensivo ao recurso de apelação, pois a jurisprudência superior confere plausibilidade jurídica à tese exposta pela contribuinte, suficiente ao fim proposto, sem, contudo, vincular o exame da matéria no recurso principal, sendo evidente, por outro lado, que a exclusão do PAES, por conta de não estarem parcelados certos débitos fiscais com exigibilidade suspensa, que a contribuinte não incluiu no parcelamento, produz risco de lesão grave e de difícil ou incerta reparação. 5. Agravo inominado desprovido".

No mesmo sentido, os precedentes desta Corte:

AI 2010.03.00.025409-8, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, DJU de 25/10/2010, p. 298: "PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO LEGAL (CPC, ART. 557, §1º). MANDADO DE SEGURANÇA.

APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO E SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. 1. O apelo da sentença denegatória de mandado de segurança, em regra, tem efeito meramente devolutivo, nos termos do artigo 14 da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. **2.** Contudo, admite-se o recebimento da apelação no efeito suspensivo em casos excepcionais, quando demonstrada a plausibilidade do direito do recorrente e o perigo de dano grave e de difícil reparação. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp 787051/PA, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 17.08.2006; MC 9299/PR, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 13.03.2006. **3.** Na hipótese, estão previstos os requisitos autorizadores para a concessão do efeito suspensivo à apelação interposta pelo agravante, posto que o risco de lesão grave encontra-se atual, tendo em vista a conclusão do procedimento administrativo disciplinar, que entendeu inacumuláveis os cargos, e a relevância da fundamentação se mostra presente na impossibilidade da legislação infraconstitucional vedar hipótese de acumulação de cargos, empregos ou funções públicas que tenha sido expressamente permitida pela Constituição da República. **4.** Agravado legal provido". AI 2010.03.00.016409-7, Rel. Des. Fed. VESNA KOLMAR, DJU de 24/09/2010, p. 267: "AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SAT/RAT. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO FAP. SENTENÇA DENEGATÓRIA DA ORDEM. APELAÇÃO. EFEITOS DO RECURSO. 1. Da análise do artigo 14, §3º, da Lei nº12.016/09, verifica-se que a sentença concessiva da ordem possibilita a execução provisória, afastando, dessa forma, a atribuição de efeito suspensivo a eventual recurso de apelação em mandado de segurança. 2. Embora a aludida lei seja silente quanto ao apelo interposto de sentença denegatória da segurança, ou mesmo de sentença extintiva do processo sem exame de mérito, o recurso deve ser recebido no efeito meramente devolutivo, exceto quando houver ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação, caso em que será recebido no duplo efeito, consoante entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. In casu, não está presente a referida excepcionalidade, haja vista a suspensividade de que é dotada a impugnação apresentada pelos recorrentes na esfera administrativa, nos termos do Decreto nº 7.126/2010. 4. Agravado legal a que se nega provimento".

Na espécie, a PFN interpôs, anteriormente, o AI 0034279-41.2010.4.03.0000 contra liminar para emissão de certidão positiva de débitos fiscais, com efeitos de negativa, desde que inexistentes outras dívidas pendentes além das inscrições nºs 80.2.06.025142-21, 80.6.06.038340-24, 80.6.06.182529-80, 80.5.08.011382-80, 80.5.08.011383-61 e 80.5.08.011386-04, o qual foi provido, com base na seguinte fundamentação (f. 241/4):

"Na espécie, não há controvérsias quanto aos débitos inscritos em dívida ativa sob nº 80.2.06.025142-21 e 80.6.06.182529-80, em face da existência de penhora suficiente e realização de parcelamento, nos termos da Lei nº 11.941/09, respectivamente.

Com relação ao débito da CDA nº 80.6.06.038340-24, de fato, não foi demonstrada a suficiência da penhora e, conseqüentemente, o direito líquido e certo à certidão de que trata o artigo 206 do Código Tributário Nacional. Conforme informações gerais desta inscrição, o débito consolidado, em 18/10/2010, era de R\$ 98.446,82 (f. 216), ao passo que, na época da penhora, já perfazia o montante de R\$ 93.096,99, e não consta dos autos a avaliação por oficial de justiça do bem penhorado (um caminhão movido a diesel, marca/modelo VW/13.150, ano de fabricação/modelo 2003), consoante auto de penhora de f. 137. A agravante, por sua vez, juntou consulta à tabela FIPE, realizada em outubro de 2010, que atribui preço médio de R\$ 69.780,00 a veículo com características similares ao penhorado (f. 223), o que, por si só, já constituiria indício de que a penhora seja realmente insuficiente. Ressalte-se que eventual oposição de embargos não atesta a suficiência da garantia. De outra parte, a existência de pedidos de revisão de débitos inscritos, como alegou a impetrante (f. 18), não comprova a suspensão da exigibilidade. Ademais, a inscrição foi mantida, inicialmente, por despacho da autoridade administrativa (f. 139), sendo que a apresentação posterior do documentário fiscal para a demonstração das alegações do contribuinte (f. 140/3), igualmente, não opera a suspensão da exigibilidade.

Não bastasse a falta de comprovação da suficiência da garantia ou da suspensão da exigibilidade do débito da CDA nº 80.6.06.038340-24, também as inscrições nºs 80.5.08.011382-80, 80.5.08.011383-61 e 80.5.08.011386-04 não autorizam a emissão de certidão de regularidade fiscal. Assim porque não há como aferir a plausibilidade jurídica da alegação de prescrição apenas com base nos elementos juntados pela impetrante. Consta, efetivamente, que as três inscrições citadas são oriundas de autos de infração, relativos à multa prevista no artigo 75 da CLT, em razão do descumprimento do disposto no artigo 59, caput, da CLT, todas com notificação em 09/10/2003 e vencimento em 20/10/2003 (f. 93, 110 e 127). As respectivas inscrições foram efetuadas em 10/10/2008 (f. 210, 212 e 214). O simples fato de não ter sido apresentada defesa administrativa, como certificado pela própria Delegacia Regional do Trabalho (f. 86, 102 e 121), não é suficiente para aferir a inocorrência de qualquer outra causa de interrupção ou suspensão da prescrição. As informações gerais da inscrição apontam, inclusive, que houve pedidos de parcelamento (f. 211, 213 e 215).

Por outro lado, a exceção de pré-executividade oposta nos autos da EF nº 00303006420095020028, em curso na 28ª Vara do Trabalho desta Capital (f. 62/73), onde a agravada alegou a prescrição, ainda não foi apreciada, não constituindo, por isso, indício ou prova de inexigibilidade da multa em cobrança.

Desta forma, impõe-se que seja cassada a liminar que deferiu a emissão de certidão positiva de débitos fiscais, com efeitos de negativa, vez que ausentes os requisitos do artigo 206 do Código Tributário Nacional."

A apelação da agravante contra a sentença concessiva da segurança está pautada, unicamente, na alegação de insuficiência da garantia quanto à inscrição nº 80.6.06.038340-24, sustentando que, na época em que prestadas as informações pela autoridade impetrada, o valor do débito era superior à avaliação do bem penhorado na EF 0030485-32.2006.403.6182 (f. 296/9), razões que, igualmente, fundamentaram o presente recurso (f. 07).

Como se observa, no AI 0034279-41.2010.4.03.0000 foi reconhecida a falta de comprovação quanto à suficiência da penhora para garantia da inscrição nº 80.6.06.038340-24, pois, na época, o débito perfazia o montante de R\$ 93.096,99, não constando dos autos a avaliação por oficial de justiça do bem penhorado na EF 0030485-32.2006.403.6182 (um caminhão movido a diesel, marca/modelo VW/13.150, ano de fabricação/modelo 2003), tendo a agravante juntado consulta à tabela FIPE, realizada em outubro de 2010, atribuindo preço médio de R\$ 69.780,00 a veículo com características similares ao penhorado, o que, por si só, já constituiria indício de que a penhora fosse realmente insuficiente.

Ocorre que, posteriormente, o Juízo *a quo* intimou a impetrante para apresentar cópia do auto de avaliação do bem penhorado na EF 0030485-32.2006.403.6182 (numeração antiga: 2006.61.82.030485-5), o que foi regularmente cumprido (f. 259).

Verifica-se, assim, que o débito da inscrição nº 80.6.06.038340-24, de R\$ 93.096,99, em 15/04/2009 (f. 256), foi integralmente garantido pela penhora de um caminhão movido a diesel, placas DIR2174, marca/modelo VW/13.150, ano de fabricação/modelo 2003, avaliado por oficial de justiça, na data de 01/06/2009, em R\$ 95.000,00 (f. 259). Em que pese a diferença de mais de um mês entre a data de atualização do débito e a data da avaliação, a agravante não demonstrou que em 01/06/2009, o valor do débito fosse superior à avaliação. Ademais, ainda que, por si só, o recebimento dos embargos à execução no efeito suspensivo não tenha o condão de comprovar a suficiência da penhora, no caso concreto, a decisão juntada menciona, expressamente, que "*A garantia oferecida é integral*" (f. 262), não constando eventual impugnação à avaliação do oficial de justiça.

De outro lado, é manifestamente inadmissível a pretensão da agravante de que seja considerada a data das informações prestadas no mandado de segurança para se aferir a suficiência ou não da garantia pela penhora nos autos da execução fiscal.

A propósito, os seguintes acórdãos deste Tribunal:

APELREE 2000.61.07.005236-1, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJF3 CJI 12/01/2011, p. 227: "AÇÃO ORDINÁRIA - INSCRIÇÃO DO NOME NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - AVALIAÇÃO - INSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. 1- Remessa oficial não conhecida (art. 475, § 2º, do CPC). 2- A Lei 10522/02 regula as hipóteses de suspensão do registro no CADIN. 3- No caso dos autos, todas as execuções fiscais movidas contra a apelante encontram-se garantidas, sendo que algumas já foram embargadas. 4- Não havendo prova de que a União Federal tenha postulado o reforço da constrição, impugnando, portanto, o valor da avaliação, é de se presumir, ao menos nesse momento processual, que a garantia é idônea e suficiente para fazer frente aos débitos tributários exequiendos. 5- Hipótese de suspensão prevista no art. 7º, I, da Lei 10522/02. 6- Remessa oficial não conhecida. Apelação à qual se nega provimento."

AG 2002.03.00.045752-3, Rel. Des. Fed. SUZANA CAMARGO, DJU 14/10/2003, p. 263: "PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - REFORÇO DA PENHORA - EMBARGOS - SUSPENSÃO - IMPOSSIBILIDADE. - Efetuada a penhora, momento em que é verificado se os bens são suficientes para garantia da dívida, apenas será possível sua ampliação na fase de avaliação, nos termos do que preceitua o artigo 685, II, do Código de Processo Civil, ou ainda se, após feita a arrematação, ficar constatada a existência de saldo remanescente. - Uma vez suspenso o processo por força da interposição dos embargos à execução, somente na fase de avaliação, que antecede a arrematação, poderá ser questionado o valor, se suficiente ou não para garantia do débito. - Agravo de instrumento a que se nega provimento."

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00019 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013492-54.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.013492-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : CARLOS ROBERTO SOARES

ADVOGADO : MYRIAN SAPUCAHY LINS e outro

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 1 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

No. ORIG. : 04180053119814036182 1F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu o desbloqueio de valores penhorados por meio de "auto de penhora e depósito", efetivado em 14/10/1996, alegando, em suma, que os valores são referentes à poupança, em montante inferior ao limite de 40 salários mínimos.

DECIDO.

O recurso não merece trânsito.

Com efeito, o recurso não foi adequadamente instruído, vez que a cópia da certidão de intimação da decisão agravada, peça de juntada obrigatória, prevista no artigo 525, I, do Código de Processo Civil, deixou de ser anexada, além de documentos mencionados na decisão agravada indispensáveis ao processamento e conhecimento do presente recurso, sendo certo que o ônus processual da integral instrução do recurso é exclusivamente do agravante, devendo ser aferida tal regularidade no ato de interposição, sob pena de negativa de seguimento.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00020 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013622-44.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.013622-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

AGRAVADO : IRMANDADE DE MISERICORDIA DO JAHU

ADVOGADO : ADRIANA LYRA ZWICKER e outro

ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 1 VARA DE JAU Sec Jud SP

No. ORIG. : 00008087920114036117 1 Vr JAU/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra antecipação de tutela, em ação ordinária, para determinar a exclusão do registro do nome da autora no CADIN, sob pena de multa diária.

Alegou, em suma, que: (1) o objeto da demanda abrange a declaração de existência do parcelamento da Lei 11.941/09, com relação a débitos já parcelados pela Lei 11.345/09 (Timemania), e a exclusão do nome da autora do CADIN; (2) a Lei 11.941/09, embora tenha possibilitado a inclusão de saldo remanescente de REFIS, PAES, PAEX, bem como dos parcelamentos previstos nos artigos 38 da Lei 8.212/91 e 10 da Lei 10.522/02, não contemplou os débitos antes parcelados pela Lei 11.345/09 (Timemania); (3) assim, a Portaria PGFN/SRFB nº 06/2009 definiu que os antigos parcelamentos não referidos pela Lei 11.941/09 não poderiam usufruir dos seus benefícios; e (4) as normas sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário devem ser interpretadas literalmente, conforme o artigo 111, I, do CTN.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a decisão agravada foi fundamentada nos seguintes termos (f. 124/4v.):

"A antecipação dos efeitos da tutela deve ser deferida, à luz do art. 273 do Código de Processo Civil, porque há nos autos a prova inequívoca do direito da autora e está presente o periculum in mora.

Inicialmente, refuto o argumento da ré no sentido de que a suspensão do crédito tributário deve ser interpretada restritivamente. Ora, o legislador da União Federal não se cansa de criar inúmeros parcelamentos, em sucessivas leis, bastante generosas com os contribuintes, às vezes permitindo ao autor de delitos tributários até mesmo a extinção da punibilidade pelo pagamento de tributos ou a suspensão dos processos por meio de parcelamentos. Assim, quem em primeiro lugar desrespeita o disposto no artigo 111, I, do Código Tributário Nacional é a própria requerida.

Ademais, não há necessidade de se levar a efeito a interpretação extensiva ou analógica das regras da Lei nº 11.941/2009 para se chegar à constatação da razoabilidade do direito evocado pela autora.

Ora, o disposto no artigo 1º da Lei nº 11.941/09 estabelece a possibilidade de parcelamento dos débitos administrados pela Receita Federal, "inclusive" os citados no mesmo artigo. Tal regra, de outra parte, não está excluindo débitos de outros parcelamentos anteriores.

Para além, também é dotada de razoabilidade a alegação de que a autora não fora devidamente comunicada da inclusão no CADIN, ao menos setenta e cinco dias antes. Por via de consequência, a autora viu-se na condição de estar despercebida quando da referida inclusão, em ofensa ao disposto no artigo 2º, 2º, da Lei nº 10.522/02. O periculum in mora dispensa maiores considerações, porquanto a inclusão do nome do hospital no CADIN implica seriíssima restrição aos serviços oferecidos à população, podendo ainda ser privada de verba oriunda da esfera federal.

Pelo exposto, CONCEDO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, nos termos requeridos, determinando à Fazenda Nacional que proceda à exclusão do registro da autora junto ao CADIN, pelo motivo tratado nestes autos, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia."

Como se observa, a antecipação dos efeitos da tutela pelo Juízo *a quo* baseou-se em dois fundamentos, quais sejam, o de que a Lei 11.941/09 não excluiu de seus benefícios o saldo de parcelamento pela Lei 11.345/09, apesar de não o ter incluído expressamente, e o de que a autora não foi devidamente comunicada do registro de seu nome no CADIN, com antecedência de setenta e cinco dias, como determina o § 2º do artigo 2º da Lei nº 10.522/02 [*"A inclusão no Cadin far-se-á 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele Cadastro, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito."*].

Ocorre que o presente recurso interposto pela PFN está pautado, unicamente, na impossibilidade de inclusão no parcelamento da Lei 11.941/09 do débito remanescente de parcelamento anterior pela Lei 11.345/09, sequer impugnando a relevância da alegação de descumprimento da norma prevista no § 2º do artigo 2º da Lei nº 10.522/02, o que torna inviável a pretensão de reforma da decisão agravada.

Ademais, a antecipação da tutela foi concedida apenas para exclusão da autora do CADIN, não abrangendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, motivo pelo qual inexistem razões para afastar a fundamentação, especificamente adotada pelo Juízo agravado, quanto à irregularidade no procedimento de registro no CADIN, não impugnada pelo recurso, donde a inviabilidade, manifesta, do agravo de instrumento.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00021 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013644-05.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.013644-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : INTERMARC COM/ IMP/ E EXP/ LTDA
ADVOGADO : PEDRO RICCIARDI FILHO e outro
AGRAVADO : ALSPAC TRANSPORTES INTERNACIONAIS E AGENCIAMENTO LTDA.
ADVOGADO : DANIEL RAMOS DA SILVA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00159172420104036100 9 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra negativa de antecipação de tutela, em ação ordinária, ajuizada com o objetivo de determinar a anulação (1) do auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal nº 0917800/00130/09, lavrado pela administração alfandegária sob o fundamento da existência de simulação de uma operação de importação com a utilização de uma empresa que oculta de modo fraudulento o real importador das mercadorias; (2) da decisão administrativa que julgou procedente a ação fiscal que culminou com a lavratura do auto de infração e a decretação da pena de perdimento de bens importados; e (3) da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal, em decorrência das conclusões obtidas na ação fiscal.

Consta dos autos que, em 04/06/09, a fiscalização alfandegária em Paranaguá/PR lavrou o auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal nº 0917800/00130/09 (f. 53/4), em virtude da constatação da ocorrência de simulação de operação de importação com a utilização de empresa que oculta de modo fraudulento o real importador das mercadorias, culminando com a apreensão e decretação de perdimento de mercadorias avaliadas em US\$ 71.822,39 (f. 55), bem como o envio de representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal (f. 51/2), conforme consta do relatório fiscal (f. 57/61):

"RELATÓRIO FISCAL

O presente é parte integrante do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal lavrado contra o autuado acima citado e é elaborado como embasamento às infrações descritas em seu corpo. As informações aqui constantes devem ser consideradas como indispensáveis à instrução do referido Auto e como subsídio à análise de suas razões.

A. HISTÓRICO DA OPERAÇÃO

A INTERMAC COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, doravante denominada apenas de 'INTERMAC', registrou junto à Alfândega/Paranaguá a seguinte DTAI:

DTA Fatura B/L Data registro

09/0042151-7 EG774-U32 2008120001 03/02/2009

Os documentos acima mencionados, incluindo os respectivos packing list, estão nos documentos de 02 a 05.

A DTA 09/0042151-7 foi selecionada pela Equipe de Pesquisa e Seleção da Alfândega de Paranaguá tendo em vista existir procedimento especial em andamento na importação de guarda-chuvas por suspeita de subfaturamento.

Em 27 de fevereiro de 2009 foi realizada conferência física da carga, na presença do representante do importador, consubstanciado no Relatório de Verificação Física n° 560/2009 (documento n° 08) e constatado que os guarda-chuvas apresentavam a etiqueta com a seguinte inscrição:

UMBRELLA IMPO & EXP LTDA

100% POLIAMIDA

FABRICA CHINA

CNPJ: 03389339/0001-10

TEL: (011) 3312-0099

Em 02/03/2009 foi emitido o Termo de Intimação Safia n° 42/09 (documento n° 10) para a empresa informar se a operação era por conta do próprio importador ou se era operação por conta de terceiros. Em 04/03/2009 o representante da empresa, Sr. Claudiomil Lopes Ferreira, CPF n° 813.211.049-87, protocolou resposta informando que se tratava de importação por conta própria do importador (documento n° 12). Além disso, informou que a carga era originalmente da empresa UMBRELLA por isso todas as peças estavam etiquetadas com a marca UMBRELLA e que a INTERMAC havia adquirido a carga quando estava em trânsito para o Brasil (documento n° 12).

Porém, se assim o fosse o Conhecimento de Carga deveria estar consignado à empresa UMBRELLA e ter sido endossado à empresa INTERMAC.

Pesquisa realizada no sistema DW Aduaneiro demonstrou que a INTERMAC importa diversas mercadorias, porém nunca importou guarda-chuvas. Outra extração no DW demonstrou que a empresa exportadora EVERGLORY COMPANY exportou apenas para a empresa UMBRELLA e que a UMBRELLA importa somente guarda-chuvas e suas partes e peças.

Importa mencionar que existia procedimento especial da IN SRF n° 206 nesta Alfândega por suspeita de subfaturamento na importação de guarda-chuvas da mesma empresa exportadora, conforme tela abaixo:

[...]

Em 24/03/2009 foi instaurado o procedimento especial de controle aduaneiro previsto na IN SRF n° 206/02, tendo como suspeita a hipótese prevista no inciso V do artigo 66 da mesma IN, qual seja, a ocultação do real adquirente (documento n° 14). Intimado a tomar ciência do Termo de Instauração e da Intimação para apresentar documentos, o representante da empresa, Sr. Claudiomil Lopes Ferreira se recusou a tomar ciência dos termos conforme orientação da empresa. Foi lavrado então, Termo de Recusa de Ciência Pessoal e Termo de Constatação (documento n° 16 e 17).

Assim, os Termos de Instauração do Procedimento Especial e a Intimação para apresentar documentos foram enviados pelo Correio, com Aviso de Recebimento, para o endereço da empresa em São Paulo (documentos n° 18 e 19).

Em 27/04/2009, a empresa apenas informou que não tinha conhecimento do que se tratava o processo e que desconhecia a natureza e a origem dos produtos e que declinava de toda e qualquer responsabilidade sobre as mercadorias (documento n° 20).

Diante disso o agente desconsolidador, responsável pela emissão do Conhecimento de carga, o B/L n° 200812, foi intimado a informar quem seria o consignatário da carga apresentando todos os documentos que comprovassem tal informação (documento n° 21).

A ALSPAC TRANSPORTES INTERNACIONAIS E AGENCIAMENTO LTDA, CNPJ n° 67.776.906/004-16, apresentou documento onde informa que houve troca de consignatário do B/L n° 2008120001 de UMBRELLA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ n° 03.389.339/0001-10 para INTERMAC COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ n° 64.662.760/0001-14 tendo em vista solicitação do exportador (documento n° 25), inclusive fatura de cobrança do frete internacional em nome da InterMAC (documento n° 27). Enviou carta do exportador com a solicitação e a fatura de cobrança do frete internacional em nome da INTERMAC (documento n° 26).

Ademais não basta apenas afirmar que não tem vínculo com a carga. Todos os documentos instrutivos do despacho estão em nome da empresa INTERMAC, os quais foram inclusive emitidos por pessoas distintas. O Conhecimento de Carga, emitido pelo agente desconsolidador, a Fatura Comercial e o Packing List, emitidos pelo exportador e a própria Declaração de Trânsito Aduaneiro, registrada por um beneficiário de trânsito autorizado pelo próprio importador.

A Instrução Normativa SRF n° 248/2002, que dispõe sobre a aplicação do regime de trânsito aduaneiro, estabelece em seu artigo 18, que o importador autorizará os transportadores e depositários que poderão agir em seu nome e assim registrar uma DTA em nome de empresa:

Art. 18. O importador autorizará no Siscomex Trânsito os transportadores e depositários que poderão agir em seu nome como beneficiários de trânsito.

Parágrafo único. Os prepostos e representantes do importador serão habilitados ou credenciados nos termos da norma específica.

Em consulta ao sistema Trânsito, verificou-se que a empresa transportadora foi cadastrada no sistema Siscomex pela Intermac como beneficiária de trânsito no dia 02/02/20099, mesma data em que foi registrada a DTA em questão.

[...]

B. PENALIDADE

A simulação de uma operação de importação com a utilização de uma empresa que oculta de modo fraudulento o real importador das mercadorias não observa os ditames impostos pela legislação correlata à importação por encomenda ou por conta e ordem de terceiros.

A ocultação do sujeito passivo mediante fraude ou simulação é hipótese de dano ao Erário que pode gerar a aplicação da sanção administrativa equivalente à pena de perdimento das mercadorias importadas após o regular processo administrativo. Há diversas vantagens para as pessoas jurídicas que se ocultam em uma operação de importação por encomenda podem obter às custas da geração de dano ao Erário:

- evitar a aplicação de sanções fiscais e/ou penas para os reais beneficiários das mercadorias importadas;
- utilizar na operação de comércio exterior, os recursos obtidos irregularmente ou sem declaração ao fisco (ocultar a origem desses recursos);
- praticar subfaturamento e demais ilícitos aduaneiros, para obter a minoração dos tributos incidentes na operação de importação, sonegação do ICMS, não pagamento do IPI sobre a diferença entre o valor de aquisição e o valor de venda, posto que o real adquirente não seria o contribuinte do IPI;
- não ser responsável tributário solidário (art. 77 e 78 da MP n° 2.158-35/2001, que deu nova redação ao art. 32 e 95 do Decreto-lei n° 37/66);
- não ser equiparada a estabelecimento industrial (art. 79 da MP n° 2.158-35/2001);
- fugir às normas de incidência das contribuições para o PIS e COFINS (art. 81 da MP n° 2.158-35/2001)

Portanto, é inegável que a prática realizada no caso vertente possibilitaria às pessoas que usaram ilícitamente a empresa uma série de vantagens tributárias que seriam obtidas em detrimento do cumprimento da legislação e com prejuízo do Erário. Diante da presença de uma fraude que levaria a um menor recolhimento de tributos, não basta apurar a diferença de tributos que deixaria de ser recolhida. Há sanção administrativa específica prevista na legislação e esta é muito mais severa do que o mero recolhimento da diferença de tributos apurada. Toda sanção administrativa tem a função de reprimir os ilícitos administrativos praticados e prevenir a ocorrência de novos ilícitos administrativos. Para a efetividade do dispositivo da legislação que prevê a aplicação da pena de perdimento quando há a interposição fraudulenta de terceiros em uma operação de importação, não basta o mero recolhimento das diferenças tributárias apuradas com os devidos acréscimos legais, pois isso seria um incentivo para que novas fraudes ocorressem por diversas pessoas jurídicas que desejam ficar ocultas. A sanção administrativa deve ser de tal monta de forma que seja um instrumento hábil para prevenir e reprimir a ocorrência de ilícitos administrativos. Tal proceder causa grave dano à Administração Aduaneira, a qual compreende a Fiscalização e o controle sobre o Comércio Exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais.

Assim sendo, ante a comprovação do ilícito previsto no Decreto-lei n° 1.455/76, artigo 23 inciso V e parágrafos 1° e 2° com a redação dada pelo artigo 59 da Lei n° 10.637/2002, no art. 618, inciso XXII, do Decreto n° 4.543/2002, com as alterações do Decreto n° 4.765/2003 proponho a aplicação da pena de perdimento às mercadorias objeto da DTA n° 09/0042151-7 consignadas à empresa INTERMAC COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

[...]

As mercadorias apreendidas ficarão sob guarda fiscal em nome e ordem do Ministro da Fazenda, como medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional, nos termos do art. 25 do Decreto-Lei n° 1.455, de 07/04/1976.

Fazem parte integrante do presente Auto de Infração, todos os termos e documentos nele mencionados.

É dispensada a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal, conforme art. 11 da Portaria SRF n° 6.087, de 21/11/2005, por se tratar de procedimento realizado no curso do despacho aduaneiro.

Em cumprimento ao art. 1° da Portaria SRF n° 326, de 15/03/2005, formalizou-se Representação Fiscal para Fins Penais''

Assim, a autuada, INTERMARC COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, ajuizou a ação ordinária 0015917-24.2010.4.03.6100 (f. 18/34), com o objetivo de anular o auto de infração, a decisão administrativa que julgou procedente a ação fiscal e a representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, alegando, em suma, que: (1) recebeu da Alfândega do Porto de Paranaguá/PR o termo de intimação n° 067/2009 (f. 96/7), exigindo a apresentação de diversos documentos, fazendo referência à declaração de trânsito aduaneiro (DTA) n° 09/0042151-7 (f. 62), decorrente da fatura de carga EG774U32 (f. 66/7), quanto à importação de 4.850 guarda-chuvas de Hong Kong; (2) em resposta, a autora informou à autoridade alfandegária que "*não tem conhecimento do que se trata este processo e declara que desconhece a natureza e origem dos produtos [...] que nossa empresa não efetuou em tempo algum*

nenhuma justificação a respeito como também não autorizou quem quer que seja a fazê-lo em seu nome [...] nossa empresa declina de toda e qualquer responsabilidade sobre estas mercadorias como também de todas as conseqüências futuras e custos que possivelmente venham ter"; (3) recebeu, posteriormente, notificação de despacho decisório de aprovação da lavratura de auto de infração e do termo de apreensão e guarda fiscal que culminou com a decretação do perdimento das mercadorias importadas, sob a acusação da prática de ocultação de sujeito passivo, mediante fraude ou simulação, suspeita de subfaturamento e interposição fraudulenta de terceiros na importação; (4) a autoridade alfandegária relatou que, por representante legal da autora, Sr. CLAUDIOMIL LOPES FERREIRA, a operação foi efetuada na modalidade "importação por conta própria", sendo a carga, originalmente, destinada à empresa UMBRELLA IMPO & EXPO LTDA (daí a etiquetagem de tal nome nos produtos), sendo que a autora adquiriu as mercadorias ainda em trânsito marítimo, daí a divergência entre as declarações e as etiquetas; (5) relatou, ainda, que a autora nunca importou guarda-chuvas, e a empresa exportadora sempre vendeu guarda-chuvas à empresa UMBRELLA IMPO & EXPO LTDA, e que o Sr. CLAUDIOMIL LOPES FERREIRA recusou-se a tomar ciência do termo e da intimação; (6) entretanto, o Sr. CLAUDIOMIL LOPES FERREIRA não é representante legal da autora; (7) a procuração firmada pela autora, em que se baseia a autoridade alfandegária, apenas outorgou poderes para o Sr. CLAUDIOMIL LOPES FERREIRA exercer serviços junto à 8ª Região Fiscal de Santos/SP, e não na 9ª Região Fiscal de Paranaguá/PR; (8) autoridade alfandegária relatou que intimou a empresa transportadora, que informou que a consignatária das mercadorias é a empresa UMBRELLA IMPO & EXPO LTDA, e que, por solicitação da empresa exportadora em HONG KONG, apresentou fatura de cobrança de frete em nome da autora, INTERMARC COMÉRCIO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO LTDA; (9) inexistente prova da propriedade das mercadorias apreendidas, tornando ilegal o ato de incluí-la no pólo passivo, bem como nenhuma prova ou começo de prova de sua responsabilidade, ou seja, nenhum documento, fax, e-mail ou carta assinada pela autora, inexistindo qualquer prova da ocultação do verdadeiro sujeito passivo e da interposição fraudulenta; (10) consta dos autos declaração do Sr. CLEVERSON CAVALHEIRO DO SANTOS de que a autora teria comprado as mercadorias do contêiner quando estavam a bordo do navio, sendo que a autora desconhece tal pessoa e nunca manteve com ele qualquer negociação e tampouco possui qualquer documento assinado pela autora dessa compra; e (11) não há qualquer prova documental de que a autora solicitou à transportadora a alteração do nome da consignatária das mercadorias, ou, ainda, a exportadora a emitir fatura.

A antecipação dos efeitos da tutela foi indeferida, nos seguintes termos (f. 209/10):

"Vistos,

Pretende a autora a concessão de antecipação dos efeitos da tutela para suspender a decisão administrativa que deu procedência à Ação Fiscal e à eventual representação fiscal para fins penais.

Citadas, as rés apresentaram contestações a fls. 133/145 e 264/268.

Não vislumbro a verossimilhança das alegações da autora.

Depreende-se dos documentos acostados aos autos que a Fiscalização Aduaneira lavrou contra a autora o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº. 0917800/00130/09, tendo, posteriormente, proferido decisão que julgou procedente a ação fiscal, determinando o o perdimento das mercadorias importadas (guarda-chuvas), devido à prática de ocultação do sujeito passivo mediante fraude ou simulação, inclusive interposição fraudulenta de terceiros, com fundamento no art. 23, IV e V, 1º e 2, do Decreto-lei nº. 1.455/76.

A autora sustenta que desconhece a natureza e a origem dos produtos apreendidos e que não pode ser responsável por mercadoria que não importou, aduzindo que os documentos em seu nome não teve sua participação e que o conhecimento de carga foi emitido pela empresa Alspac, ora ré, inexistindo documentos assinados por seus representantes legais.

Não restou demonstrado mediante prova inequívoca que sejam verdadeiras as declarações prestadas pelo Sr. Claudiomil Lopes Ferreira, representante legal da autora em São Paulo.

Por outro lado, apurou-se que a DTA nº. 09/0042151-7 foi registrada em nome da empresa TRANSJO Transporte Rodoviário de Cargas Ltda. ME, a qual tem como responsável o Sr. Gentil Aparício Inácio que, coincidentemente, é o representante legal da autora no cadastro do SISCOMEX (fls. 159).

Além disso, há indícios suficientes da interposição da autora na referida importação, eis que seu nome consta no Bill of Lading (fls. 162), na Invoice (fls. 163) e no Packing List (fls. 164), assim como na própria declaração de trânsito aduaneiro.

Outrossim, o representante legal da autora prestou informações por escrito à Receita Federal afirmando que a autora "foi informada através de representantes do consulado chinês que haveria uma carga em trânsito para o Porto de Paranaguá de Guarda-Chuva, já que as empresas que adquiriram a carga não haviam efetuado ainda o pagamento para a empresa fabricante EVERGLORY CO que cedeu um prazo de 15 dias após o embarque.

Demonstrando interessada pelo produto a empresa INTERMAC fechou o negócio(...)" (fls. 178/180).

Logo, não há ilegalidade no procedimento de apuração de infração aduaneira e, apurada a existência de indícios de crime contra a ordem tributária, é dever da autoridade fiscal propor a Representação para Fins Penais ao Ministério Público Federal.

De outra parte, não restou demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que impeça a autora de aguardar o provimento final.

Destarte, indefiro a antecipação dos efeitos da tutela".

Em face de tal decisão, a autora interpôs o presente agravo de instrumento, reiterando os fundamentos da inicial.
DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, sobre a nulidade dos atos praticados pelo Sr. CLAUDEMIL LOPES FERREIRA perante a autoridade alfandegária da 9ª Região Fiscal, mais precisamente no recinto alfandegário de Paranaguá/PR, não se vislumbra qualquer abuso de poder, pois, embora a procuração (f. 78) firmada pela autora tenha outorgado poderes de representação perante "*todas as Unidades Aduaneiras da Secretaria da Receita Federal na 8ª Região Fiscal - São Paulo*", consta da "declaração de trânsito aduaneiro - DTA" (f. 62) que, embora as mercadorias tenham sido desembarcadas de transporte marítimo no recinto alfandegário de Paranaguá/PR, 9ª Região Fiscal, através de meio de transporte rodoviário tais bens seriam levados à São José do Rio Preto/SP, portanto, à 8ª Região Fiscal, daí não ser plausível se afirma a inexistência de legitimidade do Sr. CLAUDEMIL LOPES FERREIRA.

Cumprе ressaltar, ainda, que para que o despachante aduaneiro possa praticar os atos relacionados ao despacho aduaneiro como representante de empresa, como no caso, deve ser credenciado diretamente pelo representante legal da empresa através do SISCOMEX, que exige e efetua a análise minuciosa de documentos (informações cadastrais e fiscais) para o credenciamento de pessoa jurídica, daí não ser plausível se falar em atuação fora dos poderes que lhe foram outorgados pela representada, sem que se efetue a análise e discussão durante o processamento da demanda, com a produção de provas.

Quanto aos demais fundamentos, a atuação guarda presunção relativa de veracidade quanto ao seu conteúdo, sendo que a totalidade dos documentos relacionados à importação, constante dos autos, encontram-se em nome da empresa INTERMAC COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, em contraste, portanto, com as etiquetas constantes das mercadorias, em nome de terceiros, não havendo qualquer demonstração de que tenham sido adquiridas durante o seu transporte marítimo, pois inexiste nos autos cópia do conhecimento de carga, originalmente destinado à UMBRELLA IMPO & EXPO LTDA (cujo nome consta das etiquetas), com o endosso à autora, procedimento legal para casos tais.

Tampouco se verifica a plausibilidade da alegação de que, tendo sido originalmente destinado à UMBRELLA IMPO & EXPO LTDA, em razão de atraso no pagamento (f. 84), houve a compra da mercadoria pela autora quando ainda em trânsito marítimo, pois, conforme demonstra a fatura de f. 110, o embarque da mercadoria em Hong Kong ocorreu em 05/12/2008, enquanto que a solicitação para a modificação do consignatário das mercadorias ocorreu em 04/12/2008 (f. 115), conforme correspondência do agente desconsolidador (f. 113), portanto, antes mesmo do embarque.

Assim, pela inconsistência das alegações da autora, é manifesta a implausibilidade jurídica do pedido de reforma, devendo prevalecer, pois, enquanto não demonstrado em regular procedimento a ilegalidade do procedimento fiscal, a lavratura do auto de infração, ato administrativo dotado de presunção de veracidade.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00022 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014550-92.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.014550-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : BANCO ITAULEASING S/A
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00059112120114036100 4 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de antecipação de tutela, em ação ordinária, para imediata devolução do veículo apreendido, objeto de leasing, ao arrendador, ora agravante, bem como suspensão de leilões e demais atos previstos nos artigos 63 a 70 do Decreto-lei nº 37/66, inclusive cobrança de eventuais despesas de armazenagem (f. 103/4v.).

Alegou, em suma, o autor-agravante que: **(1)** no exercício de suas atividades empresariais de arrendamento mercantil, firma contrato de leasing financeiro com pessoas físicas e jurídicas, especialmente de veículos automotores, ficando os arrendatários com a posse direta do bem; **(2)** enquanto vigora o contrato de arrendamento, a propriedade formal é atribuída às empresas arrendadoras apenas a título de garantia na operação de financiamento; **(3)** pelo princípio da intrascendentalidade da pena, as sanções pelo uso ilegal do bem não podem ser imputadas às arrendadoras, no entanto

a RFB apreendeu o veículo "Gol, placa DAK 1383, chassi 9BWCA05X21T018036, objeto do contrato de arrendamento mercantil n.º 499929-8 (processo administrativo n.º 11522.000024/2011-57)", devido a atos ilícitos praticados pela arrendatária (f. 24); (4) o leasing financeiro tem caráter preponderante de financiamento; (5) não é responsável pelo abuso da posse direta do veículo pela arrendatária, não podendo sofrer os reflexos sancionatórios decorrentes de sua conduta ilegal; (6) a pena de perdimento foi aplicada indevidamente ao arrendador, o que, inclusive, é reconhecido em outras delegacias da RFB, como a de Guajará-Mirim/RO, e também pela jurisprudência; (7) deve ser deferida a antecipação de tutela para imediata devolução do veículo e suspensão dos atos dos artigos 63 a 70 do Decreto-lei n.º 37/66 e cobranças de quaisquer despesas de armazenagem devidas a depositários, à agravada ou a terceiros, com autorização de alienação por meio de leilão oficial, com depósito judicial do valor obtido; e (8) a ação deve ser julgada procedente para anular os atos administrativos de apreensão do veículo arrendado e consolidar o provimento antecipatório.

A decisão agravada foi assim fundamentada (f. 103/4v.):

"[...]

Em relação ao pedido de antecipação de tutela, verifico que não se encontram presentes os requisitos ensejadores presentes no art. 273 do Código de Processo Civil.

De fato, não vislumbro a existência de verossimilhança nas alegações.

Por primeiro, ressalto que o contrato de arrendamento celebrado tem efeito somente entre as partes, não vinculando a autoridade aduaneira, que tem o dever de agir ao deparar com uma infração à legislação aduaneira, sob pena de responsabilidade por omissão.

Neste sentido vem se manifestando a Jurisprudência:

[...] (TRF4, AMS n.º 2006.70.02.010823-4/PR, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Wilson Darós, julg. em 21-11-2007, D.E. 04-12-2007)"

Por fim, eventuais prejuízos sofridos pela(s) autora(s), poderão ser pleiteados em ação de regresso junto ao(s) arrendatário(s).

Desta forma, indefiro a antecipação de tutela pleiteada, com fulcro no artigo 273 do CPC.

Cite-se.

Intime-se."

No recurso, o agravante reiterou os fundamentos da petição inicial.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A pretensão não deve ser acolhida, mesmo neste juízo sumário, nada obstante a jurisprudência firmada, a teor da Súmula 138 do extinto TFR, a qual dispõe que **"a pena de perdimento de veículo, utilizado em contrabando ou descaminho, somente se justifica se demonstrada, em procedimento regular, a responsabilidade do seu proprietário na prática do ilícito"**.

Como se observa, o possuidor ou detentor do bem, mesmo veículo, por infração pessoalmente praticada, não pode, segundo a jurisprudência, atingir ou afetar direito alheio. Estando caracterizada e identificada como pessoal a conduta irregular, não se transmite a respectiva penalidade a terceiro em prejuízo do respectivo patrimônio jurídico.

Todavia, no caso concreto, não há elementos suficientes a evidenciar o *fumus boni iuris*, pois o agravante limitou-se a juntar os seguintes documentos: petição inicial, procuração, substabelecimento, ficha do CNPJ e atas de assembléia (f. 22/50); modelo ilegível de contrato de arrendamento mercantil (f. 52/4); parecer técnico da delegacia da RFB em Foz do Iguaçu/PR sobre veículo apreendido que não é objeto da ação originária (f. 56/63); contrato de arrendamento mercantil do veículo Gol, placa DAK 1383, ora apreendido (f. 66/7); termo de intimação expedido pela delegacia da RFB em Rio Branco/AC, com relação ao veículo Gol, placa DAK 1383 (f. 69); jurisprudência do TJ/SP (f. 72/5); e intimação de apreensão de veículo que não é objeto da ação originária, expedida pela delegacia da RFB em Guajará-Mirim (f. 77/8).

Nestes termos, os únicos documentos que dizem respeito ao veículo Gol, placa DAK 1383 são o contrato de arrendamento mercantil de f. 66/7 e o termo de intimação expedido pela delegacia da RFB em Rio Branco/AC em 15/02/2011 (f. 69). Neste último, o que se tem é a referência ao Auto de Apreensão n.º 190/2010, que não foi juntado, e a intimação do agravante para informar o CPF e endereço da arrendatária do veículo Gol, placa DAK 1383, bem como se existe ação ou medida judicial de busca e apreensão, se houve autorização do agravante para uso do veículo para transporte de mercadorias estrangeiras no território nacional sem regular importação, se a arrendatária comunicou a apreensão pela Polícia Federal em 22/12/2010 e se há alguma relação entre o agravante e o condutor do veículo. O agravante não juntou sequer a resposta a tal intimação.

Ora, é evidente que a mera juntada do contrato de arrendamento mercantil e do termo de intimação não demonstram a plausibilidade do direito invocado, o que somente poderia ser cogitado mediante a juntada de cópia da integralidade do PA 11522.000024/2011-57, a fim de se aferir se o caso concreto, efetivamente, comporta a aplicação da jurisprudência invocada.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Intime-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00023 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014731-93.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.014731-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : MANGELS IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : RONALDO CORREA MARTINS e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00068893220104036100 22 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de decisão que, em ação ordinária, deferiu o pedido de prova pericial *"a fim de corroborar que os créditos da autora montam em R\$ 772.280,40 (...), sendo que os débitos compensados e demonstrados nas CDA's em seu valor original perfazem o montante de R\$ 740.472,00"* (f. 877 e 945).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Na espécie, a autora, ora agravada, ajuizou ação anulatória de débitos fiscais referentes às CDA's 80.6.09.029175-17 e 80.7.09.007185-73, extraídas do PA 11831.006798/2002-15, insurgindo-se quanto à glosa de valores objeto de pedido de restituição e compensação de PIS, referente ao período de outubro/1995 a março/1996, formulado em 13/11/2002, com base em decisão da ADI nº 1.417-DF, uma vez que a fiscalização teria considerado o prazo prescricional de 5 anos a partir do recolhimento indevido ou a maior. Sustentou que o prazo prescricional teve início a partir da publicação da decisão da ADI que declarou inconstitucional a expressão *"aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995"*, contida no artigo 18 da Lei 9.715/98, invocando, ainda, a jurisprudência do STJ quanto ao prazo decenal para a restituição de tributos. Aduziu, de outro lado, a nulidade das CDA's, por abrangerem débitos de PIS e COFINS, nos valores de R\$ 118.341,90 e R\$ 9.397,07, regularmente incluídos no PAES. Defendeu a existência dos créditos, igualmente, em razão da ilegitimidade do PIS recolhido por DARF, com base na MP 1.212/95, convertida na 9.715/98, conforme a inconstitucionalidade declarada na ADI nº 1.417-DF e a suspensão pela Resolução do Senado Federal nº 10/2005. Impugnou o AIIM nº 13807.008.471/2001-11, relativo à diferença de recolhimento do PIS, com base na LC 7/70, em virtude de ter efetuado o pagamento, nos meses de outubro/1995 a fevereiro/1996, com fundamento na MP 1.212/95, afirmando que a autoridade administrativa não considerou a semestralidade da base de cálculo e, além disso, teria ocorrido a decadência para a constituição dessa diferença. O pedido formulado foi de cancelamento dos débitos referentes às CDA's 80.6.09.029175-17 e 80.7.09.007185-73, assegurando a restituição/compensação do crédito em decorrência da ADI nº 1.417-DF, pelas seguintes razões: a) inoccorrência de prescrição; b) nulidade das inscrições de débitos parcelados; c) ilegitimidade do recolhimento do PIS com base na MP 1.212/95, em face da ADI nº 1.417-DF; d) decadência do direito do Fisco de exigir a diferença do PIS, com base na LC 7/70. Requereu *"a declaração de existência de relação jurídica entre a autora e a União Federal para que seja reconhecido o seu direito creditório, bem como homologadas as declarações de compensação procedidas no âmbito do processo administrativo nº 11831.006798/2002-15"* e *"a declaração de existência de relação jurídica de forma a reconhecer o crédito suplementar de R\$ 31.808,40"* (f. 39). Efetuou o depósito judicial dos valores discutidos (f. 803 e 805).

Foi deferida a antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário (f. 807/8).

A PFN apresentou contestação (f. 817/71), assentindo apenas com a alegação da autora de que parte dos débitos foram parcelados, não havendo, contudo, que se falar em nulidade e sim em retificação das CDA's (f. 846/7).

A agravada ofereceu réplica (f. 879/911).

Intimadas as partes a especificarem as provas que pretendiam produzir, a agravada requereu perícia, alegando que *"a produção de prova pericial econômico-contábil se faz necessária para o deslinde da demanda a fim de comprovar o montante a que a Autora faz jus à restituição/compensação do tributo pago indevidamente, bem como, apurar o valor pago/parcelado dos débitos aqui exigidos e, conseqüentemente, anular as certidões de dívida ativa nº 80609029175-17 e 80709007185-73"* (f. 877/8), e a PFN pleiteou o julgamento antecipado da lide (f. 934/5).

Deferida a perícia (f. 945), a PFN interpôs o presente recurso, alegando que a matéria em discussão é exclusivamente de direito e que a realização de prova pericial *"implicará na demora no processamento do feito e onerará o feito com a contratação de expert contábil sem necessidade"* (f. 05).

Com efeito, é manifestamente improcedente o pedido de reforma da decisão agravada, primeiramente porque cabe ao Juiz, segundo o princípio do livre convencimento motivado, deferir, indeferir ou determinar, de ofício, a realização de prova necessária ao julgamento do mérito da causa. Ainda que as partes insistam sobre a desnecessidade de tal

diligência, não se pode considerar ilegítima, liminarmente, a produção de prova que, na avaliação do magistrado, é essencial para a formação de sua convicção.

Nem se alegue que tal diligência traria prejuízos processuais, pois, além de ser possível coibir demora, pela fixação de prazo para cumprimento do trabalho pericial, não se cogita de nenhuma situação processual capaz de fazer perecer bem jurídico em discussão.

Neste sentido, entre outros, os seguintes acórdãos:

EDCL no RESP 376.379, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 04.05.06, p. 134: "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA. QUESTÃO REFERENTE À APLICAÇÃO NA HIPÓTESE DO ART. 333, I, DO CPC. INTUITO DE REDISCUTIR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO EMBARGADO. IMPOSSIBILIDADE. I - A Embargante sustenta que o aresto embargado não apreciou a questão referente à aplicação do art. 333, I, do CPC à hipótese vertente. II - Restou assentado no aresto embargado que somente com o comportamento ativo do Julgador é que se empresta respeito a um dos princípios processuais de maior relevância: o da igualdade entre as partes, que lhe possibilita corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual. III - In casu, no julgamento da apelação, o Tribunal a quo reconheceu a necessidade da prova pericial, tendo-a deferido, como meio de realização da Justiça, finalidade maior do processo, uma vez que controvertida a área esbulhada pela Autarquia para fins de imposição de valores indenizatórios. IV - E isto é permitido ao Magistrado, na forma preconizada pelo referido art. 130 do Código de Processo Civil, porquanto não seria imparcial o Juiz que, tendo conhecimento de que determinada prova viabilizará o esclarecimento de um fato controvertido, deixa de fazê-lo e, com isso, acaba beneficiando a parte que não tem razão. V - Não há, portanto, qualquer omissão, obscuridade ou contradição a suprir. Em verdade, diante do resultado desfavorável do julgamento, busca a embargante rediscutir os fundamentos do decisório embargado, o que é inviável em sede de Embargos de Declaração. VI - Embargos de Declaração rejeitados."

AGA 1.00.9348, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJE 01/08/2008: "AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE - PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - NECESSIDADE - LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ - RECURSO IMPROVIDO. 1. No sistema processual em vigor, o Juiz é o destinatário das provas, cabendo-lhe indeferir as que entender desnecessárias e determinar a produção daquelas que julgar essenciais ao deslinde da controvérsia. 2. Alterar a conclusão das Instâncias ordinárias no sentido da imprescindibilidade de prova pericial é medida que encontra óbice na Súmula n. 7 desta Corte Superior. 3. Agravo regimental improvido."

RESP 867.010, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 03.04.08: "ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA JUSTA INDENIZAÇÃO. INTERESSE RECURSAL. FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. ART. 458, II DO CPC. PARECER MINISTERIAL. (...). 10. Destarte, malferir o princípio da justa indenização quando a oferta encontra-se superior ao valor real do imóvel, cabendo ao juiz, de ofício, requerer a produção da prova pericial, no afã de prestar uma tutela jurisdicional mais justa e equânime, máxime quando visa a preservação daquele mandamento constitucional. Inteligência dos arts. 129, 130 e 131, da lei adjetiva civil. Precedente: (Resp. 780542/MT, DJ. 28.08.2006). (...)."

AI 2009.03.00017493-3, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 15/12/2009: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. INDEFERIMENTO DE DEPOIMENTO PESSOAL E TESTEMUNHAL. OFENSA AOS ARTIGOS 130 E 343, CPC. INEXISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. O destinatário da prova é o magistrado, a quem cabe formar a convicção dos fatos, para o exame da causa, à luz do alegado na inicial e na contestação, consideradas as provas já produzidas, sobretudo as documentais, deferindo as orais que, neste quadro, reputar pertinentes e necessárias ao deslinde da controvérsia. Caso em que o agravante não demonstrou que o indeferimento de depoimento pessoal e da oitiva de testemunha violou, como alegado, o direito de ação e instrução da causa, considerado o que dispõem os artigos 130 e 343 do Código de Processo Civil, não lhe socorrendo, por evidente, a possibilidade de instrução a qualquer fundamento, sem comprovação da utilidade da prova para o julgamento do mérito da causa. Agravo de instrumento desprovido."

AI 2003.03.00067990-1, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, DJF3 17/11/2009: "PROCESSUAL CIVIL - PERÍCIA - DESTINATÁRIO DA PROVA - PERSUASÃO RACIONAL - PRODUÇÃO DE PROVA. O destinatário da prova pericial, assim como todas provas, é o juízo natural da causa; O sistema de convencimento adotado pelo Código de Processo Civil é o da persuasão racional ou livre convicção motivada, segundo o qual o juiz aprecia livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas sempre fundamentando as razões de seu convencimento; Assim como o juiz pode, ex officio, determinar produção de provas, pode o juiz indeferir a produção de provas inúteis ou meramente protelatórias; Não há ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, porquanto se trata de matéria de direito, prescindível de conhecimento técnico. Agravo de instrumento improvido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00024 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0015015-04.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.015015-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : STARCO S/A IND/ COM/
ADVOGADO : ANNA CECILIA ALVARES LEITE e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 04554771719914036182 3F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, julgou improcedente alegação de desnecessidade de nomeação de depositário em penhora de imóvel, e indeferiu a intimação da executada por edital, nos termos do artigo 659, § 5º, do CPC.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Na espécie, a empresa executada foi citada em 23/06/1982 (f. 19), noticiando o parcelamento em 04/11/1982 (f. 23), cujo descumprimento foi comunicado pela PFN em 25/07/1983 (f. 30), não mais sendo localizada, desde então, nos diversos endereços diligenciados (f. 33/4 e segs.).

Em 21/02/2005, o oficial de justiça penhorou um imóvel registrado em nome da empresa (f. 115), porém deixou de nomear depositário e intimar a devedora para oposição de embargos, pois não localizou o seu representante legal (f. 110).

Inicialmente, foi deferida a intimação da agravada, por seu advogado, conforme procuração juntada em 04/11/1982 (f. 23/4), porém o mesmo esclareceu "*que não representa mais a executada há muitos anos, tendo em vista que o instrumento de mandato de fls. 11 era válido por apenas 1 ano e expirou-se em 10/03/1982*" (f. 127).

Após, a PFN requereu a intimação da agravada, na pessoa de sua representante legal, Idevony da Silva (f. 130/1), a qual, contudo, não foi localizada (f. 161).

Por fim, a PFN requereu a intimação da penhora por edital e a dispensa de nomeação de depositário (f. 164/6), o que foi indeferido, nos seguintes termos (f. 183):

"1. Fls. 140/156: Improcedente a alegação da exequente de que é desnecessária a nomeação de depositário quando a penhora recair sobre bens imóveis. O artigo 659, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, menciona expressamente a necessidade da intimação do executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e sua nomeação como depositário.

2. Assim, a intimação do executado cujo efeito é constituí-lo depositário, nos termos expressos da lei, não pode ser feita por edital, mas apenas pessoalmente ou na pessoa de seu advogado. Não há como intimar, no presente caso, o executado, único depositário indicado pela exequente, tendo em vista que não consta do feito seu endereço atualizado, nem advogado constituído.

3. Portanto, intime-se a exequente para que forneça o endereço atualizado do representante legal e depositário do bem penhorado à fl. 90, constituído através da determinação de fl. 123, Sr. IDEVONY DA SILVA, portador do CPF nº 640.216.458-53, a fim de que possa ser expedido mandado para sua intimação acerca da constrição realizada à fl. 90, bem como dando-lhe ciência de que foi constituído depositário do referido bem, inclusive de que dispõe do prazo de 30 dias para opor embargos do executado, nos termos do art. 16, inciso III, da Lei n. 6.830/80.

4. Cumprido, expeça-se ofício ao 10º Cartório de Registro de Imóveis desta Capital para fins de registro da referida penhora.

5. Na ausência de manifestação conclusiva da exequente, ou sobrevindo pedido de concessão de prazo, suspendo o curso da execução, arquivando-se os autos, nos termos do artigo 40 da Lei n. 6.830/80."

Com efeito, o § 5º do artigo 659 do Código de Processo Civil, invocado pela agravante, é redigido em sentido específico, destacando, no que ora releva, que "**a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário**".

O texto legal é cristalino e expresso ao exigir, sim, **depositário** para o bem imóvel, quando penhorado, indicando que deva sê-lo o próprio executado, proprietário do bem, observado o requisito da **intimação pessoal**, ou através de seu advogado, da penhora e do encargo atribuído. A finalidade da alteração legislativa, promovida pela **Lei nº 10.444**, de 7.5.2002, não foi a de eliminar o depositário em bens imóveis, mas o de atribuir o encargo ao próprio executado para

diminuir os custos com eventual nomeação de terceiro, em favor do devedor inclusive diante do princípio da menor onerosidade da execução.

A propósito, o seguinte precedente:

AI 2002.03.00.033404-8, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJF3 CJI 18/10/2010, p. 635: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. NOMEAÇÃO DE PESSOA IDÔNEA PARA O MUNUS. CABIMENTO. NECESSIDADE DE GUARDA E CONSERVAÇÃO DO BEM PENHORADO. ART. 665 DO CPC. 1. A nomeação do depositário do bem penhorado nos próprios autos da penhora é exigência do art. 665 do CPC. aplicado subsidiariamente à execução fiscal. 2. Ao ser realizada a penhora, o oficial de justiça faz a nomeação de depositário que preferencialmente será o próprio executado (CPC, art. 666), tendo por função a guarda e conservação do bem imóvel penhorado conforme o disposto no art. 148 do CPC. 3. Não sendo possível a nomeação do executado como depositário do bem penhorado, deve-se proceder à nomeação de depositário judicial, ou ante a inexistência deste, a nomeação de pessoa idônea, de confiança do Juízo, para o munus, de forma a possibilitar o prosseguimento do feito. 4. Agravo de instrumento provido."

Como se observa, não cabe prescindir da nomeação de depositário e de intimação pessoal para assunção do encargo, não dispensado pela legislação, como alegado.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00025 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0015625-69.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.015625-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : SUPERFOR RIO VEICULOS LTDA e outros
: SUPER FRANCE VEICULOS LTDA
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO e outro
AGRAVANTE : SUPER FRANCE VEICULOS LTDA
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO e outro
AGRAVANTE : SUPER FRANCE VEICULOS LTDA
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00190704120054036100 13 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em cumprimento de sentença, julgou improcedente a impugnação oferecida pela agravante, sob o fundamento da inexigibilidade do título executivo judicial, referente aos honorários advocatícios.

Consta dos autos que a ação declaratória 2005.61.00.019070-5 foi ajuizada com o objetivo de "**declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue as autoras a aplicarem o §1º do art. 3º da Instrução Normativa da Receita Federal - IN SRF nº 54/2000, reconhecendo-lhes, o direito de excluir da base de cálculo da Cofins e do Pis o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI - incidente em suas operações, no período de 23/05/2000, início da vigência da IN SRF 54/2000, até 31/10/2002, a partir do qual o sistema de substituição foi alterado, e reconhecido o direito exposto, seja autorizada a compensação do indébito tributário com todos os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos da Lei 8.383/96 e IN SRF 210/2002, impedindo que a ré adote qualquer medida coercitiva contra a autora**" (f. 14/28).

A sentença (f. 58/90) julgou procedente o pedido. Perante esta Corte, foi dado provimento à remessa oficial e à apelação fazendária (f. 167/77). Houve a oposição de embargos de declaração (f. 178/81), que foram rejeitados (f. 183/90).

Foram opostos recursos extraordinário (f. 191/220) e especial (f. 227/51).

Ocorre que, antes do julgamento dos recursos pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, a autora manifestou-se (f. 266/7) pela "**desistência expressa e de forma irrevogável desta ação judicial e renunciam a**

quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam esta ação judicial, com a finalidade de adesão aos termos estabelecidos em referida Lei [11.941/09] para pagamento à vista mediante a conversão dos valores depositados nesta ação". Tal requerimento foi homologado (f. 294/5), condenando a autora desistente ao pagamento dos honorários advocatícios, através do seguinte fundamento:

"[...] A isenção do pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do §1º do artigo 6º da Lei nº 11.941/9, é reservada ao contribuinte com ação judicial em curso que tenha como objeto o restabelecimento de usa opção ou reinclusão em outros parcelamentos, consoante decisão da Corte Especial do STJ no Resp nº 1009559/SP, razão pela qual condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que atribuo em 10% sobre o valor da causa, consoante o disposto nos artigos 20, §4º, e 26, caput, do Código de Processo Civil. Pedidos de providências a respeito da conversão dos depósitos existentes em renda da União e levantamento de eventual saldo remanescente deverão ser formulados no juízo de origem".

Tal decisão transitou em julgado em 21/01/2011 (f. 298), sendo que, com o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau (f. 299), a UNIÃO requereu a intimação da executada para o pagamento de R\$ 2.496,79, a título de honorários advocatícios, nos termos do artigo 475-J, do Código de Processo Civil (f. 301/3).

Desta forma, a executada apresentou impugnação ao cumprimento da sentença, alegando, em suma, que: (1) realizou depósito para garantir a execução; (2) a desistência da ação não pode acarretar a condenação da autora nos ônus da sucumbência, pois a desistência é condição estabelecida para adesão aos termos estabelecidos na Lei 11.941/09, não se podendo vislumbrar a aplicação da penalidade àquele que cumpre exatamente os mandamentos legais; e (3) o artigo 6º, §1º, da Lei 11.941/09 dispensa a condenação em honorários advocatícios em razão da extinção da ação, não se limitando apenas as demandas que visem o restabelecimento ou reinclusão em outros parcelamentos, pois tal regra encontra-se inserida na Seção III da Lei, que trata das "disposições comuns aos parcelamentos".

O Juízo *a quo* indeferiu o requerimento de exclusão dos honorários advocatícios, nos seguintes termos (f. 319):

"Reconsidero o despacho de fls. 486, ante ao depósito de fls. 500.

A despeito de não ter sido informado este juízo do depósito do montante devido dentro do prazo de 15 (quinze) dias, tenho que a impugnação ao cumprimento de sentença encontra-se tempestiva, tornando nula a certidão de fls. 485. Desse modo passo a apreciar os argumentos lançados na impugnação sobre a impossibilidade de condenação em honorários quando há homologação da renúncia sobre o direito que se funda a ação por parte da autora.

Tenho que a matéria está acobertada pela coisa julgada, haja vista que o acórdão que fixou os honorários advocatícios a cargo dos devedores, em razão da renúncia da ação originária para adesão aos termos da Lei n. 11.941/09, transitou em julgado em 21/01/2011 (fls.478), sem que houvesse em momento oportuno recurso para rever a fixação dos honorários.

Assim, determino o prosseguimento do cumprimento da sentença com a conversão em renda do depósito de fls. 500 em favor da União Federal [...]"

Contra tal decisão o presente recurso, alegando, em suma, que: (1) indeferir o processamento da impugnação afronta o artigo 475-J, §1º, do Código de Processo Civil; (2) a desistência da ação não pode acarretar a condenação da autora nos ônus da sucumbência, pois a desistência é condição estabelecida para adesão aos termos estabelecidos na Lei 11.941/09, não se podendo vislumbrar a aplicação da penalidade àquele que cumpre exatamente os mandamentos legais; e (3) o artigo 6º, §1º, da Lei 11.941/09 dispensa a condenação em honorários advocatícios em razão da extinção da ação, não se limitando apenas as demandas que visem o restabelecimento ou reinclusão em outros parcelamentos, pois tal regra encontra-se inserida na Seção III da Lei, que trata das "disposições comuns aos parcelamentos".

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, manifestamente infundada a alegação de violação ao artigo 475-J, § 1º, do CPC, pois a agravante teve oportunidade de impugnar a execução da verba honorária, tendo sido o respectivo mérito resolvido pelo Juízo agravado, viabilizando este próprio agravo de instrumento, que devolveu à Corte o reexame a questão da inexigibilidade. Sobre a questão de mérito devolvida, inequívoco que existe coisa julgada, fixando a sucumbência da agravante e a sua condenação em honorários advocatícios, os quais foram, então, executados nos autos originários. Alegar que a desistência e renúncia, homologadas por decisão transitada em julgada, não são aptas a gerar sucumbência, por conta ainda do artigo 6º, §1º, da Lei 11.941/09, cuja aplicação foi afastada pela Corte, por decisão transitada em julgado, revela a manifesta inviabilidade do pedido de reforma na medida em que busca, através de impugnação, rescindir a coisa julgada.

A rescisão da coisa julgada não se insere dentre as hipóteses legais de cabimento da impugnação ao cumprimento da sentença, previstas no artigo 475-L do Código de Processo Civil, assim provando a manifesta inviabilidade do recurso interposto.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00026 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0015956-51.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.015956-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : SERGIO HEBLING
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO BARLETTA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : COSMOPLASTICA IND/ E COM/ LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 00058422520034036114 2 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu a exceção de pré-executividade, oposta sob o fundamento da ilegitimidade passiva do sócio da empresa executada, SERGIO HEBLING, na qualidade de co-responsável.

Alegou, em suma, o agravante que: (1) a responsabilização do ex-sócio foi fundamentada na inatividade da empresa e na sua dissolução por falta de pluralidade de sócios; (2) a empresa executada, COSMOPLÁSTICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MOLDES LTDA, continua em atividade, conforme demonstração documental, e possui bens passíveis de penhora; e (3) já está tomando as providências para transformar o registro da sociedade para firma individual, que apenas ainda não foi concretizado em razão da burocracia para a efetivação dos atos, sendo que o parágrafo único do artigo 1033 do Código Civil dispõe que, em tal hipótese, inexistiria a ocorrência de dissolução da sociedade.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA nº 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 22.09.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

A propósito, aquela mesma Corte decidiu que "se a retirada do sócio ocorre em data anterior ao encerramento irregular da sociedade, tal fator não se presta a fazê-lo suportar as dívidas fiscais assumidas, ainda que contraídas no período em que participava da administração da empresa. Precedentes: REsp 651.684/PR, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 23.05.2005; Resp 436.802/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 25.11.2002" (RESP nº 728.461, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 19/12/2005).

Assim igualmente concluiu esta Turma no AG nº 2007.03.00032212-3, Rel. Juiz Convocado CLÁUDIO SANTOS, DJU de 30/04/2008:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 135, III, CTN. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO SÓCIO-GERENTE. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. 1. Encontra-se consolidada a jurisprudência, sob todos os ângulos enfocados na ação, firme no sentido de que mesmo que os fatos geradores dos créditos tributários em execução fiscal tenham ocorrido na gerência de um dado sócio, este não pode sofrer o redirecionamento executivo se houve a sua retirada da sociedade antes da dissolução irregular, esta ocorrida na gestão de outros administradores. 2. Caso em que, embora os débitos fiscais tenham fatos geradores ocorridos durante a gestão do ora agravante, que se retirou da sociedade apenas em 16.04.93, e considerando que a mera inadimplência fiscal não gera responsabilidade tributária do sócio-gerente (artigo 135, III, CTN), o que revelam os autos, de relevante para a solução da controvérsia, é que a dissolução irregular somente ocorreu posteriormente, conforme o sistema de consulta fiscal por CNPJ. 3. Certo, pois, que houve atividade econômica posterior à retirada do ora agravante do quadro social da empresa, de modo que a dissolução irregular não é contemporânea à respectiva administração, para efeito de apuração de infração à legislação e responsabilidade tributária, nos termos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional. 4. Agravo inominado desprovido."

Na espécie, o agravo de instrumento, em relação às peças constantes dos autos principais, foi instruído apenas com cópia da certidão de dívida ativa (f. 08/15), despacho de citação (f. 16/7), exceção de pré-executividade (f. 18/22), procuração (f. 23), manifestação da UNIÃO (f. 24/6), decisão agravada (f. 27/9), certidão de dívida ativa, manifestação da UNIÃO e decisão com o mesmo teor da decisão ora agravada, juntados na execução fiscal 002037.25.2007.403.6114 em apenso (f. 30/102).

Houve a supressão dos documentos relativos às diligências efetuadas com o objetivo de proceder à citação da empresa executada, porém, consta da decisão agravada que: **"[...] os fatos geradores tiveram vencimento no período de março a julho de 2004; neste processo principal e nos dois primeiros apensos. O AR negativo de fls. 75 noticia a mudança de endereço da empresa COSMOPLÁSTICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, as demais diligências, nos endereços seguintes, restaram todas infrutíferas. Às fls. 119, foi reconhecida a dissolução irregular da empresa, com a inclusão do corresponsável, nos termos do art. 135, III do CTN, c/c art. 4º da LEF. Por seu turno, à época dos fatos geradores, o Excipiente ocupava o cargo de sócio gerente, assinando pela empresa [...]"**

Consta, ainda, da decisão que, com o objetivo de demonstrar que a empresa executada continuaria em atividade, o excipiente apresentou, apenas nos autos principais, sem reproduzi-los em grau recursal, extratos de consulta ao cadastro do SERASA e de situação no CNPJ, que não possibilitariam demonstrar, de plano, que não houve o encerramento das atividades, e que, em confronto com os documentos juntados pela exequente -extrato de declarações anuais apresentadas perante a autoridade tributária -, demonstrariam exatamente o contrário, e que a matéria, portanto, exigiria a oposição de embargos do devedor (f. 27/9):

"[...] DA SITUAÇÃO DA EMPRESA EXECUTADA

Os documentos oferecidos como prova de que a empresa executada encontra-se em plena atividade, fls. 131/132, nada mais são do que extratos de consulta ao SERASA, os quais apenas comprovam que a totalidade dos débitos da empresa executada projeta-se para muito além das execuções fiscais que tramitam perante este juízo.

Anoto que a menção feita nos citados documentos quanto à situação ativa do CNPJ não é suficiente para infirmar a inatividade, mas, "contrario sensu", reforça o fato de que a empresa executada deixou de ser legalmente encerrada junto à Delegacia da Receita Federal.

[...].

Por fim, o documento apresentado às fls. 118, dá conta de que as últimas duas declarações apresentadas pela executada ao Órgão Fazendário fizeram-na constar em situação INATIVA [...]"

Ainda, a decisão fundamentou-se na omissão do único sócio remanescente/excipiente após a retirada da outra sócia, que determinou a concentração de todas as quotas na sua titularidade, deixando de determinar a regularização, portanto, no prazo de 180 dias, o que, portanto, demonstraria a dissolução da sociedade, nos termos do artigo 1.033, IV, do Código Civil:

"[...] Ademais, a Alteração Contratual de fls. 133/147, aponta a saída da sócia MARIA DE LOURDES e o prosseguimento da sociedade de modo unipessoal, possível apenas pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Ao final deste prazo, caberia ao sócio remanescente a admissão de novo integrante ou o encerramento das atividades. O prazo acima assinalado teve início em 30/11/2005, não havendo notícia de posterior alteração contratual com admissão de novo sócio, nos termos da Ficha Cadastral da JUCESP, trazida aos autos pela exequente às fls. 84/86"

Ora, no presente recurso, o excipiente limitou-se a afirmar que a empresa executada não teria encerrado suas atividades empresariais, não trazendo aos autos qualquer demonstração nesse sentido, nem mesmo os documentos que, guardando liame com tal afirmação, foram juntados em primeiro grau.

Quanto à concentração de quotas sociais em sua titularidade, com a falta de pluralidade de sócios, afirmou que procedeu ao requerimento de modificação da sociedade para empresário individual perante o órgão de registro, mas que não houve apreciação até o momento, o que determinaria a aplicação do artigo 1.033, parágrafo único, e o afastamento da presunção de dissolução da sociedade, sem, contudo, trazer qualquer prova documental sobre tal fato.

Para a instrução do agravo de instrumento, a fim de viabilizar o exame da questão decidida, incumbe ao agravante juntar, no ato de interposição, pena de preclusão consumativa, não apenas documentos obrigatórios, mas todos os que sejam necessários à compreensão da controvérsia devolvida.

A propósito, a jurisprudência consolidada:

AgRgAg 1.353.366, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 20/05/2011: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DE ALEGADO ERRO JUDICIÁRIO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DAS PEÇAS NECESSÁRIAS À INSTRUÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE NÃO CONHECE DO RECURSO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CÓPIA DA PETIÇÃO INICIAL. POSSIBILIDADE. AFERIÇÃO DA SUFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO OBSTADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento em razão de a pretensão recursal encontrar óbice na Súmula n. 7 e porque constatada a ausência de prequestionamento de artigos apontados como violados. 2. No caso, o Tribunal de Justiça do Paraná considerou que a cópia da petição inicial da ação é peça essencial ao conhecimento do agravo de instrumento interposto contra o indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. E o recorrente defende que não se poderia negar seguimento a seu recurso porque referida peça é de juntada facultativa, além de poder ser apresentada, oportunamente, por ordem judicial, caso necessário. 3. Não merece conhecimento a pretensão relacionada aos artigos 525, I e II, e 527, IV, do CPC, uma vez que necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos para se aferir a essencialidade da petição inicial para o fim de conhecimento do agravo de instrumento. 4. Se a Corte de Justiça local entende ser imprescindível ao exame do pedido de tutela antecipada a análise da petição inicial da ação indenizatória, não há como, em sede de recurso especial, alterar esse entendimento, pois tal propósito depende de um novo exame dos elementos que constam dos autos do agravo, com a finalidade de aferir-se a suficiência de sua instrução para o fim pretendido. Precedente: AgRg no REsp 782.088/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 24/05/2007. 5. À luz do entendimento jurisprudencial do STJ, "o agravo de instrumento, tanto o previsto no art. 522 quanto aquele no art. 544 do CPC, deve ser instruído com as peças obrigatórias e necessárias à compreensão da controvérsia, não se admitindo a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado nem a posterior juntada de peça" (AgRg no Ag 1.000.005/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/02/2009). 6. Agravo regimental não provido."

AI 2000.03.00.011590-1, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 10/12/2010: "AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PEÇAS FACULTATIVAS NECESSÁRIAS AO JULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA POSTERIOR. ART. 525, I E II CPC. A Lei n. 9.139/1995 trouxe nova redação ao art. 525, do CPC, revogando a faculdade de o tribunal converter o julgamento em diligência para a juntada de peças faltantes, como previsto anteriormente no art. 557, do CPC. Além dos documentos obrigatórios do art. 525, inciso I, do CPC, é dever do recorrente instruir o recurso com todos os documentos necessários para o completo entendimento das circunstâncias do caso (art. 525, inciso II). Cumpre à parte recorrente formar o instrumento com todos os documentos que servem ao deslinde do feito, de modo que esta Corte possa aferir a correção ou não da decisão atacada. Não tendo assim procedido a parte recorrente, o conhecimento do mérito recursal fica prejudicado. Como o procedimento do agravo de instrumento não comporta dilação probatória, a juntada das peças necessárias para o julgamento do recurso deve ser feita quando da interposição dessa medida, ônus este do qual não se desincumbiu a parte agravante, sob pena de preclusão consumativa. Precedentes. Agravo inominado não provido."

É ônus processual exclusivo do agravante zelar pela integral e correta formação do instrumento, incorrendo em preclusão consumativa se a interposição ocorrer sem o pleno cumprimento dos requisitos legais de instrução obrigatória e necessária, como ocorrido no caso concreto.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00027 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0016011-02.2011.4.03.0000/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
 AGRAVANTE : TEXTIL GODOY LTDA
 ADVOGADO : ROBERSON ALEXANDRE PEDRO LOPES
 AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
 ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE RIBEIRAO BONITO SP
 No. ORIG. : 08.00.03626-4 1 Vr RIBEIRAO BONITO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em embargos à execução fiscal, recebeu a apelação, interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido, no efeito meramente devolutivo.

Alegou, em suma, que: (1) a ação incidental discute a ausência de liquidez e certeza da CDA, por incluir o ICMS e receitas financeiras na base de cálculo do PIS e COFINS, alegando ainda a compensação dos débitos e o descabimento de honorários, vez que já incluído o encargo do Decreto-lei 1.025/69; (2) apesar da desistência parcial da PFN quanto à matéria inicialmente impugnada, acerca do alargamento da base de cálculo do PIS e COFINS, o Juízo *a quo*, contraditoriamente, julgou improcedente o pedido e ainda fixou honorários de sucumbência, cumulados ao encargo do Decreto-lei 1.025/69; (3) no RE 240.785-2/MG, a maioria dos membros do STF votou favoravelmente à tese de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, embora ainda não esteja concluído o julgamento; e (4) o prosseguimento da execução "*causa prejuízo de grave monta à apelante, uma vez que os bens constritos poderão ser levados à leilão ou adjudicados, podendo inclusive sofrer penhora on line de débito que poderá não ser considerado devido*" (f. 09).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que não tem efeito suspensivo, salvo em situações extremas e excepcionais, a apelação interposta contra sentença de rejeição liminar ou de improcedência total ou parcial de embargos à execução, fundada em título extrajudicial, pois definitiva a sua execução, nos termos do artigo 587 do Código de Processo Civil.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma:

EDcl no REsp 996.330, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 24.03.09: "PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DA EXECUTADA. EFEITO SUSPENSIVO. INEXISTÊNCIA. ART. 520, V, DO CPC. APLICAÇÃO. 1. Os Embargos de Declaração não são instrumento para rediscussão do mérito da decisão impugnada. 2. Aclaratórios recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal. 3. Hipótese em que os Embargos à Execução foram julgados parcialmente procedentes. A apelação interposta pelo executado refere-se, evidentemente, à parcela de improcedência. Aplica-se, portanto, o disposto no art. 520, V, do CPC, e o apelo é recebido apenas no efeito devolutivo. 4. A Execução relativa à parcela do título extrajudicial não afastada pela sentença dos Embargos prossegue como definitiva, nos termos da Súmula 317/STJ. 5. Agravo Regimental não provido."

RESP 840.638, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU de 07.02.08, p. 1: "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR JULGADOS IMPROCEDENTES. APELAÇÃO PENDENTE. EFEITO DEVOLUTIVO. EXECUÇÃO DEFINITIVA. RECURSO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que é definitiva a execução advinda de título executivo extrajudicial, ainda que esteja pendente recurso interposto contra sentença de improcedência dos embargos opostos pelo executado. Isso, porque, em conformidade com o disposto no art. 587 do Código de Processo Civil, a execução fundada em título extrajudicial tem natureza definitiva, mesmo quando não transitada em julgado a decisão que rejeita os embargos do devedor, na medida em que a apelação eventualmente interposta, em regra, não tem efeito suspensivo (art. 520, V, do CPC). 2. "O título base é que confere definitividade à execução. Assim, se a execução inicia-se com fulcro em título executivo extrajudicial e os embargos oferecidos são julgados improcedentes, havendo interposição pelo executado de apelação sem efeito suspensivo, prossegue-se, na execução, tal como ela era; vale dizer: definitiva, posto fundada em título extrajudicial. Ademais, neste caso, não se está executando a sentença dos embargos senão o título mesmo que foi impugnado por aquela oposição do devedor" (AgRg nos EREsp 582.079/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.5.2006). 3. Tendo em vista a uniformização do referido entendimento nesta Corte de Justiça, foi editada a Súmula 317/STJ: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos." 4. Recurso especial provido."

AI 2010.03.00.025569-8, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 CJI de 04.10.2010, p. 454: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. ART. 520, INC. V, DO CPC."

RECURSO DESPROVIDO. 1. *Tem efeito meramente devolutivo a apelação interposta contra sentença de improcedência dos embargos à execução, nos termos do artigo 520, inciso V, do Código de Processo Civil, podendo a execução fiscal prosseguir na pendência de seu julgamento.* 2. *A possibilidade de prejuízo irreparável, se reformada a sentença depois de alienado judicialmente o bem dado em garantia da execução, foi sopesada pelo legislador que, contudo, considerou mais relevante a afirmação da liquidez e da certeza do título, para efeito de prosseguimento da execução, uma vez que confirmada por decisão judicial, ainda que não definitiva. Em assim sendo, não se pode pretender a inversão da valoração legislativa, como regra, sem se demonstrar que o caso concreto revela uma excepcionalidade tal, que justifique a sua sujeição a tratamento diverso.* 3. *Na espécie, a alegação de que são relevantes os fundamentos da apelação não pode ser acolhida, vez que pretende a agravante invocar compensação contra o título executivo, quando é certo que a decisão agravada ressaltou os argumentos fazendários contrários a tal pretensão. A agravante, por sua vez, não demonstrou, diante do contexto, a relevância da prescrição e nulidades, mesmo porque sequer explicitou os aspectos fáticos e jurídicos das alegações, apenas articulando, em modo genérico e abstrato, a sua relevância.* 4. *O efeito suspensivo da apelação, conforme demonstrado por firme e pacífica jurisprudência, é excepcional, não bastando afirmar que os embargos trouxeram discussão de várias nulidades e de aspectos de mérito, sem enfrentar e expor, analiticamente, a sua relevância.* 5. *Finalmente, salientou a decisão agravada a possibilidade de ser a penhora substituída, afastando o risco de alienação dos bens considerados assim essenciais à atividade empresarial da agravante, aspecto decisório sequer tratado no recurso, a demonstrar que, efetivamente, não existe dano irreparável que possa amparar, diante da jurisprudência consolidada, a pretensão suspensiva pleiteada.* 6. *Agravo inominado desprovido."*

AG 2006.03.00020718-4, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU de 16.04.08, p. 629: "**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO NO DUPLO EFEITO. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. I - Nos termos do art. 520, inciso V, do CPC, a apelação será recebida somente em seu efeito devolutivo quando interposta de decisão monocrática que rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes, interpretação que, entendo, deva ser literal, já que na hipótese parece configurar-se que a intenção do legislador foi a de atribuir a princípio o efeito devolutivo e suspensivo a todas as apelações, passando, em seguida, a enumerar as hipóteses de recebimento do recurso tão-somente no efeito devolutivo, de forma taxativa, nos incisos I a VII do citado artigo. II - É certo que seria possível admitir o cabimento do efeito suspensivo em casos excepcionais, nos quais fosse plausível a possibilidade de reforma da sentença recorrida e factível o receio de inocuidade da tardia tutela recursal. Não é o que ocorre no caso dos autos, contudo, onde não restou demonstrada a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação que possa decorrer do recebimento do apelo em um único efeito. III - Agravo de instrumento improvido."**

Consolidando a jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 317, segundo a qual: "**É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julga improcedentes os embargos**".

Tal conclusão encontra-se reforçada, na atualidade, com a edição da Lei nº 11.382/06, que incluiu ao Código de Processo Civil o artigo 739-A, prevendo que "**Os embargos do executado não terão efeito suspensivo**", estando consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que tal preceito tem aplicabilidade nas execuções fiscais (v.g.: AGRMC nº 13.249, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 25.10.07; e AG nº 2007.03.00.088562-2, Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 08.07.08).

Certo, pois, que o efeito suspensivo aos próprios embargos do devedor ou à apelação não é possível, salvo em situações excepcionais, de que não se cogita no caso concreto, mesmo porque, acerca da relevância do pedido de reforma, à luz da discussão jurídica travada, o que existe é a desistência da PFN da impugnação quanto ao alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, em face da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, condicionada à "**necessidade de se comprovar as origens das receitas que compuseram a base de cálculo do PIS e da COFINS**" (f. 125), o que, de plano, não foi demonstrado pela agravante, que declinou da produção de provas (f. 123), e, ademais, o § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 não foi indicado nas CDAs como fundamento legal para a cobrança do PIS e COFINS (f. 150/61). A PFN, além de ressaltar a necessidade de provar as origens das receitas, manteve a impugnação quanto à inclusão do ICMS e à compensação de IPI referente à aquisição de produtos isentos, não tributados ou tributados à alíquota zero (f. 125/6), inclusive porque no MS 2003.61.20.003790-2, impetrado pela agravante e distribuído para a 1ª VF/Araraquara, o direito à compensação não foi reconhecido, sendo denegada a ordem no âmbito desta Corte, com trânsito em julgado em 22/10/2009 (f. 97/112).

De outro lado, quanto ao ICMS, não constitui fundamento relevante a pendência de julgamento no STF sobre a matéria, sendo que esta Turma, em diversos precedentes, decidiu pela validade constitucional e legal de sua inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS, a qual é orientada pelos artigos 195, I, b, e 239, da Constituição Federal, que não são incompatíveis com a apuração do tributo como previsto na legislação específica.

Por fim, a discussão sobre a fixação de verba honorária nos embargos, apesar do encargo do Decreto-lei 1.025/69, ainda que relevante, é matéria que não obsta o prosseguimento da execução fiscal.

Portanto, à luz da jurisprudência consolidada, o recurso de apelação contra sentença de improcedência dos embargos, sem qualquer situação excepcional comprovada, não obsta a natureza definitiva da execução, a que se refere a Súmula 317/STJ.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.
Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00028 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0016344-51.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.016344-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : CERVEJARIAS KAISER BRASIL S/A
ADVOGADO : TERCIO CHIAVASSA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ARARAQUARA - 20ª SJJ - SP
No. ORIG. : 00048601220114036120 1 Vr ARARAQUARA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, nos termos do artigo 739-A do Código de Processo Civil, alegando, em suma, que: **(1)** as normas especiais da LEF prevalecem sobre as disposições gerais do CPC, de modo que, garantido o Juízo e opostos embargos, na forma dos artigos 9º e 16, § 1º, da LEF, a execução deve ser suspensa; **(2)** enquanto não houver trânsito em julgado da sentença dos embargos, é provisória a execução e não definitiva; **(3)** ainda que se aplique o CPC, o § 1º do artigo 739-A admite o efeito suspensivo, estando presentes seus requisitos; **(4)** foi apresentada carta de fiança bancária em valor suficiente para garantir a dívida; **(5)** são relevantes os fundamentos no sentido de que não pode ser compelida a pagar os débitos de IPI, pois foram devidamente compensados com créditos de CSL; e **(6)** existe dano irreparável a ser coibido diante da possibilidade de execução da garantia ofertada com a sua sujeição ao *solve et repete*.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que as execuções fiscais se sujeitam ao artigo 739-A do Código de Processo Civil (AgRg no Ag nº 1.190.402, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 18/12/09), e a atribuição de efeito suspensivo sobre o executivo fiscal somente é possível em situações excepcionais, não bastando apenas, como antes, a propositura dos embargos com a garantia do Juízo, mas a relevância de seus fundamentos e o risco de dano irreparável.

Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu esta Turma, em precedente de que fui relator (AG nº 2007.03.00.088562-2, DJU de 08.07.08):

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. ANULATÓRIA. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência, quanto aos limites de admissibilidade da exceção de pré-executividade, firme no sentido de que nela somente cabe a discussão de questão de ordem pública ou de evidente nulidade formal do título, passível de exame ex officio, e independentemente de dilação probatória. 2. Caso em que pleiteado o reconhecimento da prescrição, sem atentar para o fato de que a constituição definitiva do crédito tributário deve ser demonstrada com a juntada do comprovante de entrega da DCTF, inexistente nos autos, o que revela a necessidade de dilação probatória, incompatível com a via excepcional da exceção de pré-executividade. 3. Firme a jurisprudência no sentido de que, não tendo sido efetuado o depósito na ação anulatória do débito fiscal, é manifesto o cabimento da execução fiscal, cujo curso somente pode ser suspenso, por igual, se garantido o crédito tributário ou, por outro modo, suspensa a sua exigibilidade. Na atualidade, aliás, dado que as execuções fiscais se sujeitam ao artigo 739-a do Código de Processo Civil (AGRMC nº 13.249, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 25.10.07, p. 124), a atribuição de efeito suspensivo sobre o executivo fiscal somente é possível em situações excepcionais, não bastando apenas, como antes, a propositura dos embargos com a garantia do Juízo, mas a relevância de seus fundamentos e o risco de dano irreparável. Se é assim com os embargos, com maior razão deve ser em relação à anulatória, em que não se tenha garantido o crédito tributário, donde a manifesta a improcedência do pedido formulado, à luz da jurisprudência firmada. 4. No tocante aos artigos 620 do Código de Processo Civil, e 112, II e IV, e 108, ambos do Código Tributário Nacional, não se prestam a viabilizar a defesa das proposições que, pelos fundamentos anteriormente destacados, são impróprias no âmbito da exceção de pré-executividade ou de manifesta improcedência. 5. Precedentes."

Na espécie, ainda que se considere suficiente a fiança bancária de R\$ 3.194.301,82 em 06/04/2011 (f. 295/6) para garantir execução fiscal que, em 08/11/2010, somava R\$ 3.142.196,79 (f. 95), seria necessária a concorrência da

relevância da defesa, além da presença de dano irreparável, para atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor.

Todavia, não existe o dano irreparável ou de difícil reparação a que aludiu a agravante, pois a liquidação de carta de fiança não acarreta o *solve et repete*, como afirmado, vez que jungida a solução ao disposto no artigo 32 da Lei 6.830/80, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, na interpretação do direito federal.

A propósito, entre outros, o seguinte precedente:

RESP 1.033.545, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 28/05/2009: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. LEI N.º 6.830/80. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPROCEDENTE. FIANÇA BANCÁRIA. LEVANTAMENTO. CONDICIONADA AO TRÂNSITO EM JULGADO. EQUIPARAÇÃO. DEPÓSITO BANCÁRIO. TRATAMENTO SEMELHANTE PELO LEGISLADOR E JURISPRUDÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. O levantamento da fiança bancária oferecida como garantia da execução fiscal fica condicionado ao trânsito em julgado da respectiva ação. 2. A leitura sistemática da Lei n.º 6.830/80 aponta que o legislador equiparou a fiança bancária ao depósito judicial como forma de garantia da execução, conforme se depreende dos dispostos dos artigos 9º, § 3º e 15, da LEF, por isso que são institutos de liquidação célere e que trazem segurança para satisfação ao interesse do credor. 3. O levantamento de depósito judicial em dinheiro depende do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 32, § 2º, daquele dispositivo normativo. Precedentes: REsp 543442/PI, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ 21/06/2004; EREsp 479.725/BA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 26/09/2005. 4. À luz do princípio ubi eadem ratio ibi eadem dispositio, a equiparação dos institutos - depósito judicial e fiança bancária - pelo legislador e pela própria jurisprudência deste e. Superior Tribunal de Justiça impõe tratamento semelhante, o que vale dizer que a execução da fiança bancária oferecida como garantia da execução fiscal também fica condicionado ao trânsito em julgado da ação satisfativa. 5. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC. 6. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 7. Recurso especial desprovido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento. Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00029 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0016491-77.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.016491-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : AUTO POSTO NOSSA SENHORA DA PENHA LTDA
ADVOGADO : TATIANA TOBARUELA e outro
AGRAVADO : Agencia Nacional do Petroleo Gas Natural e Biocombustiveis ANP
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00081067620114036100 8 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação ordinária, negou antecipação de tutela para impedir a inscrição em dívida ativa referente ao AI nº 062.306.2003.34.109764, PA 48621001177/2003-11, bem como obstar a inclusão do nome do agravante no CADIN e no Registro de Controle de Reincidência da agravada.

Alegou, em suma, que: (1) em 10/04/2003, o posto foi fiscalizado, sendo efetuados testes nos combustíveis comercializados sem que nenhuma irregularidade fosse constatada; (2) na ocasião, o agente fiscal recolheu amostras dos combustíveis, que foram submetidas a ensaios pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo - IPT; (3) em 05/06/2003, recebeu pelo correio notificação de auto de infração, segundo o qual "as amostras com lacres nº 22667 e 22668 não estavam em conformidade com as especificações estabelecidas na legislação vigente, apresentando no laudo 22667 (gasolina comum), Marcador, MON e IAD e no laudo 22668 (gasolina aditivada do tipo C) apenas Marcador, constituindo infração ao inciso II do art. 10 da Portaria ANP nº 116, de 05/07/00; do Regulamento Técnico nº 05/2001, aprovado pela Portaria ANP nº 309, de 27/12/2001 e a Portaria ANP nº 274 de 01.11.2001" (f. 05); (4) pretende a anulação do auto de infração e do processo administrativo, em face de cerceamento de defesa, prescrição, e imposição de penalidade por infração de responsabilidade das distribuidoras e produtores e não dos postos revendedores; (5) a Portaria ANP 309/2001 prevê a responsabilidade exclusiva do distribuidor quanto à certificação da qualidade e teor de octano da gasolina C; (6) o posto cumpriu as obrigações previstas na Portaria ANP 248/2000 e na Resolução ANP 09/2007, adquirindo a gasolina com notas fiscais de distribuidora regularmente registrada nos órgãos competentes, acompanhadas do certificado de qualidade do produto firmado por 2 químicos responsáveis, tendo

coletado amostras de cada compartimento do caminhão-tanque e verificado a qualidade do produto quanto ao aspecto, densidade e percentual de álcool misturado à gasolina, e preenchido os dados de recebimento firmado pelo motorista da distribuidora; (7) a negativa do depoimento do engenheiro químico responsável da empresa Petroqualy, pela autoridade administrativa julgadora, sob o fundamento de impertinência, afrontou o artigo 5º, LV, da CF; (8) segundo o artigo 1º, § 1º, da Lei 9.873/99, incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 anos; (9) "as alegações finais do procedimento administrativo aqui guereado foram devidamente protocoladas em julho de 2005, ficando pendente de julgamento até 07/01/2010, sendo o agravante notificado da decisão aos 11/06/2010, ficando, portanto paralisado durante 04 (quatro) anos e 6 (seis) meses" (f. 18); e (10) deve ser desconsiderada a intimação, em 2008, para novas alegações finais, em virtude da inclusão da infração por comercializar gasolina aditivada com a presença de marcador, pois, além de não ter sido recebida esta intimação, a gasolina aditivada já constava do auto de infração desde o início do processo administrativo.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (f. 174/5):

"Trata-se de demanda sob procedimento ordinário em que se pede "(...) que seja anulado o auto de infração DF nº 062.306.2003.34.109764 de 05/06/2003 que gerou o Processo Administrativo 48621001177/2003-11".

Pede-se também a este juízo para "conceder a antecipação da tutela, impedindo a inclusão do nome do autor no Registro de Controle de Reincidência da ré, registro no CADIN, na Dívida Ativa da ANP e a suspensão do IP em curso perante a 10ª Delegacia da Polícia de São Paulo - Penha, sob o nº 1465/10 e da Ação Penal em curso perante a 2ª Vara Criminal do Fórum de Penha de França sob o nº 0025430-87.2010.8.26.0006" (fls. 2/19).

É a síntese dos pedidos. Fundamento e decido.

O deferimento do pedido de tutela antecipada está condicionado à verossimilhança da alegação e à existência de prova inequívoca desta (CPC, art. 273, caput) e ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I) ou à caracterização do abuso do direito de defesa ou ao manifesto propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, II).

Passo ao julgamento desses requisitos.

Antes, por incompetência absoluta deste juízo, não conheço dos pedidos de "a suspensão do IP em curso perante a 10ª Delegacia da Polícia de São Paulo - Penha, sob o nº 1465/10 e da Ação Penal em curso perante a 2ª Vara Criminal do Fórum de Penha de França sob o nº 0025430-87.2010.8.26.0006".

Este juízo não tem competência para julgar matéria penal. Além disso, mesmo que o tivesse, não caberia à Justiça Federal julgar matéria penal relativa a inquérito policial em trâmite na Polícia Civil do Estado de São Paulo nem a ação penal em curso na Justiça Estadual. O controle de legalidade de inquérito policial da Polícia Civil do Estado de São Paulo é da competência do Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Já o controle de legalidade dos atos praticados por juiz estadual, em matéria penal, é da competência originária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No que diz respeito ao pedido de antecipação da tutela para impedir "a inclusão do nome do autor no Registro de Controle de Reincidência da ré, registro no CADIN, na Dívida Ativa da ANP", estão ausentes os requisitos da prova inequívoca das alegações.

Não está provada a afirmação de prescrição da pretensão punitiva, nos autos do processo administrativo, suscitada com base no 1º do artigo 9.873/1999. O autor afirma que o processo administrativo ficou paralisado entre julho de 2005, quando apresentou alegações finais, e 11.6.2010, quando recebeu notificação da decisão que manteve sua punição. Contudo, a ré afirmou (fl. 86), na decisão que julgou o recurso administrativo do autor, que em 5.5.2008 houve nova decisão para intimá-lo a apresentar alegações finais. Este andamento processual foi omitido na petição inicial.

Também não há prova da afirmação do autor de que é exclusivamente do distribuidor a responsabilidade pela existência de gasolina fora das especificações previstas na legislação vigente, e não dele autor, que é o posto revendedor. A petição inicial não está instruída com prova inequívoca de que, quando da aquisição, pelo autor, do combustível este já estava fora das especificações previstas na legislação vigente.

Tampouco não há nenhum laudo da ANP ou de laboratório por ela credenciado atestando que, por ocasião da coleta da gasolina vendida pelo autor, o combustível estava de acordo com as especificações previstas na legislação vigente. Ao contrário, há laudos que atestam que o combustível comercializado pelo autor estava fora das especificações previstas na legislação vigente.

Quanto à afirmação de cerceamento de defesa pelo indeferimento, nos autos do processo administrativo, de depoimento de testemunha, bem como pelo exame laboratorial, na amostra, sem a presença do autor, trata-se de fatos controvertidos, cuja comprovação depende da apresentação do inteiro teor dos autos do processo administrativo, e não de apenas parte deste, e de ampla instrução probatória. A necessidade de dilação probatória torna ausente o requisito da prova inequívoca da fundamentação.

Dispositivo

Indefiro o pedido de antecipação da tutela.

Cite-se o representante legal da ré, intimando-a também para, no prazo para resposta, sob pena de preclusão e de julgamento antecipado da lide com base nas regras de distribuição do ônus da prova, especificar as provas que pretende produzir, justificando-as. No caso de pretender a produção de prova documental deverão desde logo

apresentá-la com a resposta, sob pena de preclusão, salvo se justificar o motivo de o documento não estar em seu poder e a impossibilidade de obtê-lo no prazo assinalado."

Como se observa dos fundamentos da decisão agravada, não há prova inequívoca da verossimilhança das alegações, para os fins do artigo 273 do Código de Processo Civil, inexistindo elementos probatórios capazes de afastar a presunção legal de legitimidade e veracidade do ato administrativo.

De fato, não há indícios de prescrição administrativa, na forma do § 1º do artigo 1º da Lei 9.873/99, porquanto a própria agravante afirmou que não houve paralisação efetiva do processo por mais de 3 anos, vez que a autoridade determinou sua intimação em 05/05/2008 para novas alegações finais, ficando pendente de julgamento até 07/01/2010. A alegada configuração desta modalidade de prescrição quando, apesar do processo não ter permanecido paralisado pelo prazo previsto, houver atos processuais supostamente desnecessários não encontra amparo legal, pois ausente o pressuposto da inércia da autoridade administrativa, sendo que, na espécie, sequer é possível verificar o exame do teor da intimação, realizada em 2008, e de outras peças do processo administrativo, pois a agravante instruiu o recurso apenas com petição inicial, procuração e alterações contratuais (f. 25/47), documentos de fiscalização (f. 48/9, 51/2, 57/8), intimação para defesa em 2003 (f. 50), boletins de análise do IPT (f. 53/6), defesa escrita (f. 59/69), despacho e intimação para alegações finais em 2005 (f. 70/2), alegações finais apresentadas em 2005 (f. 73/9), decisão que, em 2010, julgou subsistentes as infrações e notificação para pagar a multa imposta (f. 80/99), recurso e decisão da autoridade julgadora negando provimento e determinando a inclusão do autuado e do processo no Registro de Controle de Reincidência (f. 100/19), formulários de registro de análises de qualidade e boletins de análises da gasolina (f. 120/3), relatórios de ensaio do IPT (f. 124/7), consulta administrativa sobre análises laboratoriais de gasolina automotiva e nota técnica da ANP (f. 128/34), cópias extraídas de autos criminais sobre adulteração de combustíveis (f. 135/53), e Portarias ANP 248/2000 e 309/2001 e Resolução ANP 09/2007 (f. 154/72).

De outro lado, a comercialização de produto, no caso, gasolina comum e aditivada, em desconformidade com as especificações estabelecidas na legislação vigente é, em princípio, responsabilidade do posto revendedor onde foram coletadas as amostras para análise pelo Laboratório Instituto de Pesquisas Tecnológicas, salvo se houver demonstração cabal de que o autor das irregularidades encontradas tenha sido, exclusivamente, o distribuidor, o que inexistente nos autos. Por fim, o alegado cerceamento de defesa somente poderá ser aferido após a instrução probatória e a análise exauriente da documentação, inclusive da integralidade do processo administrativo, sendo, portanto, infundada a pretensão da agravante em cognição sumária.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00030 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017073-77.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.017073-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : INDUSTRIAS DE PAPEIS INDEPENDENCIA S/A massa falida
ADVOGADO : CELIO RODRIGUES PEREIRA e outro
ADMINISTRADOR JUDICIAL : ALEXANDRE TAJRA
AGRAVADO : ARNALDO NICOLAU MINNITI e outros
: NICOLAU BARTHOLOMEU NETTO
: ARTHUR MINNITI FILHO
: LUIZ ERNESTO DOMINGUES MINNITI
AGRAVADO : SERGIO LUIZ BERGAMINI
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PEIXOTO GUIMARAES e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00414995719994036182 1F Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO
Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra exclusão de ARNALDO NICOLAU MINNITI, NICOLAU BARTHOLOMEU NETTO, ARTHUR MINNITI FILHO, SERGIO LUIZ BERGAMINI e LUIZ ERNESTO DOMINGUES MINNITI do pólo passivo da ação.
DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

- AGA nº 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 22.09.08: "**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): *Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.*"**

Assim igualmente ocorre, quando a hipótese é de **falência** que, por não constituir forma de dissolução irregular da sociedade, somente autoriza o redirecionamento da execução fiscal contra os ex-administradores se provada a prática de atos de gestão com excesso de poderes ou com infração à lei, contrato ou estatuto social.

A propósito, os seguintes precedentes:

- RESP nº 882.474, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 22.08.08: "**PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EMPRESA FALIDA - NOME DO SÓCIO NA CDA - REDIRECIONAMENTO: IMPOSSIBILIDADE - ART. 13 DA LEI 8620/93 - CONTROVÉRSIA DECIDIDA SOB O ENFOQUE EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL - NÃO CONHECIMENTO. 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 exequente 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. Inviável o recurso especial interposto contra acórdão que decidiu controvérsia em torno da inaplicabilidade do art. 13 da Lei 8.620/93, sob enfoque exclusivamente constitucional. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido."**

- AGRESP nº 971.741, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE de 04.08.08: "**TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. FALÊNCIA. MATÉRIA PACIFICADA. SÚMULA 83/STJ. 1. O mero inadimplemento da obrigação de pagar tributos não constitui infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional. 2. A simples quebra da empresa executada não autoriza a inclusão automática dos sócios, devendo estar comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei. 3. Agravo regimental não provido."**

Na espécie, não houve dissolução irregular da sociedade, mas apenas a sua falência, registrada na Junta Comercial em 17/08/2004 (f. 123), sem a comprovação, porém, de qualquer ato de administração, por parte dos agravados, capaz de gerar a responsabilidade tributária do artigo 135, III, do CTN, seja por excesso de poderes, ou por infração à lei, contrato ou estatuto social, pelo que manifestamente improcedente o pedido de reforma.

Ademais, o encerramento da falência, sem que restem bens da sociedade para suportar a execução fiscal, não enseja, por si, a responsabilidade tributária dos ex-sócios-gerentes, a qual somente pode ser reconhecida se presentes os requisitos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, conforme tem decidido não apenas o Superior Tribunal de Justiça, como especialmente esta Turma, a teor do que revela, entre outros, o seguinte acórdão:

- AG nº 2008.03.00040215-9, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 07/04/09: "**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO-GERENTE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. FALÊNCIA DA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. I - Não conhecimento do agravo regimental, porquanto, pela nova sistemática processual, incabível o manejo de recurso contra decisão monocrática do Relator (Art. 527, § único do CPC). II - Não conhecimento da matéria referente à nulidade da Certidão da Dívida Ativa, tendo em vista a devolutividade restrita do agravo de instrumento, que enseja o exame de matéria efetivamente apreciada pelo juízo a quo, sob pena de afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição. III - Tenho admitido que o simples inadimplemento do crédito tributário não é suficiente para ensejar o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes da empresa devedora, sendo necessário apresentar indícios de dissolução irregular da empresa executada ou a prática de alguns dos atos previstos no artigo 135, III, do CTN, tais como atos cometidos com excesso de poder ou em infração à lei, contrato social ou estatuto. IV- Nos casos de dissolução da empresa por meio de decretação de falência, não há inclusão automática dos sócios. A massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa. V - No caso em testilha, não houve comprovação pela exequente de eventual gestão fraudulenta praticada pelos sócios-gerentes indicados. Verifico, ademais, que, após o relatório final do síndico e concordância do Ministério Público, o processo de falência foi encerrado sem que houvesse qualquer menção a eventual ação penal falimentar movida em face dos administradores, bem como qualquer apuração no sentido de prática de crime falimentar. VI - Desta forma, entendo incabível, ao menos por ora, o redirecionamento da execução fiscal pretendida VII - Agravo de instrumento provido."**

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00031 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017093-68.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.017093-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : PHIBRO SAUDE ANIMAL INTERNACIONAL LTDA
ADVOGADO : DALSON DO AMARAL FILHO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE GUARULHOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00089968920104036119 2 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar, em ação anulatória de lançamento fiscal no PA 11128.004959/2004-36.

Consta dos autos que houve importação de "**matéria prima para uso veterinário: virginiamicina (crude) [...] Qtde: 1467KGA [...] matéria prima para uso veterinário: virginiamicina (100%) [...] Qtde: 12575 quilo**", classificando-o como "**NCM 2941.90.83 - Virginiamicinas e seus sais**", sujeita ao II de 2%, totalizando R\$ 52.173,64, conforme extrato da declaração de importação 04/0456565-9 (f. 45/7).

Na conferência física a Aduana retirou amostra do produto, tendo o laboratório respondido aos quesitos (f. 48) nos seguintes termos (f. 65/9):

"1. Não se trata somente de Virginiamicina.

Trata-se de Preparação Intermediária Medicamentosa contendo Virginiamicina (Antibiótico Polipeptídeo), Carboximetilcelulose Sódica, Parafina e Substâncias Inorgânicas à base de Carbonato (excipientes), na forma de pó, destinadas às fábricas de rações.

2. Trata-se de Preparação Intermediária Medicamentosa destinada à fabricação de medicamentos especificamente elaborados para serem adicionados à ração animal.

3. De acordo com Referência Bibliográfica (cópia anexa), preparação constituída de Virginiamicina (substância medicamentosa com ação antibiótica) é administrada aos animais por meio de sua incorporação nas rações em quantidade adequada para fins terapêuticos e/ou profiláticos, agindo neste último caso indiretamente como fator de crescimento. A ação do princípio ativo Virginiamicina sobre o crescimento dos animais decorre, principalmente, de sua ação sobre as bactérias intestinais, não permitindo que bactérias sensíveis à ação produzam toxinas que perturbem as funções intestinais, prevenindo por exemplo as enterites infecciosas em aves e suínos, diminuindo desse modo a mortalidade, estimulando o apetite, melhorando o estado geral e conseqüentemente favorecendo o crescimento.

4. A Carboximetilcelulose Sódica, a Parafina e as Substâncias Inorgânicas à base de Carbonato não se tratam de antiaglomerantes, impurezas, estabilizantes para transporte e nem de agentes antipoeira. Os constituintes Carbonato de Cálcio, Carboximetilcelulose Sódica e Parafina Líquida são excipientes, utilizados na granulação e na compactação da Virginiamicina, com a finalidade de manter a integridade do antibiótico após a sua adição na ração animal, na presença de outros elementos e, principalmente quando é submetida a condições adversas durante o armazenamento, em termos de umidade, temperatura e agressões físicas e facilitar a dispersão e homogeneização por ocasião da fabricação da ração.

Segundo informação constante no Processo de Classificação 10880.016580/98-20, a mercadoria denominada VIRGINIAMICINA 100% de atividade, é constituída de (percentagem em peso):

Virginiamicina bruta 50% (correspondente à 1000mg/g de atividade)

Carboximetilcelulose 20%

Parafina Líquida 10%

Carbonato de Cálcio 29%

Informamos que a Virginiamicina sem adição de Carbonato de Cálcio, Carboximetilcelulose Sódica e Parafina Líquida, apresenta atividade igual a 222%.

Por se tratar de preparação contendo um antibiótico, consultar Órgão Competente (Ministério da Agricultura) quanto as indicações e modo de uso.

Informamos que foram coletadas as amostras de todas as mercadorias discriminadas no Pedido de Exame".

Foi, então, lavrado auto de infração 0817800/24603/04 (f. 51/63), por declaração inexata, quanto à classificação no código NCM 2941.90.83, por ser correta a posição NCM 2309.90.90: **"Em termos químicos ou farmacêuticos, pode-se definir preparação como sendo uma mistura intencional de certos componentes que visa alcançar determinado objetivo. Assim, só será preparação aquela mistura onde se constate a intencionalidade e o objetivo específico. Como o produto em pauta é uma mistura contendo, além de Virginiamicina bruta, Carboximetilcelulose, Carbonato de Cálcio e Parafina Líquida, intencionalmente introduzidos e cujo objetivo é a possibilidade de utilização conjunta às rações animais, então pode ser considerada como típica preparação destinada a compor pré-misturas para rações animais, o qual se enquadra na posição 2309.90.90, sendo ratificada pelo Parecer COANA n° 001, de 25/10/2002"**. A autuação, inclusive a diferença tributária, juros e multa punitiva, somou R\$ 975.387,92 em 14/09/2004. Houve impugnação (f. 152/7) e recurso administrativo (f. 177/84), porém foi mantido o auto de infração (f. 165/74 e f. 190/195v).

Foi ajuizada a ação anulatória 0008996-89.2010.4.03.6119 (f. 12/24), alegando, em suma, que: (1) o laudo da FUNCAMP é equivocado, pois o princípio ativo Virginiamicina não é adicionado à ração animal, pelo potencial de concentração alta (100%), exigindo processo de alteração; (2) houve laudo pericial particular, ratificando o equívoco no laudo que fundamentou a lavratura do auto de infração; (3) o princípio ativo Virginiamicina não consta da lista de produtos do "Compêndio Veterinário Andrei", literatura da mais alta referência em produtos veterinários; e (4) tem licença do Ministério da Agricultura, onde se extrai do rótulo aprovado que o princípio ativo é utilizado exclusivamente para a fabricação dos seus produtos STAFAC 20, STAFAC 500, Premix e PHIGROW, não sendo utilizado para a adição à ração animal.

A PFN contestou (f. 100/8), alegando que o laudo pericial e o auto de infração demonstrariam, de forma técnica, que o produto importado é mistura contendo, além de Virginiamicina bruta, outros elementos, sendo preparação para compor ração animal, enquadrando-se na posição tarifária 2309.90.90.

A antecipação de tutela foi assim negada (f. 202/3):

"[...] In casu, à luz dos elementos probatórios colhidos nos autos, verifico não existir quaisquer das alternativas previstas nos incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Assim, a questão levantada faz prevalecer, em cognição sumária, a presunção de legitimidade dos atos administrados praticados, que poderá ser elidida no curso do processo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Somente em situações excepcionais, nas quais restem inequivocamente comprovados todos os requisitos legais exigidos, torna-se possível a concessão da medida de urgência.

Ante o exposto, indefiro, por ora, a antecipação de tutela postulada. Especifiquem as partes as provas que pretendem produzir, justificando-as. Intimem-se".

Contra tal decisão o presente recurso, reiterando os fundamentos da petição inicial, oferecendo garantia, consistente em carta de fiança bancária, a ser prestada perante o Juízo *a quo*, para suspender a exigibilidade do crédito.
DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil. Com efeito, a controvérsia refere-se à correta classificação tarifária do produto importado sob código NCM 2941.90.83, considerando a Aduana que a classificação correta seria NCM 2309.90.90. A Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) apresenta a descrição dos respectivos códigos, *verbis*:

"SEÇÃO VI

PRODUTOS DAS INDÚSTRIAS QUÍMICAS OU DAS INDÚSTRIAS CONEXAS

[...]

Capítulo 29

Produtos químicos orgânicos

I.- HIDROCARBONETOS E SEUS DERIVADOS HALOGENADOS, SULFONADOS, NITRADOS OU NITROSADOS

[...]

29.41 Antibióticos.

[...]

2941.90 Outros

[...]

2941.90.8 Polipeptídios e seus sais

[...]

2941.90.83 Virginiamicinas e seus sais"

"SEÇÃO IV

PRODUTOS DAS INDÚSTRIAS ALIMENTARES; BEBIDAS, LÍQUIDOS ALCOÓLICOS E VINAGRES; TABACO E SEUS SUCEDÂNEOS MANUFATURADOS

[...]

Capítulo 23

Resíduos e desperdícios das indústrias alimentares; alimentos preparados para animais

[...]

23.09 Preparações dos tipos utilizados na alimentação de animais.

[...]

2309.90 Outras

[...]

2309.90.90 Outras"

Houve divergência pericial: a oficial concluiu que a importação refere-se à "*Preparação Intermediária Medicamentosa destinada a fabricação de medicamentos especificamente elaborados para serem adicionados à ração animal*", daí porque classificada como "*preparações dos tipos utilizados na alimentação de animais*"; já a particular concluiu que "*o produto é virginiamicina, ou virginiamicina e seus sais*", e que a Virginiamicina não seria produto usado na fabricação de rações animais devidos à sua alta concentração, sendo necessária sua adição a veículos apropriados e transformado em produto veterinário.

Como se observa, a controvérsia não se resolve no plano da mera interpretação do Direito, mas exige, antes, dilação probatória quanto a fato objeto de controvérsia técnica, assim revelando a inexistência de requisito legal para a concessão de antecipação de tutela, mesmo porque, na dúvida, deve ser mantido o ato administrativo que goza de presunção de legitimidade até que, no curso da ação, seja elidido o atributo legal, por prova judicialmente produzida. Note-se, por outro lado, que a perícia particular considerou apenas as descrições do auto de infração e da perícia da FUNCAMP, sem a análise do próprio produto que efetivamente foi objeto da importação, a retirar, portanto, parte da necessária robustez para a demonstração do direito subjetivo, em sede de análise sumária.

Quanto à oferta da carta de fiança bancária, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada, firme no sentido de que as hipóteses de suspensão da exigibilidade do artigo 151 do Código Tributário Nacional são taxativas, não contemplando a hipótese de oferecimento da garantia fidejussória bancária.

Neste sentido, os precedentes:

AGRMC 17.172, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJU 02/02/2011: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. FIANÇA BANCÁRIA OFERECIDA EM AÇÃO CAUTELAR DE CAUÇÃO PARA EMISSÃO DE CND. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA. PENHORA DE DIVIDENDOS A SEREM DISTRIBUÍDOS AOS ACIONISTAS. POSSIBILIDADE. 1. Pretende-se anular a penhora dos dividendos que seriam distribuídos aos acionistas, sob o fundamento de que o crédito tributário estava suspenso por meio de caução (fiança bancária), conforme decisão judicial transitada em julgado. 2. O Tribunal de origem consignou que a fiança bancária foi prestada a título de caução para obter CND - e não para suspender a exigibilidade do crédito tributário - e que inexistente garantia similar nos autos da Execução Fiscal, motivo pelo qual deve ser mantida a penhora efetivada sobre dinheiro. 3. A caução não corresponde às hipóteses listadas no art. 151 do CTN, descabendo cogitar da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, cuja interpretação, por

sinal, é restritiva (art. 111, I, do CTN). 4. Ademais, a questão não pode ser julgada sem considerar o periculum in mora inverso. A pretensão da empresa é obter efeito suspensivo ao Recurso Especial não para acautelar o resultado útil do processo, mas sim para obter o bem da vida pleiteado (isto é, a liberação imediata do numerário relativo aos dividendos para os acionistas). 5. A concessão do efeito suspensivo, nos moldes em que pleiteado, mais se aproxima da própria antecipação da tutela recursal. Ela acarretará irreversibilidade para a Fazenda Pública, que não poderá recuperar o dinheiro em espécie (indisponível para ambas as partes porque depositado em conta judicial até o trânsito em julgado), e terá como garantia a fiança bancária cuja inexequibilidade foi constatada pelo Tribunal a quo. 6. Agravo Regimental não provido".

AGRESP 1.157.794, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU 24/03/2010: "TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DEPÓSITO EM DINHEIRO - SUBSTITUIÇÃO POR FIANÇA BANCÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 112/STJ - POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOMENTE EM EXECUÇÃO FISCAL. 1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário só ocorre mediante o depósito em dinheiro do montante integral devido, conforme o disposto no art. 151, II, do CTN, em que não consta a possibilidade de suspensão por meio de fiança bancária. 2. Aplicação da Súmula 112/STJ: "O depósito somente suspende e exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro". 3. O procedimento previsto no art. 15, I, da Lei n. 6.830/80 não se aplica em sede de ação anulatória de débito fiscal. 4. A agravante não trouxe argumento novo capaz de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. Agravo regimental improvido".

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00032 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017254-78.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.017254-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : LIGIA CAVASSANI
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00079296520094036106 6 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP
DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que condicionou a renovação de bloqueio eletrônico de valores financeiros - BACENJUD - à comprovação "*de prévia consulta junto aos sistemas DIMOF e DECRED de modo a aferir se o(s) executado(s) vem realizando movimentações financeiras nos últimos anos*", determinando, no mais, nova conclusão para "*reapreciação*" do pedido de indisponibilidade de bens (f. 63).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, o "*pedido de decretação da indisponibilidade patrimonial do(s) executado(s), com fundamento no art. 185-A do CTN*", não foi objeto da decisão agravada, pelo que inviável o seu exame, neste momento.

Já com relação ao requerimento de nova penhora "*on line*", encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que, frustrada a pesquisa eletrônica para bloqueio de valores financeiros, cabe o pedido de reiteração desde que devidamente fundamentado, demonstrando, por exemplo, que não foram prestadas as informações por todas as instituições ou que algum fato novo e relevante esteja ou possa indicar alguma modificação na situação econômica do executado.

A propósito, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

RESP nº 1.137.041, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE de 28/06/2010: "DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REALIZAÇÃO DA PROVIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 655-A DO CPC, SEM ÊXITO. REQUERIMENTO DE NOVA DILIGÊNCIA SEM MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE MODIFICAÇÃO NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO EXECUTADO. 1. O tema do presente recurso especial não se enquadra nas discussões pendentes de apreciação nos recursos especiais de n.º 1.112.943- MA e 1.112.584-DF, ambos afetados à Corte Especial como representativos de controvérsia, a fim de serem julgados sob o regime do artigo 543-C, do CPC. Nos mencionados recursos se discute, respectivamente: (i) a necessidade de comprovação do esgotamento das diligências para localização de bens de propriedade do devedor antes da realização das providências previstas no artigo 655-A do CPC; e (ii) se, mediante primeiro requerimento do exequente no sentido de que seja efetuada a penhora on line, há obrigatoriedade do juiz

determinar sua realização ou se é possível, por meio de decisão motivada, rejeitar o mencionado pedido. 2. No caso concreto, debate-se a obrigatoriedade de o juiz da execução reiterar a realização da providência prevista no artigo 655-A do CPC, mediante simples requerimento do exequente, motivado apenas no fato de ter ocorrido o transcurso do tempo, nas situações específicas em que a primeira diligência foi frustrada em razão da inexistência de contas, depósitos ou aplicações financeiras em nome do devedor, executado. 3. As alterações preconizadas pela Lei 11.382/06 no CPC, notadamente a inserção do mencionado artigo 655-A, embora se dirijam à facilitação do processo de execução, não alteraram sua essência, de forma que seu desenvolvimento deve continuar respeitando os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia. 4. A permissão de apresentação de requerimentos seguidos e não motivados para que o juiz realize a diligência prevista no artigo 655-A do CPC representaria, além da transferência para o judiciário, do ônus de responsabilidade do exequente, a imposição de uma grande carga de atividades que demandam tempo e disponibilidade do julgador (já que, repita-se, a senha do sistema Bacen Jud é pessoal), gerando, inclusive, risco de comprometimento da atividade fim do judiciário, que é a prestação jurisdicional. 5. De acordo com o princípio da inércia, o julgador deve agir quando devidamente impulsionado pelas partes que, por sua vez, devem apresentar requerimentos devidamente justificados, mormente quando se referem a providências a cargo do juízo que, além de impulsionarem o processo, irão lhes beneficiar. 6. Sob esse prisma, é razoável considerar-se necessária a exigência de que o exequente motive o requerimento de realização de nova diligência direcionada à pesquisa de bens pela via do Bacen-Jud, essencialmente para que não se considere a realização da denominada penhora on line como um direito potestativo do exequente, como se sua realização, por vezes ilimitadas, fosse de obrigação do julgador, independentemente das circunstâncias que envolvem o pleito. 7. A exigência de motivação, consistente na demonstração de modificação da situação econômica do executado, para que o exequente requeira a renovação da diligência prevista no artigo 655-A do CPC, não implica imposição ao credor de obrigação de investigar as contas bancárias do devedor, o que não lhe seria possível em razão da garantia do sigilo bancário. O que se deve evidenciar é a modificação da situação econômica do devedor, que pode ser detectada através de diversas circunstâncias fáticas, as quais ao menos indiquem a possibilidade de, então, haver ativos em nome do devedor, que possam ser rastreados por meio do sistema Bacen jud. 8. Recurso especial não provido."

A jurisprudência da Corte destaca a possibilidade de reiteração da pesquisa quando decorrido prazo razoável desde a última efetuada nos autos, a teor do que revela, entre outros, o seguinte acórdão:

AI nº 2009.03.00017655-3, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, DJF3 de 04/05/2010: "**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOVA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ÀS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DILIGÊNCIAS ESGOTADAS. TRANSCURSO DE PRAZO RAZOÁVEL. I - A regra é a de que a quebra do sigilo bancário em execução fiscal pressupõe que a Fazenda credora tenha esgotado todos os meios de obtenção de informações sobre a existência de bens do devedor e que as diligências restem infrutíferas, porquanto é assente na Corte que o juiz da execução fiscal só deve deferir pedido de penhora dos ativos financeiros após o exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens. II - Tendo em vista o esgotamento dos meios à disposição da exequente para localização de bens suficientes à garantia do débito, nova expedição de ofício ao BACEN para localização de ativos em nome da executada é cabível na hipótese. III - Considerando o decurso de mais de um ano entre a primeira penhora on line efetivada e a ora pleiteada, a renovação da ordem de bloqueio afigura-se plausível, à vista de transcurso de prazo razoável para possível movimentação financeira dos executados. IV - Agravo de instrumento provido."**

Na espécie, consta dos autos que se trata de segundo pedido, diante da frustração havida em tentativa anterior ocorrida em 2010 (f. 41 e 43/44), estando a reiteração fundada no tempo decorrido, desde então, ou seja, **mais de um ano**, o que torna razoável e legal o deferimento do pedido na tentativa de satisfação da pretensão executória da agravante e de cumprimento da própria efetividade da prestação jurisdicional, independentemente de prévia consulta aos sistemas DIMOF e DECRED.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso, apenas, para deferir nova pesquisa para bloqueio "on line" de valores financeiros da executada.

Publique-se e oficie-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00033 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017416-73.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.017416-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

AGRAVADO : PEDRO GRIGORIO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : FABIO VIEIRA MELO
AGRAVADO : O M L FUNDICAO DE FERRO E ACO LTDA e outros
: OSMAR MIRANDA LIMEIRA
: OSMAR MIRANDA
: EDIVALDO DE SOUZA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DA FAZENDA PUBLICA DE LIMEIRA SP
No. ORIG. : 97.00.00141-4 1FP Vr LIMEIRA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, tendo determinado, anteriormente, a indisponibilidade de bens e direitos do executado, nos termos do artigo 185-A do CTN, com a expedição de ofícios "*aos órgãos de registros de imóveis e de veículos, de mercados de capitais, Receita Federal e Banco Central*", indeferiu o requerimento da exequente para a expedição de ofícios a outros órgãos para o cumprimento da medida, tais como a ANAC, o MINISTÉRIO DA DEFESA e a SUSEP, sob o fundamento da "*volumosa quantia de processos que tramitam perante este juízo da vara da Fazenda Pública e, considerando que o último despacho já deferiu a expedição de ofícios aos principais órgãos, em cumprimento ao art. 185-A, do CTN [...] porquanto tal procedimento atravancaria ainda mais os feitos e não há provas de que o executado possua outros bens nos órgãos listados*" (f. 31).
DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

O artigo 185-A do Código Tributário Nacional, que fundamenta a decretação da indisponibilidade de bens do devedor, dispõe que "*na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial*".

Neste ponto, deferida a indisponibilização dos bens do executado, o Juízo *a quo* determinou a expedição de ofícios "*aos órgãos de registro de imóveis e de veículos, de mercado de capitais, Receita Federal e Banco Central*", cumprindo-se exatamente o que determina a regra do artigo 185-A do Código Tributário Nacional.

Note-se que o dispositivo especifica quais órgãos serão, preferencialmente, oficiados para o bloqueio de eventuais bens do executado ("*especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais*"), de modo que o requerimento de expedição de ofícios para a busca de bens em outros órgãos deve, necessariamente, ser apurada com base no princípio da razoabilidade, que tem como um de seus pressupostos a necessidade e adequação da medida.

Nesse sentido, a jurisprudência consolidada desta Corte:

AI 2010.03.00.025019-6, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJU de 11/03/2011, p. 575: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 185-A, DO CTN. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS E DIREITOS DO DEVEDOR. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS À CVM, AERONÁUTICA, MARINHA, JUCESP, INCRA, ANA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE UTILIDADE E EFETIVIDADE DA MEDIDA. 1. Dispõe o art. 185, do CTN que na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. 2. Diante da comprovação de que foram esgotados todos os meios para localizar bens, em nome dos executados, passíveis de penhora, de modo a garantir o juízo e possibilitar o prosseguimento do feito, é cabível a decretação de indisponibilidade de bens e direitos dos devedores como requerido. 3. No caso vertente, a executada foi citada através de seu representante legal, não sendo localizados bens pelo Sr. Oficial de Justiça (fls. 43), sendo o sócio gerente posteriormente incluído no polo passivo da demanda; observo que foi determinada a utilização do sistema Bacenjud no sentido de rastrear e bloquear eventuais ativos financeiros porventura existentes em contas corrente do devedor, providência que resultou negativa; a exequente também pesquisou junto aos sistemas Renavan e Doi, sendo a diligência negativa. 4. A agravante, nesse passo, requereu a decretação da indisponibilidade dos bens do devedor, mediante expedição de ofícios à CVM, Marinha, Aeronáutica, Departamento Nacional de Registro do Comércio, Corregedoria Geral do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, JUCESP, INCRA, ANA, dentre outros, sem demonstrar a utilidade e efetividade da medida, eis que, nos autos, não restou evidenciada a existência de bens penhoráveis, muito menos em referidos órgãos de modo a justificar o pleito. 5. Agravo de instrumento improvido".

Assim, o requerimento da exequente de expedição de ofícios, tal como formulado, não pode ser deferido sem mínima justificativa de pertinência, adequação, utilidade e razoabilidade, como no caso verificado. Aliás, embora a indisponibilidade dependa de decisão judicial, a mera identificação de bens pode ser feita pela agravante perante os demais órgãos da Administração Federal, não sendo razoável utilizar-se do aparato judicial para substituir iniciativa e diligência que cabe e pode ser facilmente promovida pela exequente no interesse de sua execução fiscal.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00034 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017777-90.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.017777-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : IND/ E COM/ JOLITEX LTDA

ADVOGADO : JOSÉ RICARDO LONGO BARBOSA e outro

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S B DO CAMPO SP

No. ORIG. : 00075818620104036114 2 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento de tutela antecipada, em ação ordinária, para suspender a exigibilidade dos créditos tributários referentes a cinco processos administrativos, originários do processo nº 13819.908.017/2009-81.

A decisão agravada foi fundamentada nos seguintes termos (f. 08/09):

"Vistos. Inicialmente, recebo a petição de fls. 181 como aditamento à inicial. Verifico não haver litispendência entre estes autos e o processo de nº 0008000-14.2007.403.6114. Trata-se de ação ordinária, proposta por INDÚSTRIA E COMÉRCIO JOLITEX LTDA contra a UNIÃO FEDERAL, requerendo a desconstituição cancelamento de cinco processos administrativos originários do processo de crédito nº 13819.908.017/2009-81. Ped, em sede de antecipação da tutela, a suspensão da exigibilidade dos referidos créditos tributários. Acosta documentos à inicial. É o relatório. Decido. Analisando os autos, verifico que não se encontram presentes os requisitos ensejadores da antecipação da tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil. A autora não comprova a cobrança indevida dos referidos créditos tributários, além disso, a matéria ora discutida exigirá dilação probatória sendo esta incompatível com o requisito da verossimilhança na prova inequívoca. Outrossim, não comprovou a autora a necessidade da urgência na concessão da tutela. Desta forma, indefiro a antecipação de tutela pleiteada, com fulcro no artigo 273 do CPC. Cite-se a ré. Ao SEDI para retificação do pólo passivo, conforme cabeçalho supra. Intime-se."

A agravante alegou que: (1) a antecipação de tutela visa à "temporária suspensão - até julgamento final da ação anulatória por ela proposta - de cinco processos administrativos e, conseqüentemente, da exigibilidade de valores que a Receita Federal entende devidos - os quais tiveram suas Declarações de Compensação não homologadas em função de sua data venia insuficiente análise pela Receita Federal, por meio do Despacho Decisório nº 846615210" (f. 03); (2) a inicial demonstrou o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, pois a ausência de suspensão da exigibilidade dos créditos possibilitará a inscrição em dívida ativa, o ajuizamento de execução fiscal, a penhora de bens e a impossibilidade de obtenção de CND; (3) também restou evidenciada a prova inequívoca "na medida que a mera análise da documentação juntada com a inicial demonstra que a Secretaria da Receita Federal, ao analisar as declarações de compensação, não atentou para a existência de declarações retificadoras posteriores às que foram objeto de sua análise; tendo, portanto, o despacho decisório por ela proferido sido fundamentado em declarações já 'obsoletas' frente às retificadoras por ela apresentadas." (f. 05); (4) "há, ainda, a verossimilhança das alegações da agravante, constatável da simples sequência lógica dos argumentos utilizados na fundamentação de suas razões iniciais, onde se percebe, durante toda a narrativa exordial, a preocupação em evitar tanto a inscrição do débito na dívida ativa, quanto o ajuizamento de eventual ação de execução e, principalmente, a possibilidade de a agravante se ver impedida de obter certidões negativas de débito, fundamentais para seu funcionamento." (f. 05); e (5) a antecipação da tutela não causaria qualquer prejuízo à Receita Federal, vez que "(i) a Agravante possui - como já se vislumbra e será, ao final do processo, definitivamente verificado e declarado - o inegável direito de compensar os débitos por ela

indicados nas Declarações de Compensações equivocadamente não homologadas; (ii) a documentação apresentada pela Agravante com sua exordial demonstra, claramente, o equívoco cometido pela Secretaria da Receita Federal ao ter analisado DCOMPs que já haviam sido retificadas - quando deveria ter analisado as declarações retificadoras; e (iii) a suspensão dos processos administrativos sub examine e, conseqüentemente, da exigibilidade dos valores objeto das compensações neles não homologadas, não modificará a situação da Receita Federal; mas, sua não concessão abalará contundentemente as fundações econômico-financeiras da Agravante." (f. 06).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a agravante postulou a reforma da decisão agravada, para suspender a exigibilidade dos créditos tributários que teriam sido objeto de compensação, alegando, genericamente, que a decisão administrativa que indeferiu os pedidos baseou-se em declarações originais, sem considerar os dados constantes de declarações retificadoras.

Todavia, se foram efetuadas compensações e se já houve decisão administrativa indeferindo ou considerando não declaradas, para que a agravante obtenha a procedência do pedido, terá de comprovar a existência e regularidade dos créditos, a compatibilidade dos débitos a compensar, a observância dos prazos, o encontro de contas, enfim, todos os requisitos e condições estabelecidos em lei, o que, via de regra, envolve matéria fática, que só é passível de ser demonstrada por prova pericial, e não apenas por prova documental, situação que converge para a inviabilidade da medida antecipatória, como na espécie, de suspensão da exigibilidade dos débitos que se objetiva ter como compensados, não bastando, evidentemente, a mera invocação da existência de declarações retificadoras.

Em que pese a agravante tenha mencionado que suas compensações foram rejeitadas, em virtude de terem sido consideradas apenas as declarações originais e não as retificadoras, o certo é que não deduziu, no recurso, as razões concretas pelas quais seriam legítimas e regulares as compensações realizadas. De fato, a agravante não descreveu no recurso sequer quais débitos e períodos teriam sido compensados, nem apontou qualquer causa de efetiva suspensão da exigibilidade, visto que as compensações foram rejeitadas e não consta interposição de recurso administrativo com eventual efeito suspensivo.

Certo, pois, que, na petição do presente recurso, não há quaisquer fundamentos indicando a plausibilidade do direito à compensação, sendo que a mera referência a declarações retificadoras não tem o condão, por si só, de formar convicção neste sentido.

Evidente que, assim, as razões não se prestam à reforma da decisão agravada, vez que inexistente fundamentação específica, sendo insuficiente mera impugnação genérica para o processamento do recurso.

Desta forma, não havendo argumentos específicos no recurso para defesa das compensações realizadas, sequer é cabível a análise da documentação juntada, que consiste apenas em cópias da petição inicial (f. 11/27), DCTF's originais e retificadoras do 2º, 3º e 4º trimestre/2004 (f. 30/55); e DIRJ's originais dos exercícios de 2003, 2004 e 2005 (f. 56/83).

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00035 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017822-94.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.017822-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : ISIDRO MENDES MONTEIRO e outro
: MARIA ISABEL LOPES MONTEIRO
ADVOGADO : ANDRE MILCHTEIM e outro
PARTE RE' : DUTRA CEREALISTA LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 12 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 01001521820004036182 12F Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra deferimento, em execução fiscal, de exclusão de ex-sócios do pólo passivo. A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária,

igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 22.09.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): 'Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária'. 5. Agravo regimental a que se nega provimento''.

Assim igualmente ocorre, quando a hipótese é de falência que, por não constituir forma de dissolução irregular da sociedade, somente autoriza o redirecionamento da execução fiscal contra os ex-administradores se provada a prática de atos de gestão com excesso de poderes ou com infração à lei, contrato ou estatuto social. A propósito, os seguintes precedentes:

RESP 882.474, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 22.08.08: "PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EMPRESA FALIDA - NOME DO SÓCIO NA CDA - REDIRECIONAMENTO: IMPOSSIBILIDADE - ART. 13 DA LEI 8620/93 - CONTROVÉRSIA DECIDIDA SOB O ENFOQUE EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL - NÃO CONHECIMENTO. 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 exequente 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. Inviável o recurso especial interposto contra acórdão que decidiu controvérsia em torno da inaplicabilidade do art. 13 da Lei 8.620/93, sob enfoque exclusivamente constitucional. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido''.

AGRESP 971.741, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE 04.08.08: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. FALÊNCIA. MATÉRIA PACIFICADA. SÚMULA 83/STJ. 1. O mero inadimplemento da obrigação de pagar tributos não constitui infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional. 2. A simples quebra da empresa executada não autoriza a inclusão automática dos sócios, devendo estar comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei. 3. Agravo regimental não provido''.

Na espécie, não houve dissolução irregular da sociedade, mas apenas a sua falência, decretada em 30/12/2003 (f. 89), sem a comprovação, porém, de qualquer ato de administração, por parte das referidas sócias, capaz de gerar a responsabilidade tributária do artigo 135, III, do CTN, seja por excesso de poderes, ou por infração à lei, contrato ou estatuto social, pelo que manifestamente improcedente o pedido de reforma.

Ademais, o encerramento da falência, sem que restem bens da sociedade para suportar a execução fiscal, não enseja, por si, a responsabilidade tributária dos ex-sócios-gerentes, a qual somente pode ser reconhecida se presentes os requisitos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, conforme tem decidido não apenas o Superior Tribunal de Justiça, como especialmente esta Turma, a teor do que revela, entre outros, o seguinte acórdão:

AG 2008.03.00040215-9, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 07/04/09: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO-GERENTE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. FALÊNCIA DA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. I - Não conhecimento do agravo regimental, porquanto, pela nova sistemática processual, incabível o manejo de recurso contra decisão monocrática do Relator (Art. 527, § único do CPC). II - Não conhecimento da matéria referente à nulidade da Certidão da Dívida

Ativa, tendo em vista a devolutividade restrita do agravo de instrumento, que enseja o exame de matéria efetivamente apreciada pelo juízo a quo, sob pena de afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição. III - Tenho admitido que o simples inadimplemento do crédito tributário não é suficiente para ensejar o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes da empresa devedora, sendo necessário apresentar indícios de dissolução irregular da empresa executada ou a prática de alguns dos atos previstos no artigo 135, III, do CTN, tais como atos cometidos com excesso de poder ou em infração à lei, contrato social ou estatuto. IV- Nos casos de dissolução da empresa por meio de decretação de falência, não há inclusão automática dos sócios. A massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa. V - No caso em testilha, não houve comprovação pela exequente de eventual gestão fraudulenta praticada pelos sócios-gerentes indicados. Verifico, ademais, que, após o relatório final do síndico e concordância do Ministério Público, o processo de falência foi encerrado sem que houvesse qualquer menção a eventual ação penal falimentar movida em face dos administradores, bem como qualquer apuração no sentido de prática de crime falimentar. VI - Desta forma, entendo incabível, ao menos por ora, o redirecionamento da execução fiscal pretendida VII - Agravo de instrumento provido."

Nem se alegue o cabimento do redirecionamento, fundada no que certificado à f. 53-v do presente instrumento, pois, apesar da informação de que a empresa teria fechado há anos, não existe comprovação mínima da época em que tal fato ocorreu nem de que, na oportunidade, os agravados Isidro e Maria Isabel tenham dado causa à dissolução irregular, vez que se retiraram da sociedade em 28/05/1998 (f. 157/8).

Conforme orientação firme do Superior Tribunal de Justiça *"se a retirada do sócio ocorre em data anterior ao encerramento irregular da sociedade, tal fator não se presta a fazê-lo suportar as dívidas fiscais assumidas, ainda que contraídas no período em que participava da administração da empresa. Precedentes: REsp 651.684/PR, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 23.05.2005; Resp 436.802/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 25.11.2002"* (RESP nº 728.461, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 19/12/2005).

Assim igualmente concluiu esta Turma no AG 2007.03.00032212-3, Rel. Juiz Convocado CLÁUDIO SANTOS, DJU de 30/04/2008:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 135, III, CTN. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO SÓCIO-GERENTE. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. 1. Encontra-se consolidada a jurisprudência, sob todos os ângulos enfocados na ação, firme no sentido de que mesmo que os fatos geradores dos créditos tributários em execução fiscal tenham ocorrido na gerência de um dado sócio, este não pode sofrer o redirecionamento executivo se houve a sua retirada da sociedade antes da dissolução irregular, esta ocorrida na gestão de outros administradores. 2. Caso em que, embora os débitos fiscais tenham fatos geradores ocorridos durante a gestão do ora agravante, que se retirou da sociedade apenas em 16.04.93, e considerando que a mera inadimplência fiscal não gera responsabilidade tributária do sócio-gerente (artigo 135, III, CTN), o que revelam os autos, de relevante para a solução da controvérsia, é que a dissolução irregular somente ocorreu posteriormente, conforme o sistema de consulta fiscal por CNPJ. 3. Certo, pois, que houve atividade econômica posterior à retirada do ora agravante do quadro social da empresa, de modo que a dissolução irregular não é contemporânea à respectiva administração, para efeito de apuração de infração à legislação e responsabilidade tributária, nos termos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional. 4. Agravo inominado desprovido."

Não basta, pois, apenas alegar que teria havido dissolução irregular sem provar em que época ocorreu e quais os administradores que deram causa ao fato ilícito, como ora pretende a PFN.

Também inexistente a nulidade da decisão agravada, pois cabia à PFN provar os requisitos da responsabilidade tributária (artigo 135, III, CTN), ao tempo em que requereu o redirecionamento (f. 82/3). Oposta exceção, teve a PFN oportunidade para resposta (f. 142/6), antes de ser proferida a decisão agravada (f. 167/70), não se cogitando, portanto, de cerceamento de defesa, até porque foi exercida, inclusive nesta instância.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 27 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00036 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018062-83.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.018062-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : AMAZONAS PRODUTOS PARA CALCADOS S/A

ADVOGADO : EDUARDO HENRIQUE VALENTE e outro

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE FRANCA Sec Jud SP
No. ORIG. : 00018314320094036113 2 Vr FRANCA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisões de suspensão do processo de execução fiscal por 180 dias, a requerimento da agravada, em face de pedido de parcelamento, com base na Lei 11.941/09 (f. 207), e de rejeição de embargos de declaração, fixando multa de 1% do valor atualizado da causa, nos termos do parágrafo único do artigo 538 do CPC (f. 211/2v.).

A agravante alegou, em suma, que: **(1)** em outubro/2009, aderiu ao parcelamento da Lei 11.941/09, tendo efetuado o pagamento de todas as parcelas até então vencidas, em montante considerável; **(2)** a execução fiscal deve ser suspensa por prazo indeterminado até a quitação final do parcelamento; **(3)** a suspensão do feito, com base no artigo 127 da Lei 11.941/09, deve retroagir à data da adesão ao parcelamento, ou, pelo menos, à data do deferimento do parcelamento pela Receita Federal, com o levantamento de todas as penhoras realizadas posteriormente; **(4)** é descabida a aplicação de multa, pois os embargos de declaração não são protelatórios; e **(5)** embora tenham sido opostos embargos de declaração de decisão anterior que suspendeu o feito por 150 dias, houve nova petição da agravada, após o trânsito em julgado do AI nº 0037888-32.2010.4.03.0000, interposto contra aquele indeferimento, requerendo agora a suspensão por 180 dias, com fundamento no artigo 127 da Lei 11.941/09, sobrevindo nova decisão, que foi, igualmente, omissa quanto ao termo *a quo* e ao período da suspensão.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a execução fiscal foi ajuizada em 01/07/2009 (f. 33), tendo a empresa incorporadora da executada manifestado, em 26/02/2010, desistência e renúncia de qualquer ação, defesa ou recurso, em face de adesão ao parcelamento instituído pela Lei 11.941/09 (f. 115/6). Em 25/06/2010 e 20/07/2010, requereu a suspensão da execução, nos termos do artigo 127 da Lei 11.941/09 (f. 121 e 137/8), regularizando sua representação processual em 22/07/2010 (f. 139/53).

Intimada, a agravada confirmou a adesão ao parcelamento da Lei 11.941/09 e requereu a suspensão do feito por 150 dias, informando que *"o executado manifestou-se pela inclusão da totalidade dos débitos na Procuradoria da Fazenda Nacional e da Receita Federal do Brasil, todavia a consolidação no sistema ainda não foi feita"* (f. 156).

Suspensa a execução em 08/10/2010, por 150 dias, na forma requerida pela PFN (f. 158), a executada opôs embargos de declaração, alegando omissão quanto ao termo inicial da suspensão do feito e requerendo a atribuição de efeito infringente, no caso de retroação da suspensão à data de adesão ou à data de deferimento do parcelamento (f. 159/61).

Mantida a decisão, houve agravo de instrumento (f. 178/96), ao qual foi negado seguimento em 30/12/2010 (f. 204 e v.), com trânsito em julgado em 10/03/2011 (f. 205v.).

Em 18/03/2011, a PFN renovou o pedido de suspensão por mais 180 dias, reiterando ainda não ter havido a consolidação no sistema da adesão ao parcelamento da Lei 11.941/09 (f. 202), sendo proferida decisão, em 19/04/2011, deferindo a suspensão pelo prazo requerido, nos mesmos moldes da decisão anterior (f. 207).

A executada, ora agravante, opôs embargos de declaração com idêntico teor aos que haviam sido opostos anteriormente (f. 208/9), sendo estes rejeitados, com a condenação da embargante em multa de 1% sobre o valor da causa atualizado, conforme o parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil (f. 211/2v.).

Em primeiro lugar, a questão da suspensão da execução fiscal sem termo inicial e por prazo determinado, enquanto não consolidado o parcelamento no sistema, já foi objeto de análise no AI 0037888-32.2010.4.03.0000 (2010.03.00.037888-7), cuja decisão, transitada em julgado em 10/03/2011, rejeitou os fundamentos da agravante, negando seguimento ao recurso, nos seguintes termos (f. 204 e v.):

"Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, deferiu a suspensão da execução fiscal por 150 dias, a requerimento da agravada, em face da informação de pedido de parcelamento com base na Lei 11.941/09.

Alegou, em suma, a agravante que: (1) aderiu ao parcelamento da Lei 11.941/09 e realizou o pagamento de montante considerável convertido em favor da União; (2) a execução fiscal deve ser suspensa por prazo indeterminado até a quitação final do parcelamento; e (3) a suspensão do feito, com base na Lei 11.941/09, deve retroagir à data da adesão ao parcelamento, ou, ao menos, à data do deferimento do parcelamento pela Receita Federal, a fim de impedir penhora.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, pretende a agravante, em função de ter sido citada em 15/07/2010, obstar, ao que parece, uma suposta ordem de pagamento ou garantia da execução fiscal, sob a alegação de que o crédito tributário executado teve a sua exigibilidade suspensa com o parcelamento fiscal, fundado na Lei 11.941/09, daí porque deveria ser reformada a decisão agravada, que determinou a suspensão processual por prazo determinado sem a fixação de termo inicial. Primeiramente, cabe assinalar que a decisão agravada determinou a suspensão processual por 150 dias, o que, de logo, obsta a prática de qualquer ato processual, inclusive a penhora, revelando, assim, a própria falta de interesse

processual no recurso, na medida em que da decisão agravada não resulta, por si e de logo, nenhuma lesão a direito do executado. Não se determinou o pagamento nem a penhora de bens, na vigência do parcelamento, para ensejar a discussão da necessidade de fixar, desde logo, o termo inicial da eficácia do parcelamento para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. A retomada da execução fiscal com a prática de ato processual, que possa gerar lesão a eventual interesse da agravante, exige decisão judicial e, portanto, passível de recurso a tempo e modo, não existindo nem interesse processual nem dano irreparável ou de difícil e incerta reparação que justifique a admissibilidade deste agravo de instrumento. Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso."

A decisão ora agravada é, fundamentalmente, idêntica a que restou impugnada no AI 0037888-32.2010.4.03.0000, renovando-se a suspensão do feito, agora por 180 dias, pois o prazo antes deferido já havia se esgotado, o que torna inviável a rediscussão de tal matéria.

Desta forma, resta apreciar o recurso apenas quanto à multa de 1%, fixada, com fulcro no parágrafo único do artigo 538 do CPC, diante da reiteração de embargos de declaração com mesmo teor dos que foram rejeitados anteriormente, inclusive depois de negativa de seguimento a agravo de instrumento, mantendo o teor da decisão embargada. Além disso, os segundos embargos de declaração foram opostos depois do trânsito em julgado da decisão do agravo de instrumento.

De fato, existindo decisão anterior com idêntico conteúdo, sendo rejeitado o inconformismo em agravo de instrumento, a oposição de novos embargos de declaração, sem existir omissão, contradição e obscuridade, como já devidamente examinado, evidencia o propósito protelatório com manifesto prejuízo aos princípios da celeridade e eficiência do processo e da prestação jurisdicional, a autorizar, portanto, a aplicação da multa de 1% sobre o valor atualizado da causa originária (artigo 538, parágrafo único, CPC). Ressalte-se que o propósito protelatório não pode ser relevado em razão de estar suspenso o processo, pois, ainda assim, representa tumultuação naqueles autos e provocação desnecessária do Juízo para apreciar questões já decididas definitivamente.

A propósito:

RE-AgR-ED 591694, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 17/02/2009: "EMENTA: 1. RECURSO. Embargos de declaração. Cabimento de recurso na instância a quo. Questão infraconstitucional. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. Embargos de declaração rejeitados. Não se admitem embargos de declaração de decisão em que não há omissão, contradição nem obscuridade. 2. RECURSO. Embargos de declaração. Caráter meramente protelatório. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 538, § único, c.c. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios, deve o Tribunal condenar o embargante a pagar multa ao embargado."

EEARES 1013911, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE 17/02/2011: "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ EXAMINADA. CARÁTER PROTELATÓRIO. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA DE 1%. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Sob o pretexto de ocorrência de erro material, consistente no fato de que o acórdão embargado teria partido de "premissa fática equivocada", insiste a parte embargante no argumento de que seu recurso especial não padeceria da deficiência reconhecida. 2. A reiteração de argumentos já apreciados configura caráter protelatório do recurso, de forma que deve incidir a multa de 1% sobre o valor da causa corrigido, conforme o art. 538, parágrafo único, do CPC. 3. Embargos de declaração rejeitados."

AC 2008.61.00.010131-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 CJI:16/08/2010, p. 293: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INOMINADO. ALEGAÇÕES DE OMISSÃO E PREQUESTIONAMENTO. REITERAÇÃO DE TESES JURÍDICAS. INEXISTÊNCIA DE Apreciação ANALÍTICA DO ACÓRDÃO. INOVAÇÃO DA LIDE COM O PEDIDO DE PREQUESTIONAMENTO. MANIFESTO CARÁTER PROTELATÓRIO. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA (CPC, ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO). 1. Caso em que os embargos declaratórios alegaram a omissão no julgamento anterior, apenas reiterando literalmente alegações que foram anteriormente deduzidas, relatadas e apreciadas pelo acórdão embargado, de forma explícita, coerente e abrangente de toda a controvérsia devolvida. Inexistência de exame analítico do que foi julgado pela Turma, sendo lançada, de forma genérica e infundada, a crítica de omissão, destinada apenas a protelar a solução da causa. 2. Mais grave foi o pedido de prequestionamento de matéria, sobre a qual não houve discussão no recurso, de que extraído o acórdão embargado, ou seja, pretende-se prequestionar, para subida de RE ou RESP, preceitos que não foram suscitados a tempo e modo, com o nítido propósito de sanar, não omissão do acórdão, mas a que foi praticada pela própria embargante, ao deixar de devolver ao exame da Turma aquilo que pretende, agora, ver prequestionado. 3. A oposição de embargos declaratórios, reiterando o que alegado antes sem indicar qualquer omissão, ou buscando discutir matéria que não foi impugnada, a tempo e modo, perante a Turma, mostra que, na verdade, mais do que apenas rediscutir, a embargante quis inovar a lide, tumultuar o feito e protelar a solução definitiva da causa, tipificando a conduta passível de sanção processual, através de multa, que se fixa em 1% sobre o valor atualizado da causa, em favor da parte embargada, nos termos do parágrafo único, do artigo 538, do CPC. 4. Embargos declaratórios rejeitados, com aplicação de multa pelo caráter protelatório do recurso."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.
Publique-se.
Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00037 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018313-04.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.018313-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
SUCEDIDO : Rede Ferroviaria Federal S/A - RFFSA
AGRAVADO : IRIA CECILIA CARAVIERI TOGASHI e outros
: FERNANDO CARAVIERI TOGASHI
: CECILIA CRISTINA TOGASHI
ADVOGADO : ANTONIO CARLOS ROSELLI e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE MARILIA Sec Jud SP
No. ORIG. : 00042536520074036111 2 Vr MARILIA/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em embargos à execução de sentença julgados parcialmente procedentes, recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo, alegando, em suma, a possibilidade de execução da parte controvertida da condenação antes do respectivo trânsito em julgado, não se aplicando ao caso, dada a procedência parcial, o artigo 520, VI, do CPC.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consolidado o entendimento de que não cabe, contra a Fazenda Pública, demandada com base em título judicial, execução provisória, pois o artigo 100, § 1º, com a redação dada a partir da EC 30/2000, estabelece a exigência expressa de que os precatórios sejam expedidos a partir de *sentenças transitadas em julgado*, não incidindo, no caso, a Súmula 317/STJ, aplicável à hipótese diversa de execução: "***É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julga improcedentes os embargos***".

Assim, a parcela da execução não embargada ou a da sentença não apelada, por configurarem ponto incontroverso, podem ser executadas, mas não a parcela controvertida, embargada e apelada, que se sujeita ao efeito suspensivo da apelação a fim de obstar a expedição de precatório ou RPV antes do trânsito em julgado da controvérsia.

A propósito, tem assentado o Superior Tribunal de Justiça que: "***2. Os parágrafos 1º, 1º-A, ambos com a redação da EC n. 30, de 13/09/2000, e 3º do art. 100 da Constituição, determinam que a expedição de precatório ou o pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, decorrentes de decisão judicial, mesmo em se tratando de obrigação de natureza alimentar, pressupõem o trânsito em julgado da respectiva sentença. 3. A Corte Especial decidiu nos Embargos de Divergência, em Recurso Especial, nº 721791/RS, de relatoria do Ministro Ari Pagendler, que restou vencido, tendo o Ministro José Delgado sido designado para lavrar o acórdão, no sentido de ser possível a expedição de precatório da parte incontroversa em sede de execução contra a Fazenda Pública***" (EDcRESP 790.303, Min. Rel. LUIZ FUX, DJE 09/11/2006).

Assim sendo, deve a apelação fazendária ser recebida igualmente no efeito suspensivo a fim de obstar a expedição de precatório ou RPV enquanto pendente o julgamento definitivo dos embargos do devedor, sem prejuízo do que reconhecido pela jurisprudência quanto à parcela incontroversa.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 02 de janeiro de 2012.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00038 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018383-21.2011.4.03.0000/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
 AGRAVANTE : SAMPAIO VIDAL DIVERSOES ELETRONICAS LTDA
 ADVOGADO : ANA ESTELA VIEIRA NAVARRO e outro
 AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
 ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE MARILIA Sec Jud SP
 No. ORIG. : 00023412820104036111 2 Vr MARILIA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pela executada sob o fundamento da nulidade do título executivo, decorrente da nulidade da notificação da decisão que indeferiu a impugnação ao auto de infração, na esfera administrativa, que gerou o débito executado.

A execução fiscal 0002341-28.2010.4.03.6111 foi ajuizada para a cobrança de seis débitos decorrentes dos processos administrativos fiscais 13830.500800/2008-61, 114444.000715/2007-44 e 13830.500801/2008-13 (f. 29/160).

Ocorre que, após a citação (f. 171), a executada opôs exceção de pré-executividade, alegando, em suma, que o débito decorre de auto de infração que foi impugnado na esfera administrativa pela executada, com julgamento de improcedência pela autoridade tributária. No entanto, a fim de notificar o contribuinte de seu teor, e possibilitar a apresentação de recurso voluntário, foi enviada cópia pela via postal no endereço da empresa, tendo retornado com a informação de que houve mudança do destinatário ("mudou-se"). Em razão disso, a autoridade notificou o representante legal da empresa, em seu endereço residencial, para regularizar o endereço da empresa, tendo sido a resposta enviada pelo representante através de carta com aviso de recebimento, informando que em razão do processo de mudança do domicílio da empresa, as notificações deveriam ser destinadas ao endereço do representante legal. Entretanto, mesmo com tal informação, a autoridade procedeu à notificação do contribuinte, sobre o teor da decisão de indeferimento da impugnação, através de edital, o que, então, ensejou o decurso do prazo recursal do contribuinte, tendo em vista a expectativa de envio ao endereço do representante. Desta forma, requereu o reconhecimento da nulidade da notificação enviada pela autoridade administrativa, pois a publicação de edital, nos termos do artigo 23 do Decreto 70.235/72, tem caráter apenas excepcional, que não ocorreu no caso concreto, já que a autoridade tributária possuía ciência do requerimento de envio das notificações para o endereço residencial do representante.

A UNIÃO apresentou manifestação sobre a exceção de pré-executividade (f. 732/4), alegando a inexistência de qualquer nulidade da notificação do contribuinte através de edital, pois a cópia da decisão julgando improcedente a impugnação foi enviada pela via postal com aviso de recebimento ao endereço da empresa constante do cadastro do CNPJ, tendo retornado com a indicação de "mudou-se", o que torna possível, nos termos do artigo 23, §1º, do Decreto 70.235/72, a notificação por edital, sendo, ainda, ônus do contribuinte manter o endereço do cadastro do CNPJ atualizado para possíveis notificações.

O Juízo *a quo* rejeitou a exceção de pré-executividade, sob os seguintes fundamentos:

"A exceção de pré-executividade, que é uma modalidade excepcional de defesa do executado, somente é admitida, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, naquelas matérias que podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, quais sejam, as objeções processuais e substanciais, bem como nas arguições de causas modificativas, extintivas ou impeditivas (CPC, artigo 301) do direito do exeqüente, desde que desnecessária qualquer dilação probatória. Neste sentido decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, "in verbis":

"PROCESO CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADMISSIBILIDADE. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PRECEDENTES. DOCTRINA. REQUISITOS. INAPLICABILIDADE AO CASO. AGRAVO DESPROVIDO.

I- A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito de higidez do título executivo.

II- Suscitadas questões, no entanto, que dependeriam do exame de provas, e não dizem respeito a aspectos formais do título executivo, e nem poderiam ser conhecidas de ofício, não se mostra adequada a exceção de pré-executividade".

(Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 197577/GO - Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ de 5/6/2000, página 167).

Por tais razões, tenho admitido o processamento das exceções de pré-executividade como incidente cognizante, sem suspender o curso da execução, abrindo-se vista ao exeqüente para manifestação sobre o alegado, desde que tais alegações se restrinjam às objeções, aliadas ou não às causas previstas no artigo 301 do Código de Processo Civil. Saliento ainda que, em sendo necessária a produção de prova, esta limitar-se-á somente à prova documental que comprove de plano o alegado pelo excipiente e que, de forma inequívoca, inviabilize a execução na forma proposta.

Não estando presentes tais requisitos, tenho rechaçado de plano as supostas "exceções de pré-executividade" apresentadas pelos executados, pois são inoportunas neste momento processual, já que a matéria nela argüida somente é cabível de discussão em sede de embargos, após a efetiva garantia do juízo. Além disso, é importante ressaltar que grande número dessas "exceções" são evidente manobras do devedor para se furtar aos efeitos da execução, manifestando mera pretensão de protelar o feito. Em razão disso, INDEFIRO o(s) pedido(s) de fls. 155/170, que poderá(ão) ser novamente postulado(s) em sede em embargos, e DETERMINO o regular prosseguimento da execução, indicando, o exequente, bens sobre os quais deve recair a penhora, no prazo de 10 (dez) dias".

Em face de tal decisão, a executada interpôs o presente recurso, reiterando os termos da exceção de pré-executividade, e alegando, ainda, que: a exceção de pré-executividade é cabível, no caso concreto, já que a comprovação da nulidade da notificação por edital encontra-se documentalmente comprovado nos autos.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, em relação aos limites da exceção de pré-executividade, firme no sentido de que nela somente cabe a discussão de questão de ordem pública ou de evidente nulidade formal do título, passível de exame "ex officio", e independentemente de dilação probatória. A excepcionalidade com que se reveste a admissão de tal via de defesa, com características específicas, impede que questões diversas sejam transferidas de sua sede natural, que são os embargos do devedor, na qual, aliás, as garantias processuais são mais amplas, para ambas as partes e, portanto, mais adequadas à discussão da temática com a envergadura da suscitada.

Tal a linha de orientação firmada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, como revelam, entre outros, os seguintes acórdãos:

EDAGA 1.158.238, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 27/10/2010: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DA NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VERIFICAÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPEDIMENTO PELA SÚMULA 7/STJ. REDISCUSSÃO DO ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE. 1. Os estreitos limites dos embargos de declaração obstam a apreciação de questões que traduzem o mero inconformismo com o teor da decisão embargada e revelam o objetivo de rediscutir matérias já decididas, sem, contudo, demonstrar a existência de omissão, contradição, obscuridade ou mesmo erro material conforme preceitua o art. 535 do CPC. 2. O julgador não está obrigado a rebater todos os argumentos da parte recorrente, bastando, para tanto, que prolate decisão devidamente fundamentada que aborde a questão controversa em sua inteireza, não resultando, por outro lado, negativa de prestação jurisdicional. 3. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de ser cabível a exceção de pré-executividade para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, tais como os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo, referentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que verificáveis de plano pelo juiz. Todavia, não é permitida a sua interposição quando a apreciação das questões necessárias à resolução da lide demande dilação probatória. Precedente regido pela sistemática do art. 543-C, do CPC (REsp 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, Primeira Seção, DJE 04.05.2009). 4. Para afastar o entendimento da Corte de origem e a conclusão fático-probatória por ela definida, faz-se mister reexaminar a prova apreciada pela instância ordinária, o que não se admite em sede de recurso especial, notadamente à luz da Súmula 7/STJ. 5. Não há contradição em afastar a violação do art. 535 do CPC e, concomitantemente, em não conhecer do mérito do recurso por ausência de prequestionamento, desde que o acórdão recorrido esteja adequadamente fundamentado. 6. Embargos de declaração rejeitados."

AG 2007.03.00.097727-9, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJU 16/04/08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NÃO CABIMENTO. ALEGAÇÕES QUE DEPENDEM DE DILAÇÃO PROBATÓRIA I - Tenho entendido, consoante a jurisprudência majoritária, que a objeção ou exceção de pré-executividade constitui meio de defesa extraordinário, reservado à veiculação de matérias cognoscíveis ex officio ou, ainda com maior parcimônia, aos casos em que as causas extintivas, impeditivas ou modificativas do crédito executado mostrem-se evidentes, aferíveis de plano. II - No caso em tela, observo que o deslinde da argüição em tela impende submissão ao contraditório, bem como depende de dilação probatória para que se obtenham elementos de convicção. III - Nesse passo, frise-se que a exceção de pré-executividade somente há de ser admitida quando é flagrante o pagamento ou a nulidade do título executivo ou da execução. Não é a hipótese dos autos, contudo, já que as alegações da executada dependem de apuração, não se tratando de extinção evidente que possa ser declarada de ofício. IV - Agravo de instrumento improvido."

Na espécie, a exceção de pré-executividade busca o reconhecimento da nulidade do procedimento administrativo que gerou o débito, cuja invalidade decorreria da ilegalidade da notificação da decisão que indeferiu a impugnação ao auto de infração através de edital, que possui caráter excepcional, mesmo havendo informação formal por parte do representante legal da executada de que as notificações deveriam ser enviadas a seu endereço residencial, em razão da modificação do domicílio da empresa em curso naquele momento, o que ensejou, então, a perda do prazo para a interposição de recurso voluntário, e a constituição definitiva do crédito.

Ocorre que o exame de nulidade de procedimento administrativo, em que apurada a infração e aplicada a sanção respectiva, não é matéria sujeita a exame de ofício ou à cognição sumária da exceção de pré-executividade, a teor do que tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

AGRESP 712.041, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 04/11/2009: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DIVERSOS DISPOSITIVOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282/STF. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HIPÓTESES DE CABIMENTO. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO E DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.110.925/SP PELO REGIME DO ART. 543-C, DO CPC. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE APLICA A MULTA PREVISTA NO § 2º DO ART. 557, DO CPC. 1. As matérias constantes dos arts. 113, §§ 1º, 2º e 3º, 114, 142, 173, I, e parágrafo único, do CTN, 10, 23, I e II, do Decreto 170.235/72 não foram debatidas pelo aresto hostilizado, de modo que não foi atendido o requisito inarredável do prequestionamento. Além disso, o ora agravante deixou de opor embargos de declaração na origem a fim de suscitar o pronunciamento a respeito dos temas. Incide, no particular, o Enunciado Sumular n. 282 do Supremo Tribunal Federal. 2. A Primeira Seção desta Corte já se manifestou sobre o tema em debate quando do julgamento do REsp n. 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C, do CPC, introduzido pela Lei dos Recursos Repetitivos, tendo consolidado entendimento no sentido de que "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". 3. Não é de se cogitar que o juiz possa conhecer de ofício, em sede de execução fiscal, de nulidade do processo administrativo sob o qual constituiu-se o crédito exequendo, mormente pelo fato de que a execução fiscal pressupõe o encerramento daquele, possuindo, ainda, presunção de certeza e liquidez da CDA nos termos dos arts. 3º da Lei n. 6.830/80 e 204 do CTN. Dessa forma, a exceção de pré-executividade se presta a provocar o magistrado a se pronunciar sobre questão que, a rigor, não necessita de alegação das partes, visto que somente pode versar sobre questões cognoscíveis de ofício, o que efetivamente não é o caso dos autos, sendo certo que os embargos à execução são a via adequada para desconstituir a CDA com base em provas. 4. Tendo em vista que o presente agravo regimental foi interposto em período anterior ao julgamento do recurso representativo da controvérsia, deixo de aplicar a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC. 5. Agravo regimental não provido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00039 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018499-27.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.018499-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO
ADVOGADO : LUIS ANTONIO DA GAMA E SILVA NETO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : INDUSTRIAS MATARAZZO DE EMBALAGENS LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00189397220094036182 6F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, aplicando o artigo 739-A, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil, negou efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que as execuções fiscais se sujeitam ao artigo 739-A do Código de Processo Civil (AGRMC 13.249, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU 25/10/07) e que a atribuição de efeito suspensivo sobre o executivo fiscal somente é possível em situações excepcionais, não bastando apenas, como antes, a propositura dos embargos com a garantia do Juízo, mas a relevância de seus fundamentos e o risco de dano irreparável.

Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu esta Turma, em precedente de minha relatoria (AG 2007.03.00.088562-2, DJU 08/07/08):

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. ANULATÓRIA. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência, quanto aos limites de admissibilidade da exceção de pré-executividade, firme no sentido de que nela somente cabe a discussão de questão de ordem pública ou de evidente nulidade formal do título, passível de exame ex officio, e independentemente de dilação probatória. 2. Caso em que pleiteado o reconhecimento da prescrição, sem atentar para o fato de que a constituição definitiva do crédito tributário deve ser demonstrada com a juntada do comprovante de entrega da DCTF, inexistente nos autos, o que revela a necessidade de dilação probatória, incompatível com a via excepcional da exceção de pré-executividade. 3. Firme a jurisprudência no sentido de que, não tendo sido efetuado o depósito na ação anulatória do débito fiscal, é manifesto o cabimento da execução fiscal, cujo curso somente pode ser suspenso, por igual, se garantido o crédito tributário ou, por outro modo, suspensa a sua exigibilidade. Na atualidade, aliás, dado que as execuções fiscais se sujeitam ao artigo 739-A do Código de Processo Civil (AGRMC nº 13.249, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 25.10.07, p. 124), a atribuição de efeito suspensivo sobre o executivo fiscal somente é possível em situações excepcionais, não bastando apenas, como antes, a propositura dos embargos com a garantia do Juízo, mas a relevância de seus fundamentos e o risco de dano irreparável. Se é assim com os embargos, com maior razão deve ser em relação à anulatória, em que não se tenha garantido o crédito tributário, donde a manifesta a improcedência do pedido formulado, à luz da jurisprudência firmada. 4. No tocante aos artigos 620 do Código de Processo Civil, e 112, II e IV, e 108, ambos do Código Tributário Nacional, não se prestam a viabilizar a defesa das proposições que, pelos fundamentos anteriormente destacados, são impróprias no âmbito da exceção de pré-executividade ou de manifesta improcedência. 5. Precedentes." (g.n.)

Como se observa, a pretensão da agravante de afastar a aplicação do artigo 739-A do Código de Processo Civil é manifestamente despida de plausibilidade jurídica, colidindo frontalmente com a jurisprudência consagrada. Ademais, ainda que garantida a execução fiscal, deve-se observar outros requisitos para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor, quais sejam, a relevância dos fundamentos dos embargos do devedor e o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação, o que não se verifica no caso concreto.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00040 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018531-32.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.018531-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : HELIO BARBOSA DE ANDRADE e outros

: OSWALDO JOSE MARTINS

: NIVALDO APARECIDO MARINOTTI

: VITOR LUCIANO FERREIRA

ADVOGADO : LESLIE CRISTINE MARELLI e outro

AGRAVADO : Ministério Público Federal

ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRES. PRUDENTE SP

No. ORIG. : 00039244520104036112 2 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação civil pública, condicionou o recebimento do recurso de apelação ao recolhimento do preparo, sob pena de deserção.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que o benefício legal contido no artigo 18 da Lei nº 7.347/85 ("*Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais*") alcança apenas a parte autora da ação civil pública, não

dispensando a parte ré do preparo do recurso, consoante revelam, entre outros, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

- **AgRg no REsp 1151208; Min. Rel. BENEDITO GONÇALVES; DJE 09/08/2010; EMENTA: "PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESNECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. BENEFÍCIO EXCLUSIVO DA PARTE AUTORA. APELAÇÃO DOS RÉUS DESERTA. 1. Hipótese em que se alega que os elementos colacionados nos autos "obrigatoriamente levam ao entendimento de ser afastada a deserção imposta pelo MM. Juízo monocrático, por ser ela desprovida de embasamento legal, quer seja pelo fato de existir previsão legal para o recolhimento das custas e despesas processuais ao final ou, quer seja em razão dos intransponíveis defeitos da publicação de r. sentença prolatada, conforme sobejadamente demonstrado nas contra razões do recurso especial interposto neste feito" (fls. 290). 2. Esta Corte já assentou que o benefício legal contido na primeira parte do artigo 18 da Lei 7.347/85 ("Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e qualquer outras despesas") alcança apenas a parte autora da ação civil pública, não dispensando do preparo do recurso a parte ré. Precedentes: AgRg no Ag 1.100.404/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 4/8/2009; AgRg nos EDcl no REsp 1113729/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 29/9/2009; AgRg na MC 14.116/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 19/6/2008; REsp 885.071/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 22/03/2007. 3. A questão relativa à irregularidade na publicação da sentença não foi objeto do recurso especial interposto pela parte recorrente, ora agravada. Desse modo, considerando que o efeito devolutivo dos recursos submetidos à instância especial está limitado às razões recursais neles deduzidas (recurso de fundamentação vinculada), nesta sede, falece competência ao STJ para conhecer de tal questão. 4. Agravo regimental não provido.**

- **AgRg nos EDcl no REsp 1113729; Min. Rel. HAMILTON CARVALHIDO; DJE 29/09/2009; EMENTA: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO DO RÉU. DESERÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 519 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. ISENÇÃO. INCABIMENTO. 1. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo." (Súmula do STJ, Enunciado nº 211). 2. Em não tendo sido apreciada a questão relativa à violação do artigo 519 do Código de Processo Civil, a parte deveria vincular a interposição do recurso especial à violação do artigo 535 do Código de Processo Civil e, não, aos dispositivos tidos como violados, mas não apreciados. 3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em que a isenção de que trata o artigo 18 da Lei nº 7.347/85 é aplicável apenas à parte autora. E, quanto à parte ré, por ausência de disposição específica, aplica-se a regra geral do artigo 20 do Código de Processo Civil. 4. Agravo regimental improvido".**

- **REsp 885071; Min. Rel. TEORI ALBINO ZAVASCKI; DJ 22/03/2007; EMENTA: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO DO RÉU. AUSÊNCIA DE PREPARO. ART. 18, DA LEI Nº 7.347/85. DESNECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. PRIVILÉGIO DA PARTE AUTORA. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA QUANDO DA INTERPOSIÇÃO DA APELAÇÃO. INDEFERIMENTO SEM ABERTURA DE OPORTUNIDADE PARA O PREPARO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DESERÇÃO. 1. A previsão legal contida na primeira parte do artigo 18 da Lei 7.347/85 ("Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e qualquer outras despesas") aplica-se exclusivamente à parte autora da ação civil pública. Precedentes. 2. "Afirmada a necessidade de justiça gratuita, seja em que momento for, não pode o órgão julgador declarar deserto o recurso sem se pronunciar sobre o pedido de assistência judiciária. Caso indeferida a gratuidade, deve-se abrir ao requerente oportunidade para o preparo" (AgRg no Ag 622403/RJ, 6ª T., Min. Nilson Naves, DJ de 06.02.2006). No mesmo sentido: REsp 731880/MG, 4ª T., Min. Jorge Scartezini, DJ de 14.11.2005; RMS 19747/RJ, 3ª T., Ministro Castro Filho, DJ de 05.09.2005 e REsp 556081/SP, 4ª T., Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 28.03.2005. 3. Recurso especial parcialmente provido".**

- **REsp 479830; Min. Rel. TEORI ALBINO ZAVASCKI; DJ 23/08/2004; EMENTA: "PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO DO RÉU. AUSÊNCIA DE PREPARO. ART. 18, DA LEI Nº 7.347/85. DESNECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. PRIVILÉGIO DA PARTE AUTORA. DESERÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. 1. Não viola o artigo 535 do CPC o acórdão que se manifesta sobre questão apontada como omitida. 2. A previsão legal contida na primeira parte do artigo 18 da Lei 7.347/85 ("Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e qualquer outras despesas") aplica-se exclusivamente à parte autora da ação civil pública. Precedentes. 3. Recurso especial a que se nega provimento".**

- **REsp 551418; Min. Rel. FRANCISCO FALCÃO; DJ 22/03/2004; EMENTA: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO DO RÉU. NÃO PAGAMENTO DO PREPARO. DESERÇÃO. ART. 18, DA LEI 7.347/85. I - A isenção do artigo 18 da Lei 7.347/85 aplica-se unicamente à parte autora, não sendo aplicável à parte ré da ação civil pública. II - "O benefício concedido pelo art. 18, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), conforme o texto legal, só é deferido "à associação autora". No caso em apreço, o recorrente não é o autor da ação, e sim o réu, não se lhe aplicando o referido dispositivo legal." (AGA nº 384.589/PR, Relator Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 24/09/2001, p. 00260). III - Recurso especial improvido".**

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00041 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018712-33.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.018712-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : CANTINA 605 LTDA e outros
: MESQUITA E CIA LTDA
: RIBERQUIMICA PRODUTOS QUIMICOS LTDA
: SUPER HOLDING GIMENES LTDA
: VANE COML/ DE AUTOS E PECAS LTDA
ADVOGADO : JOSE LUIZ MATTHES e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
No. ORIG. : 03176908919914036102 7 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução de sentença contra a Fazenda Pública, deferiu a compensação dos créditos apurados nos autos com os débitos fiscais das exequentes, apontados pela PFN (f. 259/92), nos termos do artigo 100, § 9º, da CF, na redação dada pela EC nº 62/09.

Consta dos autos que, na ação originária, a UNIÃO foi condenada a restituir às autoras valores recolhidos a título de FINSOCIAL à alíquota superior a 0,5% (f. 100/6). Houve apelação das autoras e remessa oficial (f. 110/4). Efetuados os cálculos, houve embargos à execução, julgados improcedentes (f. 150/2), e após diversos recursos (f. 155/63, 164/69, 198/206, 210/20, 224/39 e 244/54), foi certificado o trânsito em julgado (f. 256), quando houve determinação para que a União informasse a existência de débitos constituídos contra as credoras, para fins de aplicação do artigo 100, §§9º e 10 da CF (f. 257). A PFN confirmou a existência de créditos fiscais em face de UETA & CIA LTDA - ME (atual denominação de MESQUITA E CIA LTDA), RIBERQUÍMICA PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, SUPER HOLDING GIMENES LTDA (atual denominação de SUPERMERCADOS GIMENES LTDA) e VANE COMERCIAL DE AUTOS E PEÇAS LTDA (f. 259/vº), que se manifestaram acerca do pedido de compensação, alegando, em suma, que (f. 297/305): (1) o comando inserido no texto constitucional pela EC 62/2009, ofende o artigo 5º, XXXVI, da CF; (2) tal comando é inconstitucional, no que tange às condições estabelecidas para expedição de precatórios, ainda que inserido por emenda constitucional, tendo em vista a impossibilidade de alteração dos direitos e garantias individuais (artigo 60, §4º, IV, da CF); (3) a hipótese incide na mesma inconstitucionalidade reconhecida no julgamento da ADIN nº 3453, sobre o artigo 19 da Lei nº 11.033/04; (4) entendimento pela validade das restrições trazidas pelos §§9º e 10 da CF, resulta em coação para pagamento de tributo, sanção administrativa rechaçada pelo STF; (5) o STF pacificou o entendimento "de que a cobrança dos tributos pelo Fisco deve ser promovida através de meio próprio, via executivo fiscal, sem tolher direta ou indiretamente quaisquer garantias do contribuinte" (f. 302), através da Súmulas 70, 323 e 547; e (6) a executada não trouxe aos autos "as comprovações necessárias à demonstração da real situação dos supostos créditos constituídos em face das exequentes, limitando-se a anexar extratos emitidos pela própria PGFN, sem nenhum conteúdo probatório, não cumprindo, a rigor, o ônus que lhe fora conferido" (f. 304).

O requerimento para compensação dos débitos fiscais com o crédito apurado nos autos, foi deferido pelo juízo "a quo", nos seguintes termos (f. 307):

"495/502. Sem razão os autores/exequentes.

As alterações promovidas no art. 100, da CF, pela EC nº 62/09, resultam de procedimento legislativo formal hígido impulsionado pelo exercício regular de competência legislativa, previstos na Constituição da República.

Ademais, não se verifica qualquer mácula ao texto primitivo capaz de afastar a aplicabilidade de norma que também detém status constitucional, de forma que os posicionamentos jurisdicionais apresentados pelos exequentes não encontram respaldo ante as alterações promovidas no texto magno, o qual é norte interpretativo que pauta toda a legislação infraconstitucional e as interpretações que daí resultam.

Assim, considerando a existência de débitos fiscais pelos exequentes junto órgão tributário e atento a regulamentação estabelecida pelo Conselho da Justiça Federal, através da Resolução nº 122/2010, determino que a União promova a compensação dos créditos apurados nestes autos com os débitos fiscais descritos às fls. 457/489."

Contra tal decisão o presente agravo de instrumento (f. 02/15), reiterando os termos da manifestação de f. 297/305. DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a compensação, pleiteada pela agravante, tem respaldo na EC nº 62/09, que alterou o artigo 100 da Constituição Federal, incluindo os §§ 9º e 10, com o seguinte teor:

"§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos."

Como literalmente descrito na norma a compensação deve ocorrer no ato da expedição do ofício, de modo que sejam incluídos no orçamento apenas os valores efetivamente devidos, descontados os débitos constituídos, inscritos ou não, em face do contribuinte, credor do precatório. A norma tem eficácia plena, independentemente de regulamentação, atingindo a situação dos precatórios ainda não emitidos na data da publicação da emenda constitucional.

Observa-se que, na espécie, o ofício precatório/requisitório, sequer foi expedido, de forma que a indicação dos débitos pela PFN é anterior à tal emissão, atendendo a exigência estabelecida pela norma.

Nota-se ainda, que a UNIÃO juntou, na origem, espelho de débitos, demonstrando a existência de diversos débitos, constituídos e sem exigibilidade suspensa (f. 260/92), preenchendo, assim, o exigido pela norma constitucional para fins de desconto do valor a ser pago por ofício precatório. O bloqueio de valores tem o objetivo de impedir, cautelarmente, o levantamento que, se efetivado, exauriria o objeto da pretensão fazendária, resguardando o valor até que seja definida a sua destinação, podendo o contribuinte exercer o contraditório, sem qualquer ofensa a preceito constitucional.

Ademais, diferentemente da previsão contida no artigo 19 da Lei nº 11.033/04, a instituída pela EC nº 62/2009 tem natureza constitucional e, pois, não padece de vícios, aferíveis de plano, inclusive porque o pagamento do precatório, decorrente de coisa julgada, não é intangível a constrições posteriores, seja a penhora, seja o bloqueio para a garantia de crédito tributário, dotado de liquidez, certeza e exigibilidade.

Finalmente, embora haja questionamentos quanto à constitucionalidade da EC nº 62/2009 no Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, na ADI 4372/DF, o certo é que inexistente, até o momento, medida liminar suspendendo a sua eficácia, motivo pelo qual deve prevalecer a presunção geral de constitucionalidade da norma.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00042 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018912-40.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.018912-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : JOSE ROBERTO LEMES LEITE SOARES JUNIOR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE DRACENA SP
No. ORIG. : 09.00.05391-5 2 Vr DRACENA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em execução fiscal, deferindo a penhora indicada pela exequente, sobre bem imóvel de propriedade do executado, determinou que **"o registro da penhora deverá ser providenciado pelo próprio exequente, independentemente da expedição de mandado (art. 659, §4º, CPC)"**.

Alegou, em suma, a agravante que o artigo 7º e 14 da Lei 6.830/80 prevêm que o deferimento da inicial importa em ordem para o registro da penhora, a cargo do Oficial de Justiça, não sendo aplicável o Código de Processo Civil ante a existência de norma específica.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se firmada a jurisprudência, para efeito de agravo de instrumento e no juízo que lhe é próprio, no sentido da manifesta plausibilidade jurídica do pedido formulado pela Fazenda Nacional, vez que nas execuções fiscais, o registro da penhora junto ao órgão competente cabe ao Oficial de Justiça, observado o disposto no artigo 14, inciso I, da Lei nº 6.830/80, não se aplicando a norma do § 4º do artigo 659 do Código de Processo Civil, conforme revelam, entre outros, os seguintes acórdãos:

AG nº 2007.03.00.090391-0, Rel. Des. Fed. RAMZA TARTUCE, DJF3 de 14/05/08: "PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - DECISÃO QUE INDEFERIU O REGISTRO DE PENHORA EM FACE DO DISPOSTO NO ART. 659, § 4º, DO CPC - AGRAVO PROVIDO. 1. O agravante, em sua minuta, chama a atenção para a questão relativa ao pagamento de custas, dizendo que delas está desobrigado (fl. 04). No entanto, o ato impugnado nada dispôs acerca do pagamento prévio de custas para o registro da penhora, limitando-se a determinar que o agravante adote as medidas necessárias ao registro da penhora, na forma prevista pelo § 4º do art. 659 do CPC, o qual, diga-se, não prevê o adiantamento de custas. 2. As regras do CPC são aplicadas, subsidiariamente, às execuções fiscais, nos casos em que a Lei 6830/80 não dispuser sobre o assunto, o que não ocorre na espécie. 3. Considerando que a LEF, em seus artigos 7º e 14, regulam o ato de registro da penhora, merece parcial reparo a decisão agravada, para determinar que se proceda o registro de averbação da penhora imóvel junto à matrícula do imóvel, na forma prevista na lei específica. 4. Agravo provido."

AG nº 2007.03.00.025530-4, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJU de 07/04/08, p. 449: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REGISTRO DA PENHORA. APLICAÇÃO DO ART. 7º, IV E ART. 14, I LEI Nº 6.830/80. ATRIBUIÇÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. 1. No caso vertente, penhorado bem imóvel, o d. magistrado de origem determinou que a penhora, nos termos do art. 659, §4º do Código de Processo Civil, é registrada com a devida certidão, cabendo ao exequente as providências junto ao CRI. 2. Dispõe o art. 1º, da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80) que a execução judicial para cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei, e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. 3. Somente será aplicado o Código de Processo Civil à cobrança judicial da dívida ativa da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias quando a Lei de Execução Fiscal, que é lei especial, for omissa. 4. O registro da penhora é realizado por meio do oficial de justiça e não pela exequente por atribuição expressa do art. 7º IV c/c art.14, I, da LEF. 5. Precedentes: TRF3, 6ª turma, Ag. nº 2006.03.00.116131-3, Rel. Juiz Federal Convocado Miguel di Pierro, v.u., DJU 06/08/07; TRF-1ª Região, AI nº 200401000526624/MG, Oitava Turma, rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, DJ 1/7/2005, p. 134; TRF4, 2ª turma, Ag. nº 2005.04.01.037025-9, Rel. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler, v.u, DJU 18/01/2006) 6. Agravo de instrumento provido."

AGVAG nº 2007.04.00.028546-3, Rel. Des. Fed. ÁLVARO JUNQUEIRA, D.E. de 29/07/08: "AGRAVO LEGAL (ART. 557, §1º, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARCIAL PROVIMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EFICÁCIA DE NOMEAÇÃO À PENHORA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 1. Declarada ineficaz a primeira nomeação efetivada pela executada, é devolvido ao credor o direito à indicação dos bens passíveis de penhora, ocorrendo a preclusão em relação a novo oferecimento, pelo devedor. 2. Enquanto não lavrado efetivamente o auto de penhora, o credor poderá recusar o bem, ainda que tenha anteriormente manifestado concordância. 3. Em decorrência de previsão de lei específica (arts. 7º, IV e 14 da Lei nº 6.830/80), não constitui incumbência da parte exequente realizar a averbação da penhora no Registro de Imóveis competente. 4. Manutenção da deliberação monocrática do Relator que deu parcial provimento ao agravo de instrumento, pois proferida com fincas no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil. 5. Agravo legal desprovido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a r. decisão agravada, nos termos supracitados.

Intime-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00043 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0019430-30.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.019430-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : DROGA SHANGAI LTDA
ADVOGADO : DANIELA GOMES DE BARROS e outro
AGRAVADO : Conselho Regional de Farmacia do Estado de Sao Paulo CRF/SP
ADVOGADO : ANNA PAOLA NOVAES STINCHI e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

No. ORIG. : 00129768320094036182 2F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu exceção de pré-executividade, fundada em nulidade da execução fiscal e das CDAs, por cerceamento de defesa, diante da ausência de procedimento administrativo e demonstrativo de débitos; ilegitimidade passiva *ad causam* dos sócios-gerentes; e incompetência do CRF para aplicar multa pela falta de profissionais de farmácia habilitados e registrados (f. 97/8v.), tendo sido rejeitados os embargos de declaração (f. 108/9).

A agravante alegou: **(1)** nulidade da citação postal, por ter sido simplesmente entregue a correspondência em seu domicílio, sem o recebimento e assinatura de seu representante legal, conforme o artigo 8º, I e II, da Lei 6.830/80, c/c o parágrafo único do artigo 223 do CPC, não tendo havido interrupção da prescrição, nos termos do artigo 174, parágrafo único, I, do CTN; **(2)** cerceamento de defesa, vez que não foi notificada dos autos de infração, que deveriam instruir a inicial, conforme artigos 584 e 585 do CPC, concluindo-se que tenham sido cancelados ou sequer existam, já que o próprio Juízo agravado afirmou que "*quanto à execução (...) Não é possível saber sobre qual CDA se refere*" (f. 08) e, além disso, o agravado não se manifestou sobre as respectivas alegações da agravante; e **(3)** "*impossibilidade latente do cumprimento da decisão que ordena a penhora em dinheiro, uma vez que se a penhora não for de faturamento futuro, não pode ser assim revestida apenas para não se ter a necessidade da designação de responsável administrador*" (f. 09), justificando-se, por isso, a suspensão da execução. Requeveu: "*I. A concessão, 'inaudita altera pars', para que o presente recurso em agravo de instrumento seja recebido em seu efeito suspensivo ativo, visando afastar a exigibilidade Da Multa sem comprovação, notificação ou citação emitida pelo CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DE SÃO PAULO. II. Após, seja reformada em definitivo a r. decisão interlocutória de fls 79/80 e fls. 90/91, ora combatidas, para deferir a exceção de pré-executividade oposta, pelas nulidades dos atos da oro agravado e pela nulidade das cópias fiscais, conforme os argumentos supramencionados. III. Caso seja outro entendimento dos Ilustres Julgadores, o que se aventa por argumentar, a Agravante deixa toda a matéria pré-questionada, as violações aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa e, as Leis infraconstitucionais, especialmente o artigo 8º da Lei 6830/50 e artigo 213, 214, 231 e ss e 583, caput, todos do CPC, além das jurisprudências coladas no presente recurso dos Colendos Tribunais Superiores, para eventual interposição de recurso especial e extraordinário.*" (f. 12). DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

(1) A desnecessidade de juntada do processo administrativo e auto de infração

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que não induz nulidade a falta de juntada do processo administrativo, vez que o título executivo é, por definição, o resumo necessário dos elementos essenciais à execução fiscal, prescindindo de qualquer outra documentação, nele constando, como revela o exame concreto da CDA, a natureza da dívida, o valor originário, termo inicial da correção monetária, o valor da multa, juros e o total em cobrança.

A propositura de execução fiscal, em tais condições, não padece de qualquer ilegalidade, conforme consolidada na jurisprudência, inclusive desta Turma, a teor do que revela, entre outros, o seguinte precedente:

AC nº 2007.61.20000994-8, Rel. Juiz Conv. SOUZA RIBEIRO, DJF3 03/11/200: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. REQUISITOS LEGAIS. ÔNUS DO EXECUTADO PARA ELIDIR A PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - ANUIDADE - CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - CRECI - NATUREZA - ARTIGO 16 DA LEI Nº 6.530/1976, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.795, DE 05.12.2003 - PREVISÃO DE VALORES MÁXIMOS - DEFINIÇÃO DO VALOR PELO CONSELHO FEDERAL - LEGITIMIDADE - ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL. I - A CDA deve conter os requisitos constantes no artigo 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80, combinado com o artigo 202 do Código Tributário Nacional, materializando elementos essenciais para que o executado tenha plena oportunidade de defesa, assegurando-se os princípios do contraditório e do devido processo legal, cabendo ao executado o ônus processual para elidir a presunção de liquidez e certeza da CDA (CTN, artigo 204; Lei nº 6.830/80, artigo 3º), devendo por isso demonstrar, pelos meios processuais postos à sua disposição, algum vício formal na constituição do título executivo, ou ainda, provar que o crédito declarado na CDA é indevido. II - No caso dos autos, a preliminar não merece acolhimento porque: a) em primeiro lugar, a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80) exige tão somente que a petição inicial executória seja instruída com a certidão da dívida ativa, cujos requisitos serão os mesmos dos constantes no respectivo Termo de Inscrição na Dívida Ativa (art. 6º, § 1º e art. 2º, §§ 5º e 6º), daí porque não haveria qualquer razão jurídica para se exigir a instrução da execução com ambos os documentos, ainda que haja previsão em norma administrativa nesse sentido, posto que nesta matéria (título executivo hábil à instrução da execução fiscal) deve-se seguir apenas o que consta das normas legais específicas, não podendo a norma infralegal dispor em sentido diverso; b) em segundo lugar, porque a CDA que instrui a execução fiscal goza de todos os requisitos legais, por isso gozando da presunção de liquidez e certeza, não tendo o embargante demonstrado com a juntada de cópias do processo administrativo qualquer irregularidade do procedimento de constituição do crédito fiscal e inscrição em dívida ativa. (...)"

(2) Os requisitos formais do título executivo e a regularidade da execução proposta

Tem reiteradamente decidido a Turma, diante de CDA, tal qual a que instruiu esta execução fiscal, que não procede a alegação de nulidade, em detrimento da presunção de sua liquidez e certeza, uma vez que nela constam os elementos exigidos legalmente para a identificação do crédito executado (qualificação do sujeito passivo, origem e natureza do crédito, *quantum debeat*, termo inicial dos encargos e respectiva legislação reguladora, etc.), sendo integralmente válida e eficaz a CDA, em face do artigo 2º e §§ da LEF, para efeito de viabilizar a execução intentada.

Em suma, o título executivo, no caso concreto, especifica desde a origem até os critérios de consolidação do valor do crédito tributário executado, não se podendo, neste contexto, invocar qualquer omissão ou obscuridade, mesmo porque é certo, na espécie, que o contribuinte não enfrentou dificuldade na compreensão do teor da execução, tanto que opôs exceção de pré-executividade com ampla discussão visando à desconstituição do título executivo, não se podendo cogitar de violação ao princípio da ampla defesa, nem de iliquidez, incerteza, nulidade, falta de interesse processual ou impossibilidade jurídica do pedido.

Diante de título executivo com idênticas características, tem decidido, reiteradamente, a Turma que:

AC nº 2008.03.99.026301-8, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 14/10/2008: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADES E EXCESSO DE EXECUÇÃO. 1. A certidão de dívida ativa contém todos requisitos formais exigidos pela legislação, estando apta a fornecer as informações necessárias à defesa do executado que, concretamente, foi exercida com ampla discussão da matéria versada na execução.(...)"

AC nº 2002.61.82.045883-0, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 25/11/2008: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA AFASTADA. ACRÉSCIMOS DECORRENTES DA MORA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. 1. A dívida ativa regularmente inscrita na repartição competente goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Necessária, para ilidi-la, prova em contrário, concretamente demonstrável. 2. A Certidão da Dívida Ativa permitiu verificar a presença de todos os requisitos necessários para tornar o título certo, líquido e exigível, contendo todos os elementos necessários à identificação do débito e apresentação da respectiva defesa. 3. A Lei nº 6.830/80, que trata das execuções de créditos da Fazenda Nacional, não prevê a exigência de apresentação de demonstrativo pormenorizado do débito, sendo suficiente que a certidão de dívida ativa indique expressamente as disposições legais aplicáveis, nos termos do disposto no art. 2º, § 5º, da norma em referência, bem como no art. 202, II, do CTN. (...)"

(3) A inexigibilidade da juntada de memória discriminada de cálculo

Impende destacar, outrossim, que a apresentação de memória discriminada do crédito tributário não configura exigência legal válida para os executivos fiscais, sujeitos à legislação específica (princípio da especialidade), cujos requisitos foram integralmente cumpridos no caso concreto dos autos.

Nesse sentido, entre outros, o seguinte precedente:

RESP 928.962, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 04.06.2009: "TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CDA - REGULARIDADE FORMAL - MATÉRIA DE PROVA - SÚMULA 7/STJ - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - DESNECESSIDADE - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PREQUESTIONAMENTO - NÃO-OCORRÊNCIA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE. 1. Reconhecida nas instâncias ordinárias a regularidade formal da CDA e da petição inicial, é inviável formular juízo diverso na instância especial, sob pena de ofensa à Súmula 7 desta Corte. Precedentes. 2. Na execução fiscal, é desnecessária a apresentação de memória discriminada dos créditos executados, pois todos os elementos que compõem a dívida estão arrolados no título executivo. Precedentes. 3. A tese em torno da ocorrência de denúncia espontânea não foi objeto de valoração na instância originária, o que atrai a incidência da Súmula 282/STF para impedir o conhecimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento. 4. A jurisprudência do STJ admite a cumulação de honorários de advogado na execução fiscal e nos embargos de devedor. Precedentes. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido."

(4) A ausência de cerceamento de defesa administrativa

Quanto à alegação de cerceamento de defesa, pela falta de notificação regular dos autos de infração, não assiste razão à agravante, ao menos nos limites restritos da exceção de pré-executividade, pois os documentos juntados pelo CRF demonstram que a agravante ficou ciente da autuação, tanto que preencheu formulários de requerimento de recurso (f. 88 e v. e 94 e v.).

De outro lado, diferentemente do que alegou a agravante, o que não permite conferir a qual CDA se refere são os documentos por ela juntados à f. 52/4, que informam ter sido cancelado o Termo de Intimação nº 189490, o qual não apresenta relação com as CDA's executadas (189497, 189498, 189499 e 189500).

(5) A validade da citação

Conforme entendimento jurisprudencial, o artigo 8º, II, da LEF considera válida a citação postal, enviada ao correto endereço da executada e ali recebida por qualquer funcionário, ainda que sem poderes de representação, em conformidade com a teoria da aparência. O alcance da validade da citação postal restou assim definido pela jurisprudência da Corte:

AC nº 2002.61.82047643-0, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU 05/12/2007: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INTEMPESTIVIDADE. CITAÇÃO VIA POSTAL. PESSOA JURÍDICA.

AR RECEBIDO POR PESSOA DIVERSA DO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA. VALIDADE. INTIMAÇÃO DA PENHORA FEITA EM PESSOA QUE SE APRESENTOU COMO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA. TEORIA DA APARÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não procede a argüição de nulidade da intimação da penhora, por não se observar a norma disposta no art. 12, § 3º, da Lei n. 6.830/80, em razão da citação postal ter sido efetivada em pessoa diversa do representante legal da empresa. 2. Na execução fiscal, em se tratando de pessoa jurídica, considera-se válida a citação por via postal quando a carta de citação é recebida no endereço da executada, podendo ser recebida por quem não tenha poderes de representá-la, conforme precedentes do STJ. 3. Conquanto não se possa aferir com precisão de quem é a assinatura constante do aviso de recepção (fls. 113), impõe-se reconhecer a validade do ato de intimação da penhora, por aplicação da "teoria da aparência", pois realizada em pessoa que se apresentou como representante legal da empresa executada, tomando ciência do teor do processo e do prazo para apresentar embargos (fls. 94). 4. Reconhecida a validade da citação e da intimação da penhora, conta-se o prazo de 30 dias para interposição dos embargos a partir da intimação da penhora que, no caso em apreço, ocorreu em 20 de fevereiro de 2002. Assim, revelam-se intempestivos os embargos oferecidos apenas em 18 de novembro daquele ano. 5. Improvemento à apelação."

AC nº 1999.61.03001491-5, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU 11/02/2008: "CSL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POSTAL. REGRA. AR. ENTREGA EFETIVA À EXECUTADA. NULIDADE REJEITADA. INTIMAÇÃO REGULAR DA PENHORA. FLUÊNCIA DO PRAZO PARA DEFESA. INTEMPESTIVIDADE INEQUÍVOCA. EXCESSO DE PENHORA. MATÉRIA PREJUDICADA. 1. Preliminar de nulidade rejeitada, porque, a regra na execução fiscal é a de que a citação se dá pelo correio, com aviso de recepção, nos termos do inciso I do artigo 8º da Lei n. 6.830/80, de modo que, só há falar-se em citação por oficial de justiça se assim o requerer a exequente, o que não ocorreu na espécie, ou, ainda, na hipótese do AR não retornar no prazo de 15 dias da entrega da carta à agência postal, conforme prevê o inciso III do artigo em testilha, situação também estranha ao feito, diante do AR juntado às fls. 73, e, ainda porque, aqui, não há obrigatoriedade de observância do requisito a que alude a segunda parte do parágrafo único do artigo 223 do CPC, ou seja, que a assinatura do AR seja feita por pessoa com poderes de gerência geral ou de administração, bastando, para tanto, que a carta tenha sido entregue no endereço da executada, com assinatura de empregado, funcionário ou terceirizado seu, como se deu efetivamente na espécie (fls. 73), segundo a dicção do inciso II do artigo 8º, c/c §3º do artigo 12, ambos da Lei n. 6.830/80. 2. Diante do que preconizam o artigo 16 e seu inciso III da LEF, se a empresa foi intimada pessoalmente da penhora, na pessoa de seu sócio majoritário, Diede José Gomes Lameiro, em 15/03/1.999, conforme certificado às fls. 79, o prazo para opor sua defesa passou a fluir em 16/03/1.999, vencendo-se em 14/04/1.999, e como os embargos foram opostos em 16/04/1.999, a declaração da extemporaneidade é de rigor. Não se pode confundir a regra acima transcrita com o disposto no inciso I do artigo 738 do CPC, que só tem lugar na execução comum. 3. Prejudicialidade da matéria atinente ao excesso de penhora. 4. Apelação não provida."

Na espécie, a citação postal foi enviada e recebida no endereço correto da agravante, em 26/05/2009 (f. 29), não havendo que se falar em qualquer nulidade. Ademais, a agravante opôs exceção de pré-executividade em 17/06/2009 (f. 31/9), sendo que, mesmo na hipótese em que não tivesse sido citada, o que não é o caso destes autos, seu comparecimento espontâneo supriria eventual falta de citação, nos termos do § 1º do artigo 214 do CPC. Ressalte-se, por fim, que a decisão agravada ordenou a expedição de *mandado de penhora, avaliação e intimação* (f. 98v.), não determinando que a constrição recaia, especificamente, sobre dinheiro, o que demonstra estarem dissociadas as razões do recurso neste aspecto. Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00044 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0019461-50.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.019461-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Estado de Sao Paulo
ADVOGADO : FREDERICO JOSE FERNANDES DE ATHAYDE (Int.Pessoal)
AGRAVADO : VALTER ALVES DOS SANTOS e outro
: EZONILDA PIMENTA SILVA
ADVOGADO : ROGERIO FRANCISCO e outro
PARTE RE' : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

PARTE RE' : MUNICIPIO DE SAO PAULO SP
ADVOGADO : LEON ROGÉRIO GONÇALVES DE CARVALHO (Int.Pessoal)
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00215882820104036100 4 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação de indenização por danos morais e estéticos, determinou prova pericial, sem pedido das partes, ordenando que Estado e Município de São Paulo juntem prontuários completos dos autores e locais onde foram atendidos, conforme narrativa inicial.

Na ação ordinária 0021588-28.2010.4.03.6100, os autores pediram a condenação da UNIÃO, ESTADO DE SÃO PAULO e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO à indenização para reparação de danos morais e estéticos, alegando, em suma, que são portadores de hanseníase, doença curável e que, caso o tratamento seja tardio ou inadequado, pode provocar seqüelas (deformidades), mesmo com a eliminação do agente provocador. Aduziram que sempre efetuaram o tratamento da doença na Unidade Básica de Saúde (UBS) da Avenida Ceci, São Paulo/SP, e que a Portaria Conjunta 125/2009, descentralizando atendimento ambulatorial, resultou no encaminhamento compulsório dos autores a outros postos, com queda na qualidade de atendimento, falta de medicamentos, médicos e infraestrutura, além de descaso com os pacientes de outras localidades, e que, diante de acidente doméstico, incorretamente tratado, por imperícia médica e falta de insumos hospitalares, houve infecção em parte dos membros inferiores, necrose, e, por fim, necessidade de amputação. Salientaram que o direito de reparação de danos morais e estéticos é demonstrado a partir da ocorrência dos seguintes fatos:

"i) Fato administrativo - representado pela falha no atendimento aos Autores, falta de medicamentos essenciais (Bota de Unna, colírios, Creme de uréia e outros) e falta de curativos;

ii) Dano sofrido - Amputação de parte do membro inferior (1/3 da perna) dos Autores.

iii) Nexo causal - Constatação do erro de avaliação anteriormente realizada; agravamento do quadro clínico por falta de atendimento no momento oportuno e falta de medicamentos. A união de todos os elementos culminou na impossibilidade da continuidade do tratamento médico que resultaram na amputação.

[...] a ocorrência do fato administrativo se deu pela falta de utilização de todos os meios razoáveis e acessíveis na medicina, na tentativa de que se pudesse avaliar, em tempo hábil, seu problema e assim adotar todas as medidas necessárias e existentes, na tentativa de obter o melhor atendimento, com as menores seqüelas".

Houve contestações (f. 124/8, f. 151/87 e f. 190/200), e fase para especificação de provas (f. 219). Autores e réus postularam pelo julgamento antecipado da lide, porém decidiu o Juízo agravado (f. 225):

"Vistos.

Converto o julgamento em diligência.

Apesar de as partes não terem requerido outras provas, entendo necessária para a solução da lide a realização de prova pericial.

Para isso nomeio como perita do Juízo a Dra. Marta Candido, CRM/SP 50389.

Providenciem os réus Estado de São Paulo e Município de São Paulo, no prazo de 10 (dez) dias, os prontuários completos dos autores, de todos os locais onde foram atendidos, conforme narrado na inicial.

Faculto às partes a apresentação de quesitos e a indicação de assistentes técnicos.

Feito isso, intime-se a Sra. Perita para formular proposta de honorários, dando-se vista às partes, na seqüência, para manifestarem-se sobre a mesma".

Contra tal decisão o ESTADO DE SÃO PAULO agravou, alegando, em suma, que não detém atribuição para determinar que os hospitais indicados apresentem prontuários requisitados, pois, por exemplo, o Hospital das Clínicas, autarquia estadual, possui personalidade jurídica própria e deve ser demandado individualmente. Assim, as provas solicitadas ao ESTADO DE SÃO PAULO devem ser requeridas diretamente pelo Juízo, ou, então, juntadas pelos autores, que devem demonstrar os fatos constitutivos do direito. Aduziu que ser a Justiça Federal incompetente para processar e julgar a demanda, já que os autores foram atendidos em hospitais da rede municipal, bem como pelo Hospital das Clínicas, que possui personalidade jurídica própria, não sendo possível justificar a competência federal apenas se fazendo menção ao Sistema Único de Saúde.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consolidada a jurisprudência quanto as conseqüências legais da prestação do serviço público de saúde pelo SUS, destacando o Supremo Tribunal Federal que *"O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios"* (RE 195.192, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), daí porque o Superior Tribunal de Justiça decidir, na mesma linha, que *"Esta Corte em reiterados precedentes tem reconhecido a responsabilidade solidária dos entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamento s a pacientes portadores de doenças consideradas graves"* (AGA 961.677, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 11.06.08). Assim sendo, a ação

de reparação de danos decorrentes da má prestação do serviço público de saúde, ajuizada contra os três entes federados, inclusive a UNIÃO, enseja a competência da Justiça Federal, a qual não pode ser afastada, em caráter provisório, e em sede de agravo de instrumento.

No mais, quanto à questão dos prontuários hospitalares, consta das alegações da petição inicial que o autor efetuou consultas na "USB Ambulatório de Especialidades Dr. Alexandre Kalil Yasbec", "AMA - Especialidades Vila das Mercês", "Ambulatório de Especialidades Tucuruvi", "Hospital do Tatuapé", "Hospital Padre Bento" e "Hospital das Clínicas". A autora, por sua vez, efetuou consultas na "Unidade Básica de Saúde da Várzea do Carmo", "Hospital Emílio Ribas" e "Hospital das Clínicas". Dentre as unidades de atendimento, apenas o "Hospital das Clínicas" integra a Administração Estadual, enquanto autarquia, o que, então, determinaria a atuação do ESTADO DE SÃO PAULO, de acordo com a decisão agravada, para apresentar os prontuários dos autores.

A descentralização dos serviços públicos não implica em delegação total das funções constitucionalmente previstas, a ponto de extinguir, inclusive, o poder de fiscalização do ente político descentralizador. O atendimento da ordem judicial, por parte do Estado, em relação a serviço público prestado por órgão de sua administração direta, evidencia possibilidade jurídica e material, da qual não se deve furtar o ente político, que se presume ter controle administrativo sobre os serviços públicos de sua competência, sobretudo quando se trata de viabilizar a discussão judicial de direito relacionado à saúde, quando formalidades de ordem burocrática não podem se opor à resolução efetiva e rápida das controvérsias. A atribuição de tal encargo aos agravados é desproporcionalmente onerosa, senão inviável, configurando forma de resistência processual à apuração da verdade dos fatos que, à toda evidência, não pode interessar ao Poder Público, cuja atuação é pautada pelo princípio da transparência e moralidade administrativa

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00045 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0019934-36.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.019934-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : PAULO KAUFFMANN
ADVOGADO : HELDER CURY RICCIARDI
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE AUTORA : TECNON PLASTICOS LTDA e outro
: MANOEL EDUARDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MARCIA CRISTINA PELLARIN e outro
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 6 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05123168619964036182 6F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que deixou de apreciar exceção de pré-executividade oposta por PAULO KAUFFMANN, por considerar que o excipiente não integra a relação processual.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o agravante PAULO KAUFFMANN propôs exceção de pré-executividade, alegando prescrição e ilegitimidade passiva (f. 19/28), não conhecida pelo Juízo "a quo", sob o seguinte fundamento (f. 33):

"Fls. 159/68: deixo de apreciar o pedido pois o requerente não faz parte da relação processual. Cumpra-se a decisão de fls. 155, dando-se ciência à exequente."

Todavia, verifica-se dos autos que a execução fiscal foi ajuizada contra TECNON PLÁSTICOS LTDA, estando indicados, na CDA, como corresponsáveis, JACOB TABACOW e PAULO KAUFFMANN (f. 11/5), fato suficiente para legitimar a oposição da exceção de pré-executividade para impugnar a cobrança executiva.

O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, em relação aos executivos fiscais em que conste da CDA o nome de corresponsáveis, a estes cabe comprovar a ilegitimidade passiva, além de impugnar sobre outros aspectos a execução fiscal, ainda que o feito tenha sido ajuizado apenas contra a própria pessoa jurídica:

RESP 1.104.900, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJE 01.04.09: "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 8/2008 - Presidência/STJ."

Como se observa, a inclusão do agravante como corresponsável na CDA, sujeitando-o à execução fiscal que, no caso, dirige-se não apenas contra a empresa, mas contra "e outros", torna manifesta a legitimidade ativa e o interesse de agir na exceção de pré-executividade.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada a fim de que o Juízo agravado aprecie a exceção de pré-executividade.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00046 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0019964-71.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.019964-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : FLIGOR S/A IND/ DE VALVULAS E COMPONENTES PARA REFRIGERACAO
ADVOGADO : ALINE ZUCCHETTO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05085704519984036182 6F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, deferiu o requerimento da exequente para que a penhora recaia sobre 5% do faturamento mensal da empresa executada.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, embora excepcional, cabe a penhora do faturamento do executado, desde que inexistentes outros meios idôneos e suficientes à garantia da execução fiscal, em observância ao princípio da utilidade da ação executiva e da eficácia da prestação jurisdicional.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

- AGA nº 661.597, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJU de 09.05.05, p. 427: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PENHORA DA RENDA DIÁRIA DA EMPRESA. EXCEPCIONALIDADE. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULA 07/STJ. 1. A jurisprudência do Tribunal orienta-se no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa a hipóteses excepcionais. Todavia, se por outro modo não puder ser satisfeito o interesse do credor ou quando os bens oferecidos à penhora são insuficientes ou ineficazes à garantia do juízo, e também com o objetivo de dar eficácia à prestação jurisdicional, tem-se admitido essa modalidade de penhora (cf. RESP 286.326/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 02.04.2001). 2. Incidência da súmula 83/STJ. 3. Para que se infirmem as conclusões do acórdão recorrido, no sentido da insuficiência do bem oferecido à penhora, seria necessário o reexame das provas constantes dos autos, providência vedada em sede especial, ut súmula 07/STJ. 4. Agravo regimental desprovido."

- AGA nº 570.268, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 06.12.04, p. 202: "**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA.**

ADMISSIBILIDADE. I - A restrição da penhora com incidência sobre o faturamento da empresa não é absoluta devendo ser verificada caso a caso, em atenção à utilidade da penhora para a execução. II - Nesse panorama, inexistindo pedido de substituição da penhora ou sendo o objeto apresentado à constrição inidôneo para garantir a execução, tem-se viabilizada a penhora sobre o faturamento da empresa em patamar que não impeça o exercício de suas atividades. III - Agravo regimental provido."

- AG nº 2001.03.00012164-4, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 04.06.03, p. 308: "**DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. LEILÕES NEGATIVOS. BENS DE DIFÍCIL ALIENAÇÃO. PENHORA. FATURAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. LEGALIDADE. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. GARANTIA DA MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO. 1. Caso em que a execução fiscal tramita, longa e duradouramente, sem solução e eficácia, uma vez que negativos os diversos leilões efetuados, revelando que a penhora incidiu sobre patrimônio sem liquidez, interesse ou valor comercial. 2. O caráter menos gravoso da execução não pode impedir a tutela do interesse público, inerente ao princípio da eficácia da prestação jurisdicional, em especial quando a penhora sobre o faturamento, que foi decretada em percentual módico, revela-se, diante do que comprovado nos autos, como necessária para a solução da lide. 3. A legalidade da penhora do faturamento, prevista na lei de execução fiscal, tem sido reconhecida pela jurisprudência: precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte."**

- AG nº 2000.03.00.051104-1, Rel. Des. Fed. FÁBIO PRIETO, DJU de 31.08.04, p. 449: "**EXECUÇÃO FISCAL - DEVEDOR INTIMADO PARA GARANTIR A EXECUÇÃO: OMISSÃO -- PENHORA SOBRE O FATURAMENTO - POSSIBILIDADE. 1. A regra da menor onerosidade (art. 620, do CPC) não visa inviabilizar, ou dificultar, o recebimento do crédito pelo credor. 2. Faturamento é bem penhorável. 3. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso parcialmente provido."**

- AG nº 2003.03.00.009238-0, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, DJU de 31.08.04, p. 430: "**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO.**

ADMISSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE. LEGALIDADE. I - Sobrevindo o julgamento do agravo de instrumento, resta prejudicada a análise do agravo regimental. II - A penhora sobre o faturamento da empresa constitui meio excepcional, agasalhado pelo § 1º do artigo 11 da Lei 6830/80, possível somente quando não forem encontrados outros bens do devedor, suficientes à garantia do crédito fiscal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. III - A execução deve ser feita de modo menos gravoso para o devedor (art. 620, CPC), porém, no interesse do credor (art. 612, CPC), ou seja, da forma menos onerosa ao executado, desde que eficaz para o exequente. IV - A penhora a ordem de 10% (dez por cento) sobre o faturamento, não inviabiliza o prosseguimento das atividades da empresa executada. V - Agravo de Instrumento desprovido. Agravo Regimental prejudicado." (g.n.)

Na espécie, é manifestamente improcedente o pedido de reforma da decisão agravada, tendo em vista que: (1) os leilões dos bens penhorados restaram negativos (f. 259/260); e (2) o bloqueio de contas, por meio do sistema BACENJUD, também resultou negativo (f. 325). É certo, ainda, que a agravante não ofereceu alternativa menos onerosa e, ao mesmo tempo, necessária, de tal ordem a garantir a eficácia e a utilidade da execução.

A alegação da agravante de que há penhora fixada em 5% sobre seu faturamento, em decorrência de outra execução fiscal em curso (f. 355), não constitui óbice à penhora no caso *sub judice*, haja vista não haver plausibilidade jurídica em deixar de conferir efetividade a esta execução ante a existência de outra em face da mesma executada, além do fato de que o percentual resultante (10%) não comprovadamente inviabiliza o funcionamento da executada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 22 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00047 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020129-21.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.020129-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS
AGRAVANTE : VIVO PARTICIPACOES S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO
SUCEDIDO : PORTELCOM PARTICIPACOES S/A
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em ação anulatória de débito fiscal, indeferiu a produção de prova pericial contábil, ao fundamento de que se trata de matéria unicamente de direito (f. 175).

A agravante alegou, em suma: (1) os débitos de estimativas mensais de IRPJ e CSLL, relativos a março de 2007, foram extintos por meio de compensação com crédito de saldo negativo de IRPJ, ano-calendário 2006; (2) a necessidade da realização de perícia para demonstrar a existência de crédito hábil a extinguir os débitos em discussão no bojo da ação ordinária; e (3) "*ilegalidade de decisão que indefere requerimento de perícia sem fundamentação, quando dela depende a pretensão do autor, na esteira da jurisprudência do STJ*" (f. 07);

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Na espécie, é manifestamente improcedente o pedido de reforma da decisão agravada, pois cabe ao Juiz, segundo o princípio do livre convencimento motivado, deferir, indeferir ou determinar, de ofício, a realização de prova necessária ao julgamento do mérito da causa. Ainda que as partes insistam sobre a necessidade de tal diligência, não se pode considerar ilegítima, liminarmente, a dispensa da produção de prova que, na avaliação do magistrado, é desnecessária para a formação de sua convicção.

Neste sentido, entre outros, os seguintes acórdãos, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte (*g.n.*):

- AGA nº 834707, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 19.04.07, p. 239: "**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento. 2. Acórdão a quo segundo o qual "como o Juiz da causa, destinatário da prova, considera suficiente ao deslinde da controvérsia somente a prova documental, não há razão para a produção da prova pericial". 3. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (art. 131 do CPC), usando os fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e a legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. 4. Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide. 5. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, "a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide" e que "o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento" (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99) 6. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. Félix Fischer; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira; REsp nº 39361/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; EDcl nos EDcl no REsp nº 4329/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pleiteada. 7. Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. Na via Especial não há campo para revisar entendimento de 2º grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal, nos termos da Súmula nº 07/STJ. 8. Agravo regimental não-provido."**

- RESP nº 510742, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 13.02.06, p. 855: "**RECURSO ESPECIAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA CONTÁBIL. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. SÚMULA Nº 7 DESTA CORTE. ARTIGO 168-A DO CP. CRIME OMISSIVO. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 83 DESTA CORTE. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS GRAVOSA. INOCORRÊNCIA. RECURSO QUE SE CONHECE PARCIALMENTE E, NA EXTENSÃO, NEGA-SE PROVIMENTO. 1. Mostrava-se desnecessária a prova pericial no caso em apreço, para demonstração das dificuldades financeiras sofridas pela empresa, eis que outros elementos de prova puderam ser produzidos e exibidos pela defesa formando o convencimento do juiz; além disso, aplicável à espécie o princípio de que não há nulidade sem a demonstração do prejuízo, previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal, pois a ausência da perícia**

contábil não enseja o reconhecimento de nulidade diante do teor da documentação já se encontrava nos autos, não restando comprovado o prejuízo sofrido pela parte; 2. De outra parte, o princípio do livre convencimento fundamentado, regente no direito processual penal brasileiro, permite ao juiz que aprecie livremente a prova, conforme o ditame principiológico contido no artigo 157 do Código de Processo Penal; 3. A alegação de que a empresa passava por uma série de dificuldades financeiras, motivo pelo qual não foi possível repassar a contribuição previdenciária recolhida dos empregados implicaria, no caso, o reexame de provas, inviável em sede de recurso especial, por esbarrar no óbice imposto pelo enunciado sumular n.º 7 desta Corte; 4. O dolo, nesses delitos, esgota-se com a simples omissão, pois não se pretende a causação de resultado algum. Daí porque a jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de não exigir o fim especial de agir do agente, o dolo específico, não havendo de se demonstrar o animus rem sibi habendi para a caracterização do delito; 5. Este Superior Tribunal já consolidou posicionamento no sentido de que a Lei 9.983/00, ao acrescentar o artigo 168-A, § 1º, ao Código Penal, revogando no art. 95 da Lei nº 8.212/91, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, não fazendo desaparecer o delito em questão ou configurando aplicação de lei mais gravosa; 6. Recurso de que se conhece parcialmente e a que, nessa extensão, se nega provimento."

- AGA nº 390667, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 04.02.02, p. 356: "Agravamento regimental. Recurso especial não admitido. Embargos à execução. Julgamento antecipado. 1. No tocante ao julgamento antecipado da lide e à necessidade de produção da prova pericial, o Acórdão recorrido está amplamente fundamentado quanto à desnecessidade de realização da referida prova, inclusive citando doutrina e jurisprudência relativas à matéria. A necessidade de produção de determinadas provas encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do Juiz, em face das circunstâncias de cada caso. 2. A sentença monocrática julgou improcedentes os embargos opostos pelo Banco do Brasil, determinando o prosseguimento da execução até o pagamento do débito. Não se verifica a alegação de iliquidez no decisum, porque não acolhidos os embargos, a execução prossegue regularmente. Sendo assim, não há qualquer contrariedade aos artigos 458 e 459 do Código de Processo Civil. 3. Do exposto, nego provimento ao agravo regimental."

- AI nº 200903000344310, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 CJI de 09.03.10, p. 103: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CÓPIAS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. ÔNUS DA PARTE INTERESSADA. ART. 41, LEF. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL. PROVA PERICIAL. ARTS. 125, II E 130, DO CPC. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. O art. 41, da LEF, prevê que o processo administrativo ficará na repartição competente e dele poderão ser extraídas cópias ou certidões, a requerimento da parte ou do juízo. Esta Corte Federal já decidiu no sentido de que a intervenção judicial somente se faz necessária nos casos de comprovada resistência administrativa. Precedentes. O art. 125, II, do CPC, atribui ao Juiz a responsabilidade de "velar pela rápida solução do litígio" e o art. 130, do mesmo diploma legal, a ele atribui a competência para "determinar as provas necessárias para a instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias." O Juiz é o destinatário final das provas, cumprindo somente a ele aferir a necessidade ou não de sua produção. Considerando que o feito apresenta elementos suficientes à formação da sua convicção, é absolutamente legítimo que indefira a produção das provas que considere descabidas à correta solução da lide. Precedentes. Não se há falar em cerceamento de defesa, porquanto a recorrente não fundamentou de forma precisa a indispensabilidade da produção da prova pericial. Agravo de instrumento não provido."

- AC nº 90030225346, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 09.12.05, p. 665: "APELAÇÃO CÍVEL - REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA - INDÚSTRIA DO RAMO ALIMENTÍCIO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. 1- Remessa oficial tida por interposta, nos termos do disposto no inciso I, do art. 475 do CPC. 2- Afastada a alegação de nulidade da sentença, pois a não realização de prova pericial, por si só, não enseja cerceamento de defesa. Havendo elementos suficientes nos autos que permitam formar o livre convencimento do julgador, a prova pericial é desnecessária. Julgamento antecipado da lide, em consonância com o artigo 330, I, do CPC. 3- O critério legal para a obrigatoriedade ou não de registro junto aos conselhos profissionais determina-se pela atividade básica da empresa, ou pela natureza da prestação de serviços a terceiros, a teor do artigo 1º da Lei nº 6.839/80. 4- Indústria que opera no ramo de fabricação de massas alimentícias e processamento de grãos de trigo não desenvolve atividade ligada à química, nem presta serviços de tal natureza a terceiros, não estando sujeita ao registro no Conselho Regional de Química. 5- Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso. Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem. Publique-se.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00048 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020378-69.2011.4.03.0000/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
 AGRAVANTE : CIMEMPRIMO DISTRIBUIDORA DE CIMENTO LTDA
 ADVOGADO : RONALDO RAYES e outro
 AGRAVADO : União Federal (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
 ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
 No. ORIG. : 00106884920114036100 22 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de antecipação de tutela, em ação anulatória, para suspender a exigibilidade da inscrição 80.6.09.024911-96, PA 13808.003859/2001-16, e garantir a emissão de certidão fiscal de regularidade fiscal até o julgamento definitivo da lide.

Alegou, em suma, que: **(1)** em 30/11/09, efetuou o pagamento à vista do débito, objeto da EF 2009.61.82.043680-3 - 11ªVEF/SP, no total de R\$ 68.120,51 (principal de R\$ 30.876,85 + juros de R\$ 37.243,66), com as reduções da Lei 11.941/09, porém a agravada recusa-se a expedir CND, por suposta insuficiência do recolhimento; **(2)** os juros de mora, após redução de 45%, são, efetivamente, de R\$ 37.243,66, e não R\$ 53.998,51, como pretende a agravada; **(3)** aplicando a taxa SELIC sobre o débito, segundo tabela de índices oficiais, chega-se a um valor muito aproximado ao obtido a partir do programa da RFB - SICALC, mas a agravada simplesmente afirma que o cálculo correto seria o emitido pelo *sistema interno da PGFN*, sem fornecer maiores explicações; **(4)** embora no SICALC, em 18/03/2011, tenha usado o código de receita 5802 como parâmetro, por não mais se encontrar disponível o código de débitos inscritos em dívida ativa, ainda assim encontrou um valor bem próximo daquele recolhido em set/09; e **(5)** inexistente dispositivo legal que a obrigue a obter os valores atualizados na PGFN, devendo haver uniformidade para a Procuradoria e para os contribuintes.

Em contraminuta, a PFN sustentou a ausência dos requisitos do artigo 273 do CPC, pois a discussão em torno do valor correto do débito, nos termos da Lei 11.941/09, depende de prova pericial.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que a agravante recolheu, em 30/11/09, o valor de R\$ 68.120,51 (f. 86), referente ao PA 13808.003859/2001-16, código de receita 5802, sendo R\$ 30.876,85 referente ao principal e R\$ 37.243,66 aos juros de mora, com as reduções previstas na Lei 11.941/09.

Diante do pedido de emissão de certidão de regularidade fiscal, a PFN/3ªRegião indeferiu tal requerimento, pois "*o contribuinte usou como parâmetro o código de receita nº 5802, enquanto o código correto seria 1804, uma vez que a dívida já se encontrava inscrita em novembro de 2009*" e "*com as reduções legais, o valor da inscrição seria de R\$ 84.875,36 e o pagamento, feito em 30.11.2009, foi na quantia de R\$ 68.120,51, ou seja, insuficiente para a extinção por pagamento com os benefícios da Lei 11941/09*" (f. 77). De acordo com o quadro demonstrativo elaborado pela PFN (f. 77/8), o valor principal seria de R\$ 30.876,85 e os juros de mora R\$ 53.998,51, depois de aplicada a redução de 45% sobre o valor original de R\$ 98.179,12, tendo sido deduzido, ainda, o percentual de 100% sobre a multa de mora (R\$ 23.157,61) e sobre o encargo legal (R\$ 30.442,71). O montante que deveria ter sido recolhido, portanto, seria de R\$ 84.875,36, segundo a PFN.

Ressalte-se que os programas de cálculo da RFB e da PGFN e os respectivos códigos de receita devem ser observados para efeito de quitação dos débitos, conforme estejam ou não inscritos em dívida ativa, presumindo-se corretos apenas os valores assim obtidos.

No caso, segundo admitiu a própria agravante, ela não utilizou o programa da PGFN para emitir a guia DARF para pagamento, como seria adequado, pois o débito já se encontrava inscrito em dívida ativa, utilizando-se de programa disponibilizado pela RFB e, ainda, valendo-se de código de receita inapropriado (5802: CSLL - SUPLEMENTAR), ao invés de 1804: RECEITA DÍVIDA ATIVA - CSLL.

A agravante tenta fazer um comparativo para demonstrar que o valor recolhido estaria correto, usando o mesmo código de receita 5802, que sequer seria válido para débitos inscritos em dívida ativa, e, ainda, aplicando manualmente índices da taxa SELIC, em ambos os casos alcançando um valor aproximado, pelo que argumenta a suficiência do valor pago. Saliente-se que, mesmo assim, encontrou diferenças entre o valor dos juros obtido por conta (R\$ 39.176,00, f. 18), o valor tomado como parâmetro no SICALC (R\$ 36.888,89, f. f. 17), e o próprio valor recolhido (R\$ 37.243,66, f. 86), alegando, contudo, que "*não há que se falar em pagamento consideravelmente insuficiente*" (f. 16). Todos estes valores, todavia, são inferiores ao que aponta o programa da PGFN, com o código de receita 1804, isto é, R\$ 53.998,51.

Como é sabido, enquanto os créditos não forem inscritos em dívida ativa, o órgão responsável por sua atualização e emissão de guia DARF é a RFB, no entanto, após a inscrição, esta atribuição passa a ser da PGFN, que mantém e disponibiliza os valores atualizados. No próprio sítio eletrônico da RFB, nas informações úteis sobre o SICALC, há advertência expressa de que tal sistema "*não calcula o valor dos acréscimos legais de tributos e contribuições NÃO administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB (ex.: códigos da dívida ativa, custas judiciais etc.)*" [<http://www.receita.fazenda.gov.br/Pagamentos/darf/sicalcOrienta.htm>].

Portanto, até que a agravante apresente indícios veementes ou comprove a existência de erro do cálculo do valor devido pelo sistema adequado para os créditos inscritos em dívida ativa, prevalecem tais valores sobre aqueles recolhidos, não havendo verossimilhança nas alegações, o que impede antecipar a tutela recursal para emissão de certidão de regularidade fiscal, até porque dispõe o contribuinte de meio próprio para suspender a exigibilidade fiscal na pendência da controvérsia e, assim, garantir a documentação fiscal pleiteada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 27 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00049 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020473-02.2011.4.03.0000/MS

2011.03.00.020473-7/MS

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : LINA APARECIDA MORILA GUERRA
ADVOGADO : HARRMAD HALE ROCHA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : A DISTRIBUIDORA COM/ DE BEBIDAS LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE TRES LAGOAS Sec Jud MS
No. ORIG. : 00007484620004036003 1 Vr TRES LAGOAS/MS

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição de exceção de pré-executividade de LINA APARECIDA MORILA GUERRA, fundada na tese de ilegitimidade passiva, considerando o Juízo a quo ter havido preclusão por ter sido a matéria decidida anteriormente em embargos à execução.

Alegou, em suma, a agravante: (1) não se pode negar coisa julgada nos EE 2001.60.03.000256-7, em que mantida na relação processual, porém "*não se pode negar, também, a existência de coisa julgada que a excluiu da relação processual onde a A DISTRIBUIDORA COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA. era executada pela Agravada, pelos mesmos motivos que os existentes nestes autos*" (f. 03), conforme decisão nos EE 2000.60.03.0001415-8; (2) considerada a legislação e o longo tempo sem que a empresa executada procedesse qualquer alteração ou outro ato cadastral na JUCEMS, houve o seu cancelamento e posterior reativação da sociedade; (3) não cabe a responsabilização do sócio, pois restou comprovado que não houve a dissolução irregular da sociedade, questão que não foi apreciada nos autos do processo 2001.60.03.000256-7; (4) além de não ter exercido em qualquer tempo a gerência da empresa, dela se retirou de forma lícita, quando em pleno funcionamento, não havendo provas quanto às hipóteses elencadas no art. 135, III, do CTN.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Consta dos autos que, ajuizada a execução fiscal pela Fazenda Nacional para a cobrança de IRPJ (Autos 0000748-46.2000.4.03.6003), foram opostos embargos à execução pela agravante, julgados improcedentes pelo Juízo a quo. Interposta apelação, foi-lhe negado provimento pela Turma (AC 2001.60.03.000256-7), *in verbis*:

"(...)

1. A questão da responsabilidade tributária da embargante

Para a solução do caso concreto, cabe estabelecer algumas premissas a partir do capítulo do Código Tributário Nacional, que dispõe sobre a responsabilidade tributária e, particularmente, no que concerne aos denominados terceiros.

O artigo 135 do Código Tributário Nacional define a responsabilidade de alguns terceiros, dentre os quais, no inciso III, os "diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado", que têm, por lei, contrato ou estatuto social, poderes para pessoalmente praticar atos sociais, inclusive o de cumprir ou mandar cumprir as obrigações tributárias da pessoa jurídica.

A "responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável" (artigo 136, CTN), e a inadimplência fiscal configura infração, legalmente qualificada, geradora de responsabilidade fiscal, tanto para o contribuinte, como para o próprio terceiro, pessoalmente, desde que, no exercício da administração social, deixe de recolher o tributo, vinculando, assim, sua conduta à prática de ato com excesso de poder ou infração da lei, contrato ou estatuto da empresa, e estabelecendo, por ação ou omissão, a relação de causalidade juridicamente relevante.

Neste sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

- RESP nº 33731, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJU de 06.03.95, p. 4318: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE BENS - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO - ARTIGOS 135 E 136, CTN. 1. O sócio responsável pela administração e gerência de sociedade limitada, por substituição, é objetivamente responsável pela dívida fiscal, contemporânea ao seu gerenciamento ou administração, constituindo violação à lei o não recolhimento de dívida fiscal regularmente constituída e inscrita. Não exclui a sua responsabilidade o fato do seu nome não constar na certidão de dívida ativa. 2. Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais (STF/STJ). 3. Recurso provido."

- RESP nº 34429, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, DJU de 06.09.93, p. 18019: "TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO POR DÍVIDA DA SOCIEDADE LIMITADA. REQUISITOS NECESSÁRIOS. PRECEDENTES. - O sócio-gerente de uma sociedade limitada e responsável, por substituição, pelas obrigações fiscais da empresa a que pertencera, desde que essas obrigações tributárias tenham fato gerador contemporâneo ao seu gerenciamento, pois que age com violação à lei o sócio-gerente que não recolhe os tributos devidos. - Precedentes da Corte. - Recurso improvido."

- RESP nº 291617, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 11.06.01, p. 130: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DOS SÓCIOS DA EMPRESA NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PELA PRÁTICA DE INFRAÇÃO À LEI (NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS) QUANDO NO EXERCÍCIO DA GERÊNCIA DA EXECUTADA - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. I - Consoante jurisprudência pacífica deste STJ, os sócios gerentes são responsáveis pela dívida tributária da empresa, resultante de atos praticados com infração à lei, a exemplo do não recolhimento do ICMS devido. II - Quem, na condição de gerente da empresa, deixa de recolher tributos devidos pela sociedade, pode figurar no pólo passivo da execução fiscal contra ela ajuizada. III - Recurso provido."

Tal responsabilidade, cuja configuração a doutrina e a jurisprudência discutem com intensidade sob os mais diversos aspectos, é solidária, para alguns, e subsidiária, para os outros, os quais condicionam a execução contra o terceiro à prova da inexistência ou da insuficiência de bens da pessoa jurídica, devedora principal.

Na espécie, consta dos autos que, desde a constituição da firma, a gerência cabia ao sócio TAREC ABID (f. 65/6) e, em caráter substitutivo, ao outro sócio, que veio a ser a embargante, pelo menos desde 21.01.91 (f. 67). Tal cláusula de gerência, aplicável no período dos débitos em execução fiscal (1991 a 1994, f. 98), ainda que em caráter eventual, não elide, porém, a co-responsabilidade tributária da embargante, nos termos do artigo 135, III, do CTN. A separação judicial do casal e a atribuição da empresa-devedora ao ex-marido, uma vez que ocorridos depois dos fatos geradores mais remotos (f. 37), não impedem a execução fiscal contra a embargante, até porque constou dos autos o encerramento irregular da firma (f. 24), por cuja administração, em determinado período abrangido pela ação, respondeu a apelante, juntamente com o outro responsável tributário, em nome do qual não foram apurados bens para suportar os débitos fiscais (f. 27), daí porque o redirecionamento da execução, que foi corretamente promovido.

Embora possível, não demonstrou a embargante que jamais tivesse exercido, apesar da cláusula contratual, a gerência da empresa, fato que se encerra no contexto da sua defesa, competindo-lhe, pois, o ônus processual da prova para efeito de desconstituir do título executivo, que se assenta na presunção de liquidez e certeza.

(...)"

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que as matérias já decididas em embargos à execução, cujas decisões não estejam mais sujeitas a recursos, não podem ser renovadas em sede de exceção de pré-executividade, tendo em vista os efeitos da coisa julgada.

A propósito, o seguinte precedente:

AG nº 2007.03.00.085400-5, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 08/07/08: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. RECURSO DESPROVIDO. 1. É manifesta a inviabilidade da exceção de pré-executividade, ajuizada depois da oposição de dois embargos à execução fiscal, vez que configurada, de pleno, a preclusão consumativa. A via excepcional da exceção é aberta aos que não exerceram, por qualquer outro modo, impugnação contra a execução fiscal, não consubstanciando forma de suprir o insucesso na oposição dos embargos do devedor, ainda que extintos sem resolução do mérito, mas com renovação da matéria anteriormente deduzida ou que poderia ter sido alegada na oportunidade. 2. Nem se alegue a possibilidade de decretação de ofício da prescrição, pois se cuida de questão que exige dilação probatória, tanto assim que foram opostos embargos à execução fiscal, cuja falta de êxito não permite, em exceção, e menos ainda em agravo, que se verifique a situação fática necessária à formulação de qualquer juízo sobre a matéria. 3. Agravo inominado desprovido."

Assim igualmente tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

AgRgAg 908.195, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ 17.12.07: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISCUSSÃO ACERCA DA PRECLUSÃO, NOS AUTOS DE EMBARGOS À EXECUÇÃO, DE TEMA JÁ DECIDIDO EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACÓRDÃO

RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. A Segunda Turma desta Corte, ao julgar os EDcl no REsp 795.764/PR (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006, p. 248), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que ementou o seguinte entendimento: "1. Determinadas matérias de defesa do executado podem ser aduzidas nos próprios autos da execução por meio de exceção de pré-executividade, o que não quer dizer que não se está utilizando da mesma defesa processual preconizada nos arts. 736 e seguintes do Código de Processo Civil. 2. Aventada a ocorrência de prescrição mediante objeção de pré-executividade, pretensão afastada definitivamente nesta instância especial, a matéria estará acobertada pelo instituto da coisa julgada após o decurso do prazo recursal, não podendo mais ser discutida nas vias ordinárias dos embargos de devedor." (grifou-se) 2. Agravo regimental desprovido."

Na espécie, houve coisa julgada, no sentido do reconhecimento da responsabilidade tributária da agravante nos autos da EF 2000.60.03.000748-2, considerado o julgamento proferido nos EE 2001.60.03.000256-7. A despeito de ter sido a execução fiscal embargada, a agravante, através de exceção, buscou a rediscussão da matéria, assim violando frontalmente a coisa julgada havida nos autos específicos. A indicação de que se decidiu em contrário, em outro feito, EE 2000.60.03.000415-8 (f. 25/51), é irrelevante, pois a coisa julgada refere-se a ao executivo fiscal do qual extraído o presente recurso, e não a outro que, de resto, se refere-se a dívidas de natureza distinta, executadas não pela PFN, mas pelo INSS.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 27 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00050 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020492-08.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.020492-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : JOSE DEVANIR MORINO
ADVOGADO : LUIS FERNANDO ZAMBRANO e outro
AGRAVADO : Ministerio Publico Federal
ADVOGADO : HERMES D MARINELLI e outro
ASSISTENTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00083343820084036106 2 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação civil pública, indeferiu a produção de prova pericial requerida pela ré.

Alegou, em suma, a agravante: (1) é indispensável a realização de prova técnica para a comprovação de que as construções se encontram em área de preservação permanente; (2) "mesmo estando claramente evidente a extrema litigiosidade existente no caso, seja na esfera judicial ou administrativa, incorreu o n. Magistrado deste feito em claro e abusivo equívoco procedimental, eis que, **alheio a todo e qualquer respeito aos princípios basilares da ampla defesa e do devido processo legal, taxativamente indeferiu a prova pericial que anteriormente havia sido pugnada tanto pelo autor como também por este agravante**" (f. 07); (3) o termo "auto de infração da polícia ambiental" não encontra respaldo neste caso, demonstrando a irregularidade da decisão, seja pelo mérito ou pela forma; (4) o indeferimento da prova pericial não atende ao disposto no art. 420 do CPC, consoante jurisprudência; e (5) "a liminar em testilha visa tão somente evitar futuro dano ao Agravante, o qual pode ser terrivelmente prejudicado caso venha a ter uma decisão de mérito embasada tão somente em provas testemunhais, tendo, expressamente, pugnado pela prova técnico-pericial" (f. 16)

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a ACP nº 2008.61.06.008334-7-4 objetiva a reparação de dano ambiental, mediante a demolição de edificações, remoção do material de construção e cercas, retirada de plantas exóticas e implementação de projeto de recuperação da área degradada, com base no auto de infração lavrado pelo agente de fiscalização do IBAMA, ao considerar que o rancho encontra-se situado em área de preservação permanente (f. 22/9).

O réu contestou a inicial, aduzindo especificamente que "em mais um lapso da inicial, pretendeu o autor, por, discricionariamente, escolher o art. 2º, 'a' da Lei nº 4.771/65 a fim de fundamentar o seu procedimento, esquecendo-se

completamente, no entanto, de ao menos ver o conflito existente entre a essência de tal forma com aquela encontrada na alínea 'b' do mesmo artigo. Simplesmente para auxiliar na completa interpretação do caso, atrevo-nos a indicar, como embasamento legal relativo à área de preservação permanente objeto desta, a Lei Federal 4.771/65, 'b', c/c o art. 3º da Resolução Conama nº 302/2002"; e "a fim de se resguardar de qualquer outro equívoco interpretativo que possa vir a surgir, conclui-se que a área objeto da lide encontra-se a mais de 200 (duzentos) metros daquilo que a Procuradoria chama de 'rio' (e que na verdade se trata de um reservatório), o qual, por sua vez, não apresenta largura superior a 200 (duzentos) metros, sendo certo, inclusive perante os órgãos ambientais do Estado de São Paulo." (f. 37).

O Juízo a quo indeferiu a realização de prova pericial, nos seguintes termos (f. 42):

"A produção de prova só tem sentido se necessária para comprovar fato controverso.

Não há no caso controvérsia sobre a distância que a área objeto do presente feito mantém da margem do rio/lago, sendo suficiente para esclarecer tal fato o auto de infração da polícia ambiental, não impugnado nesse ponto pelas partes.

Perícia para medir a extensão do dano alegado não é necessária no processo de conhecimento, tendo em vista que o pedido é ilíquido e o autor pede condenação do(s) réu(s) em obrigação de fazer."

Na espécie, é inviável a reforma postulada, primeiramente porque cabe ao Juiz, segundo o princípio do livre convencimento motivado, deferir, indeferir ou determinar, de ofício, a realização de prova necessária ao julgamento do mérito da causa. Ainda que as partes insistam sobre a necessidade de tal diligência, não se pode considerar ilegítima, liminarmente, a dispensa da produção de prova que, na avaliação do magistrado, é desnecessária para a formação de sua convicção.

Neste sentido, entre outros, os seguintes acórdãos, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

AGA 834707, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 19/04/07, p. 239: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento. 2. Acórdão a quo segundo o qual "como o Juiz da causa, destinatário da prova, considera suficiente ao deslinde da controvérsia somente a prova documental, não há razão para a produção da prova pericial". 3. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (art. 131 do CPC), usando os fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e a legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. 4. Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide. 5. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, "a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide" e que "o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento" (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99) 6. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. Félix Fischer; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira; REsp nº 39361/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; EDcl nos EDcl no REsp nº 4329/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pleiteada. 7. Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. Na via Especial não há campo para revisar entendimento de 2º grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal, nos termos da Súmula nº 07/STJ. 8. Agravo regimental não-provido."

RESP 510742, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 13/02/06, p. 855: "RECURSO ESPECIAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA CONTÁBIL. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. SÚMULA Nº 7 DESTA CORTE. ARTIGO 168-A DO CP. CRIME OMISSIVO. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 83 DESTA CORTE. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS GRAVOSA. INOCORRÊNCIA. RECURSO QUE SE CONHECE PARCIALMENTE E, NA EXTENSÃO, NEGA-

SE PROVIMENTO. 1. Mostrava-se desnecessária a prova pericial no caso em apreço, para demonstração das dificuldades financeiras sofridas pela empresa, eis que outros elementos de prova puderam ser produzidos e exibidos pela defesa formando o convencimento do juiz; além disso, aplicável à espécie o princípio de que não há nulidade sem a demonstração do prejuízo, previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal, pois a ausência da perícia contábil não enseja o reconhecimento de nulidade diante do teor da documentação já se encontrava nos autos, não restando comprovado o prejuízo sofrido pela parte; 2. De outra parte, o princípio do livre convencimento fundamentado, regente no direito processual penal brasileiro, permite ao juiz que aprecie livremente a prova, conforme o ditame principiológico contido no artigo 157 do Código de Processo Penal; 3. A alegação de que a empresa passava por uma série de dificuldades financeiras, motivo pelo qual não foi possível repassar a contribuição previdenciária recolhida dos empregados implicaria, no caso, o reexame de provas, inviável em sede de recurso especial, por esbarrar no óbice imposto pelo enunciado sumular n.º 7 desta Corte; 4. O dolo, nesses delitos, esgota-se com a simples omissão, pois não se pretende a causação de resultado algum. Daí porque a jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de não exigir o fim especial de agir do agente, o dolo específico, não havendo de se demonstrar o animus rem sibi habendi para a caracterização do delito; 5. Este Superior Tribunal já consolidou posicionamento no sentido de que a Lei 9.983/00, ao acrescentar o artigo 168-A, § 1º, ao Código Penal, revogando no art. 95 da Lei nº 8.212/91, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, não fazendo desaparecer o delito em questão ou configurando aplicação de lei mais gravosa; 6. Recurso de que se conhece parcialmente e a que, nessa extensão, se nega provimento."

AGA 390667, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 04/02/02, p. 356: "Agravamento regimental. Recurso especial não admitido. Embargos à execução. Julgamento antecipado. 1. No tocante ao julgamento antecipado da lide e à necessidade de produção da prova pericial, o Acórdão recorrido está amplamente fundamentado quanto à desnecessidade de realização da referida prova, inclusive citando doutrina e jurisprudência relativas à matéria. A necessidade de produção de determinadas provas encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do Juiz, em face das circunstâncias de cada caso. 2. A sentença monocrática julgou improcedentes os embargos opostos pelo Banco do Brasil, determinando o prosseguimento da execução até o pagamento do débito. Não se verifica a alegação de iliquidez no decisum, porque não acolhidos os embargos, a execução prossegue regularmente. Sendo assim, não há qualquer contrariedade aos artigos 458 e 459 do Código de Processo Civil. 3. Do exposto, nego provimento ao agravo regimental."

AI 200903000344310, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 CJI 09/03/10, p. 103: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CÓPIAS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. ÔNUS DA PARTE INTERESSADA. ART. 41, LEF. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL. PROVA PERICIAL. ARTS. 125, II E 130, DO CPC. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. O art. 41, da LEF, prevê que o processo administrativo ficará na repartição competente e dele poderão ser extraídas cópias ou certidões, a requerimento da parte ou do juízo. Esta Corte Federal já decidiu no sentido de que a intervenção judicial somente se faz necessária nos casos de comprovada resistência administrativa. Precedentes. O art. 125, II, do CPC, atribui ao Juiz a responsabilidade de "velar pela rápida solução do litígio" e o art. 130, do mesmo diploma legal, a ele atribui a competência para "determinar as provas necessárias para a instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias." O Juiz é o destinatário final das provas, cumprindo somente a ele aferir a necessidade ou não de sua produção. Considerando que o feito apresenta elementos suficientes à formação da sua convicção, é absolutamente legítimo que indefira a produção das provas que considere descabidas à correta solução da lide. Precedentes. Não se há falar em cerceamento de defesa, porquanto a recorrente não fundamentou de forma precisa a indispensabilidade da produção da prova pericial. Agravo de instrumento não provido."

AC 90030225346, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU 09/12/05, p. 665: "APELAÇÃO CÍVEL - REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA - INDÚSTRIA DO RAMO ALIMENTÍCIO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. 1- Remessa oficial tida por interposta, nos termos do disposto no inciso I, do art. 475 do CPC. 2- Afastada a alegação de nulidade da sentença, pois a não realização de prova pericial, por si só, não enseja cerceamento de defesa. Havendo elementos suficientes nos autos que permitam formar o livre convencimento do julgador, a prova pericial é desnecessária. Julgamento antecipado da lide, em consonância com o artigo 330, I, do CPC. 3- O critério legal para a obrigatoriedade ou não de registro junto aos conselhos profissionais determina-se pela atividade básica da empresa, ou pela natureza da prestação de serviços a terceiros, a teor do artigo 1º da Lei nº 6.839/80. 4- Indústria que opera no ramo de fabricação de massas alimentícias e processamento de grãos de trigo não desenvolve atividade ligada à química, nem presta serviços de tal natureza a terceiros, não estando sujeita ao registro no Conselho Regional de Química. 5- Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento."

Por outro lado, deixou o agravante de instruir o recurso com peças essenciais à compreensão da controvérsia, inclusive o citado auto de infração, no qual certamente descrita a situação fática tipificada como irregular, e do qual se valeu o próprio Juízo agravado para indeferir a perícia requerida. Note-se, ainda, que, antes ou independentemente de perícia judicial, as alegações de defesa do réu podem e devem ser subsidiadas por documentos, fotografias, mapas e outros trabalhos técnicos elaborados por profissional, cuja unilateralidade não impede que sirvam à demonstração da relevância da contestação. A mera afirmativa de que o auto de infração é inidôneo, errado ou falso na apuração da irregularidade não basta para infirmar a presunção legal de legalidade e veracidade, cabendo à parte provar,

minimamente, os fatos apontados para estabelecer controvérsia e, assim, justificar a sua solução através de perícia técnica, o que não consta tenha ocorrido no caso concreto.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 27 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00051 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020650-63.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.020650-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : APACHE IND/ E COM/ DE ROUPAS LTDA e outros
: GERALDO JACINTO DALTROS
: SANDRA CRISTINA DALTROS
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE PIRACICABA SP
No. ORIG. : 00035594920004036109 1 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra exclusão *ex officio*, em execução fiscal, dos sócios GERALDO JACINTO DALTROS e SANDRA CRISTINA DALTROS do pólo passivo da ação.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que a empresa foi citada por AR (f. 30), sem pagamento ou garantia, sendo expedido mandado ao oficial de Justiça para penhora (f. 31), cuja certidão, diante da qual a PFN pediu redirecionamento, não instruiu o recurso, embora configure documento essencial à compreensão da controvérsia. Posteriormente, foi requerida citação dos responsáveis tributários (f. 76), deferida (f. 80) e consumada (f. 86/9), quando, então, sobreveio a decisão ora agravada, excluindo os agravados do pólo passivo da execução fiscal por falta de comprovação dos requisitos do artigo 135, III, CTN.

A alegação fazendária de que estaria provada a responsabilidade tributária, considerando informações da certidão lavrada pelo oficial de Justiça, exigiria, no mínimo, a juntada da cópia respectiva, para compreensão e prova do alegado, o que não ocorreu, impedindo o conhecimento do recurso, na medida em que se revela requisito essencial de admissibilidade do agravo a integral e regular instrução do instrumento, cabendo ao agravante, a propósito, juntar, no ato de interposição, não apenas os documentos obrigatórios, mas todos os que sejam necessários à compreensão da controvérsia devolvida.

A propósito, a jurisprudência consolidada:

AgRgAg 1.353.366, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 20/05/2011: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DE ALEGADO ERRO JUDICIÁRIO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DAS PEÇAS NECESSÁRIAS À INSTRUÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE NÃO CONHECE DO RECURSO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CÓPIA DA PETIÇÃO INICIAL. POSSIBILIDADE. AFERIÇÃO DA SUFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO OBSTADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento em razão de a pretensão recursal encontrar óbice na Súmula n. 7 e porque constatada a ausência de prequestionamento de artigos apontados como violados. 2. No caso, o Tribunal de Justiça do Paraná considerou que a cópia da petição inicial da ação é peça essencial ao conhecimento do agravo de instrumento interposto contra o indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. E o recorrente defende que não se poderia negar seguimento a seu recurso porque referida peça é de juntada facultativa, além de poder ser apresentada, oportunamente, por ordem judicial, caso necessário. 3. Não merece conhecimento a pretensão relacionada aos artigos 525, I e II, e 527, IV, do CPC, uma vez que necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos para se aferir a essencialidade da petição inicial para o fim de conhecimento do agravo de instrumento. 4. Se a Corte de Justiça local entende ser imprescindível ao exame do pedido de tutela antecipada a análise da petição inicial da ação indenizatória, não há como, em sede de recurso especial, alterar esse entendimento, pois tal propósito depende de um novo exame dos elementos que constam dos autos do agravo, com a finalidade de aferir-se a suficiência de sua instrução para o fim pretendido. Precedente: AgRg no REsp 782.088/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 24/05/2007. 5. À

luz do entendimento jurisprudencial do STJ, "o agravo de instrumento, tanto o previsto no art. 522 quanto aquele no art. 544 do CPC, deve ser instruído com as peças obrigatórias e necessárias à compreensão da controvérsia, não se admitindo a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado nem a posterior juntada de peça" (AgRg no Ag 1.000.005/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/02/2009). 6. agravo regimental não provido."

AI 2000.03.00.011590-1, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 10/12/2010: "AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PEÇAS FACULTATIVAS NECESSÁRIAS AO JULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA POSTERIOR. ART. 525, I E II CPC. A Lei n. 9.139/1995 trouxe nova redação ao art. 525, do CPC, revogando a faculdade de o tribunal converter o julgamento em diligência para a juntada de peças faltantes, como previsto anteriormente no art. 557, do CPC. Além dos documentos obrigatórios do art. 525, inciso I, do CPC, é dever do recorrente instruir o recurso com todos os documentos necessários para o completo entendimento das circunstâncias do caso (art. 525, inciso II). Cumpre à parte recorrente formar o instrumento com todos os documentos que servem ao deslinde do feito, de modo que esta Corte possa aferir a correção ou não da decisão atacada. Não tendo assim procedido a parte recorrente, o conhecimento do mérito recursal fica prejudicado. Como o procedimento do agravo de instrumento não comporta dilação probatória, a juntada das peças necessárias para o julgamento do recurso deve ser feita quando da interposição dessa medida, ônus este do qual não se desincumbiu a parte agravante, sob pena de preclusão consumativa. Precedentes. agravo inominado não provido."

É ônus processual exclusivo da agravante zelar pela integral e correta formação do instrumento, incorrendo em preclusão consumativa se a interposição ocorrer sem o pleno cumprimento dos requisitos legais de instrução obrigatória e necessária, como ocorrido no caso concreto.

No caso, a essencialidade da peça, cuja juntada não se promoveu, decorre da própria narrativa recursal de que seu teor provaria a procedência do pedido de reforma, vez que, embora não certificada a dissolução irregular, o fato de não terem sido localizados bens penhoráveis estaria a indicar responsabilidade tributária dos sócios. Em consideração à jurisprudência firmada no sentido da necessidade de prova de responsabilidade tributária para efeito do artigo 135, III, do CTN, essencial o exame fático-probatório capaz de revelar a prática de infração pelos responsáveis tributários, além da mera inadimplência fiscal. Tal avaliação sequer é possível, contudo, no presente feito, vez que a base probatória da alegação não se materializou nos autos, por falta de juntada da peça processual respectiva.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 27 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00052 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021166-83.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.021166-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : ANTONIO DA SILVA MELLO FILHO
ADVOGADO : JOSE EDUARDO TONELLI e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00421149520094036182 9F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição de exceção de pré-executividade, fundada em alegação de pagamento. Alegou, em suma, a agravante que: (1) houve execução fiscal (PA 10880 606480/2009-59 e CDA 80.1.09.009858-08), no valor de R\$ 16.320,55; (2) foi provado o pagamento do débito, através de DARF (R\$ 9.913,56), relativo a imposto de renda incidente sobre verbas trabalhistas, conforme acordo judicial homologado; (3) não há incidência sobre as verbas indenizatórias, por não serem verbas remuneratórias; (4) deve ser reconhecido o direito de compensar o imposto de renda sobre todas as verbas indenizatórias, nos termos do artigo 66, da Lei 8.838/91; (5) quando "do lançamento de débito ora exigido, a Secretaria também desconsiderou a atualização dos valores recolhidos à título dos comprovantes de despesas efetuadas durante o período em que o contribuinte respondeu pela Serventia do 1º Tabelionato de Protestos de Títulos, os quais comprovam que a fiscalização não poderia glosar as despesas efetuadas no Livro Caixa, uma vez que as mesmas podem ser deduzidas conforme previsão legal" (f. 11); (6) o pagamento de débito é matéria de ordem pública; (7) a base de cálculo do imposto de renda seria o valores das verbas salariais percebidas na demanda trabalhista e não o total percebido; e (8) "a total insubsistência do auto de infração que exige valor do Excipiente

manifestamente já pago pelo contribuinte antes de sua lavratura, se fazendo necessário a anulação da presente execução fiscal, posto que o tributo devido já foi recolhido os autos da ação trabalhista noticiada" (f. 15).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que pode ser discutida, em exceção de pré-executividade, a alegação de pagamento, enquanto causa de extinção do crédito tributário, desde que provado o fato documental, sem espaço para controvérsia ou dilação probatória.

A propósito, entre outros, os seguintes precedentes:

RESP 1.002.031, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJE 23/06/2008: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EFEITO SUSPENSIVO. 1. A exceção de pré-executividade é admitida, em situação excepcional, pelo nosso ordenamento jurídico. É cabível, com o efeito de suspender a execução, somente quando comprovada, de modo indubitável, a existência de prescrição, decadência, pagamento do débito ou outro motivo de ordem pública. 2. Não é aceita exceção de pré-executividade para discutir a inexigibilidade de ISS em razão de serviços prestados por cooperativas. Necessidade de se analisar, no âmbito da instrução, se os serviços prestados têm natureza de ato cooperativo ou de ato não-cooperativo. 3. Recurso especial provido."

AG 2005.03.00.016179-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 26/01/2006: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL DO RECOLHIMENTO INTEGRAL DOS DÉBITOS EXECUTADOS, NOS VENCIMENTOS RESPECTIVOS. INEXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA EM RELAÇÃO AOS FATOS RELEVANTES DA CAUSA. 1. Estando documentalmente comprovado, por guias de recolhimento (DARF) com autenticação mecânica, que houve o recolhimento integral dos débitos, conforme os valores expressos na CDA, e nos respectivos vencimentos, sem que a defesa da exequente alegue defesa substancial, é válida a decisão que, mesmo antes da intimação para manifestação sobre a exceção de pré-executividade, mas de forma motivada, suspende a exigibilidade do crédito tributário. 2. Caso em que não suscitada controvérsia fática, com impugnação à idoneidade da prova documental e à veracidade dos fatos nela provados, estando limitado o recurso a alegações vencidas pela decisão agravada: (1) presunção de liquidez e certeza da CDA, superada pelo que apurado pelo Juízo a quo; (2) inexistência de violação ao devido processo legal, pois deferida, motivadamente, em caráter provisório, mera suspensão da exigibilidade de crédito tributário, na pendência da manifestação da exequente; e (3) suspensão da exigibilidade fundada em provas de pagamento, e não em mero pedido de revisão de lançamento. 3. Precedente"

Na espécie, o DARF juntado indica o valor principal e total de R\$ 9.913,56, com vencimento em 24/11/2004 e recolhido na mesma data (f. 38), ao passo que a execução fiscal, conforme CDA, resultou de auto de infração, por omissão de receita tributável relativo ao IRPF, no valor principal de R\$ 5.527,88, além de multa de ofício no valor de R\$ 4.145,89, vencidos, respectivamente, em 29/04/2005 e 21/11/2007 (f. 21/3). Conforme relatório da fiscalização, o DARF de R\$ 9.913,56 já foi considerado na apuração do débito fiscal (f. 39-v), havendo saldo devedor, objeto da execução fiscal. Não se trata, pois, de mera questão de pagamento, mas de discussão em torno da exigibilidade fiscal, envolvendo, até mesmo, segundo o alegado pelo agravante, questão de compensação, e iliquidez por erro em glosa e na apuração de correção monetária de valores, evidenciando a impropriedade da via eleita para a solução da controvérsia. Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 02 de janeiro de 2012.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00053 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021336-55.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.021336-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : JOAO LUIZ JOVETTA
ADVOGADO : DIOGO CRESSONI JOVETTA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : PROMAC CORRENTES E EQUIPAMENTOS LTDA
ADVOGADO : MARIANA PEREIRA FERNANDES
PARTE RE' : ALBERTO JOSE COSTA
ADVOGADO : MELISSA CARVALHO DA SILVA
PARTE RE' : PEDRO EVANDRO SELEGHIN
ADVOGADO : JOSE ROBERTO CARNIO

PARTE RE' : ITABERA ADMINISTRACAO E PARTICIPACAO LTDA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE SUMARE SP
No. ORIG. : 98.00.15539-1 A Vr SUMARE/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra bloqueio, pelo sistema BACENJUD, de valores depositados em conta poupança de titularidade do coexecutado João Luiz Jovetta, ora agravante.

Alegou, em suma, que: **(1)** não foi formalmente incluído no polo passivo da ação, pois, embora a agravada tenha requerido a inclusão dos sócios, com base na responsabilidade solidária, o despacho de f. 222, conforme certidão de f. 407, deferiu apenas a inclusão da empresa Itabera Administração e Participação Ltda.; **(2)** são insubsistentes os fundamentos invocados pela agravada para a responsabilidade solidária dos sócios, pois, além de o Decreto-lei 1.736/79 não ter constado na CDA, o seu artigo 8º é inconstitucional; **(3)** ainda que se considere constitucional o artigo 8º do Decreto-lei 1.736/79, houve decadência, pois o débito não foi lançado contra o agravante na CDA; **(4)** de qualquer forma, caso afastada a decadência, houve a prescrição do crédito tributário, pois a inscrição em dívida ativa é de 01/08/1997, o redirecionamento foi deferido em 21/03/2000 e o agravante somente foi citado em 29/09/2009; **(5)** haveria ainda a prescrição, vez que decorreram mais de cinco anos entre a citação da empresa, em 02/03/1998, e a citação do agravante, em 29/09/2009; e **(6)** os valores de até 40 salários mínimos, depositados em caderneta de poupança, são absolutamente impenhoráveis, nos termos do artigo 649, X, do CPC.

Em contraminuta, a PFN sustentou que: **(1)** não é cabível medida antecipatória contra a Fazenda Pública; **(2)** a inclusão do sócio tem fundamento na responsabilidade solidária, nos termos dos artigos 124, 125, 128, 134, VII, e 135, I, do CTN, 4º, V, da LEF, e 8º do Decreto-lei 1.736/79; **(3)** não houve prescrição, pois as DCTF's foram entregues em 29/10/1993, 30/11/1993 e 13/05/1996 e a ação foi ajuizada em 02/03/1998; **(4)** a citação da empresa interrompe a prescrição inclusive quanto aos sócios corresponsáveis; **(5)** o uso do BACENJUD, regulado pela Resolução CJF 524/2006, atende a ordem prevista no artigo 11, I, da LEF, não mais se tratando de medida excepcional, após a Lei 11.382/06; e **(6)** o bloqueio de ativos financeiros está em conformidade com os princípios da efetividade e da economia processual.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 22.09.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

É certo, ainda, que é ônus da exequente comprovar a responsabilidade tributária do sócio-gerente ou administrador, não se podendo invocar, para respaldar o redirecionamento, a regra do artigo 8º do Decreto-lei 1.736/79 que, por colidir com a disciplina do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não tem o condão de revogar a legislação complementar. **Na espécie**, a executada originária PROMAC CORRENTES E EQUIPAMENTOS LTDA. foi citada em março/1998 (f. 37), oferecendo TDA's à penhora (f. 43/9), as quais não foram aceitas (f. 51/4); em 21/12/1999 (f. 64/7), a agravada requereu o desamparamento das execuções apensadas, sustentando, ainda, a responsabilidade solidária dos sócios, dentre eles o agravante, nos termos do artigo 8º do Decreto-lei 1.736/79, além da sucessão tributária pela empresa Itabera Administração e Participação Ltda., devido à transferência parcial de patrimônio, requerendo, assim, a inclusão e

citação da sucessora e dos sócios-gerentes responsáveis solidários; em 21/03/2000 (f. 116), foi proferido despacho acolhendo a manifestação da PFN, deferindo a inclusão da referida empresa no pólo passivo e determinando a citação conforme requerido pela exequente; após, houve manifestação de um dos sócios, Sr. Alberto José Costa, que requereu sua exclusão do pólo passivo (f. 150/3), o que restou indeferido (f. 166), sendo interposto agravo retido (f. 179/83); em 15/05/2001, a executada Promac informou a adesão ao REFIS na data de 31/03/2000 (f. 163/5), sendo suspenso o processo por 180 dias, a pedido da exequente, em 23/11/2001 (f. 192); em 21/11/2002 (f. 206), a exequente noticiou a exclusão do REFIS e indicou novos endereços requerendo a citação dos coexecutados, o que foi deferido (f. 213); em 24/10/2003, foi deferida nova suspensão em razão do REFIS (f. 222); em 06/08/2004, a executada Promac comunicou a adesão ao PAES (f. 226/7), o que foi confirmado pela exequente (f. 245/8), sendo suspensa a execução por 6 meses em 25/02/2005 (f. 249) e por mais 6 meses em 15/12/2005 (f. 259); em 06/11/2006, a exequente noticiou a rescisão do parcelamento e requereu a citação dos coexecutados (f. 269), deferida em 28/12/2006 (f. 273), com expedição de carta de citação do agravante em outubro/2007 (f. 274 e 277); o coexecutado Pedro Evandro Seleghein opôs exceção de pré-executividade (f. 279/81), a qual foi rejeitada liminarmente (f. 293); em 27/06/2008, a exequente requereu o bloqueio de ativos financeiros (f. 296); em 25/07/2008, o juízo determinou que, primeiramente, fosse certificada a citação de todos os executados, deferindo, em caso afirmativo, o bloqueio on-line (f. 297); na sequência (f. 298), a Secretaria certificou que a exequente requereu a inclusão da empresa Itabera e dos sócios-gerentes à época dos fatos geradores, mas teria sido deferida, *s.m.j.*, apenas a inclusão da Itabera, embora no sistema constem como executados, além das empresas Promac e Itabera, os sócios João Luiz Jovetta, Pedro Evandro Seleghein e Alberto José Costa, e que foram devidamente citadas a Promac e a Itabera; após, a exequente alegou que a decisão de f. 222 teria acolhido sua manifestação e incluído no polo passivo a empresa Itabera "*e as pessoas físicas lá mencionadas*", requerendo a citação editalícia (f. 299), que foi deferida em 24/09/2009 (f. 300); em 29/09/2009, foi expedido edital de citação do agravante (f. 302); em 28/01/2010, a PFN noticiou a adesão ao parcelamento da Lei 11.941/2009 e requereu suspensão por 180 dias (f. 303); em 11/04/2011, reiterou pedido de bloqueio de ativos financeiros (f. 304/5), o que foi deferido em 12/05/2011 (f. 306), sendo bloqueados os valores de R\$ 2.798,78, na conta 441.855-7, de titularidade do agravante, Ag. 0046-9, Banco Bradesco, sendo R\$ 2.797,78 em conta poupança e R\$ 1,00 em conta corrente (f. 312, 317 e 324).

Em face dos elementos existentes nos autos, constata-se que não há indícios de dissolução irregular da sociedade Promac Correntes e Equipamentos Ltda., tampouco da empresa que adquiriu parte de seu patrimônio, Itabera Administração e Participação Ltda., pois inexistente certidão de oficial de justiça atestando que as empresas tenham deixado de funcionar nos respectivos endereços, e, ademais, a própria agravada noticiou, conforme petição protocolizada em 28/01/2010 (f. 303), a adesão inicial da Promac ao parcelamento da Lei 11.941/2009, sendo, após exclusão do parcelamento, bloqueados valores depositados em contas bancárias da Promac, nos montantes de R\$ 4.908,17 (f. 310 e 321) e R\$ 968,25 (f. 310 e 315), e da Itabera, na importância de R\$ 918,00 (f. 309/10 e 316), inexistindo, pelo menos até o momento, comprovação da prática de ato de administração, por parte do sócio, capaz de gerar a responsabilidade tributária do artigo 135, III, do CTN, seja por excesso de poderes, ou por infração à lei, contrato ou estatuto social, pelo que manifestamente procedente o pedido de reforma quanto à sua inclusão no polo passivo da execução.

De qualquer forma, além da ilegitimidade passiva ora reconhecida, encontra-se pacificada a jurisprudência, firme no sentido de que, em penhora on-line de ativos financeiros, deve ser observado o disposto no inciso X, do artigo 649, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

"Artigo 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)."

A propósito, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma:

AARESP 1096337, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 31/08/2009: "EXECUÇÃO FISCAL - DEPÓSITO EM POUPANÇA INFERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS - IMPENHORABILIDADE - APLICAÇÃO DO ARTIGO 649, INCISO X, DO CPC. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que são absolutamente impenhoráveis quantias depositadas em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, nos termos do artigo 649, inciso X, do CPC. Agravo regimental improvido."

AGRESP 1077240, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE 27/03/2009: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONVÊNIO BACEN-JUD. PENHORA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEI Nº 11.382/06. 1. Esta Corte admite a expedição de ofício ao Bacen para se obter informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor, desde que o exequente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial. 2. No caso concreto, a decisão indeferitória da medida executiva requerida ocorreu depois do advento da Lei 11.382/06, a qual alterou o Código de Processo Civil para: a) incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie (art. 655, I) e; b) permitir a realização da constrição por meio eletrônico (art. 655-A). Aplicação do novel artigo 655 do CPC. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção. 3. Existe, assim, a necessidade de observância da relação dos bens absolutamente impenhoráveis, previstos no art. 649 do CPC, especialmente, "os recursos públicos recebidos por instituições privadas para

aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social" (inciso VIII), bem como a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de quarenta (40) salários mínimos (X). 4. Agravo regimental provido." AC 2009.61.13.000853-2, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 CJ1 03/05/2010, p. 415 "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TESE DE NULIDADE. INTIMAÇÃO PESSOAL. FAZENDA NACIONAL. INEXISTÊNCIA. IMPENHORABILIDADE DOS VALORES EXISTENTES EM POUPANÇA. ARTIGO 649, INCISO X, DO CPC. RECURSO DESPROVIDO. 1. Primeiramente, não houve qualquer nulidade, pois, nos termos do artigo 296 do Código de Processo Civil, é dispensada a citação do apelado quando o recurso seja interposto contra indeferimento da inicial, sendo os autos enviados "imediatamente" ao Tribunal competente. A redação anterior à Lei nº 8.952/94, que determinava a citação do réu para acompanhar a apelação, não mais vigia ao tempo dos fatos da presente causa, daí a inexistência de qualquer violação ao devido processo legal, sendo certo que a intimação pessoal da Fazenda Nacional deve ocorrer quando cabível a sua ciência nos termos da legislação processual, não sendo este o caso. Ademais, a ciência e intimação pessoal ocorreram na fase própria, sendo de destacar-se que a decisão agravada negou seguimento à apelação da ora agravada, por razões dissociadas. Examinou, porém, de ofício, a nulidade em que se houve a penhora, ao incidir sobre bem impenhorável e, para impugnar o que foi assim decidido, teve a Fazenda Nacional oportunidade, através do presente agravo, interposto depois de sua intimação pessoal, sem qualquer irregularidade, portanto. 2. No tocante ao "mérito" da questão da impenhorabilidade, aplicou-se a consolidada jurisprudência, firme no sentido de que são absolutamente impenhoráveis as quantias depositadas em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, nos termos do artigo 649, inciso X, do CPC. 3. As alegações da agravante, quanto à natureza da conta, não prevalecem, pois restou comprovado, nos autos, por declaração da própria instituição financeira, de que a conta, em que houve penhora, refere-se a uma caderneta de poupança, não podendo valer-se a agravante de alegações genéricas, aplicáveis a "alguns bancos", para convolar poupança em outra espécie de conta para elidir os efeitos da impenhorabilidade que, no caso concreto, foi reconhecida no limite legalmente admitido, inclusive porque reduzido o valor do saldo existente. 4. Agravo inominado desprovido."

No caso concreto, o documento de f. 324 demonstra que o valor de R\$ 2.797,78 bloqueado (f. 312) refere-se a depósito em conta poupança (441.855-7, Ag. 0046-9, Banco Bradesco/Campinas), pelo que, por esta razão só, já caberia o imediato desbloqueio. Quanto ao valor de R\$ 1,00, depositado na conta corrente de mesmo número, também impõe-se o desbloqueio, tendo em vista a ilegitimidade do agravante para constar no pólo passivo da ação, além da própria insignificância da quantia bloqueada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00054 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021359-98.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.021359-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : LUCIANA DE ALMEIDA FACURY
ADVOGADO : JOSE LUIZ MATTHES e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE FRANCA Sec Jud SP
No. ORIG. : 00039330420104036113 2 Vr FRANCA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade. Alegou, em suma: (1) decadência do débito apurado em 1999, pois "*lavrou-se o competente Auto de Infração na data 09/12/2004, ou seja, mais do que os 05 (cinco) anos apregoados pelo Código Tributário Nacional*" (f. 05) [...] "*se o ano calendário é de 1999 caberia ao Poder Público fazer o lançamento até 31 de dezembro 2004. Todavia, ao contrário disso, conforme observa-se dos documentos acostados aos autos, o novo lançamento foi efetivado em dezembro de 2004, restando, portanto, consumada a decadência*" (f. 07); e (2) ilegalidade da cobrança, pois "*a fiscalização utilizou, para lavrar o auto de infração que ensejou a presente cobrança, simplesmente, da análise de contas bancárias, violando, assim, os princípios da irretroatividade e do sigilo, resguardados pela Constituição Federal*" (f. 08).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos a execução fiscal de IRPF 1999/2000, fundada em auto de infração lavrado em 09.12.2004 (f. 43), por "*omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantidas em instituições financeiras, em relação aos quais o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações*" (f. 44). Citada, houve exceção de pré-executividade, alegando, em suma, decadência e ilegalidade da cobrança (f. 24/42). A PFN alegou inexistir decadência porque o débito refere-se ao ano calendário 1999 e o auto de infração foi lavrado em 09.12.2004, e que o lançamento fiscal foi amparado por decisão favorável à PFN no MS 2001.61.13.001518-5, com trânsito em julgado (f. 68/83). Sobreveio, então, a decisão agravada, que rejeitou a exceção de pré-executividade (f. 254/8vº).

Correta a decisão agravada, pois a questão da validade do acesso fiscal a dados da movimentação financeira foi objeto do MS 2001.61.13.001518-5, em que transitou em julgado a denegação da ordem, após o que foi retomada a cobrança do débito, de que resultou a execução fiscal (f. 158/72).

Ainda que assim não fosse, consolidada a jurisprudência quanto aos limites da exceção de pré-executividade, firme no sentido de que nela somente cabe a discussão de questão de ordem pública ou de evidente nulidade formal do título, passível de exame "*ex officio*", e independentemente de dilação probatória. A excepcionalidade com que se reveste a admissão de tal via de defesa, com características específicas, impede que questões diversas sejam transferidas de sua sede natural, que são os embargos do devedor, na qual, aliás, as garantias processuais são mais amplas, para ambas as partes e, portanto, mais adequadas à discussão da temática com a envergadura da suscitada.

Tal a linha de orientação firmada em julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, como revelam, entre outros, os seguintes acórdãos:

EDAGA 1.158.238, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 27/10/2010: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DA NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VERIFICAÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPEDIMENTO PELA SÚMULA 7/STJ. REDISCUSSÃO DO ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE. 1. Os estreitos limites dos embargos de declaração obstam a apreciação de questões que traduzem o mero inconformismo com o teor da decisão embargada e revelam o objetivo de rediscutir matérias já decididas, sem, contudo, demonstrar a existência de omissão, contradição, obscuridade ou mesmo erro material conforme preceitua o art. 535 do CPC. 2. O julgador não está obrigado a rebater todos os argumentos da parte recorrente, bastando, para tanto, que prolate decisão devidamente fundamentada que aborde a questão controversa em sua inteireza, não resultando, por outro lado, negativa de prestação jurisdicional. 3. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de ser cabível a exceção de pré-executividade para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, tais como os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo, referentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que verificáveis de plano pelo juiz. Todavia, não é permitida a sua interposição quando a apreciação das questões necessárias à resolução da lide demande dilação probatória. Precedente regido pela sistemática do art. 543-C, do CPC (REsp 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 04.05.2009). 4. Para afastar o entendimento da Corte de origem e a conclusão fático-probatória por ela definida, faz-se mister reexaminar a prova apreciada pela instância ordinária, o que não se admite em sede de recurso especial, notadamente à luz da Súmula 7/STJ. 5. Não há contradição em afastar a violação do art. 535 do CPC e, concomitantemente, em não conhecer do mérito do recurso por ausência de prequestionamento, desde que o acórdão recorrido esteja adequadamente fundamentado. 6. Embargos de declaração rejeitados."

AG 2007.03.00.097727-9, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJU 16/04/08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NÃO CABIMENTO. ALEGAÇÕES QUE DEPENDEM DE DILAÇÃO PROBATÓRIA I - Tenho entendido, consoante a jurisprudência majoritária, que a objeção ou exceção de pré-executividade constitui meio de defesa extraordinário, reservado à veiculação de matérias cognoscíveis ex officio ou, ainda com maior parcimônia, aos casos em que as causas extintivas, impeditivas ou modificativas do crédito executado mostrem-se evidentes, aferíveis de plano. II - No caso em tela, observo que o deslinde da argüição em tela impende submissão ao contraditório, bem como depende de dilação probatória para que se obtenham elementos de convicção. III - Nesse passo, frise-se que a exceção de pré-executividade somente há de ser admitida quando é flagrante o pagamento ou a nulidade do título executivo ou da execução. Não é a hipótese dos autos, contudo, já que as alegações da executada dependem de apuração, não se tratando de extinção evidente que possa ser declarada de ofício. IV - Agravo de instrumento improvido."

Na espécie, a exceção de pré-executividade mais do que impugnar a validade formal da CDA, busca a nulidade do procedimento fiscal, por suposta ilegalidade ou inconstitucionalidade do lançamento a partir da forma de apuração havida. Ocorre que o exame de nulidade de procedimento administrativo, em que apurada a infração e aplicada a sanção respectiva, não é matéria sujeita a exame de ofício ou cognição sumária da exceção de pré-executividade, como tem sido decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, "*verbis*":

AGRESP 712.041, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 04/11/2009: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DIVERSOS DISPOSITIVOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282/STF. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HIPÓTESES DE CABIMENTO. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO E DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.110.925/SP PELO REGIME DO ART. 543-C, DO CPC. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE APLICA A MULTA PREVISTA NO § 2º DO ART. 557, DO CPC. 1. As matérias constantes dos arts. 113, §§ 1º, 2º e 3º, 114, 142, 173, I, e parágrafo único, do CTN, 10, 23, I e II, do Decreto 170.235/72 não foram debatidas pelo aresto hostilizado, de modo que não foi atendido o requisito inarredável do prequestionamento. Além disso, o ora agravante deixou de opor embargos de declaração na origem a fim de suscitar o pronunciamento a respeito dos temas. Incide, no particular, o Enunciado Sumular n. 282 do Supremo Tribunal Federal. 2. A Primeira Seção desta Corte já se manifestou sobre o tema em debate quando do julgamento do REsp n. 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C, do CPC, introduzido pela Lei dos Recursos Repetitivos, tendo consolidado entendimento no sentido de que "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". 3. Não é de se cogitar que o juiz possa conhecer de ofício, em sede de execução fiscal, de nulidade do processo administrativo sob o qual constituiu-se o crédito exequendo, mormente pelo fato de que a execução fiscal pressupõe o encerramento daquele, possuindo, ainda, presunção de certeza e liquidez da CDA nos termos dos arts. 3º da Lei n. 6.830/80 e 204 do CTN. Dessa forma, a exceção de pré-executividade se presta a provocar o magistrado a se pronunciar sobre questão que, a rigor, não necessita de alegação das partes, visto que somente pode versar sobre questões cognoscíveis de ofício, o que efetivamente não é o caso dos autos, sendo certo que os embargos à execução são a via adequada para desconstituir a CDA com base em provas. 4. Tendo em vista que o presente agravo regimental foi interposto em período anterior ao julgamento do recurso representativo da controvérsia, deixo de aplicar a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC. 5. Agravo regimental não provido."

No tocante à decadência, tratando-se de débito cuja constituição foi efetuada por lançamento de ofício, com lavratura de auto de infração, incide o artigo 173, I, do Código Tributário Nacional ("o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados [...] do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado"), conforme consolidada jurisprudência:

AGA 880.802, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU 17.12.2007: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. DECADÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. Verificando-se que o lançamento, na hipótese dos autos, decorreu da lavratura de auto de infração, por não ter a contribuinte antecipado o pagamento, aplica-se o disposto no art. 173, I, do CTN, que prevê o prazo de cinco anos para a constituição do crédito tributário, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. 2. Como o Tribunal a quo não afirmou em momento algum a ocorrência do lançamento por homologação, como assevera a agravante, para se concluir em sentido contrário é indispensável o reexame de provas, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido."

AC 2003.03.99.001607-8, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 22.06.05: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE ERRO MATERIAL, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS. 1. Os embargos de declaração devem ser acolhidos, pois, de fato, houve omissão no exame da causa, que versa sobre a decadência, ficando suprido o v. acórdão, com o reconhecimento da ocorrência da decadência, conforme a prova dos autos, e conseqüente alteração do resultado do julgamento anterior. 2. Assim porque, não tendo o contribuinte constituído o crédito tributário, por meio de lançamento sujeito à homologação no prazo legal, e, por seu turno, não tendo o Fisco promovido o lançamento de ofício, o prazo de decadência conta-se, em tal circunstância, do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia o lançamento ter sido efetuado o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I, CTN). 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, com o provimento da apelação interposta, e fixação da verba honorária, conforme a sucumbência verificada, nos termos da jurisprudência da Turma."

AC 2003.61.82.074833-1, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU 30.05.07: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - TAXA SELIC E ENCARGO DO DECRETO-LEI N. 1.025/69: LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. MANUTENÇÃO DA MULTA APLICADA COM FUNDAMENTO NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 1. Trata-se de cobrança de COFINS, período de apuração 04/1996 a 02/2001, constituído por lançamento de ofício, hipótese em que se aplica a regra do art. 173, inciso I, do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim sendo, não ocorreu a alegada decadência, pois, considerando o fato gerador mais antigo, ocorrido no exercício de 1996, o lançamento poderia ter ocorrido no exercício de 1997. Dessa forma, o prazo decadencial teve início em 01/01/1998 e findaria em 31/12/2003, datando a notificação ao contribuinte acerca da lavratura do Auto de Infração de 29/04/2002. 2. O art. 161, § 1º, do CTN, é claro ao dispor sobre a possibilidade de regulamentação da taxa de juros por lei extravagante, fixando-a, de forma supletiva, em 1% ao mês. O parágrafo 3º

do art. 192 da CF/88 foi revogado pela Emenda Constitucional n. 40, de 29.05.2003. 3. No caso em apreço, os juros de mora são fixados pela Lei 8.981/95, art. 84, I, com a alteração introduzida pela Lei 9.065/95, art. 13 que determinou o acréscimo de juros de mora equivalentes à taxa média mensal de captação do serviço de liquidação e custódia para títulos federais (SELIC), acumulados mensalmente. Desse modo, ante a expressa previsão legal, nenhuma inconstitucionalidade e ilegalidade milita contra sua incidência, restando infundadas as alegações trazidas no recurso. 4. O encargo previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69 substitui a condenação do devedor em honorários nos embargos à execução fiscal promovida pela União. Aplicação da Súmula 168 do TFR. 5. É de ser mantida a multa aplicada com fundamento no parágrafo único do art. 538 do CPC, pois flagrantemente protelatórios os embargos declaratórios de fls. 128/133, tendo em vista o efeito infringente com que recebidos os embargos declaratórios anteriormente opostos pela parte contribuinte. 6. Prejudicadas as demais alegações trazidas no apelo contribuinte, ante a reforma da sentença recorrida. 7. Apelação fazendária e remessa oficial providas e apelação contribuinte improvida."

AC 1999.03.99.021911-7, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJU 18.02.08: "**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO CARACTERIZADA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA NOS PARÂMETROS LEGAIS. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. 1. Afastada a alegação de ausência de fundamentação na r. decisão guerreada, uma vez que estão claras as razões do convencimento do r. Juízo a quo, ao fundamentar sua decisão no parágrafo 4º do artigo 20 do CPC. 2. A Certidão de Dívida Ativa foi regularmente inscrita, apresentando os requisitos obrigatórios previstos no art. 2º, § 5º da Lei n.º 6.830/80 e no art. 202 do Código Tributário Nacional. 3. O prazo decadencial flui, como cediço, sem suspensões ou interrupções, entre a ocorrência do fato gerador até constituição do crédito tributário. No caso em apreço, ou seja, de lançamento de ofício ou por declaração, é regra que o início do quinquênio decadencial se dá no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do disposto no artigo 173, I do CTN. 4. O crédito reclamado refere-se ao exercício de 1994, pelo que o termo a quo e o termo ad quem do prazo decadencial são respectivamente, 1º de janeiro de 1995 e 1º de janeiro de 2000", portanto, não há que se falar em decadência, uma vez que conforme consta dos autos a execução foi distribuída em fevereiro de 1996. 5. Tendo em vista a menor complexidade da ação, deve ser fixada equitativamente, conforme autorizado pelo art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, assim, no limite do quanto pedido, determino que o percentual de 10% (dez por cento), referente à condenação da embargante em honorários advocatícios, incida sobre o valor da execução. 6. Tendo a apelada decaído de parte mínima do pedido, não há que ser condenada na verba honorária, em observância ao disposto no art. 21, parágrafo único, do CPC. 7. Apelação parcialmente provida."**

Na espécie, a CDA 80.1.10.002805-41 trata de IRPF, 1999/2000 (f. 17/20), de modo que o prazo para a constituição do crédito mais antigo, à luz do artigo 173, I, do CTN, iniciou-se em **01.01.2000**, sendo que o auto de infração foi lavrado em **09.12.2004** (f. 43), dentro, portanto, do prazo de cinco anos, daí que inexistente decadência. Ressalte-se que, a notificação do auto de infração, através de AR, ocorreu em 11.05.2010 (f. 17/20 e 163), tendo em vista a suspensão da exigibilidade fiscal, por força de decisão no MS 2001.61.13.001518-5, na qual foi, ao final, denegada a ordem, com trânsito em julgado (85/172).

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso. Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 02 de janeiro de 2012.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00055 AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 0022101-26.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.022101-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : MADRE THEODORA ASSISTENCIA MEDICA HOSPITALAR LTDA
ADVOGADO : MAURICIO SANITA CRESPO e outro
AGRAVADO : Agencia Nacional de Saude Suplementar ANS
ADVOGADO : FELIPE TOJEIRO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DE CAMPINAS - 5ª SJJ - SP
No. ORIG. : 00041313120114036105 6 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de indeferimento de antecipação de tutela, em ação ordinária, para que "seja declarada a inexigibilidade total da cobrança do valor de R\$ 6.412,07 relativo a ressarcimento do SUS por atender pessoas vinculadas a plano de saúde da autora" (f. 237/8).

Alegou, em suma, que: (1) o Juízo agravado acertou quanto à aplicação das regras de prescrição do Código Civil, porém equivocou-se ao considerar como termo inicial a data da notificação, em 31/03/2008, ao invés da data do fato gerador, em 30/04/2006; (2) houve violação ao princípio da ampla defesa, pois "*sequer teve o direito à análise dos prontuários médicos dos usuários, o que a impediu de conhecer as técnicas utilizadas nos procedimentos cobrados e os profissionais que a executaram, de modo que a autora não pode aferir se os valores cobrados são de fato exigíveis e justos, pois os dados disponibilizados foram insuficientes*", além de não ter sido considerada a defesa apresentada, no sentido de "*serem as AIHS impugnadas e indeferidas casos de usuários excluídos, usuários em carência e usuários sem cobertura nos procedimentos realizados, ou seja, todos enquadrados em situações em que a Lei 9566/98 permite o não atendimento por parte das operadoras*" (f. 11); (3) a hipótese de ressarcimento, nos termos do artigo 32 da Lei 9.656/99, é inconstitucional, em face da responsabilização da operadora de serviços médicos pela conduta do usuário; e (4) a antecipação de tutela é necessária para impedir o registro de seu nome no CADIN, a inscrição na dívida ativa e o ajuizamento fiscal, "*prejudicando-a na relação com seus parceiros, limitando seu crédito em instituições financeiras, sendo certo que tais danos, por serem irreparáveis, acabarão por afetar também seus usuários*" (f. 14).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Desde a vigência da Lei 10.352, de 26.12.01, não é mais cabível o agravo, sob a forma de instrumento, em face de decisões interlocutórias, "*salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação*" (artigo 527, II, CPC), ou nas hipóteses de "*inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida*" (artigo 523, § 4º, CPC), devendo ser, pois, determinada a sua retenção para julgamento simultâneo com o recurso principal.

Cabe assinalar que a Lei nº 11.187, de 19.10.05, tornou mais rígida a orientação da Lei nº 10.352, de 26.12.01, uma vez que, nas condições especificadas, a retenção, a partir dela, não é mais mera faculdade do relator, mas verdadeira imposição legal, inclusive sem previsão de recurso para a Turma.

É inequívoco, pois, que a alegação genérica de "*periculum in mora*", apenas porque reconhecido, ou não, para gozo imediato o direito, invocado por uma das partes, não basta para motivar o agravo sob a forma de instrumento; e nem mesmo a prova de que a decisão agravada pode causar, ou efetivamente causa, prejuízo ou inconveniente qualquer. Pelo contrário, a lei exige um prejuízo notadamente qualificado, específico e concreto, atual ou iminente, sob a forma de dano irreparável, capaz de comprovadamente tornar ineficaz o eventual provimento do recurso somente ao final pela Turma; ou cuja reparação seja de tal modo difícil, por aspecto legal ou de fato, que, associado ao "*fumus boni iuris*", legitime não apenas o curso, como a própria antecipação da tutela recursal, como forma única e necessária para garantir a eficácia da prestação jurisdicional.

O regime vigente reforçou a inviabilidade do agravo de instrumento fundado apenas na impugnação de decisão interlocutória, a partir de pretensão meramente revisional, com a substituição, pelo Tribunal, da interpretação do Direito e do juízo formulado, na origem, sobre os fatos da causa. É preciso para legitimar o provimento substitutivo do Tribunal - a fim de que este não se desvie nem prejudique sua função essencial, que é a de julgar apelações, ou seja, revisar juízos de mérito, decisões definitivas da primeira instância - mais do que apenas uma decisão eventualmente equivocada, segundo a ótica de quem agrava, ou contrária ao seu interesse jurídico.

A lei exige interesse processual pleno em aspectos peculiares, relativos à urgência, imprescindibilidade e necessidade de revisão da decisão agravada, para afastar ou prevenir, objetivamente, o dano ou o risco de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, produzidos pela eficácia imediata do provimento judicial, positivo ou negativo, ainda que formulado apenas em cognição inicial, sumária e provisória da causa.

Não é, porém, o que ocorre no caso concreto, em que comprovadamente a manutenção da decisão agravada, até que possa a Turma apreciar o pleito juntamente com o recurso principal nos autos originários, não produz qualquer dos efeitos irremediáveis, que a lei exige para autorizar e justificar, de imediato, a jurisdição do Tribunal, em revisão ao provimento dado na instância "*a quo*".

Na espécie, não existe comprovação de dano irreparável, pela possibilidade de inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal, com conseqüente registro no CADIN, a assim demonstrar que a mera exigibilidade do crédito, até que o mérito seja decidido, não revela prejuízo irreparável que exija a tramitação do presente recurso.

Ante o exposto, dada a inviabilidade do agravo de instrumento, determino, com fundamento no artigo 527, II, do Código de Processo Civil, a sua conversão em agravo retido, com a baixa dos autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00056 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022148-97.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.022148-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : ARNALDO ALVES RIPAMONTE

ADVOGADO : OMAR ALAEDIN e outro
AGRAVADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOSE BENEDITO RAMOS DOS SANTOS e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
No. ORIG. : 00025534220114036102 5 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento de decisão que julgou procedente impugnação ao valor da causa, em medida cautelar de exibição de documentos, fixando a quantia de R\$ 3,45, indicada pela CEF como "o valor para confecção de extratos de poupança" e determinando a remessa ao Juizado Especial Federal (f. 27/8v.).

Alegou, em suma, que: (1) "A presente ação cautelar de exibição de documentos foi ajuizada com a finalidade de compelir a Caixa Econômica Federal a fornecer os extratos da caderneta de poupança titularizada pelo autor/agravante de forma a permitir futura execução de sentença proferida em sede de ação de cobrança de expurgos inflacionários." (f. 06); (2) "a ação principal (cobrança de expurgos inflacionários) será proposta junto à vara e não junto ao Juizado Especial, vez que o valor da causa superará o valor de alçada do JEF, tendo em vista o valor que se recorda o agravado ter mantido junto à agravada no ano de 1990" (f. 06); (3) "não há que se falar que o valor da causa deve corresponder ao valor do custo dos extratos, vez que a propositura da presente ação não visa a escusa do pagamento da taxa de emissão da segunda via dos extratos, mas tão somente a obtenção dos extratos, que não foi obtida via pedido administrativo" (f. 06/07); e (4) "Em assim sendo, corretamente procedeu o agravante quando lançou o valor da causa correspondente a R\$ 37.000,00 [sic]. É inegável que na ação em epígrafe existe um conteúdo econômico, cabendo à parte autora decliná-lo." (f. 07).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consolidado o entendimento dos Tribunais no sentido de que o ônus de impugnar o valor da causa é do impugnante (réu da ação), a quem cabe, portanto, indicar o montante correto e provar a sua adequação ao caso concreto, a teor do que revelam, entre outros, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

PET 1.555, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 05/11/2009: "AÇÃO RESCISÓRIA. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. ÔNUS DA PROVA DA RÉ NA AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO COMPROVAÇÃO DO VALOR. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o ônus da prova na impugnação ao valor da causa é da ré na ação rescisória, que deve provar que o valor atribuído à causa está contrário ao que efetivamente deveria ter sido aferido. 2. Pedido julgado improcedente."
AI 2010.03.00038154-0, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, DJF3 13/10/2011: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. BENEFÍCIO ECONÔMICO PRETENDIDO. ÔNUS DO IMPUGNANTE. I. O valor da causa deve corresponder ao benefício econômico pretendido com a demanda, ao êxito material perseguido. II. Inexistente conteúdo econômico ou não sendo possível desde logo a verificação do quantum, é lícito ao autor estimar o indigitado valor, vinculando-o à relação jurídica de direito material, nos limites do petitum. III. É ônus do impugnante apresentar o valor entendido como adequado à causa ou proceder à indicação de elementos concretos para a correta aferição da necessidade de sua alteração, não se admitindo impugnação genérica. Precedentes do STJ e desta E. Corte. IV. Agravo desprovido."

Na espécie, a CEF impugnou genericamente o valor da causa, com a afirmativa de que seria "absurdo" o indicado na inicial, que o custo da emissão dos extratos seria de **R\$ 3,45**, e que o incidente deveria ser acolhido para "retificação do valor conferido à ação, a fim de que seja compatível com o objeto da demanda" (f. 15/6).

Como se observa, trata-se de impugnação genérica, que alude a um valor de custo de emissão de extratos, mas que não indica, efetivamente, valor alternativo condizente com o proveito econômico pretendido ou decorrente da propositura da ação cautelar. Tal fato, por si só, bastaria à decretação da improcedência da impugnação, por falta de fundamentação e pedido específico, como exigido na legislação e jurisprudência.

O valor estimativo dado pelo autor, diante da falta de impugnação específica do réu, deve prevalecer até porque, ainda que se trate de mera cautelar de exibição de extratos, o proveito econômico, que se pretende viabilizar com tal ação, não se resume ao custo do fornecimento de tais documentos (R\$ 3,45), de cujo pagamento não se pretende eximir o autor da ação, mas deve retratar, tanto quanto possível, o que pode resultar ou o que se pretende postular na principal, com base nas providências resultantes da cautelar instrumentalizada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, julgando improcedente a impugnação ao valor da causa.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

00057 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022313-47.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.022313-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : SINESIO HELI ZAINA
ADVOGADO : GETULIO MITUKUNI SUGUIYAMA e outro
AGRAVADO : SOMOTOS TRANSPORTES DE DOCUMENTOS LTDA -ME e outro
: CRISTOVAO MAGELA DA COSTA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 00002044020054036114 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade "para o fim de afastar a preliminar de ilegitimidade de parte e, no mérito, declarar extintos os créditos tributários dos períodos referentes às declarações de finais 8796, 4610 e 3303 pela prescrição (art. 156, V, CTN), devendo a exequente apresentar a CDA retificada para o prosseguimento da execução" (f. 214).

Alegou, em suma, a agravante a inoccorrência de prescrição, pois a última data da cobrança para pagamento administrativo foi em 07/07/2004, em que iniciada a contagem do prazo prescricional.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos, podendo tal matéria ser discutida em exceção de pré-executividade.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

RESP 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU 05/09/08: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido."

RESP 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU 16/09/08: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido." AC 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04/11/2008: "DIREITO TRIBUTÁRIO.

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1.Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. Apelação desprovida."

Na espécie, cuida-se de créditos tributários devidos por empresa optante do SIMPLES, referentes ao ano-base de 1994/2000 (f. 12/46), os quais foram constituídos pelas declarações de rendimentos 6678796, 8354610 e 0373303 entregues, respectivamente, em **28/05/1998, 10/04/1997 e 24/05/1996** (f. 208), tendo sido a execução fiscal proposta

antes da LC 118/05, mais precisamente em **18/01/2005** (f. 12) quando, porém, já havia decorrido o quinquênio, de tal modo a justificar, portanto, o reconhecimento da prescrição.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00058 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022454-66.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.022454-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : MADRE THEODORA ASSISTENCIA MEDICA HOSPITALAR LTDA
ADVOGADO : MAURICIO SANITA CRESPO e outro
AGRAVADO : Agencia Nacional de Saude Suplementar ANS
ADVOGADO : FELIPE TOJEIRO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP
No. ORIG. : 00039320920114036105 6 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de indeferimento de antecipação de tutela, em ação ordinária, para que "*seja declarada a inexigibilidade total da cobrança do valor de R\$ 22.121,05 relativo a ressarcimento do SUS por atender pessoas vinculadas a plano de saúde da autora*" (f. 480/1).

Alegou, em suma, que: **(1)** o Juízo agravado acertou quanto à aplicação das regras de prescrição do Código Civil, porém equivocou-se ao considerar como termo inicial a data da notificação, em 10/09/2007, ao invés da data do fato gerador, em 30/04/2006; **(2)** houve violação ao princípio da ampla defesa, pois "*a agravante somente recebe como informação para que formule sua defesa, o código do beneficiário, a descrição do procedimento a ser ressarcido, a data do atendimento, o nome da unidade prestadora do atendimento e o município onde se realizou o procedimento. Não se permite defesa plena, pois é vedado à operadora agravante ter acesso para devida análise dos prontuários médicos dos usuários. Deste modo, fica impedida de conhecer se o atendimento foi realizado de fato ao usuário descrito, e mesmo se o atendimento era caso de urgência e emergência, bem como as técnicas utilizadas nos procedimentos cobrados e os profissionais que a executaram, restando por fim prejudicada também a aferição dos valores cobrados, sendo certo que são de fato exigíveis e justos*" (f. 12); **(3)** a hipótese de ressarcimento, nos termos do artigo 32 da Lei 9.656/99, é inconstitucional, em face da responsabilização da operadora de serviços médicos pela conduta do usuário; e **(4)** a antecipação de tutela é necessária para impedir o registro de seu nome no CADIN, a inscrição na dívida ativa e o ajuizamento fiscal, "*prejudicando-a na relação com seus parceiros, limitando seu crédito em instituições financeiras, sendo certo que tais danos, por serem irreparáveis, acabarão por afetar também seus usuários*" (f. 19/20).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Desde a vigência da Lei 10.352, de 26.12.01, não é mais cabível o agravo, sob a forma de instrumento, em face de decisões interlocutórias, "*salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação*" (artigo 527, II, CPC), ou nas hipóteses de "*inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida*" (artigo 523, § 4º, CPC), devendo ser, pois, determinada a sua retenção para julgamento simultâneo com o recurso principal.

Cabe assinalar que a Lei nº 11.187, de 19.10.05, tornou mais rígida a orientação da Lei nº 10.352, de 26.12.01, uma vez que, nas condições especificadas, a retenção, a partir dela, não é mais mera faculdade do relator, mas verdadeira imposição legal, inclusive sem previsão de recurso para a Turma.

É inequívoco, pois, que a alegação genérica de "*periculum in mora*", apenas porque reconhecido, ou não, para gozo imediato o direito, invocado por uma das partes, não basta para motivar o agravo sob a forma de instrumento; e nem mesmo a prova de que a decisão agravada pode causar, ou efetivamente causa, prejuízo ou inconveniente qualquer. Pelo contrário, a lei exige um prejuízo notadamente qualificado, específico e concreto, atual ou iminente, sob a forma de dano irreparável, capaz de comprovadamente tornar ineficaz o eventual provimento do recurso somente ao final pela Turma; ou cuja reparação seja de tal modo difícil, por aspecto legal ou de fato, que, associado ao "*fumus boni iuris*", legitime não apenas o curso, como a própria antecipação da tutela recursal, como forma única e necessária para garantir a eficácia da prestação jurisdicional.

O regime vigente reforçou a inviabilidade do agravo de instrumento fundado apenas na impugnação de decisão interlocutória, a partir de pretensão meramente revisional, com a substituição, pelo Tribunal, da interpretação do Direito e do juízo formulado, na origem, sobre os fatos da causa. É preciso para legitimar o provimento substitutivo do Tribunal - a fim de que este não se desvie nem prejudique sua função essencial, que é a de julgar apelações, ou seja, revisar

juízos de mérito, decisões definitivas da primeira instância - mais do que apenas uma decisão eventualmente equivocada, segundo a ótica de quem agrava, ou contrária ao seu interesse jurídico.

A lei exige interesse processual pleno em aspectos peculiares, relativos à urgência, imprescindibilidade e necessidade de revisão da decisão agravada, para afastar ou prevenir, objetivamente, o dano ou o risco de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, produzidos pela eficácia imediata do provimento judicial, positivo ou negativo, ainda que formulado apenas em cognição inicial, sumária e provisória da causa.

Não é, porém, o que ocorre no caso concreto, em que comprovadamente a manutenção da decisão agravada, até que possa a Turma apreciar o pleito juntamente com o recurso principal nos autos originários, não produz qualquer dos efeitos irremediáveis, que a lei exige para autorizar e justificar, de imediato, a jurisdição do Tribunal, em revisão ao provimento dado na instância "a quo".

Na espécie, não existe comprovação de dano irreparável, pela possibilidade de inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal, com consequente registro no CADIN, a assim demonstrar que a mera exigibilidade do crédito, até que o mérito seja decidido, não revela prejuízo irreparável que exija a tramitação do presente recurso.

Ante o exposto, dada a inviabilidade do agravo de instrumento, determino, com fundamento no artigo 527, II, do Código de Processo Civil, a sua conversão em agravo retido, com a baixa dos autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00059 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022966-49.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.022966-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : INDUSTRIAS MATARAZZO DE FIBRAS SINTETICAS LTDA
ADVOGADO : FÁBIO MASSAYUKI OSHIRO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE S J CAMPOS SP
No. ORIG. : 04024343819964036103 4 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu a impugnação ao laudo pericial e homologou "o valor da avaliação do imóvel penhorado nestes autos sob Matrícula nº 5.534, conforme perícia juntada às fls. 338/376, no valor de R\$ 1.729.182,00 (um milhão, setecentos e vinte e nove mil, cento e oitenta e dois reais)" (f. 326/8).

Alegou, em suma, que: (1) o imóvel penhorado constitui-se de "01 (uma) Gleba de Terras, com área de 65.000m², localizada em São Paulo, matrícula nº 5.534, antiga 62.875", que foi avaliada, primeiramente, por oficial de justiça, em R\$ 325.000,00 (f. 06); (2) de início, foi indeferido o pedido de atribuição do valor de R\$ 22,00 por m², totalizando R\$ 1.430.000,00 para a área total, em 2005, sendo, contudo, deferida a realização de prova pericial; (3) embora num primeiro momento tenha sido deferida a extensão da perícia sobre outros imóveis adjacentes ao penhorado, que formam um "complexo industrial" de 280.000m², com 32.053m² de área construída, englobando, além da matrícula nº 62.875, as de nºs 62.876, 3.867 e 26.090, houve revogação posterior da decisão e redução do objeto da perícia ao único imóvel constricto nos autos; (4) a avaliação do perito pelo método indireto (involutivo), em R\$ 1.729.182,00, ou seja, R\$ 26,60 o m², está abaixo do real valor de mercado, devendo ser considerado o valor de R\$ 187,00 para o m², totalizando R\$ 12.155.000,00, encontrado pelo expert através do método direto (comparativo), ou, pelo menos, deve ser atribuído o valor de R\$ 103,72 o m², no total de R\$ 6.741.800,00, que corresponde ao valor cadastrado no lançamento do IPTU; (5) o próprio perito ressaltou que "nas avaliações, preferencialmente devem ser adotados os métodos diretos (comparativos), enquanto que os métodos indiretos (involutivos), somente devem ser utilizados em avaliações especiais ou quando os métodos diretos se mostrarem impraticáveis" (f. 11); (6) o primeiro valor a que chegou o perito, R\$ 187,00 o m², baseou-se em coleta de 14 elementos comparativos, não se justificando a redução drástica para o valor de R\$ 26,60 o m², por ter o imóvel apenas 0,84m de frente, pois "neste caso será exercido o exercício do direito de servidão, vez que mais do que em qualquer outra situação em que é avaliada a finalidade social da propriedade, a servidão deve ser utilizada pelo proprietário ou assemelhado do prédio dominante de forma mais adequada possível", nos termos do artigo 1.385 do CC (f. 13); (7) o perito sequer levou em conta o carnê de IPTU emitido pela Secretaria da Fazenda Municipal, que calculou o valor de R\$ 103,72 para o m² do terreno, assim como desconsiderou "fatos econômicos urbanísticos" que contribuíram para a valorização do imóvel ("boom imobiliário"), tais como a sua localização "à margem da Estrada Municipal do Jaguarí, s/n, perímetro urbano da Comarca de São José dos Campos/SP, em meio a bairros urbanizados com fácil acesso por vias asfaltadas" e "numa região em franca expansão

urbana, não só pelo número crescente de loteamentos urbanos que proliferam na região, mas notadamente pelo mega investimento público na construção da nova Rodovia 'VIA NORTE' que levará ainda mais progressos para a região", estando "situado dentro do perímetro de Zona de Vazio Urbano - ZVU, devendo atender os parâmetros de 'ZUPI' (Zona de Uso Predominantemente Industrial), de acordo com o art. 75 da Lei Complementar n. 165/97", além da existência de empreendimentos residenciais de casas e apartamentos no local, como o "empreendimento imobiliário que será realizado pela empresa 'Cyrela' na região", ampliando a rede de infraestrutura (f. 15/6); (8) em novo laudo particular, elaborado por renomada corretora de imóveis da região, em julho/2009, o imóvel foi avaliado em R\$ 6.741.800,00, mesmo valor do cadastro do IPTU; e (9) "a eventual perda do imóvel em praça, pelo valor encontrado pelo Sr. Perito, acarretará prejuízo inescusável ao devedor, o que ofende, dentre outros, o art. 620 do CPC, que determina, para o devedor, o modo menos gravoso de prosseguimento da execução" (f. 17).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, as execuções fiscais de origem versam sobre débitos de PIS nos valores de R\$ 298.248,86 em abril/1996 (f. 32/45) e R\$ 51.606,52 em dezembro/1997 (f. 334/40), tendo sido penhorados, na EF 96.0402434-5, bens móveis, em 08/11/1999 (f. 78/9), e, posteriormente, em 04/12/2003 (f. 116/7), em reforço de penhora, o imóvel descrito como uma gleba de terras com 65.000 m², situada no perímetro urbano da cidade de São José dos Campos, *distrito de Santana do Paraíba, destacada do sítio Campo Alegre*, matrícula n° 62.875, atual matrícula n° 5.534, do 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São José dos Campos/SP (f. 399/403), avaliada, na mesma data, pelo oficial de justiça, "em R\$ 5,00 o metro quadrado, tendo em vista: inexistência de benfeitorias, localização (área predominantemente industrial) e características/formação do terreno, perfazendo um total de R\$ 325.000,00 (trezentos e vinte e cinco mil reais)".

O referido imóvel também foi penhorado na EF 1999.61.03.006741-5, em 06/11/2007 (f. 393/4), avaliado em R\$ 650.000,00, constatando o oficial de justiça, na ocasião, que "na área penhorada não existem benfeitorias, existindo apenas um lago artificial criado pela própria executada destinado a coleta de esgoto da própria empresa. O terreno possui ainda mata nativa e não tem saída para a estrada do Jaguari". As execuções fiscais foram pensadas em 09/11/2010 (f. 405).

Na EF 96.0402434-5, em 14/11/2005 (f. 126/31), a agravante impugnou a avaliação de R\$ 5,00 o m², ou total de R\$ 325.000,00, baseando-se em "pesquisas de avaliação de mercado do seu complexo industrial, que engloba quatro matrículas, sendo uma delas a do imóvel penhorado (Matr. n. 62.875)", que indicariam o valor do m² como R\$ 22,00, totalizando os 65.000m² aproximadamente R\$ 1.430.000,00, requerendo a homologação deste valor, o que restou indeferido em 02/04/2007 (f. 165), após cumprimento de precatória de intimação da penhora e nomeação de depositário (f. 135/48) e regularização da representação processual da executada (f. 152/62).

Em 16/04/2007, a agravante requereu prova pericial (f. 167/8), a qual foi deferida em 17/04/2007 (f. 169).

Após, em 15/05/2007, o Juízo deferiu o pedido de extensão da perícia "sobre a totalidade do Complexo Industrial, dotado de 280.000m² de terreno, com 32.053m² de área construída representado pelas matrículas 62.875, 62.876, 3.867 e 26.090" (f. 209/10).

Observe-se que não foi juntada cópia da integralidade dos autos, mas, segundo a agravante, sobreveio decisão limitando a perícia apenas ao imóvel penhorado, matrícula 62.875.

Em 20/10/2010, foi protocolizado o laudo de avaliação da área do imóvel em R\$ 1.729.182,00 (f. 242/81), com o qual houve discordância da agravante (f. 291/309) e concordância da agravada (f. 316/8).

A decisão ora agravada foi proferida nos seguintes termos (f. 326/8):

"Fls. 385/403 e 407/412 - A discordância da executada acerca do laudo do senhor perito judicial não se sustenta em bases fático-jurídicas. Pleiteia a executada a consideração parcial do laudo pericial, no qual especifica-se o valor do metro quadrado do imóvel de matrícula n° 5.534, em R\$ 187,00 (fl. 353) ou, que seja considerado para avaliação do imóvel o valor constante do demonstrativo de Lançamento de IPTU para o metro quadrado, qual seja, R\$103,72. Pelo exame dos dados constantes do demonstrativo do IPTU (fls. 324), que indica a matrícula (antiga n° 62.875) do imóvel penhorado, com metragem total de 300.710,00m² e área construída de 30.071,00m², sendo que a área real isolada do imóvel é de 65.000,00m², sem nenhuma construção, conforme laudo do perito judicial (fls. 368), pode-se concluir que o valor do metro quadrado, atribuído pela Prefeitura ao elaborar o valor do IPTU, tomou por conta a área total do terreno que se constitui de várias matrículas. A depreciação do valor da área penhorada, resultando no valor de R\$26,60 m², deu-se em função da inexistência de frente, ou seja, apenas 0,84 m dão acesso ao terreno, não havendo como ignorar as conseqüências de tão restrito acesso. Ante o exposto, homologo o valor da avaliação do imóvel penhorado nestes autos sob Matrícula n° 5.534, conforme perícia juntada às fls. 338/376, no valor de R\$ 1.729.182,00 (um milhão, setecentos e vinte e nove mil, cento e oitenta e dois reais). Em relação aos honorários periciais, homologo os honorários definitivos tal qual requerido pelo sr. perito às fls. 377/380, em R\$ 9.190,00. Considerando-se que já foi levantado pelo sr. perito o valor de R\$ 5.380,00 (fl. 318) e havendo depósito excedente - uma vez que foi depositado o total de R\$ 12.000,00 -, determino a expedição de Alvará de levantamento do valor de R\$ 3.810,00 em favor do sr. perito judicial. Expeça-se Alvará de Levantamento do excedente em nome da executada. Para tanto, intime-se-a, ou os interessados, para comparecimento na secretaria da 4ª Vara Federal, para fins de agendamento de data para expedição do Alvará de Levantamento. Se em termos, expeça-se o Alvará. Em caso da retirada do Alvará, em Secretaria, por procurador, providenciem os executados, a juntada de instrumento de procuração atual, contendo expressos poderes para receber e dar quitação."

Verifica-se que o laudo judicial assim descreveu as características da área primitiva do imóvel: área primitiva de 280.000m², frente de 408m², área avalianda de 65.000m², localização na Estrada Municipal do Bairro do Jaguari, n° 2911, em Zona Industrial, tendo acessibilidade direta e pavimentada, topografia plana, superfície seca e melhoramentos (f. 243), adotando como critério geral o metro quadrado médio da gleba primitiva, conforme Norma para Avaliações de Imóveis Urbanos - 1995 do IBAPE/SP (f. 244), com a correção do metro quadrado médio *"usando a metodologia científica, ou seja, a inferência estatística em função da frente da área com a sua extensão"*, esclarecendo que o *"mercado de ofertas de glebas em São José dos Campos, é que fornecerá a função mais apropriada para corrigir a frente, em relação ao tamanho da área primitiva"* e *"para se obter a função que corrige a frente, em relação ao tamanho da área primitiva, serão coletadas glebas que tenham a mesma característica geoeconômica entre si"* (f. 245), mencionando, ainda, as conclusões do Seminário Paulista de Avaliações e Perícias de 1992, no sentido de que *"1) Nas avaliações, preferencialmente e quando possíveis aplicados, devem ser adotados os métodos diretos (Comparativo)." e "2) Os métodos indiretos (Involutivo) reservam-se às avaliações especiais ou quando os diretos (Comparativo) se mostrarem impraticáveis."* (f. 244).

Assim, primeiramente, o perito procedeu à *avaliação da área - método involutivo - outubro 2010*, indicando o valor homogêneo para 14 terrenos pesquisados, adotando *"o unitário máximo de R\$ 187,00 / m² para a área avalianda, válido para outubro de 2010"* (f. 246/57). Na sequência, houve *"coletas de glebas ofertadas em São José dos Campos"*, abrangendo 12 imóveis na mesma região (*característica geoeconômica*) e com frentes entre 70m e 480m, obtendo a frente de referência pela equação $0,0118 + 0,0052 \times \text{Áreas}$ (f. 258/65), sendo consideradas as despesas de urbanização no valor de R\$ 36.673,70 (f. 266), com os cálculos finais que apontaram o *"Novo Unitário Médio - NUM"* de R\$ 31,67 / m² (com relação à área primitiva de 280.000m²), que multiplicado pela área avalianda de 65.000m² e pelo fator/coeficiente de frente da gleba (F = 0,84), indicou a avaliação total do imóvel penhorado em R\$ 1.729.182,00, sendo o metro quadrado médio da área avalianda R\$ 26,60 (f. 267/70).

Portanto, a conclusão pericial apresenta cálculos devidamente fundamentados, que submeteram o unitário máximo de R\$ 187,00 por m² à função de correção da frente de apenas 408m², na área primitiva de 280.000m², sofrendo influência considerável a inexistência de frente na área avalianda (0,84m), além das estimativas de despesas de urbanização, referentes à topografia, terraplenagem leve, redes de água potável e esgoto, galerias, drenagem de guias e sarjeta, pavimentação, rede de iluminação pública (f. 266). Impende ainda ressaltar que o valor de R\$ 187,00 corresponde ao metro quadrado médio da gleba primitiva (e não da área avalianda), o qual foi adotado como critério geral para se chegar ao valor real do m², após consideradas todas as especificidades do imóvel em si.

É evidente que a constituição de servidão de passagem ou de trânsito, nos termos dos artigos 1.378 e segs. do Código Civil, como já averbado, em 15/02/2006, com relação aos imóveis das matrículas n°s 30.955 e 52.023 do 1° R.I. (f. 399/400), não reduz a depreciação do imóvel em função da inexistência de frente, cabendo destacar a hipótese de indenização, prevista no § 3° do artigo 1.385 do Código Civil (*"Se as necessidades da cultura, ou da indústria, do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do serviente é obrigado a sofrê-la; mas tem direito a ser indenizado pelo excesso."*), dada a destinação típica do imóvel, visto que localizado em zona industrial. A própria agravante salientou que o imóvel está situado dentro do perímetro de Zona de Vazio Urbano e que deve atender os parâmetros de ZUPI - Zona de Uso Predominantemente Industrial.

Quanto aos quesitos formulados, o perito enfatizou a destinação própria do imóvel para fins industriais, podendo *"ser transformado em um loteamento para fins industriais"* (f. 272), embora também tenha admitido a possibilidade de instalação de *"Shopping Center, universidade, supermercado ou grandes centros comerciais ou industriais"* (f. 275), confirmando a ausência de construções na área avalianda (f. 272) e salientando que *"A área avalianda foi interpretada como integrante do complexo industrial, apenas depreciada em função da inexistência de frente (0,84)"* (f. 275).

De outro lado, não é possível atribuir o valor de R\$ 103,72 para o m², no total de R\$ 6.741.800,00, correspondente ao valor cadastrado no lançamento do IPTU, como pretende a agravante, pois, embora não tenha sido juntado o aludido documento de f. 324 do processo de origem, passando da f. 213 diretamente à f. 327 (f. 229/30 do recurso), infere-se da decisão agravada que *"Pelo exame dos dados constantes do demonstrativo do IPTU (fls. 324), que indica a matrícula (antiga n° 62.875) do imóvel penhorado, com metragem total de 300.710,00m² e área construída de 30.071,00m², sendo que a área real isolada do imóvel é de 65.000,00m², sem nenhuma construção, conforme laudo do perito judicial (fls. 368), pode-se concluir que o valor do metro quadrado, atribuído pela Prefeitura ao elaborar o valor do IPTU, tomou por conta a área total do terreno que se constitui de várias matrículas."* Sendo assim, o complexo industrial, considerado como um todo, não sofreria os mesmos impactos de um dos imóveis, isoladamente, até porque a frente da área total é de 408m² e existem construções que elevam a avaliação dos demais terrenos.

Por fim, o laudo particular encomendado pela agravante, datado de 25/06/2009 (f. 304/9), não tem o condão de infirmar a perícia judicial, pois, além de ter sido elaborado unilateralmente, utilizou apenas o método comparativo, sem especificar quais as *"ofertas de mercado"* e os *"imóveis recém comercializados"* que teriam servido de parâmetro, e sem analisar e justificar a influência exercida pelas *"características específicas do imóvel, localização, zoneamento e acesso"* sobre a avaliação, especificando apenas que o imóvel *"não tem nenhum acesso pela via pública, apenas pelos seus confrontantes"*, e observando *"os recuos legais de 30 m. (trinta metros) do lago e 100 m. (cem metros) do rio Paraíba do Sul"*, tratando-se, na verdade, de avaliação simplificada que tomou por base o valor venal (IPTU) da área total, incluindo as construções nos outros terrenos, que atribuiu ao imóvel constricto o valor de R\$ 6.741.800,00, ou R\$ 103,72 o m² (f. 309). Ademais, as considerações deste laudo são praticamente as mesmas constantes de outro laudo anterior, de 21/11/2006, que avaliou o m² em R\$ 20,00 (f. 388/92).

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.
Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00060 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0023056-57.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.023056-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : FIACAO E TECELAGEM TOGNATO S/A
ADVOGADO : MARISTELA ANTONIA DA SILVA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO BERNARDO DO CAMPO > 14ª SSJ> SP
No. ORIG. : 00053098520114036114 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP
DESPACHO
Vistos etc.
À PFN para contraminuta, devendo informar, especialmente, sobre o parcelamento e a sua situação atual (f. 53/5).
Publique-se.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00061 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0023162-19.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.023162-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : JOAO ANTONIO BEZERRA
ADVOGADO : JOAO ANTONIO BEZERRA e outro
AGRAVADO : Ordem dos Advogados do Brasil Secao SP
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 12 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00046822620114036100 12 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO
Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar, em mandado de segurança, impetrado com o objetivo de suspensão dos efeitos das decisões proferidas nos Processos Disciplinares nos 260/2004, 104/2005 e 62/2007, até o término de inquérito e processo criminal movidos contra integrantes da OAB, ou que sejam cassadas as referidas suspensões.

DECIDO.

Conforme consulta ao sistema informatizado desta Corte, nos autos da ação originária foi proferida sentença, pelo que resta prejudicado o presente recurso.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, julgo prejudicado o recurso e nego-lhe seguimento.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00062 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0023421-14.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.023421-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : NOVA ERA CONSERVACAO E SERVICOS LTDA -EPP
ADVOGADO : PAULO ROBERTO BRUNETTI e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SANTOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00039390420114036104 2 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de indeferimento de antecipação de tutela, em ação ordinária, para suspensão da exigibilidade dos créditos tributários exigidos no PA 10845.002879/2009-92, os quais foram declarados quitados em DCTF's, mediante depósitos judiciais no processo 2009.34.00.005618-8, em curso na 18ª VF/DF, cuja apreciação foi objeto de requerimento no PA 10850.000436/2011-11 (f. 206/7 e 224/5).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Na espécie, insurgiu-se a agravante contra as inscrições em dívida ativa 80.7.10.016013-02, 80.6.10.062551-70, 80.2.10.030745-83 e 80.6.10.062552-51, efetuadas em 30/11/2010, todas referentes ao PA 10845.002879/2009-92, no montante de R\$ 1.920.230,49, sob a alegação de que o Fisco não teria observado as DCTF's, onde foi informado o pagamento com "*conversão em renda*" no processo 2009.34.00.005618-8, motivo pelo qual pretende o regular processamento do PA 10850.000436/2011-11, protocolizado em 01/04/2011 (f. 67), a fim de que seja apreciada a alegada quitação.

O requerimento, na verdade, foi examinado e indeferido pela DRFB/Santos no PA 10845.002879/2009-92, em 09/02/2011 (f. 199), ocasião em que a autoridade administrativa esclareceu que o processo 2009.34.00.005618-8, em curso na 18ª VF/DF, é uma execução contra a Fazenda Pública, tendo por objeto títulos da dívida externa brasileira, constituído de "*apólice-obrigação ao portador nº 19986 - Municipality of Pará (Belém) - Gold Loan of 1912*", sem "*poder liberatório para pagamento de qualquer tributo federal*", diferentemente do que ocorre com as LTR, LTF e NTN, por força do artigo 6º da Lei 10.179/01 (f. 200/2).

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que os Títulos da Dívida Pública, em exame, foram atingidos pela prescrição, pois não resgatados no prazo e na forma dos Decretos-lei 263/67 e 396/68, que foram editados sem ofensa à Constituição então vigente, tendo sido observado pela Administração o procedimento que, suprimida a condição suspensiva, foi instituído, garantindo publicidade, em favor dos credores, para efeito de permitir, a partir daí, a contagem do prazo prescricional de resgate, conforme revelam, entre outros, os seguintes precedentes:

AgRgRESP 508.479, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU 02.06.08: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA - PRESCRIÇÃO - OCORRÊNCIA. 1. Não prospera o argumento de que os títulos da dívida pública são imprescritíveis, pois representam eles obrigações advindas de negócios jurídicos que são, por excelência, sujeitos a prazos. Assim, é de se aplicar o Decreto-lei n. 263/67, que estabeleceu prazo para resgates dos títulos e de sua prescrição. 2. O Decreto-lei n. 263/67 aplica-se também para resgate de títulos destinados ao reaparelhamento econômico. 3. De toda forma, se inexistisse norma especial disciplinando a prescrição de tais títulos, incidiria a regra do Decreto n. 20.910/32, que estabelece a prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública. 4. A discussão a respeito da prescrição dos títulos da dívida pública emitidos no início do século XX encontra-se pacificada nesta Corte, na qual prevalece o entendimento da ocorrência de prescrição encartada no Decreto-lei n. 263/67. Precedentes: AgRg no Ag 813486/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 24.10.2007 e AgRg no Ag 842958/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 23.8.2007. Agravo regimental improvido."

RESP 994.706, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU 27.03.08: "AÇÃO DECLARATÓRIA. VALIDADE DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA INTERNA FUNDADA FEDERAL. EMISSÃO NO PRIMEIRO QUADRANTE DO SÉCULO XX. DECRETOS-LEIS Nº 263/67 E 396/68. PRESCRIÇÃO VERIFICADA. CORREÇÃO MONETÁRIA. QUESTÃO PREJUDICADA. I - Trata-se de ação declaratória com o objeto de declaração de validade e resgate de Títulos da Dívida Pública Interna Fundada Federal, autorizado pelo Decreto-Lei nº 263/67. II - Nos termos da referida legislação, alterada posteriormente pelo Decreto-Lei 396/68, o prazo prescricional para a apresentação dos Títulos para resgate, seria de 12 (doze) meses contados da data do início da execução efetiva dos respectivos serviços, encontrando-se, pois, prescrita a presente ação, ajuizada passados quarenta anos do nascedouro do direito de ressarcimento dos credores. III - Declarada a prescrição, prejudicada a questão acerca da correção monetária. IV - Recurso improvido."

AgRgAg 813.486, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJU 24.10.07: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA EMITIDAS NO INÍCIO DO SÉCULO XX. RESGATE. PRAZO DE PRESCRIÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 1. Não se conhece do Recurso Especial no que diz respeito à matéria que não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal a quo, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, das Súmulas 282 e 356/STF. 2. "A jurisprudência desta Corte assentou a ocorrência da prescrição e, 'a fortiori', a inexigibilidade dos Títulos da Dívida Pública, emitidos no início do Século XX (entre 1902 a 1941), decorrente da inação dos credores que não exerceram o resgate em tempo oportuno, autorizado pelos Decretos-Leis nºs 263/67 e 396/68." (Resp 655512/PR,

Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 01/08/2005). 3. "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ). 4. Agravo Regimental não provido."

AC 2007.03.99.039573-3, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 28.11.07: "DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA - TDP. RESGATE. PAGAMENTO. COMPENSAÇÃO. GARANTIA EM EXECUÇÃO FISCAL. TROCA POR OUTROS TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA FEDERAL. PRESCRIÇÃO. INCERTEZA E ILIQUIDEZ. PRETENSÃO IMPROCEDENTE. VERBA HONORÁRIA. 1. Os títulos da dívida pública, em exame, encontram-se atingidos pela prescrição, pois não resgatados no prazo e na forma dos Decretos-lei nº 263/67 e 396/68, diplomas que foram editados sem ofensa à Constituição, então vigente, tendo sido observado pela Administração o procedimento que, com a supressão da condição suspensiva, foi instituído, garantindo a publicidade, em favor dos credores, para efeito de permitir, a partir de então, a contagem do prazo prescricional de resgate. Caso em que, ademais, assentou a Turma que, ainda que questionada a validade dos decretos-lei, não poderia o prazo de doze meses ser majorado por décadas, como pretendido, muito além de cinco anos, em que se situa o cômputo geral da prescrição, em favor da Fazenda Pública. 2. Tais títulos, além do mais, foram legalmente previstos e firmados com vinculação ao princípio do nominalismo, consubstanciando dívida de dinheiro, e não de valor, de modo que inviável a alteração de sua natureza jurídica, para permitir a correção monetária que, de resto, somente surgiu como instituto jurídico, muito posteriormente. 3. As apólices, emitidas no século passado, e que não foram resgatados pelos titulares originários, a tempo e modo, não podem gerar, décadas depois, direito a crédito, com qualidade de certeza e liquidez, como pretendido, de modo a legitimar a forma de comercialização, que se instaurou nos últimos tempos. Não se pode ter como superada a fatalidade da inércia do credor originário para, em proveito, dos posteriores, adquirentes em condições econômicas não explicitadas, transformar um direito prescrito e, se assim não fosse, corroído pela ação econômica do tempo, em oportunidade de negócio e lucro, cuja dimensão os próprios valores e critérios de cálculos pretendidos revelam. 4. A verba honorária deve ser majorada, de acordo com os critérios do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e com a jurisprudência da Turma. 5. Precedentes."

AC 1999.61.00.0378923, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, DJU 06.02.04: "TRIBUTÁRIO. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. DECRETO-LEI Nº 263/67 E DECRETO-LEI Nº 396/68. QUITAÇÃO DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.238/95. JUNTADA DO ORIGINAL DO TÍTULO. DESNECESSIDADE. 1. A reprodução de documentos públicos, autenticadas por oficial público, fazem as mesmas provas dos originais. Inteligência do art. 365, III do CPC. 2. As Leis nºs 4.380/64, 4.595/94 e 4.728/65 criaram o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, que, como órgãos normativos, têm competência para estabelecerem condições, prazos de resgate e prescrição dos títulos. 3. Na forma dos artigos 3º e 1º dos Decretos-Leis nºs 263/67 e 396/68, respectivamente, o prazo para resgate dos Títulos da Dívida Pública era de 12 (doze) meses contados a partir de 1º de janeiro de 1969, que, uma vez findo, são considerados prescritos. 4. Assim, os títulos da dívida pública são imprestáveis para o pagamento de tributos. Precedentes: AC Nº 199936000029845/MT - rel. Desembargador Federal ITALO FIORAVANTI SABO MENDES - TRF 1ª Região - 4ª Turma, j. 29.08.2003, DJ 29.08.2003, pág. 122; AC Nº 199938000329624/MG - rel. Desembargador Federal CARLOS OLAVO - TRF 1ª Região - 4ª Turma, j. 29.04.2003, DJ 28.05.2003, pág. 42; AGV Nº 200102010299877/RJ - rel. Juiz LUIZ ANTONIO SOARES - TRF 2ª Região - 1ª Turma - j. 05.03.2002 - DJ 09.01.2003, pág. 17; AC Nº 200103020428598/RJ - rel. Juiz NEY FONSECA - TRF 2ª Região - 1ª Turma - j. 22.04.2002 - DJ 27.05.2002; AC nº 200170000016040/PR - rel. Juiz CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ - TRF 4ª Região - 3ª Turma - j. 06.08.2002, DJ 28.08.2002, pág. 690; AG Nº 200105000440020 - rel. Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - TRF 5ª Região - 2ª Turma - j. 04.06.2002, DJ 15.04.2003, pág. 622. 5. Ao Presidente da República é vedado retirar da apreciação do Congresso Nacional uma Medida Provisória que tiver editado; todavia, lhe é facultado suspender os efeitos de uma Medida Provisória, por meio de uma nova. Caberá, portanto, ao Congresso Nacional, rejeitar esta última Medida Provisória, restabelecendo a eficácia da originária, convertendo-a em lei. Precedente: ADI nº 1315-7/DF - STF - Rel. Min. ILMAR GALVÃO - DJ de 25.08.95. 6. A Medida Provisória nº 1.238/95, retificada posteriormente, foi convertida em lei - Lei nº 10.179/01 - outorgando-lhe, portanto, eficácia definitiva. 7. Mantida a honorária advocatícia tal como fixada na r. sentença monocrática, à míngua de impugnação. 8. Apelação da autora improvida."

A propósito, a jurisprudência específica sobre os títulos da dívida pública externa, como na hipótese dos autos, os quais não se prestam para garantia, compensação ou suspensão de créditos tributários:

AGA 1164008, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE 18/02/2011: "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL NOMEAÇÃO À PENHORA. TÍTULO DA DÍVIDA EXTERNA BRASILEIRA. STATE OF BAHIA. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA ITERATIVA DO STJ. VERIFICAÇÃO DO GRAU DE ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR. ART. 620 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O entendimento firmado no acórdão recorrido - no sentido da possibilidade de recusa de títulos da dívida pública, no caso, o título da dívida externa brasileira, State of Bahia, emitido em 1913, pela ausência de cotação na bolsa e por serem de difícil comercialização - está de acordo com a pacífica jurisprudência deste Tribunal, incidindo o óbice da Súmula 83/STJ. 2. A verificação acerca do grau de onerosidade para o devedor, nos termos do art. 620 do CPC, bem

como da liquidez do título em comento demandaria o reexame de prova, o que é inadmissível em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido."

AGRAGA 1289612, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 24/09/2010, p. 58: "TRIBUTÁRIO. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA COTADOS EM MOEDA ESTRANGEIRA EMITIDOS EM 1904. AUSÊNCIA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Na hipótese, o Tribunal de origem constatou que os títulos da dívida pública estão prescritos, não têm cotação em Bolsa de Valores e são de difícil resgate. 2. É legítima a recusa de compensação de títulos da dívida pública emitidos há mais de cem anos e sem cotação na Bolsa de Valores, conforme a jurisprudência pacífica do STJ. 3. Agravo Regimental não provido."

AC 2001.61.00.030396-8, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 28/11/2007, p. 273: "DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. TÍTULOS DA DÍVIDA EXTERNA BRASILEIRA. RESGATE. PAGAMENTO. COMPENSAÇÃO. GARANTIA PARA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. VERBA HONORÁRIA. 1. Os títulos da dívida externa brasileira, em exame, encontram-se atingidos pela prescrição, pois não resgatados no prazo e na forma dos Decretos-lei nº 263/67 e 396/68, diplomas que foram editados sem ofensa à Constituição, então vigente, tendo sido observado pela Administração o procedimento que, com a supressão da condição suspensiva, foi instituído, garantindo a publicidade, em favor dos credores, para efeito de permitir, a partir de então, a contagem do prazo prescricional de resgate. Caso em que, ademais, assentou a Turma que, ainda que questionada a validade dos decretos-lei, não poderia o prazo de doze meses ser majorado por décadas, como pretendido, muito além de cinco anos, em que se situa o cômputo geral da prescrição, em favor da Fazenda Pública. 2. Tais títulos, além do mais, foram legalmente previstos e firmados com vinculação ao princípio do nominalismo, consubstanciando dívida de dinheiro, e não de valor, de modo que inviável a alteração de sua natureza jurídica, para permitir a correção monetária que, de resto, somente surgiu como instituto jurídico, muito posteriormente. 3. As apólices, como na espécie, não resgatadas pelos titulares originários, a tempo e modo, não podem gerar, décadas depois, o pretendido direito a crédito, com qualidade de certeza e liquidez, de modo a legitimar a forma de comercialização, verificada nos últimos tempos. Não se pode ter como superada a fatalidade da inércia do credor originário para, em proveito, dos posteriores, adquirentes em condições econômicas não explicitadas, transformar um direito prescrito e, se assim não fosse, corroído pela ação econômica do tempo, em oportunidade de negócio e lucro, cuja dimensão os próprios valores e critérios de cálculos pretendidos revelam. 4. Caso em que deve ser mantida a verba honorária, fixada na forma do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e da jurisprudência da Turma. 5. Precedentes."

AI 2009.03.00.032782-8, Rel. Juiz Fed. Conv. HELIO NOGUEIRA, DJF3 CJI 03/02/2010, p. 253: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CPC, ART. 557, § 1º. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA. TÍTULOS DA DÍVIDA EXTERNA BRASILEIRA. COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS OBJETO DE EXECUÇÃO FISCAL. INADMISSIBILIDADE. 1. A utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Por isso que é inviável, quando o agravante deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Precedentes do STJ. 2. O agravo de instrumento foi interposto contra decisão que indeferiu tutela antecipada na ação declaratória, na qual a agravante pleiteia a compensação dos débitos objeto da Execução Fiscal n. 2006.61.23.001156-4 com títulos da dívida pública emitidos no início do século XX. A decisão ora agravada, nesse sentido, não configura supressão de instância e tampouco é estranha ao objeto do recurso. 3. Por se encontrarem prescritos, dadas as alterações decorrentes dos Decretos-leis n. 263/67 e n. 396/68, os títulos da dívida externa brasileira emitidos no início do Século XX não podem ser oferecidos à penhora nem ensejam direito à compensação. Precedente do TRF da 3ª Região. 4. Agravo legal não provido."

AI 2008.03.00.027111-9, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJF3 CJ2 02/02/2009, p. 1339: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA EXTERNA. NÃO OBSERVÂNCIA DO ROL CONSTANTE DO ART. 11 DA LEI Nº 6.830/80. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA NECESSÁRIAS À GARANTIA DO DÉBITO FISCAL. 1. É certo que, conjugado ao princípio da menor onerosidade (CPC 620), vigora também o princípio de que a execução se realiza no interesse do credor (CPC 612). 2. No caso em tela, a executada, ora agravante, ofereceu inicialmente à penhora 5(cinco) Títulos da Dívida Pública Federal, com numeração 96.310, 96.315, 96.316, 96.382 e 96.485, de 1904 da Prefeitura do Rio de Janeiro (à época Distrito Federal), no valor nominal, cada um, de £20,00 (vinte libras esterlinas), autorizados pela Lei Federal nº 1.101, de 19 de Novembro de 1903, e pela Lei Municipal do Rio de Janeiro (então Distrito Federal) nº 976 de 31 de dezembro de 1903, resgatáveis perante a União federal, nos termos do decreto Lei 6.019/43. (grifos originais) 3. A oferta dos Títulos da Dívida Pública Externa, emitidos no início do século passado, até hoje não resgatados, não se presta a suspender a exigibilidade do crédito tributário porquanto não se enquadra nas hipóteses elencadas pelo art. 151, do Código Tributário Nacional. 4. Da mesma forma, tais títulos não servem de garantia na execução fiscal, uma vez que não possuem cotação em bolsa, tal como disposto no art. 11, II, da Lei nº 6.830/80. 5. Ausência de liquidez e certeza dos referidos títulos, os quais, não possuem expressão econômica, uma vez que é impossível aferir-se o seu valor monetário nos dias atuais. 6. Faculdade conferida à Fazenda Pública de pleitear motivadamente a substituição dos bens oferecidos à penhora por outros que se prestem a assegurar o êxito do processo de execução (Lei nº 6.830/80, 15, II). 7. Agravo de instrumento improvido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.
Publique-se.
Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00063 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0023727-80.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.023727-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : COM/ DE CARNES DO VISCONDE SI LTDA
ADVOGADO : ROGÉRIO FELIPE DOS SANTOS e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00018094320094036126 3 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra recebimento de apelação, em face de sentença de improcedência de embargos à execução fiscal, somente no efeito devolutivo (f. 110).

Alegou, em suma, que: (1) o lançamento do crédito tributário foi efetivado de forma irregular, sendo a matéria discutida em sede de apelação; (2) "antes mesmo da constituição da agravante, o local onde foi estabelecida sua sede era ocupado para outra empresa a qual se denomina Casa de Carnes Hot Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 74.620.71/0001-23, cujos sócios são os Srs. Pedro Batista da Cruz, inscrito no CPF/MF sob o nº 046.616.908-69 e a Sra. Sandra Regina de Oliveira, inscrita no CPF/MF sob o nº 079.430.448.57 e que continua com suas atividades regular, consoante se pode denotar no incluso cartão de CNPJ emitido pela Delegacia da Receita Federal. Assim, caso exista alguma omissão na declaração do imposto simples esta se deu por parte da antiga empresa que ali estava sediada" (f. 05); (3) o lançamento executado refere-se a período anterior a sua constituição; (4) não se trata de sucessão, nos termos do artigo 129 e 133, ambos do CTN, pois não adquiriu a Casa de Carnes Hot Ltda., muito menos houve fusão, transformação ou incorporação; (5) restou comprovada a inexigibilidade do crédito tributário por pagamento, conforme DARF's anexadas; e (6) o equipamento penhorado nos autos principias é de uso constante para o regular exercício da atividade, e, caso realmente se efetive a sua expropriação, culminará com o encerramento de suas atividades.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que não tem efeito suspensivo a apelação interposta contra sentença de rejeição liminar ou de improcedência total ou parcial de embargos à execução, fundada em título extrajudicial, pois definitiva a sua execução, nos termos do artigo 587 do Código de Processo Civil.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma:

EDclRESP 996.330, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 24/03/09: "PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DA EXECUTADA. EFEITO SUSPENSIVO. INEXISTÊNCIA. ART. 520, V, DO CPC. APLICAÇÃO. 1. Os Embargos de Declaração não são instrumento para rediscussão do mérito da decisão impugnada. 2. Aclaratórios recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal. 3. Hipótese em que os Embargos à Execução foram julgados parcialmente procedentes. A apelação interposta pelo executado refere-se, evidentemente, à parcela de improcedência. Aplica-se, portanto, o disposto no art. 520, V, do CPC, e o apelo é recebido apenas no efeito devolutivo. 4. A Execução relativa à parcela do título extrajudicial não afastada pela sentença dos Embargos prossegue como definitiva, nos termos da Súmula 317/STJ. 5. Agravo Regimental não provido."

RESP 840.638, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU 07/02/08: "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR JULGADOS IMPROCEDENTES. APELAÇÃO PENDENTE. EFEITO DEVOLUTIVO. EXECUÇÃO DEFINITIVA. RECURSO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que é definitiva a execução advinda de título executivo extrajudicial, ainda que esteja pendente recurso interposto contra sentença de improcedência dos embargos opostos pelo executado. Isso, porque, em conformidade com o disposto no art. 587 do Código de Processo Civil, a execução fundada em título extrajudicial tem natureza definitiva, mesmo quando não transitada em julgado a decisão que rejeita os embargos do devedor, na medida em que a apelação

eventualmente interposta, em regra, não tem efeito suspensivo (art. 520, V, do CPC). 2. "O título base é que confere definitividade à execução. Assim, se a execução inicia-se com fulcro em título executivo extrajudicial e os embargos oferecidos são julgados improcedentes, havendo interposição pelo executado de apelação sem efeito suspensivo, prossegue-se, na execução, tal como ela era; vale dizer: definitiva, posto fundada em título extrajudicial. Ademais, neste caso, não se está executando a sentença dos embargos senão o título mesmo que foi impugnado por aquela oposição do devedor" (AgRg nos EREsp 582.079/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.5.2006). 3. Tendo em vista a uniformização do referido entendimento nesta Corte de Justiça, foi editada a Súmula 317/STJ: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos." 4. Recurso especial provido."

AG 2006.03.00020718-4, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU 16/04/08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO NO DUPLO EFEITO. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. I - Nos termos do art. 520, inciso V, do CPC, a apelação será recebida somente em seu efeito devolutivo quando interposta de decisão monocrática que rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes, interpretação que, entendo, deva ser literal, já que na hipótese parece configurar-se que a intenção do legislador foi a de atribuir a princípio o efeito devolutivo e suspensivo a todas as apelações, passando, em seguida, a enumerar as hipóteses de recebimento do recurso tão-somente no efeito devolutivo, de forma taxativa, nos incisos I a VII do citado artigo. II - É certo que seria possível admitir o cabimento do efeito suspensivo em casos excepcionais, nos quais fosse plausível a possibilidade de reforma da sentença recorrida e factível o receio de inocuidade da tardia tutela recursal. Não é o que ocorre no caso dos autos, contudo, onde não restou demonstrada a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação que possa decorrer do recebimento do apelo em um único efeito. III - Agravo de instrumento improvido."

Consolidando a jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 317, segundo a qual: **"É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julga improcedentes os embargos"**.

Tal conclusão encontra-se reforçada, na atualidade, com a edição da Lei 11.382/06, que incluiu ao Código de Processo Civil o artigo 739-A, prevendo que **"Os embargos do executado não terão efeito suspensivo"**, estando firme e consolidada a jurisprudência no sentido de que tal preceito tem aplicabilidade nas execuções fiscais (AGRMC 13.249, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU 25.10.07; e AG 2007.03.00.088562-2, Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 08.07.08).

Certo, pois, que o efeito suspensivo aos próprios embargos do devedor ou à apelação não é possível, salvo em situações excepcionais, de que não se cogita no caso concreto.

Na espécie, a agravante alegou que a dívida em execução fiscal é de outra empresa (Hot), pois ela, agravante (Visconde), apenas foi constituída posteriormente, aduzindo que não se tratou de sucessão. Todavia, a sentença fez constar que não se cogitou de sucessão tributária, mas de dívida originária da própria agravante, inclusive porque a execução fiscal decorreu de declaração da mesma, na qual constam os valores que foram executados.

As guias fiscais juntadas (f. 108/9) configuram documentação nova, produzidas apenas depois da sentença, devendo ser avaliada a sua pertinência com o objeto da execução fiscal nos próprios autos da apelação, até porque não foram reproduzidas as contrarrazões para elucidar se houve efetiva manifestação fazendária sobre a documentação nova cogitada.

Sobre o dano irreparável, pela penhora de equipamentos essenciais, cuja alienação impediria as suas operações, cabe salientar que ao executado, é assegurado o direito à substituição da penhora, nos termos do artigo 15, I, da Lei 6.830/80, cabendo-lhe avaliar a conveniência do exercício da faculdade legal.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00064 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0023954-70.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.023954-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : TRANE DO BRASIL IND/ E COM/ DE PRODUTOS PARA CONDICIONAMENTO DE AR LTDA
ADVOGADO : THOMAS BENES FELSBURG e outro

ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 00183690720104036100 7 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra o recebimento apenas no efeito devolutivo, em medida cautelar, de recurso de apelação da UNIÃO em face de sentença que, extinguindo a demanda sem julgamento de mérito, determinou o desentranhamento da carta de fiança prestada com o objetivo de antecipar a penhora a ser oferecida em futura execução fiscal de débito, autorizando sua entrega à requerente.

Alegou, em suma, a possibilidade do recebimento do recurso de apelação no efeito suspensivo, em situações excepcionais, como no caso, a par da determinação prevista no artigo 520, IV, do Código de Processo Civil, já que com a manutenção da decisão agravada, a carta de fiança, oferecida como antecipação de penhora, será devolvida à requerente, permitindo, ainda, a expedição de certidão de regularidade fiscal, tornando o débito desguarnecido de garantia. Aduziu, assim, que *"se a carta de fiança foi apresentada neste feito com o escopo de garantir os débitos aqui discutidos, e cobrados em execução fiscal, de rigor a sua transferência ao juízo fiscal correspondente, sendo vedado seu desentranhamento pela agravada"*.

Preliminarmente intimada, a agravada apresentou contraminuta, alegando, em suma, que: (1) o recurso é inadmissível, pois a agravante deixou de indicar os nomes e endereços dos advogados constantes do processo, inclusive o procurador em nome do qual devem ser realizadas as intimações, nos termos do artigo 524, III, do Código de Processo Civil; (2) o artigo 520, IV, do Código de Processo Civil, determina, de modo expresso, que a apelação interposta contra a sentença que julga ação cautelar deve ser recebida no seu efeito devolutivo, exceto em casos excepcionais, quando demonstrados os requisitos do artigo 558 do Código de Processo Civil, que não se encontram presentes, no caso; (3) a ação cautelar foi requerida para permitir garantir os débitos 80.7.10.014211-50 e 80.6.10.056591-38 através de carta de fiança bancária, tendo em vista a mora da autoridade tributária em ajuizar as demandas executivas, e, assim, possibilitar o oferecimento de bens em penhora. No curso da ação cautelar, tais demandas foram ajuizadas, e, tendo sido nesta proferida sentença, a agravada, agora, quer a transferência da carta de fiança bancária da ação cautelar para as demandas executivas fiscais 0036132-66.2010.4.03.6182 (apensada à EF 0036133-51.2010.4.03.6182), sendo o modo mais célere aquele determinado na sentença, com o desentranhamento da carta de fiança e sua juntada na ação executiva fiscal, o que seria inviabilizado, então, pelo recebimento do recurso de apelação fazendário em ambos os efeitos
DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, cabe afastar a preliminar de descumprimento de requisito exigido para o conhecimento do agravo de instrumento, previsto no artigo 524, III, do Código de Processo Civil, em razão da ausência de indicação pela agravante do *"nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo"*, pois a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada, firme no sentido de ser dispensável seu cumprimento quando por outros documentos for possível obter tal informação para permitir a intimação da parte contrária, sendo assim, plenamente aplicável, em hipóteses tais, o princípio da instrumentalidade das formas:

RESP 890346, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU de 10/12/2007, p. 314: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 524, III, DO CPC. PRESCINDIBILIDADE, NA HIPÓTESE. 1. Nos termos do art. 524, III, do CPC, "o agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: (...) o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo". Contudo, "esta Corte tem-se orientado, em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo, no sentido de considerar prescindível a indicação do nome e endereço completos do advogado, quando possível por outros documentos obter a informação" (Resp 177.945/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 29.10.2001), o que ocorre no caso dos autos. 2. Recurso especial provido".
RESP 177683, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJU de 14/12/1998, p. 134: "PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - SISTEMÁTICA INTRODUZIDA PELA LEI 9.139/95 - INTELIGÊNCIA DO ART. 524, III DO CPC - NOME E ENDEREÇO COMPLETO DOS ADVOGADOS - DADOS CONSTANTES NAS PROCURAÇÕES TRASLADADAS AO INSTRUMENTO - DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO EXPRESSA NA PETIÇÃO DE AGRAVO. 1 - Constitui formalismo exacerbado exigir do agravante que indique explicitamente, na petição recursal, o nome e o endereço completo dos advogados das partes, quando se encontram anexadas ao instrumento as respectivas procurações que contenham esses dados. 2 - O princípio da Instrumentalidade das Formas deve ser observado "in casu", eis que o escopo precípua da norma contida no art. 524, III do CPC foi atendido. 3 - Recurso especial conhecido e provido. Decisão unânime".

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte:

AI 2006.03.00.103767-5, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 26/01/2011, p. 490: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DE SÓCIO NO POLO PASSIVO DA AÇÃO EXECUTIVA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. 1. Cabível a interposição do agravo por instrumento, nos termos da Lei nº 11.187/05, considerando tratar-se de decisão proferida em execução fiscal. 2. As preliminares suscitadas pelos agravados devem ser rejeitadas, eis que ausente qualquer

prejuízo aos mesmos, ou seja, inobstante não ter constado do recurso o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo ou mesmo a ausência de intimação a um dos agravados, o certo é que ambos ofertaram resposta ao agravo. Assim, aplicável a espécie os ditames do artigo 244 do Código de Processo Civil que assim dispõe: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato, se realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade." [...]"

No caso, houve a juntada de cópia integral dos autos principais da ação cautelar, o que permite identificar o nome e o endereço completo dos advogados (f. 42/3).

Quanto ao mais, na medida cautelar 0018369-07.2010.4.03.6100 (f. 14/39) a agravada alegou que o débito do PA 13839-003.831/2002-01 (f. 64/7) era óbice à certidão de regularidade fiscal e que, não proposta execução fiscal, por inércia oficial, estava impedida de garantir a dívida. Ofertou, assim, de forma a antecipar a penhora, **"fiança bancária (f. 129/30) que preenche todos os requisitos exigidos pela Procuradoria da Fazenda Nacional e que é suficiente para a garantia da totalidade do débito de PIS e COFINS objeto do Processo Administrativo nº 13839.003831/2002-01, declarando-se, portanto, que ele não é óbice à emissão da certidão de regularidade fiscal, nos termos do artigo 206, enquanto estiver devidamente garantido pela fiança bancária"**.

A liminar foi deferida (f. 168/70). A agravada informou que teria havido descumprimento da decisão, pois o débito foi inscrito na dívida ativa nºs 80.7.10.014211-50 e 80.6.10.056591-38 (f. 177/80). O Juízo postergou o exame da petição para após o retorno dos autos (f. 177). Foi pedida reconsideração (f. 201/4), aduzindo ter sido requerida suspensão da exigibilidade dos débitos do PA fiscal 13839-003.831/2002-01, não mera expedição de certidão de regularidade fiscal, pois esta medida seria inviável, já que constariam outros débitos "em aberto". O Juízo determinou o cumprimento da liminar, **"nos estritos limites do art. 206 do CTN, de modo a conferir à autora Certidão Positiva com Efeitos Negativos, desde que os únicos débitos sejam os arrolados na liminar"**.

Foi interposto o AI 0030510-25.2010.4.03.0000 (f. 252/60) pela PFN, cujo seguimento foi negado (f. 378/80).

A PFN contestou, alegando incompetência do Juízo Cível, pois, por conexão, a competência seria do Juízo das Execuções Fiscais; que a aceitação de garantia em processo diverso dos embargos do devedor é impossível; que a Fazenda Pública não se encontra em mora pelo não ajuizamento do executivo fiscal; que a única forma prevista para que seja suspensa a exigibilidade do débito é o depósito integral; que não houve a demonstração da inexistência de bens que possam garantir o débito com maior liquidez; e que a aceitação da garantia se mostra ilegal, pois não houve prévia manifestação da Fazenda quanto a suficiência de seu valor.

A sentença (f. 317/22) julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, nos seguintes termos:

"[...] A presente ação cautelar não tem condições de prosperar.

O real objetivo da autora com a presente ação é a exclusão do CADIN e a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa de débitos, documento este que, pelas vias normais não obteria ante à falta dos pressupostos legais, tratando-se de medida de caráter nitidamente satisfativo, que não se compadece com o perfil técnico processual do provimento cautelar.

Vale trazer à colação a decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RESP nº 700917, publicada no DJ de 19.10.2006, página 242, relatado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Teori Albino Zavascki, conforme ementa que segue:

[...]

Assim sendo, é imperioso o reconhecimento da falta de interesse de agir da autora, o que, via de consequência, justifica a extinção da presente via cautelar sem exame do mérito. Em face do exposto JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, a teor do disposto no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

Condene a autora ao pagamento dos honorários advocatícios em favor da União Federal, ora arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com base no disposto no 4 do Artigo 20 do Código de Processo Civil.

Autorizo o desentranhamento da carta de fiança nº 100410080014600, acostada a fls. 117/118, mediante a substituição por cópia simples, e posterior entrega à autora, mediante recebimento nos autos".

Opostos embargos de declaração pela requerente (f. 327/31), estes foram rejeitados (f. 333/6).

Houve apelo da agravada (f. 348/73), recebida apenas no efeito devolutivo (f. 376), sendo objeto do AI 005480-51.2011.4.03.0000 (f. 386/420), ao qual foi negado seguimento por decisão monocrática, nos seguintes termos (f. 450/v):

"[...] A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a ação cautelar foi ajuizada para oferecimento de carta de fiança bancária, buscando antecipar a penhora de executivo fiscal que ainda não havia sido ajuizado, quanto ao débito do PA 13839.003831/2002-01, assim permitindo a emissão da certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos do artigo 206 do CTN.

A liminar foi deferida, porém houve sentença de extinção do feito sem resolução do mérito, sob o fundamento de que a ação cautelar não é o meio adequado para obter a expedição da certidão de regularidade fiscal, apontando precedente do Superior Tribunal de Justiça (RESP 700.917, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU 19/10/2006).

Independente da discussão acerca da adequação da via eleita para o fim proposto, o que se evidencia, na atualidade, é a superveniente falta de interesse processual na ação, pois, conforme consulta ao sistema informatizado, em 04/10/2010, antes mesmo de proferida a sentença de 28/10/2010 (f. 218/23), já haviam sido distribuídas à 10ª e 8ª VEF/SP as EF 0036132-66.2010.4.03.6182 e 0036133-51.2010.4.03.6182, que se referem aos débitos impeditivos à emissão da certidão, prejudicando, pois, a necessidade de prestação da garantia em ação cautelar, vez que cabível o seu oferecimento diretamente nos executivos fiscais e, integralmente garantida a dívida, pleitear administrativamente a certidão própria, fundada no artigo 206 do CTN, e Súmula 38/TFR. Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso".

A UNIÃO opôs embargos de declaração da sentença (f. 430/45), rejeitados (f. 446/7). Em seguida, apelou exclusivamente em relação à **"decisão que determinou o desentranhamento da carta de fiança dos presentes autos, autorizando a entrega da mesma à apelada"** (f. 452/6), que foi recebido através da decisão de f. 459: **"Recebo a apelação da União Federal [...] somente no efeito devolutivo, nos termos do artigo 520, IV, do Código de Processo Civil"**.

Contra tal decisão o presente recurso para que seja concedido efeito suspensivo à apelação, alegando, em suma, a possibilidade do recebimento com efeito suspensivo em situações excepcionais, como no caso, pois, se mentida a decisão agravada, a carta de fiança, oferecida como antecipação de penhora, será devolvida à requerente, aduzindo que **"se a carta de fiança foi apresentada neste feito com o escopo de garantir os débitos aqui discutidos, e cobrados em execução fiscal, de rigor a sua transferência ao juízo fiscal correspondente, sendo vedado seu desentranhamento pela agravada"**.

Todavia, manifestamente infundada a pretensão.

Com efeito, destaque-se que, conforme admitido pela própria PFN, embora ofertada a carta de fiança não houve emissão de certidão de regularidade fiscal, por existirem outras dívidas em aberto (f. 05), assim a caução não tem nem teve objeto, até porque, conforme já decidido anteriormente, houve propositura das execuções fiscais (04/10/2010), antes mesmo de proferida a sentença na ação cautelar. Assim, se a PFN quer garantia deve buscá-la diretamente nos executivos fiscais, pleiteando ao Juízo próprio a constrição pertinente, sobre a carta de fiança ou outros bens, e não valer-se de um efeito processual inexistente ou excepcional para a apelação a fim de alcançar, por via imprópria e oblíqua, aquilo que deveria ser pleiteado, segundo o devido processo legal, nas próprias execuções fiscais.

O artigo 520, IV, do Código de Processo Civil, é expresso quanto ao efeito meramente devolutivo da sentença proferida em cautelar e, segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, **"não há possibilidade de extensão do efeito suspensivo do recurso de apelação interposto na ação de conhecimento às demandas enumeradas nos incisos do art. 520 do CPC"** (RESP 663.570, Rel. Des. Conv. CARLOS MATHIAS, DJE 03/11/2008). Atribuir efeito processual vedado pela legislação à apelação, apenas para facilitar providência material que cabe à parte promover na via processual própria, configura manifesta ilegalidade, à luz da jurisprudência consolidada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00065 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0024865-82.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.024865-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : WALTER SARMENTO espolio
ADVOGADO : RENATO ARANDA e outro
REPRESENTANTE : DIEGO BARCELOS SARMENTO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ARACATUBA SecJud SP
No. ORIG. : 00026372820114036107 1 Vr ARACATUBA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de tutela antecipada em que se suspendeu a exigibilidade do IRPF sobre pagamento cumulado de atrasados, a título de benefício previdenciário, no ano-calendário 2006 (f. 33/4).

Alegou a agravante, em suma: (1) suspensão do parecer PGFN/CRJ 287/2009 e do ato declaratório PGFN 01/2009, que trata da aplicação do regime de competência (mês a mês) no cálculo do imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, diante de recentes decisões do STF pela repercussão geral na matéria tratada nos Recursos

Extraordinários 614.406 e 614.232; e (2) é devida a retenção do imposto de renda incidente sobre o total percebido, conforme artigos 43 do CTN, 46 da Lei 8.541/92, 12 da Lei 7.713/88, 2º da Lei 8.134/90, parágrafo único do artigo 3º da lei 9.250/95, 61 do RIR/94 (Decreto 1.041/94), e 38 do RIR/99 (Decreto 3.000/99), inclusive sobre os juros moratórios.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Consta dos autos que o agravado recebeu de forma cumulada o valor de R\$ 232.451,98, decorrente ação revisional de benefícios previdenciários. Após a notificação de compensação de ofício, feita pela SRF, em que discriminado o débito, relativo ao período de apuração de 31/12/2006, com vencimento em 30/04/2007, valor originário de R\$ 51.425,00 (f. 27/30), o contribuinte ajuizou ação anulatória de lançamento tributário, alegando que o imposto de renda não pode incidir sobre a integralidade dos valores no pagamento único, relativo a benefício previdenciário pago com atraso (f. 12/22).

Com efeito, consolidada a jurisprudência firme no sentido de que o imposto de renda **não pode** considerar, para efeito de incidência, a **integralidade dos valores**, disponibilizados no pagamento único, ou eventualmente cumulado pelo devedor, decorrente de condenação judicial, no que relativo a **benefício previdenciário pago com atraso ou a parcelas respectivas**, inclusive decorrentes de revisão. Pelo contrário, deve a tributação incidir, tendo como parâmetro o devido, mês a mês, inclusive para fins de apuração de isenção, pelo limite mensal, conforme as tabelas de valores do IRPF.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

RESP 1.197.898, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 30/09/2010: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. FORMA DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE BENEFÍCIOS RECEBIDOS ACUMULADAMENTE EM CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. 1. Afasta-se a alegada violação do art. 535, II, do CPC, pois o acórdão recorrido está claro e suficientemente fundamentado, muito embora o Tribunal de origem tenha decidido de forma contrária aos interesses do embargante. Isso, contudo, não significa omissão, mormente por terem sido abordados todos os pontos necessários para a integral resolução da controvérsia. 2. Sobre a forma de cálculo do Imposto de Renda incidente sobre benefícios recebidos acumuladamente em cumprimento de decisão judicial, a Primeira Seção desta Corte, ao julgar o REsp 1.118.429/SP (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 14.5.2010), de acordo com o regime de que trata o art. 543-C do CPC, fez consignar o seguinte entendimento, na ementa do respectivo acórdão: "O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente." 3. Recurso especial parcialmente provido."

RESP 1.118.429, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 14/05/2010: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS DE FORMA ACUMULADA. 1. O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente. Precedentes do STJ. 2. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008."

RESP 901.945, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJ 16/08/07: "TRIBUTÁRIO. REVISÃO JUDICIAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES PAGOS ACUMULADAMENTE. 1. No cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, nos termos previstos no art. 521 do RIR (Decreto 85.450/80). A aparente antinomia desse dispositivo com o art. 12 da Lei 7.713/88 se resolve pela seguinte exegese: este último disciplina o momento da incidência; o outro, o modo de calcular o imposto. Precedentes: REsp 617081/PR, 1ª T, Min. Luiz Fux, DJ 29.05.2006 e Resp 719.774/SC, 1ª T, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 04.04.2005. 2. Recurso especial a que se nega provimento."

RESP 505.081, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 31.05.2004: "TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS ACUMULADAMENTE POR PRECATÓRIO. VALOR MENSAL ISENTO DE IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO. 1. O pagamento decorrente de ato ilegal da Administração não constitui fato gerador de tributo. 2. O imposto de renda não incide sobre os valores pagos de uma só vez pela Administração, quando a diferença do benefício determinado na sentença condenatória não resultar em valor mensal maior que o limite legal fixado para isenção do imposto de renda. 3. Recurso especial desprovido."

No tocante à alegação de que se aplica o artigo 12 da Lei 7.713/88, decidiu contrariamente o Superior Tribunal de Justiça:

AGA 1.049.109, Rel. Min. MAURO CAMPBELL: DJE 09/06/2010: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE RENDIMENTOS RECEBIDOS

ACUMULADAMENTE EM VIRTUDE DE DECISÃO JUDICIAL. CÁLCULO. TABELAS E ALÍQUOTAS PRÓPRIAS DA ÉPOCA A QUE SE REFEREM. ARESTO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO STJ. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. Esta Corte de Justiça firmou posicionamento, em ambas as turmas de direito público, no sentido de que o cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos. Matéria decidida pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n.1.118.429 - SP, de relatoria do Exmo. Min. Herman Benjamin, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução n. 8/08 do STJ, que tratam dos recursos representativos da controvérsia. 2. O art. 12 da Lei 7.713/88 disciplina o momento da incidência e não o modo de calcular o imposto. 3. A interpretação dada ao art. 12 da Lei 7.713/88, não a qualifica como inconstitucional, apenas separa os critérios quantitativo (forma de cálculo) e temporal (momento da incidência) da hipótese de incidência legalmente estatuída, o que não resulta em ofensa a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88). 4. Agravo regimental não provido."

A propósito da inexigibilidade do imposto de renda sobre juros de mora, como na espécie, consolidou o Superior Tribunal de Justiça a jurisprudência, firmando, entre outros, os seguintes precedentes:

RESP 1.075.700, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 17/12/2008: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS RECEBIDOS ACUMULADAMENTE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO ATRASADO. JUROS MORATÓRIOS INDENIZATÓRIOS. NÃO-INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, CPC. OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356 DO STF. 1. O STF, no RE 219.934/SP, prestigiando a Súmula 356 daquela Corte, sedimentou posicionamento no sentido de considerar prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos declaratórios. Adoção pela Suprema Corte do prequestionamento ficto. 2. O STJ, diferentemente, entende que o requisito do prequestionamento é satisfeito quando o Tribunal a quo emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial. 3. Não há interesse jurídico em interpor recurso especial fundado em violação ao art. 535 do CPC, visando anular acórdão proferido pelo Tribunal de origem, por omissão em torno de matéria constitucional. 4. No caso de rendimentos pagos acumuladamente, devem ser observados para a incidência de imposto de renda, os valores mensais e não o montante global auferido. 5. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ. 5. Recurso especial não provido."

RESP 1.090.283, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 12/12/2008: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - IMPOSTO DE RENDA - VERBAS INDENIZATÓRIAS - CONDENAÇÃO EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA - NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE OS JUROS MORATÓRIOS - NATUREZA INDENIZATÓRIA. "Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ." (REsp 1037452/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.5.2008, DJ 10.6.2008). Recurso especial improvido."

Assim igualmente tem decidido esta Corte, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado, de que fui relator:

AC 2009.61.00.016134-6, julgado em 15/09/2011: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IRRF. PROVENTOS. RECEBIMENTO CUMULATIVO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO APLICÁVEL. ALÍQUOTA. OMISSÕES INEXISTENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1. Caso em que são manifestamente improcedentes os embargos os embargos declaratórios, primeiro porque não conduz a qualquer vício a adoção, pela Turma, de jurisprudência reputada correta, ainda que passível de reforma ou revisão pela instância superior. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensivo da respectiva tramitação, como ocorre na espécie. 2. Tampouco houve omissão no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma, que decidiu no sentido de que o recebimento de rendimentos acumulados, não impõe que o recolhimento do imposto de renda retido na fonte seja realizado com base na alíquota sobre o valor total no momento do recebimento, em detrimento do beneficiário, pois se tivesse recebido o referido rendimento na época em que deveria ter sido pago, seria recolhido o imposto a uma alíquota menor ou mesmo, o beneficiário seria isento de tal recolhimento. 3. A alegação de omissão na aplicação do artigo 12 da Lei 7.713/88 é infundada, vez que a própria jurisprudência, que constou do acórdão embargado, aborda a discussão, destacando que: "No cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, nos termos previstos no art. 521 do RIR (Decreto 85.450/80). A aparente antinomia desse dispositivo com o art. 12 da Lei 7.713/88 se resolve pela seguinte exegese: este último disciplina o momento da incidência; o outro, o modo de calcular o imposto." (RESP 719.774, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 04/04/05). 4. Na atualidade, o Superior Tribunal de Justiça tem reiterado tal tese, no sentido de que "2. O art. 12 da Lei 7.713/88 disciplina o momento da incidência e não o modo de calcular o imposto. 3. A interpretação dada ao art. 12 da Lei 7.713/88, não a qualifica como inconstitucional, apenas separa os critérios quantitativo (forma de cálculo) e temporal (momento da incidência) da hipótese de incidência legalmente estatuída, o que não resulta em ofensa a

cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88)." (AGA 1.049.109, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 09/06/2010). 5. Não houve, pois, declaração de inconstitucionalidade da norma da lei ordinária, sendo, por isto mesmo, impertinente, na espécie, alegar a violação do princípio da reserva de Plenário (artigo 97, CF e Súmula Vinculante 10/STF), conforme tem sido decidido no âmbito, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça (AGRESP 1.055.182, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJE 01/10/2008). 6. Enfim, a utilização de tal recurso para mero reexame do feito motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita. 7. Embargos declaratórios rejeitados."

Como se observa, é improcedente a invocação dos artigos 43 do CTN, 46 da Lei 8.541/92, 12 da Lei 7.713/88, 2º da Lei 8.134/90, parágrafo único do artigo 3º da lei 9.250/95, 61 do RIR/94 (Decreto 1.041/94), e 38 do RIR/99 (Decreto 3.000/99), para efeito de respaldar a pretensão fazendária diante da jurisprudência consolidada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00066 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025843-59.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.025843-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : ARIEL JOSE SOARES e outro

: IVAN CARLOS GOULART

ADVOGADO : LEILA FARES GALASSI DE OLIVEIRA e outro

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 17 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 00023766520034036100 17 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em mandado de segurança, determinou a conversão em renda da União da integralidade dos valores depositados, tendo em vista o trânsito em julgado da sentença que julgou parcialmente procedente a demanda. Alegou, a parte agravante que férias vencidas e respectivo terço constitucional são isentos de tributação, conforme trânsito em julgado e o disposto na Súmula 125 do STJ, cabendo a expedição de alvará de levantamento em favor dos impetrantes.

Em contraminuta, a agravada sustentou que "*o conjunto probatório é insuficiente para dar guarida ao pedido, ainda mais que o presente agravo não veio embasado de qualquer fato novo capaz de modificar o entendimento manifestado na r. decisão*" (f. 113).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a destinação de valores depositados, em garantia para a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, levantamento ou conversão em renda, deve observar os limites e o conteúdo da coisa julgada estabelecida para a solução da controvérsia.

A propósito, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, a teor do que revela, entre outros, o seguinte acórdão:

RESP 494.510, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 06/03/06: "TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VALORES A SEREM LEVANTADOS E CONVERTIDOS EM RENDA DA FAZENDA. DECISÃO DO MAGISTRADO. I - Com o trânsito em julgado da decisão, o valor depositado com a finalidade de suspender a exigibilidade do tributo é devolvido ao contribuinte se julgada procedente a ação ou convertida em renda da Fazenda, caso a exação seja declarada devida. II - O valor que será convertido em renda da Fazenda Pública, a teor do artigo 32, § 2º, da Lei nº 6.830/80, será definido pelo magistrado, que não está vinculado ao cálculo da Administração, podendo se valer de procedimento de liquidação ou lastrear seu decisum em meros cálculos aritméticos, conforme a complexidade do caso. Havendo inexactidão, a Fazenda poderá, no prazo de homologação do lançamento (art. 150, § 4º, CTN), rever os cálculos e, sendo o caso, cobrar a diferença. III - Recurso especial improvido."

Na espécie, houve liminar para depósito judicial dos valores objeto da controvérsia (f. 55/9), sendo depositado o imposto de renda incidente apenas sobre **férias indenizadas vencidas e proporcionais** (R\$ 18.802,16 e R\$ 7.295,12), **abono aposentado** (R\$ 10.039,79 e R\$ 6.532,15) e **13º salário indenizado** (R\$ 251,81 e R\$ 59,70, f. 49/51 e 52/4). A

sentença concedeu em parte a ordem para afastar a exigibilidade fiscal sobre as férias vencidas e proporcionais, com respectivos adicionais, e sobre o abono aposentado (f. 63/74). Esta Corte reformou, em parte, a sentença para reconhecer a exigibilidade do imposto de renda sobre as férias proporcionais e adicional (f. 78/87). O Superior Tribunal de Justiça proveu em parte o RESP fazendário, reformando o acórdão apenas para deferir a incidência do imposto de renda sobre a indenização especial. A coisa julgada, portanto, fixou-se no sentido da tributação das férias proporcionais, indenização especial (abono aposentado) e 13º salário indenizado, ficando excluída da incidência fiscal apenas o imposto de renda sobre as férias vencidas com adicional, o qual foi objeto do depósito judicial e, portanto, deve ser excluída da conversão em renda da União, com o levantamento dos valores respectivos pelos contribuintes, agravantes. A decisão agravada deferiu conversão integral dos depósitos, não obstante a inexigibilidade do imposto de renda sobre as férias vencidas com o respectivo adicional, donde a manifesta violação da coisa julgada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão a fim de que seja objeto de levantamento, pelos agravantes, e não de conversão em renda, o equivalente ao imposto de renda sobre férias vencidas e adicional, depositado em Juízo.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 28 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00067 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026037-59.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.026037-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : ARNALDO JOSE DA SILVA
ADVOGADO : GABRIEL HERNAN FACAL VILLARREAL e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 24 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00092898220114036100 24 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar, em mandado de segurança, para cancelar averbação de arrolamento de bens e direitos no PA 19515.001754/2008-71 (um apartamento, 2.500 cotas empresariais e um veículo), alegando, em suma, a inconstitucionalidade dos artigos 64 da Lei 9.532/97 e 9º da IN RFB 1.088/2010 e a inércia da autoridade quanto ao requerimento de substituição do imóvel, sob matrícula 335.802 do 11º Cartório do Registro de Imóveis de São Paulo.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, manifestamente inviável a reforma pretendida, à luz da jurisprudência consolidada, considerando, inclusive, a inexistência de risco de ineficácia da medida, acaso deferida a final, considerando que o arrolamento, na esfera administrativa, tem efeito jurídico específico, que não se confunde com a indisponibilidade patrimonial dos bens do contribuinte.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

RESP 689.472, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 13.11.06, p. 227: "TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS DO CONTRIBUINTE EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. ARTIGO 64, DA LEI 9.532/97. INEXISTÊNCIA DE GRAVAME OU RESTRIÇÃO AO USO, ALIENAÇÃO OU ONERAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SUJEITO PASSIVO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEGALIDADE DA MEDIDA ACAUTELATÓRIA. 1. O arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo da obrigação tributária pode ocorrer: 1) por iniciativa do contribuinte, para fins de seguimento do recurso voluntário interposto contra decisão proferida nos processos administrativos de determinação e exigência de créditos tributários da União (Decreto nº 70.235/72) ou, em se tratando de Programa de Recuperação Fiscal - Refis, para viabilizar a homologação da opção nos termos da Lei nº 9.964/00; e 2) por iniciativa da autoridade fiscal competente, para acompanhamento do patrimônio passível de ser indicado como garantia de crédito tributário em medida cautelar fiscal. 2. O arrolamento de bens de iniciativa da Administração Tributária encontra-se regulado pela Lei 9.532/97, na qual foi convertida a Medida Provisória nº 1.602, de 14 de novembro de 1997, podendo ocorrer sempre que a soma dos créditos tributários exceder 30% (trinta por cento) do patrimônio do contribuinte e,

simultaneamente, for superior a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). A finalidade da referida medida cautelar é conferir maior garantia aos créditos tributários da União, assegurando a futura excussão de bens e direitos do sujeito passivo suficientes à satisfação do débito fiscal. 3. Efetivado o arrolamento fiscal, deve o mesmo ser formalizado no registro imobiliário, ou em outros órgãos competentes para controle ou registro, ficando o contribuinte, a partir da data da notificação do ato de arrolamento, obrigado a comunicar à unidade do órgão fazendário a transferência, alienação ou oneração dos bens ou direitos arrolados. O descumprimento da referida formalidade autoriza o requerimento de medida cautelar fiscal contra o contribuinte. 4. Depreende-se, assim, que o arrolamento fiscal não implica em qualquer gravame ou restrição ao uso, alienação ou oneração dos bens e direitos do contribuinte, mas apenas, por meio de registro nos órgãos competentes, resguarda a Fazenda contra interesses de terceiros, assegurando a satisfação de seus créditos. 5. Ademais, a extinção do crédito tributário ou a nulidade ou retificação do lançamento que implique redução do débito tributário para montante que não justifique o arrolamento, imputa à autoridade administrativa o dever de comunicar o fato aos órgãos, entidades ou cartórios para que sejam cancelados os registros pertinentes. 6. Tribunal de origem que entendeu desarrazoado o arrolamento de bens procedido pela Fazenda Pública, enquanto pendente de recurso o processo administrativo tendente a apurar o valor do crédito tributário, uma vez que não haveria crédito definitivamente constituído. 7. A medida cautelar fiscal, ensejadora de indisponibilidade do patrimônio do contribuinte, pode ser intentada mesmo antes da constituição do crédito tributário, nos termos do artigo 2º, inciso V, "b", e inciso VII, da Lei nº 8.397/92 (com a redação dada pela Lei nº 9.532/97), o que implica em raciocínio analógico no sentido de que o arrolamento fiscal também prescinde de crédito previamente constituído, uma vez que não acarreta em efetiva restrição ao uso, alienação ou oneração dos bens e direitos do sujeito passivo da obrigação tributária, revelando caráter ad probationem, e por isso autoriza o manejo da ação cabível contra os cartórios que se negarem a realizar o registro de transferência dos bens alienados. 8. Recurso especial provido."

AMS 2005.61.05.000929-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 19.05.09, p. 156: "**DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS. ARTIGO 64 DA LEI Nº 9.532/97. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUPERIOR A 30% DO PATRIMÔNIO CONHECIDO. VALIDADE DA PROVIDÊNCIA PROTETIVA. POSSIBILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR FISCAL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA E ADEQUAÇÃO DO ARROLAMENTO DE BENS DO PATRIMÔNIO DOS GRANDES DEVEDORES. APELAÇÃO DESPROVIDA.** 1. O arrolamento de bens e direitos, como previsto no artigo 64 da Lei nº 9.532/97, tem aplicação exclusiva a contribuintes, cujos débitos fiscais sejam superiores a R\$ 500.000,00, e excedam o limite de 30% do patrimônio conhecido, acarretando ao sujeito passivo da obrigação tributária o ônus apenas de informar o Fisco quanto à celebração de ato de transferência, alienação ou oneração dos bens ou direitos arrolados, sob pena de indisponibilidade por medida cautelar fiscal. 2. Não se trata de medida ofensiva a qualquer princípio constitucional ou legal, nem mesmo ao direito de propriedade, ou ao devido processo legal, sendo objetivos os requisitos legais previstos para o arrolamento, com a garantia ao contribuinte do exercício do direito de defesa administrativa ou judicial que, na espécie, não revelou a existência de qualquer impedimento ao reconhecimento da legitimidade do ato praticado. 3. Firmada a orientação pelo Superior Tribunal de Justiça de que a existência de recurso administrativo não impede o arrolamento de bens, por se cuidar de ato associado à medida cautelar fiscal, cuja propositura não exige, por previsão legal expressa, a constituição definitiva do crédito tributário. 4. *Apelação desprovida.*"

De outro lado, despida de plausibilidade a alegação de que o artigo 64 da Lei 9.532/97 é inconstitucional, considerando que tal medida busca apenas resguardar eventual direito da Fazenda e, conforme salientado anteriormente, não traduz indisponibilidade do bem, mas apenas dever de comunicação à autoridade administrativa, em casos de sua transferência, oneração ou alienação. Neste sentido o seguinte precedente desta Turma:

AMS 2005.61.09.005277-7, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJF3 de 07.10.08: "**ADMINISTRATIVO - ARROLAMENTO DE BENS - ART. 64 DA LEI Nº 9.532/97 - CONSTITUCIONALIDADE. I - A preliminar invocada pela recorrida não guarda relação de pertinência com a hipótese tratada, uma vez que não está em discussão a exigência do depósito prévio ou do arrolamento de bens como condição para o recebimento de recurso administrativo. II - Pelo mesmo motivo não há que se falar, como quer a apelante, em derrogação da Lei nº 9.532/97 pela Lei nº 10.522/02, que cuidam de objetos distintos. III - Não há inconstitucionalidade no artigo 64 da Lei nº 9.532/97, que não torna indisponível a propriedade dos bens arrolados, acarretando apenas o ônus de informar ao Fisco quanto à celebração de ato de transferência, alienação ou oneração de bens ou direitos arrolados, sob pena de indisponibilidade por medida cautelar fiscal. IV - Os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não foram violados porque o crédito tributário já foi constituído, sendo, por conseguinte, possível o arrolamento. Precedentes do STJ. V - *Apelação improvida.*"**

Ademais, quanto ao direito de propriedade, o arrolamento, previsto em lei, é medida de natureza preventiva na tutela do interesse fiscal, em situações específicas, que não se revelam indicadoras da antecipação de qualquer efeito irreversível inerente à execução.

Por fim, não há como se conhecer do pedido subsidiário de que seja determinado à autoridade impetrada que proceda à imediata apreciação do requerimento de substituição do imóvel arrolado, pois tal pleito sequer consta dos pedidos da inicial (f. 66/7 e 145/6), não tendo sido objeto, portanto, da decisão agravada. Aliás, o pedido de substituição, protocolizado em 21/07/2011 (f. 169), é posterior ao próprio ajuizamento da ação, em 06/06/2011 (f. 34). Ante o exposto, esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.
Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 28 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00068 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026248-95.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.026248-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : DISTRIBUIDORA FENG PRESENTES LTDA
ADVOGADO : ADILSON ALMEIDA DE VASCONCELOS e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE SANTOS > 4ºSSJ > SP
No. ORIG. : 00042595420114036104 4 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra antecipação parcial de tutela, em ação ordinária, para afastar o perdimento de mercadorias importadas (f. 115/9).

Alegou, em suma, que: (1) a suspensão da pena de perdimento até o julgamento da causa impede seja dada a devida destinação aos bens, causando dano ao Erário, por despesas com armazenamento e possível deterioração das mercadorias; (2) a revogação da medida antecipatória não causa nenhum prejuízo à agravada, pois, em caso de eventual procedência da ação, terá direito à indenização do valor declarado, corrigido pela SELIC; e (3) a pena foi aplicada por indícios de subfaturamento e fraude, nos termos dos artigos 65, 66 e 67 da IN SRF 206/02, 71 a 73 da Lei 4.502/64, 689, VI, do Decreto 6.759/09, VII e 17 do GATT, e 19, 20 e 148 do CTN;

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, embora possível pleitear o ressarcimento de dano em ação de indenização, é certo que, antes e preferencialmente, deve-se preservar a utilidade da própria decisão judicial na ação em que se discute a nulidade da ação fiscal e aduaneira, motivo pelo qual, para equilíbrio dos interesses em disputa na relação processual, justifica-se a decisão cuja finalidade específica tenha sido a de suspender os efeitos da pena de perdimento até que seja a causa decidida pelo Juízo competente.

Não se trata, à toda evidência, quanto à questão fática envolvida na ação fiscal, de situação plenamente esclarecida nos autos, comportando discussão e dilação probatória que, assim, impede, de um lado, a liberação da importação, e, de outro, a efetivação dos efeitos da aplicação da pena de perdimento, como ora pretendido para eventual ressarcimento, em caso de anulação do ato, através de perdas e danos.

Evidente, como decidido na origem, o dano irreparável ou de difícil e incerta reparação no prosseguimento da ação aduaneira enquanto pendente a controvérsia judicial. Em casos que tais, assente a jurisprudência, inclusive desta Turma, quanto à necessidade de amparo judicial especificamente para preservar a utilidade da decisão final de mérito a ser objeto de oportuna manifestação judicial:

AI 2005.03.00021010-5, Rel. Juiz Conv. ROBERTO JEUKEN, DJF3 20/01/2009: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. VEÍCULOS APREENDIDOS. PENA DE PERDIMENTO . SUSPENSÃO DE LEILÃO. SUFICIÊNCIA CAUTELAR. 1. Embora possível discutir eventual dano por meio de ação de indenização, é certo que, antes e preferencialmente, deve-se preservar a utilidade da própria decisão judicial na ação em que se discute a nulidade da ação fiscal e aduaneira, motivo pelo qual, para equilíbrio dos interesses em disputa na relação processual, justifica-se a antecipação de tutela recursal para o fim específico de suspender o leilão dos veículos, objeto do decreto administrativo de perdimento , até que seja a causa decidida pelo Juízo competente. 2. A disponibilidade dos bens ao agravante, mesmo com as cautelas indicadas, não se coaduna com o provimento assecuratório, que deve prevalecer agora, em especial porque ausentes fundamentos jurídicos que possam desconstituir, pelo exame dos fatos e do Direito aplicável, a pena de perdimento aplicável, devendo ser relegada ao julgamento de mérito a solução definitiva."

A alegação fazendária de dano, pelo custo de armazenagem e pela impossibilidade de uso imediato, com risco de deterioração das mercadorias, é manifestamente infundada, seja porque custos e tempo de indisponibilidade de bens são fatos previsíveis na rotina de procedimentos aduaneiros, configurando mero inconveniente e não lesão jurídica irreversível ou significativa, seja porque a importação, objeto de perdimento, não diz respeito a bens perecíveis ou de fácil deterioração, pois relacionados, no descritivo, como sendo malas, bolsas, guarda-chuvas e sombrinhas (f. 89/99). Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.
Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 28 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00069 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026305-16.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.026305-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : BANCO ITAULEASING S/A
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00113718620114036100 4 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação ordinária, acolheu exceção de incompetência, declarando a incompetência da Seção Judiciária de São Paulo e determinando a remessa dos autos a uma das Varas da Subseção Judiciária de Guarulhos.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária: (i) em que for domiciliado o autor; (ii) na qual houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda; (iii) em que esteja situada a coisa; ou (iv) no Distrito Federal, a teor do disposto no artigo 109, §2º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

RE 459322, Min. Rel. MARCO AURÉLIO, DJE 17/12/2009: "COMPETÊNCIA - JUSTIÇA FEDERAL - AÇÃO CONTRA A UNIÃO. O rol de situações contempladas no § 2º do artigo 109 da Carta Federal, a ensejar a escolha pelo autor de ação contra a União, é exaustivo. Descabe conclusão que não se afine com o que previsto constitucionalmente, por exemplo, a possibilidade de a ação ser ajuizada na capital do Estado".

RE 509442, Min. Rel. ELLEN GRACIE, DJE 19/08/2010: "CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. UNIÃO. FORO DE DOMICÍLIO DO AUTOR. APLICAÇÃO DO ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está pacificada no sentido de que as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal. 2. Agravo regimental improvido".

Na espécie, os fatos relativos à lide ocorreram em Rio Branco, capital do Acre, e o ora agravante possui domicílio fiscal em Poá, cidade submetida à Subseção Judiciária de Guarulhos, no Estado de São Paulo, razão pela qual, à luz da jurisprudência citada e nos termos do artigo 109, §2º, da Constituição Federal, é inviável o pedido de reforma da decisão agravada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Apensem-se os presentes autos ao AI 2011.03.00.014550-2.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00070 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026420-37.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.026420-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : LANSARET COM/ DE INFORMATICA LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00455347920074036182 7F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão, em execução fiscal, de indeferimento de inclusão de sócio no pólo passivo da ação.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA nº 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 22.09.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

Assim igualmente concluiu esta Turma no AG nº 2007.03.00032212-3, Rel. Juiz Convocado CLÁUDIO SANTOS, DJU de 30/04/2008:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 135, III, CTN. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO SÓCIO-GERENTE. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. 1. Encontra-se consolidada a jurisprudência, sob todos os ângulos enfocados na ação, firme no sentido de que mesmo que os fatos geradores dos créditos tributários em execução fiscal tenham ocorrido na gerência de um dado sócio, este não pode sofrer o redirecionamento executivo se houve a sua retirada da sociedade antes da dissolução irregular, esta ocorrida na gestão de outros administradores. 2. Caso em que, embora os débitos fiscais tenham fatos geradores ocorridos durante a gestão do ora agravante, que se retirou da sociedade apenas em 16.04.93, e considerando que a mera inadimplência fiscal não gera responsabilidade tributária do sócio-gerente (artigo 135, III, CTN), o que revelam os autos, de relevante para a solução da controvérsia, é que a dissolução irregular somente ocorreu posteriormente, conforme o sistema de consulta fiscal por CNPJ. 3. Certo, pois, que houve atividade econômica posterior à retirada do ora agravante do quadro social da empresa, de modo que a dissolução irregular não é contemporânea à respectiva administração, para efeito de apuração de infração à legislação e responsabilidade tributária, nos termos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional. 4. Agravo inominado desprovido."

Por outro lado, encontra-se sedimentada a jurisprudência, firme no sentido de ser imprescindível, para o reconhecimento da dissolução irregular da sociedade, a apuração, por oficial de Justiça, da respectiva situação de fato no endereço declarado nos autos, a teor do que revelam os seguintes precedentes:

- RESP nº 1.072.913, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJU de 04.03.09: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO DE TESE. OMISSÃO INEXISTENTE. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. 1.

Não se configura ofensa ao artigo 535, II, do CPC quando o acórdão recorrido apreciou, de forma expressa e devidamente fundamentada, todos os pontos indicados pelo recorrente como omitidos. Ademais, é vedada a inovação de teses em embargos de declaração e, por tal razão, inexistente omissão em acórdão que julgou a apelação sem se pronunciar sobre matéria não arguida nas razões do agravo de instrumento. Precedentes. 2. Controvérsia a respeito das circunstâncias em que é possível a responsabilização do sócio-gerente de empresa que figura no pólo passivo de execução fiscal pelo não-pagamento dos débitos tributários. 3. Entendimento desta Corte assentado no sentido de que a não-localização da empresa no endereço constante dos cadastros da Receita para fins de citação na execução caracteriza indício de irregularidade no seu encerramento apta a ensejar o redirecionamento da execução fiscal ao sócio. Primeira Seção, EREsp 716.412. 4. Entretanto, na espécie, ao decidir a controvérsia, o Tribunal a quo se baseou na premissa fática de que a frustração da citação se deu por simples devolução do aviso de recebimento, externando peculiaridade que afasta a presunção imediata de dissolução irregular, porquanto não houve certificação, por oficial de justiça (que tem fé pública), de que a empresa não funcionava mais no endereço fornecido, mas apenas a devolução do aviso de recebimento da citação enviada pelo correio. 5. Considerando essa particularidade e concluindo pela impossibilidade de que a presunção juris tantum de dissolução irregular decorreu de simples informação dos correios, a Segunda Turma já decidiu, recentemente, que "[...] não se pode considerar que a carta citatória devolvida pelos correios seja indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade. Não possui o funcionário da referida empresa a fé pública necessária para admitir a devolução da correspondência como indício de encerramento das atividades da empresa". REsp 1.017.588/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/11/2008, DJe 28/11/2008. 6. Recurso especial não-provido". - RESP n° 1.017.588, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU de 28.11.08: "TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - DEVOUÇÃO DA CARTA CITATÓRIA NÃO-CUMPRIDA - INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - ART. 8º, III, LEI N. 6.830/80. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 736.879-SP, de relatoria do Ministro José Delgado, publicado em 19.12.2005, firmou entendimento no sentido de fortalecimento da regra contida no art. 135, III, do CTN, do qual se extrai a previsão de que, no caso das sociedades limitadas, os administradores respondem solidariamente somente por culpa, quando no desempenho de suas funções. 2. O instituto do redirecionamento configura exceção ao princípio da autonomia da pessoa jurídica. Por esse princípio, a sociedade constitui-se em um ente distinto da pessoa dos sócios, e o seu patrimônio é responsável pelas dívidas societárias. 3. Pelo artigo 135 do CTN, 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. A liquidação irregular da sociedade gera a presunção da prática desses atos abusivos ou ilegais. 4. No caso de dissolução irregular da sociedade, esta Corte tem o entendimento de que indícios de dissolução irregular da sociedade que atestem ter a empresa encerrado irregularmente suas atividades são considerados suficientes para o redirecionamento da execução fiscal. Contudo, não se pode considerar que a carta citatória devolvida pelos correios seja indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade. Não possui o funcionário da referida empresa a fé pública necessária para admitir a devolução da correspondência como indício de encerramento das atividades da empresa. 5. Infere-se, do artigo 8º, inciso III, da Lei n. 6.830/80, que, não sendo frutífera a citação pelo correio, deve a Fazenda Nacional providenciar a citação por oficial de justiça ou por edital, antes de presumir ter havido a dissolução irregular da sociedade. Recurso especial improvido".

No mesmo sentido, o seguinte precedente da Turma, *verbis*:

Ag. Inomin. em AI n° 2009.03.00.043356-2, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, julgado em 10.06.2010: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO INOMINADO. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA PARA O SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR PRESUMIDA COM BASE EM CARTA CITATÓRIA DEVOLVIDA PELOS CORREIOS. AGRAVO IMPROVIDO. I - A decisão deve ser mantida. II - Ressalto que tenho admitido o redirecionamento da execução fiscal nos casos em que, comprovada a impossibilidade de garantia da causa pelos meios ordinários, apresentem-se indícios da dissolução irregular da sociedade executada ou das práticas descritas no artigo 135, III, do CTN. III - No caso concreto, entretanto, não entendo estarem presentes elementos suficientes que indiquem caracterizada a situação acima referida, pois, ainda que o AR relativo à carta de citação enviada no endereço da empresa tenha sido negativo (fl. 28), inexistiram diligências adicionais no sentido de localizar a executada, como por exemplo, por meio de Oficial de Justiça. IV - Cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça já há algum tempo vem se decidindo pela impossibilidade de se considerar a carta citatória devolvida pelos correios como indício cabal de dissolução irregular de sociedade, haja vista a ausência de fé pública do funcionário daquela empresa, diferentemente do que ocorre com uma certidão assinada por um oficial de justiça, por exemplo. V - Precedentes STJ (1ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, RESP - 1072913, v.u., DJ: 04/03/2009) e TRF 3ª Região (Terceira Turma, AG n. 2007.03.00.104171-3, Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, j. 19.06.2008, DJF3 01.07.2008). VI - Sendo assim, diante da formação de jurisprudência consolidada, inexistente razão para a modificação do entendimento inicialmente manifestado, que negou seguimento ao agravo com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil. VII - Agravo inominado improvido."

Na espécie, houve tentativa de citação via postal (f. 62), que restou negativa, seguida de citação editalícia (f. 90), sem qualquer diligência efetuada por oficial de Justiça na sede da executada, a impedir, portanto, a imediata presunção de dissolução irregular da empresa e a inclusão de sócio no pólo passivo da demanda.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00071 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026476-70.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.026476-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : BERNARDO QUIMICA S/A
ADVOGADO : MARIA RITA GRADILONE SAMPAIO LUNARDELLI e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE SANTOS > 4ºSSJ > SP
No. ORIG. : 00065234420114036104 4 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar em mandado de segurança para inclusão de débitos das CDA's 80611001626-28 e 80211000511-00 no parcelamento da Lei 11.941/2009, por inconstitucionalidade e ilegalidade do artigo 6º, I, da IN/RFB 1.049/2010, "*tendo em vista que este dispositivo criou/estabeleceu novos critérios para inclusão de débitos no parcelamento, extrapolando, assim, os limites impostos pela Lei 11.941/2009, violando por conseqüência, o Princípio da Legalidade, previsto nos artigos 150, I, da CF e 97, VI, do CTN*", e que foram preenchidos "*os requisitos contidos na Lei nº 11.941/2009, mais precisamente em relação à data de vencimento dos débitos que se pretende parcelar, cujo vencimento ocorrerá em 31/01/2006, ou seja, quase 03 anos antes do prazo previsto na Lei nº 11.941/2009 (30/11/2008)*" (f. 14).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que a agravante compensou créditos de IPI e COFINS com débitos da CSLL e IRPJ, parcialmente homologado. Em relação aos não-homologados, houve inscrição em dívida ativa, com opção pelo parcelamento da Lei 11.941/09. Houve mandado de segurança, alegando que tais débitos não constaram da relação de débitos parceláveis em 06/07/11, data do início da consolidação, postulando inclusão, pois vencidos desde 31/01/2006, nos termos da Lei 11.941/11.

A liminar foi indeferida, nos seguintes termos (f. 24v. e 25):

"(...)

Pois bem. O cerne do litígio ora em apreço consiste em saber da liquidez e certeza do direito de a impetrante incluir no parcelamento fiscal estabelecido na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, os débitos inscritos na Dívida Ativa sob n's 80.6.11.001626-28 e 80.2.11.00511-00. Relata a impetrante que o referido diploma legal autorizou o parcelamento especial de débitos vencidos até 30/11/2008, situação na qual se enquadram os acima indicados, pois venceram em janeiro de 2006. Entretanto, diante dos elementos reunidos nos autos, notadamente os esclarecimentos prestados pela autoridade coatora, verifico que a pretensão inicial não pode prosperar. Com efeito, conforme estabelece a Instrução Normativa RFB nº 1.049, de 30/06/2010, os débitos com vencimento até 30/11/2008 e objeto de compensação declarada ao Fisco, na forma do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, somente poderão integrar a dívida consolidada nos parcelamentos previstos na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 06/2009, se até 30/07/2010 tiver sido objeto de decisão definitiva de não-homologação da compensação do âmbito administrativo. Diz o artigo 6º da mencionada Instrução Normativa: Art. 6º Os débitos com vencimento até 30 de novembro de 2008 e objeto de compensação declarada à RFB na forma do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, poderão integrar a dívida consolidada nos parcelamentos de que trata a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009, desde que: I - até 30 de julho de 2010 ocorra decisão definitiva de não-homologação da compensação no âmbito administrativo; ou II - caso o débito esteja com sua exigibilidade suspensa, o sujeito passivo desista, expressamente e de forma irrevogável, da manifestação de inconformidade, do recurso administrativo ou da ação judicial proposta, observada a forma e o prazo disciplinados no art. 13 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009. (grifei) Nesse passo, elucidativas as informações fornecidas pelo Delegado da Receita Federal em Santos (fls 121, verso):"(...) com relação ao processo administrativo nº 10845.003139/2005-40, o despacho decisório de não homologação de parte das compensações foi proferido em 22.07.2010, tendo sido encaminhado ao impetrante apenas em 11.11.2010. Já para o

processo administrativo nº 15987.000233/2007-16 foi emitido despacho decisório em 03.09.2010, tendo sido encaminhada tal decisão ao impetrante em 13.12.2010. "Portanto, tendo em vista que somente após o impetrante tomar ciência da decisão e posteriormente ao transcurso do prazo para apresentação de impugnação à decisão ou da decisão sobre tal impugnação é que se terá a decisão definitiva quanto às decisões de não homologação de parte das compensações, conclui-se que em 30 de julho de 2010 nenhum dos dois processos tinha decisão definitiva de não-homologação da compensação". Assim, inviável a inclusão dos débitos em debate no parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009, tendo em vista o não atendimento à condição prevista no artigo 6º, inciso I, da IN RFB nº 1.049/2010, que, aliás, não teve sua legalidade questionada nesta demanda. Posto isto, INDEFIRO O PEDIDO DE LIMINAR". Embora discutida no agravo de instrumento a validade do artigo 6º, I, da IN 1.049/2010, em que se fundou a decisão administrativa e a agravada para negar a pretensão formulada, fato é que tal discussão não foi deduzida, a tempo e modo, na própria impetração, a qual não identificou, em seu conteúdo e alcance, o próprio ato coator, impugnando-o genericamente, não estabelecendo, portanto, a controvérsia de ilegalidade e inconstitucionalidade de forma concreta e própria diante do ato praticado.

A identificação do ato coator, na sua consistência concreta, cabe ao impetrante no mandado de segurança, não bastando dizer que o ato é eivado de ilegalidade ou abuso de direito, mas necessário pontuar qual a causa jurídica para sustentar tal conclusão, o que inclui identificar o conteúdo e alcance do ato, além de contrastá-lo com o ordenamento do qual extraída a alegação de violação a direito líquido e certo.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00072 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0027144-41.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.027144-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : IVAN VIEIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : RICARDO ABOU RIZK e outro
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00316021820034036100 21 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra remessa do feito à contadoria do Juízo, por iniciativa oficial, para atualização do valor definido em sentença transitada em julgado em embargos à execução, alegando, em suma, ofensa ao princípio da inércia da jurisdição e pleiteando suspensão do pagamento de RPV.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil, dado que manifestamente despida de plausibilidade jurídica a pretensão deduzida.

Na espécie, os embargos da Fazenda Pública foram julgados parcialmente procedentes, para o fim de reconhecer excesso no cálculo do embargado, ora agravado, fixando-se o valor da execução em R\$ 9.588,60, para o mês de março/2008 (f. 244/9).

A respectiva sentença entendeu ser *"incabível a incidência de juros de mora desde o desconto indevido (09/99) até a extinção da UFIR (10/2000) e na seqüência aplicação da taxa SELIC, sob pena de violação ao provimento jurisdicional passado em julgado"* (f. 246), e determinou, ainda, que os juros moratórios fossem computados até a expedição do ofício requisitório.

Após o trânsito em julgado do acórdão que manteve a sentença de primeiro grau (f. 250v.) e a devolução dos autos à origem, houve remessa de ofício à contadoria judicial, que atualizou *a conta acolhida nos embargos à execução para 16/08/2011 pela taxa SELIC* (f. 253/5), a qual foi homologada (f. 256), seguindo-se a expedição de ofício requisitório - RPV, no valor de R\$ 11.072,67, cadastrado em 16/08/2011 (f. 258).

Evidentemente que a remessa de ofício à contadoria, para atualização de valor definido em sentença, não ofendeu o princípio da inércia da jurisdição, pois, no caso, a execução da sentença foi regularmente promovida pelo agravado (f. 187), com apresentação de cálculo de liquidação (f. 188/95), e oposição de embargos à execução (f. 240/3), que foram parcialmente acolhidos, mediante fixação do valor devido até março/2008, e determinação de atualização conforme a coisa julgada (taxa SELIC), até a data da expedição do ofício requisitório (f. 244/7), sendo, pois, inadmissível a tese da agravante, vez que o Juízo apenas remeteu o feito para que a contadoria procedesse à simples atualização do valor

tornado definitivo pelo trânsito em julgado da sentença dos embargos, apresentando-se cabível o impulso oficial em hipóteses semelhantes, independentemente de requerimento expresso da parte exequente.

A propósito, os precedentes:

RESP 720001, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 17/08/2009: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. REMESSA EX OFFICIO DOS AUTOS À CONTADORIA PARA ATUALIZAÇÃO DOS CÁLCULOS APRESENTADOS POR PARTE QUE NÃO É BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE. 1. É permitido ao Juiz, constatando a necessidade, no caso concreto, de atualização dos cálculos, para pôr fim à execução, determinar a realização de novos cálculos pelo contador judicial, independentemente do exequente ser ou não beneficiário da justiça gratuita. Nesse sentido: REsp 804.382/RS, 1ª T. Min. Luiz Fux, DJe de 01/10/2008 2. Recurso especial a que se nega provimento."

AG 2007.04.00.041671-5, Rel. Des. Fed. RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, D.E. 06/06/2008: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. CÁLCULOS. ATUALIZAÇÃO. REMESSA À CONTADORIA. 1. A determinação de remessa dos autos à Contadoria para a atualização dos cálculos apresentados pelo exequente prescinde de requerimento específico. 2. É pacífico nesta Corte o entendimento de que são devidos juros de mora entre a feitura do cálculo exequendo e a expedição do precatório, não apresentando qualquer vício o comando do juízo a quo para que a Contadoria efetue a atualização da conta."

AG 2003.04.01.034074-0, Rel. Des. Fed. PAULO AFONSO BRUM VAZ, DJ 19/11/2003, p. 725: "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. REMESSA À CONTADORIA. IPCA-E. INDEXADOR OFICIAL. 1. O juiz, utilizando-se do seu poder de direção do processo, pode determinar o retorno nos autos à Contadoria para que seja realizada nova conta do saldo remanescente, por tratar-se de órgão auxiliar do juízo, a despeito do art. 604 do CPC. 2. Firmado o entendimento que deve ser aplicada a UFIR até a sua extinção e após o IPCA-E na conta de atualização monetária."

AG 2005.05.00.036134-3, Rel. Des. Fed. MARCELO NAVARRO, DJ - 04/07/2006, p. 453: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATUALIZAÇÃO DA CONTA DE PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. - A morosidade da efetivação de ato processual pelo órgão judiciário não configura abandono de causa pelo exequente a justificar o não pagamento de precatório complementar. - É de se manter a decisão que determinou a remessa dos autos à Contadoria para atualização da conta de precatório complementar cuja expedição já havia sido determinada pelo juízo. - Agravo de instrumento improvido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 28 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00073 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0027279-53.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.027279-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : RICARDO DE ALMEIDA VASCONCELOS
ADVOGADO : PAULA IGNÁCIA FREDDO CORINALDESI e outro
AGRAVADO : UNIVERSIDADE DO VALE DO PARAIBA UNIVAP
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J CAMPOS SP
No. ORIG. : 00070457420114036103 3 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar, em mandado de segurança, impetrado para garantir matrícula em "Direito Processual Civil - Medidas Assecuratórias e Recursos", dependência do 2º semestre do curso de Direito, para que seja cursada no 10º período do curso, durante o 2º semestre de 2011, na "Universidade do Vale do Paraíba UNIVAP".

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o agravante, em 22/03/2011, requereu matrícula, fora do prazo, sendo orientado a solicitar reabertura de matrícula no 2º semestre de 2011. Após reconsideração, em 24/03/2011, foi deferida a matrícula para o 1º semestre de 2011 nas disciplinas da "Turma 9º CNA": "1. D. Administrativo I; 2. D. Int. Pub. Privado I; 3. D. Processual do Trabalho; 4. D. Proc. Penal III; 5. D. Ambiental; 6. Estágio de Prática Jur. Supervisionada II". Também foi informado de que deveria cursar as seguintes pendências: "1. D. Trabalho I (2º sem/2011); 2. D. Penal V (2º sem/2011); 3. D. Proc. Penal I (2º sem/2011)", além das disciplinas curriculares do 10º período do curso. Por fim, consta que "O

requerente só poderá cursar a disciplina de Direito Processual Civil V (cujo equivalente é D. Proc. Civil (Med. Assecuratórias e Recursos) qdo (sic) a mesma for oferecida (1º sem/2012)" (f. 85). Em 29/06/2011, o agravante pediu matrícula em "Direito Processual Civil (Medidas Assecuratórias e Recursos)" para o 2º semestre de 2011, sem êxito, daí o mandado de segurança, alegando o direito líquido e certo ao oferecimento e à matrícula em tal disciplina ainda no 2º semestre de 2011.

Todavia, assentada a jurisprudência no sentido de que a entidade de ensino superior detém autonomia constitucional para definir, observadas normas e diretrizes gerais, o currículo dos respectivos cursos e, assim, pois a distribuição das disciplinas por semestres, estabelecendo e prevendo o conteúdo da oferta de matérias a cada período-letivo.

A propósito, os seguintes precedentes, dentre outros:

AMS 2003.61.04.005720-5, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU 20.06.07- "MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - DEPENDÊNCIA - ALTERAÇÃO NA GRADE CURRICULAR - DIREITO ADQUIRIDO A CURSAR APENAS AS MATÉRIAS DA DEPENDÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE. I - Invocando o princípio da isonomia as apelantes pretendem equiparar a suas situações à dos colegas que obtiveram sucesso nas avaliações periódicas e por isso colaram grau no curso de Nutrição no ano de 2002. A equiparação é impertinente porque o aludido princípio constitucional tem por fim vedar o tratamento diferenciado àqueles que se encontram em situações de igualdade, o que não é o caso, uma vez que as apelantes não concluíram o curso naquele ano letivo. II - Resta inaplicável, também, as regras invocadas do Código de Defesa do Consumidor (art. 39, V, art. 51, XIII e § 1º, III) porque o caso em discussão não versa sobre aumento abusivo de mensalidade, de cobrança vexatória, de obstáculo à frequência acadêmica por força de inadimplemento e tampouco de impedimento de matrícula, mas sim sobre a alteração, para maior, do conteúdo programático do curso. III - A cláusula quarta do contrato, em consonância com o artigo 207 da Constituição da República, estabelece ser de inteira responsabilidade da instituição de ensino o planejamento e a prestação do serviço, bem como a orientação didático-pedagógica, não cabendo ao aluno impugnar o acréscimo de conteúdo, mesmo porque o aumento de disciplinas visa não só ajustar a grade curricular às exigências do órgão competente, como também melhorar a formação do futuro profissional. IV - O documento anexado pelas impetrantes demonstra que a complementação do curso ocorreu no final do ano de 2001 e que nos dois anos seguintes foram concedidas aos alunos a oportunidade de fazer as adaptações, tornando-se obrigatório, a partir de 2003, o ajuste à nova grade. V - Recurso improvido."

AMS 1999.61.09.003827-4, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJU 05.02.07: "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. INTERRUÇÃO DO CURSO. MATÉRIA PENDENTE. ALTERAÇÃO DA GRADE CURRICULAR. DIREITO ADQUIRIDO AO CURRÍCULO ANTERIOR. INEXISTÊNCIA. ILEGITIMIDADE DA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. 1. O art. 207 da Constituição Federal garante às universidades autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial. Tal autonomia permite que a instituição aplique, da forma como entender melhor, as alterações necessárias na grade curricular de cada curso, sempre visando a sua atualização e aprimoramento. 2. Não há que se falar em direito adquirido do aluno à imutabilidade do currículo após o seu ingresso na instituição de ensino. 3. A alegação de que não houve interrupção ou abandono do curso não restou provada nos autos. 4. A interferência do Judiciário nesta questão é ilegítima e fere o disposto no referido art. 207 da Constituição. 5. Apelação improvida."

AMS 2005.51.01009411-4, Rel. Des. Fed. GUILHERME CALMON, DJU 10/04/2006: "DIREITO EDUCACIONAL. CONCLUSÃO DE CURSO UNIVERSITÁRIO. REESTRUTURAÇÃO CURRICULAR. TURMA ESPECIAL. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. 1. Cuida-se de mandado de segurança tendo como objeto a ilegalidade na negativa de oferecimento de Turma Especial para ministrar disciplina que deixou de integrar a grade curricular do curso de Ciências Contábeis. 2. A autonomia universitária, tal como tratada no art. 207, da Constituição Federal de 1988, permite que as Instituições de Ensino Superior se estruturam e organizem internamente, de modo a permitir o oferecimento (ou não) de disciplinas. 3. No caso, verificou-se a ausência de quantitativo mínimo de alunos para abertura de Turma Especial, sendo que a mesma disciplina é oferecida no Curso de Administração e foi facultada a inscrição à impetrante. 4. Assim, não havia direito líquido e certo da impetrante à abertura de disciplina apenas para si. 5. Apelação conhecida e improvida, mantendo-se a r. sentença."

AMS 2004.38.00007025-4, Rel. Juiz Conv. ÁVIO MOZAR, e-DJF1 21/02/2008: "MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA EXPEDIDO POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO ESTRANGEIRA. MATRÍCULA RECUSADA POR FALTA DE VAGAS. EXISTÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE MINISTRE CURSO CORRESPONDENTE. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELA RESOLUÇÃO Nº 1/2002 - CNE/CES. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Revalidação de diploma do curso de Medicina, concluído na Bolívia. 2. Os critérios para revalidação de diplomas de graduação expedidos por instituições de ensino superior estão estabelecidos na Resolução n. 1, de 28 de janeiro de 2002, da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação. Precedentes. 3. O artigo 7º, § 3º da aludida Resolução prevê que "Quando a comparação dos títulos e os resultados dos exames e provas demonstrarem o não preenchimento das condições exigidas para revalidação, deverá o candidato realizar estudos complementares na própria universidade ou em outra instituição que ministre curso correspondente." 4. O pré-requisito de existência de vagas para cursar determinadas disciplinas, constante do Regimento Interno da UFMG encontra-se em consonância com a Resolução nº 1/2002, na medida em que tal ato normativo autoriza as universidades a disciplinar o processo de revalidação, ajustando-se à Resolução. A oferta de disciplinas se insere na autonomia didático-pedagógica da Universidade, observados os critérios de oportunidade e conveniência. 4. Apelação improvida."

Como se observa, ainda que tenha havido previsão inicial de oferta de disciplina para certo semestre, disto não decorre o direito líquido e certo do aluno à matrícula segundo tal expectativa se, no respectivo período-base, deixar a entidade superior de ensino de oferecê-la, em virtude dos interesses inerentes à organização universitária e administração acadêmica, inclusive por necessidades relacionadas à compatibilização de corpo docente, grade semestral de matérias, horários, disponibilidade física de salas etc.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 02 de janeiro de 2012.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00074 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0027702-13.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.027702-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : OSVALDO COSTA e outro
: CLEIDE DE FATIMA GALVAO COSTA
ADVOGADO : MARCO ANTONIO MARTINS RAMOS
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
INTERESSADO : CAFEIRA JALESENSE LTDA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE GARCA SP
No. ORIG. : 11.00.00006-5 2 Vr GARCA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu requerimento para que os embargos à execução, rejeitados liminarmente, por intempestivos, fossem recebidos como exceção de pré-executividade.

Alegou, em suma, que: (1) a exceção de pré-executividade pode ser manejada a qualquer tempo, enquanto não proferida sentença de extinção da execução; (2) "as matérias dos embargos são de ordem pública e, pois, podem ser reconhecidas de ofício e a qualquer tempo e grau de jurisdição" (f. 05); e (3) a decisão agravada "desprezou a fungibilidade entre os mecanismos do Direito, concepção fundada no nobre corolário da economia, informativo do Processo Civil brasileiro" (f. 05), em ofensa ao artigo 244 do CPC.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que os embargos à execução intempestivos podem ser recebidos como exceção de pré-executividade, desde que as matérias discutidas sejam de ordem pública e prescindam de dilação probatória. Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

RESP 818.453, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 02/10/2008: "PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO EXECUTADO (ANTIGO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL OBJETO DA TRIBUTAÇÃO). MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA SUSCITÁVEL EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. INOCORRÊNCIA. PENHORA DO BEM OBJETO DA EXAÇÃO. PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS (PAS DES NULLITÈS SANS GRIEF) E ECONOMIA PROCESSUAL. OBSERVÂNCIA. 1. As condições da ação e os pressupostos processuais, matérias de ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, ex vi do disposto no artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil. 2. Outrossim, é cediço que a denominada exceção de pré-executividade, simples petição nos próprios autos da execução, é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, aos pressupostos processuais e às condições da ação executiva. 3. Conseqüentemente, a invocação de ilegitimidade passiva ad causam, via exceção de pré-executividade, afigura-se escorregia, ainda que em sede de execução fiscal, desde que desnecessária dilação probatória (exceção secundum eventus probationis), prescindindo de prévia segurança do juízo, malgrado o disposto no artigo 16, da Lei 6.830/80. Entrementes, caso não demonstrável de plano, abre-se, ao executado, apenas, a via dos embargos à execução. 4. Destarte, infere-se que a exceção de pré-executividade não tem prazo para ser oposta, uma vez que, ainda que preclusos os embargos à execução, pode o executado suscitar matérias passíveis de serem conhecidas de ofício pelo juiz. 5. No mesmo diapasão, abalizada doutrina consigna que: "Não há termo final para deduzir a exceção de pré-executividade. Ressalva feita aos casos de preclusão, a exemplo do que acontece com a impenhorabilidade, e sem embargo da

responsabilidade pelas despesas derivadas do retardamento (art. 267, § 3º) - e, assim mesmo se a argüição ocorrer após o prazo para embargos -, ao executado se mostra lícito excepcionar em qualquer fase do procedimento in executivis, inclusive na final: na realidade, permanece viva tal possibilidade enquanto o juiz não extinguir o processo." (Araken de Assis, in Manual da Execução, 9ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2005, pág. 1.027). 6. Precedentes do STJ: REsp 929.266/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 12.06.2007, DJ 29.06.2007; REsp 785.921/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.02.2007, DJ 27.02.2007; REsp 713.243/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.04.2006, DJ 28.04.2006; e REsp 220.100/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 02.09.1999, DJ 25.10.1999. 7. In casu, o Juízo Singular assentou que: (i) "...o imóvel gerador do crédito tributário, sobre o qual houve o ato de constrição judicial na execução fiscal em apenso, pertencia ao embargante e foi alienado a terceiros, havendo sido averbada tal transferência em 19/12/90 (fls. 06/08)"; (ii) "Vez que o embargante não era mais proprietário do imóvel gerador do crédito tributário, ao arresto que recaiu sobre tal imóvel seguiu-se o depósito do bem em nome de Vânia de Cássia Menezes, quem residia o imóvel à época (fls. 13 da execução fiscal)"; (iii) "Foi requerida pelo Município, em sequência, a conversão do arresto em penhora, determinando-se, por conseguinte, a citação do executado por edital, o que foi deferido por este juízo (fls. 14 da execução fiscal), havendo a publicação de mencionado edital no 'Minas Gerais' em 30/12/99 (fls. 16 da execução fiscal)"; (iv) "o exeqüente não teve conhecimento, de fato, da execução fiscal contra si intentada, pois o imóvel, quando do arresto e da consequente conversão em penhora, não mais lhe pertencia. Conforme alega na inicial dos embargos (fls. 03), o que é corroborado pelo Município (fls. 12), o embargante somente tomou conhecimento da execução contra si intentada ao procurar a Fazenda Pública Municipal para obter certidão de relação de processos junto à Justiça Estadual"; (v) "Ora, seria absurdo exigir do embargante que tivesse conhecimento de qualquer prazo para interposição de embargos, se, em momento algum, foi cientificado do ato de penhora levado a efeito nos autos da execução fiscal. Não é essa a leitura que se deve fazer do art. 654, do CPC, visto que, apesar de o dispositivo prever a citação por edital do devedor, isso decorre da lógica de que o arresto foi efetuado em bem pertencente ao devedor, e, sendo assim, ser-lhe-ia comunicada a execução fiscal"; (vi) "Desse modo, entendo que, em face da inexistência da intimação da penhora ao executado embargante, o prazo para propositura dos embargos não se escoou, muito pelo contrário, nem sequer começou, pelo que deve ser rejeitada a preliminar de intempestividade"; e (vii) "No caso dos autos, como já mencionado acima, o imóvel não é de propriedade do embargante, todavia, não houve interposição de embargos de terceiro para desconstituição do ato de constrição judicial nos termos do art. 1.046 ss do CPC. Inegável, portanto, que até o momento da interposição dos embargos, o juízo se encontrava - e ainda se encontra - garantido" (fls. 20/22). 8. O Tribunal de origem, por seu turno, corroborando as razões do Juízo de Primeiro Grau, consignou que: (i) "ajuizada a Execução Fiscal e expedido o mandado de citação e penhora, certificou o Oficial de Justiça, encarregado do seu cumprimento, que o executado não residia no local, razão pela qual deixara de citá-lo mas procedera ao arresto do imóvel gerador dos créditos tributários exeqüentes, posteriormente convertido em penhora"; (ii) "Houve citação e intimação editalícia"; (iii) "A exeqüente requereu a suspensão da execução, deferida"; (iv) "Decorridos quase dois anos, determinou o Juiz da causa fosse juntada certidão do Cartório do Registro de Imóveis comprovando a propriedade do imóvel, não sendo atendido"; (v) "Arquivados permaneceram os autos da execução fiscal, desde 01.07.2002, até o ajuizamento dos embargos, ocorrido aos 22.10.2003"; (vi) "alienado o imóvel, foi o contrato de compra e venda, datado de 05.06.1990, levado a registro no Cartório do Registro de Imóveis, aos 19.12.90, R. 11, de matrícula nº 37.408 - Liv. 2QE, fl. 104 - 6º Ofício de Belo Horizonte"; (vii) "posto que a penhora incidiu sobre imóvel que não mais pertencia ao executado, a intimação editalícia a ele feita daquela constrição não produziu nenhum efeito. E, neste caso, o prazo para interposição dos embargos sequer começara a correr"; (viii) "Por outro lado, concretizada a penhora, enquanto não desconstituída, não se pode falar em ausência de garantia do juízo"; e (ix) "Quanto à garantia do juízo, o embargante falseia a verdade. Procurado e não encontrado no endereço do imóvel gerador do crédito tributário, o executado não nomeou bem algum à constrição judicial. O que houve, repita-se, foi o arresto do referido imóvel, posteriormente convolado em penhora" (acórdãos que julgaram a apelação e os embargos de declaração, manejados pela Fazenda Pública Municipal - fls. 50/51 e 63/65). 9. Desta sorte, a índole de ordem pública da matéria ventilada nos embargos à execução (ilegitimidade passiva ad causam do antigo proprietário do imóvel ensejador da tributação pelo IPTU), a inoportunidade de intimação do executado acerca de penhora de bem de "sua" propriedade e a existência de efetiva garantia do juízo pela convolação em penhora de arresto realizado sobre o bem objeto do IPTU, ora de propriedade do adquirente, autorizam a admissão dos embargos à execução como exceção de pré-executividade, em observância aos princípios da instrumentalidade das formas (pas des nullités sans grief) e da economia processual, no afã de evitar o prosseguimento de execução indubitavelmente infundada, de acordo com o convencimento do órgão julgador. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido."

AC 2008.03.99.018393-0, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, DJF3 05/04/2011: "TRIBUTÁRIO e PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO. PENHORA. INTIMAÇÃO. LEI Nº 6.830/80. INTEMPESTIVIDADE. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS. O prazo para oposição de Embargos do Devedor é contado a partir da intimação pessoal da penhora e não da juntada aos autos do mandado. Conforme afirmado pelo d. Juízo a quo, fato este não contestado pela parte embargante, esta foi intimada da penhora em 02 de maio de 2005. Os embargos à execução foram opostos em 02 de junho de 2005 (carimbo de protocolo constante da petição inicial), sendo, portanto, intempestivos. Não obstante a intempestividade dos embargos, dentre as alegações

ventiladas estão compreendidas questões de ordem pública, que podem ser examinadas até mesmo em exceção de pré-executividade. A esse respeito, a jurisprudência do E. STJ vem se firmando no sentido de que os embargos intempestivos podem ser conhecidos como ação autônoma. Significa dizer que, a falta (ou a intempestividade) dos embargos não inibe a defesa do executado via ação direta, ou exceção de pré-executividade, nos casos em que esta é admitida. Logo, o exame das questões ventiladas no apelo quanto à decadência e à prescrição, sobre as quais não incidiu preclusão poderia ser examinada, contudo a parte embargante não juntou cópia da execução fiscal, impossibilitando a análise das alegações. Apelação não conhecida."

Como se observa, a intempestividade dos embargos do devedor é impedimento ao conhecimento de questões que exijam iniciativa e dependam de dilação probatória, mas não para o julgamento das que podem ser apreciadas de ofício e, de plano, sem necessidade de instrução processual, daí porque a decisão agravada, ao genericamente, obstar o exame de toda e qualquer matéria dentre as deduzidas pelo executado não pode prevalecer, diante da jurisprudência firme e consolidada, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

O exame da pertinência e adequação do recebimento dos embargos do devedor como exceção de pré-executividade deve ser feito, em função de cada uma das questões deduzidas, apreciando o Juízo agravado o respectivo mérito, na hipótese de discussão de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício e sem dilação probatória, não se podendo determinar, de logo, que toda a matéria objeto dos embargos à execução fiscal seja conhecida independentemente da análise cognitiva, tal qual fixada pela jurisprudência.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão agravada, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00075 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0027979-29.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.027979-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : USINA ALVORADA DO OESTE LTDA
ADVOGADO : MARCO ANTONIO GOULART
AGRAVADO : DESTILARIA DALVA LTDA
ADVOGADO : JOSE FRANCISCO GALINDO MEDINA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE SANTO ANASTACIO SP
No. ORIG. : 11.00.01541-4 1 Vr SANTO ANASTACIO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra recebimento de embargos à execução fiscal com efeito suspensivo, alegando ausência dos requisitos previstos pelo art. 739-A do Código de Processo Civil.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Consta dos autos que a execução fiscal foi proposta contra a empresa DESTILARIA DALVA LTDA (f. 20/6), referente à cobrança de PIS, em 08/08/2001, no valor originário de R\$ 27.615,32, sendo posteriormente determinada a inclusão no pólo passivo da empresa USINA ALVORADA DO OESTE LTDA, ora agravada, nos termos do acórdão proferido nos autos do AI 2008.03.00.019187-2, diante de indícios da responsabilidade tributária por sucessão, prevista no artigo 133, I, do CTN (f. 109/114). Citada, a USINA ALVORADA DO OESTE LTDA opôs embargos à execução, atribuído o valor da causa em R\$ 50.521,22, em 18/05/2011 (f. 458/79), alegando: (1) a ilegitimidade passiva, uma vez que não caracterizada sucessão comercial ou empresarial da DESTILARIA DALVA LTDA, pela USINA ALVORADA DO OESTE LTDA., conforme ofício da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo; (2) houve a remição de bens esparsos, após arrematação e adjudicação, e não a aquisição do fundo de comércio; (3) cerceamento de defesa; (4) prescrição intercorrente; (5) inexigibilidade do título; (6) procedência da penhora nos moldes menos gravoso ao embargante; (7) inaplicabilidade da multa moratória; e (8) pedido de suspensão da ação em virtude do plano de recuperação judicial.

O Juízo *a quo* atribuiu efeito suspensivo aos embargos do devedor, considerando a suficiência da penhora realizada (f. 119/20) e a relevância da defesa, além da presença de dano irreparável (f. 121).

A propósito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que as execuções fiscais se sujeitam ao artigo 739-A do Código de Processo Civil (AGRMC 13.249, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU 25/10/07, p. 124), e a atribuição

de efeito suspensivo sobre o executivo fiscal somente é possível em situações excepcionais, não bastando apenas, como antes, a propositura dos embargos com a garantia do Juízo, mas a relevância de seus fundamentos e o risco de dano irreparável.

Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu esta Turma, em precedente de que fui relator (AG 2007.03.00.088562-2, DJU 08/07/08):

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. ANULATÓRIA. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência, quanto aos limites de admissibilidade da exceção de pré-executividade, firme no sentido de que nela somente cabe a discussão de questão de ordem pública ou de evidente nulidade formal do título, passível de exame ex officio, e independentemente de dilação probatória. 2. Caso em que pleiteado o reconhecimento da prescrição, sem atentar para o fato de que a constituição definitiva do crédito tributário deve ser demonstrada com a juntada do comprovante de entrega da DCTF, inexistente nos autos, o que revela a necessidade de dilação probatória, incompatível com a via excepcional da exceção de pré-executividade. 3. Firme a jurisprudência no sentido de que, não tendo sido efetuado o depósito na ação anulatória do débito fiscal, é manifesto o cabimento da execução fiscal, cujo curso somente pode ser suspenso, por igual, se garantido o crédito tributário ou, por outro modo, suspensa a sua exigibilidade. Na atualidade, aliás, dado que as execuções fiscais se sujeitam ao artigo 739-A do Código de Processo Civil (AGRMC nº 13.249, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 25.10.07, p. 124), a atribuição de efeito suspensivo sobre o executivo fiscal somente é possível em situações excepcionais, não bastando apenas, como antes, a propositura dos embargos com a garantia do Juízo, mas a relevância de seus fundamentos e o risco de dano irreparável. Se é assim com os embargos, com maior razão deve ser em relação à anulatória, em que não se tenha garantido o crédito tributário, donde a manifesta a improcedência do pedido formulado, à luz da jurisprudência firmada. 4. No tocante aos artigos 620 do Código de Processo Civil, e 112, II e IV, e 108, ambos do Código Tributário Nacional, não se prestam a viabilizar a defesa das proposições que, pelos fundamentos anteriormente destacados, são impróprias no âmbito da exceção de pré-executividade ou de manifesta improcedência. 5. Precedentes."

Seguindo o entendimento pretoriano sobre a questão, ainda que a penhora seja suficiente à garantia da execução fiscal, deve-se observar o disposto no artigo 739-A, § 1º, do Código de Processo Civil, que exige outros requisitos para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor, quais sejam, a relevância dos fundamentos dos embargos do devedor e o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Na espécie, a agravante formulou **razões genéricas** de ausência de relevância jurídica da fundamentação dos embargos do devedor e de *periculum in mora* no prosseguimento da execução fiscal sem efeito suspensivo (f. 8/10), não permitindo, portanto, a reforma da decisão agravada, exarada à luz do conteúdo da defesa especificamente deduzida.

Além do mais, em relação à garantia, o que alegou a PFN não foi a respectiva falta ou integralidade, mas tão-somente a sua inadequação, por ter recaído sobre veículos quando deveria recair sobre dinheiro - BACENJUD (f. 7), alegação que se revela impertinente à discussão da temática de efeito suspensivo a embargos do devedor.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00076 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0028029-55.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.028029-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : GENOVESE RENT A CAR LTDA -ME
ADVOGADO : LEANDRO EDUARDO DINIZ ANTUNES e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00039523120094036182 10F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra (1) rejeição de exceção de pré-executividade e (2) deferimento de inclusão da sócia ANDREA CAMPOS GENOVESE no pólo passivo.

Alegou, em suma, a agravante: (1) decadência e prescrição; (2) violação à ampla defesa e contraditório, pela falta de cópia do processo administrativo; (3) nulidade da citação da representante legal da empresa, "posto que não esgotadas

as diligências para a competente citação da excipiente" (f. 08); e (4) que é descabida a inclusão da sócia no pólo passivo, pois não configurado o abuso de poder ou a violação à lei ou estatuto social, porquanto "trata-se de caso de simples inadimplência de tributos e não de sonegação ou infração à lei" (f. 09).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, manifestamente infundada a alegação de decadência na medida em que a constituição do crédito tributário não ocorreu de ofício, mas por confissão espontânea do próprio contribuinte, em TCE, atrelada a requerimento de parcelamento.

Sobre a prescrição, consolidada a jurisprudência no sentido de que o prazo de cobrança do crédito tributário é de cinco anos a partir da constituição definitiva, nos termos do caput do artigo 174 do CTN, sujeita à interrupção de acordo com as causas enunciadas no parágrafo único do mesmo dispositivo.

No caso de crédito tributário constituído por meio de Termo de Confissão Espontânea (TCE), o termo "a quo" para a contagem do quinquênio prescricional é a notificação do sujeito passivo da rescisão do acordo de parcelamento.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

RESP 739.765, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 19/09/2005: "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. PARCELAMENTO. CAUSA INTERRUPTIVA DO PRAZO PRESCRICIONAL. 1.(...) 3. O acordo para pagamento parcelado do débito tributário é ato inequívoco que importa no seu reconhecimento pelo devedor, interrompendo a prescrição, nos termos do artigo 174, parágrafo único, inciso IV, do CTN (REsp nº 145.081/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ de 17/05/2004). O prazo recomeça a contar, desde o princípio, a partir da rescisão do parcelamento e notificação do contribuinte que se deu em 21 de maio de 1997.(...)."

AC 2006.03.99.038764-1, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU 16/12/2008: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO CONSTITUÍDO POR INTERMÉDIO DE TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - CONSUMAÇÃO. 1. O crédito fiscal em execução foi constituído por intermédio de Termo de Confissão Espontânea, com notificação pessoal em 31/03/97. Em tais hipóteses, este é o marco inicial para contagem do prazo prescricional, ou seja, a data da notificação ao contribuinte. 2. O art. 174 do CTN disciplina que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 3. Alega a embargada ter o executado/embargante aderido ao Programa de Parcelamento em 31/03/97 no qual permaneceu até 16/07/01, momento da rescisão. Durante o período do parcelamento a exigibilidade do crédito tributário encontrava-se suspensa, motivo pelo qual estava impedida a autoridade fazendária de proceder à respectiva cobrança. 4. Apesar de estarem devidamente fundamentadas as razões recursais, a embargada não comprovou a alegada suspensão da exigibilidade pelo período de 1997 a 2001. E, desta forma, tal argumento desprovido de comprovação não pode ser considerado hábil a afastar a aventada prescrição. Nesse mesmo sentido pronunciou-se o d. Juízo no momento da prolação da sentença vergastada: "Não existindo prova da existência de tal acordo, fica afastada a referida suspensão da exigibilidade do tributo, sendo certo, destarte, que, tratando-se de tributos alusivos aos anos de 1996 e 1997, a prescrição se deu em 2002, anterior, portanto, à propositura desta demanda" (fls. 41). 5. Cumpre ressaltar que esta Turma tem entendido que, tratando-se de execução ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, incide o disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se, pois, suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional. 6. Assim, utilizando-se como parâmetro o disposto na Súmula nº 106, verifica-se que os valores inscritos em dívida ativa foram, de fato, atingidos pela prescrição, pois a execução fiscal foi ajuizada em 29/05/03 (fls. 62). 7. Por fim, quanto à alegação referente ao prazo decenal de prescrição, cumpre consignar que, nos termos da Súmula Vinculante nº 08 do STF, "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário". Portanto, em face do decidido pelo Pretório Excelso, não mais pairam dúvidas acerca da inconstitucionalidade deste dispositivo. 8. Improvimento à apelação."

Na espécie, o crédito tributário foi constituído a partir de Termo de Confissão Espontânea, com notificação em **11.08.2006** (f. 19/32), tendo sido a execução fiscal proposta em 20.02.2009 (f. 17), após a vigência da LC 118/05, o prazo prescricional foi interrompido, nos termos da nova redação do inciso I do parágrafo único do artigo 174 do CTN, pelo despacho que determinou a citação da agravante, proferido em **01.06.2009** (f. 34), pelo que inexistente a prescrição.

Quanto à alegação de ofensa à ampla defesa e ao contraditório, por falta do procedimento administrativo, assente a jurisprudência no sentido de ser tal documentação inexistente e, por outro lado, interessando tal prova à defesa do executado, a este cabe promover a juntada, mesmo porque inexistente prova de que não lhe foi possível ter acesso aos respectivos autos na repartição fiscal, para efeito de exigir a requisição judicial.

Nesse sentido, entre outros, o seguinte precedente:

AgRgAg 750.388, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 14.05.07: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PROVA PERICIAL. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL OU DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA. SÚMULA 07/STJ. JUNTADA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART.

535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. (...)3. O ajuizamento da execução fiscal prescinde da cópia do processo administrativo que deu origem à certidão de dívida ativa, sendo suficiente a indicação, no título, do seu número. Isto por que, cabendo ao devedor o ônus de infirmar a presunção de liquidez e certeza da CDA, poderá juntar aos autos, se necessário, cópia das peças daquele processo que entender pertinentes, obtidas junto à repartição fiscal competente, na forma preconizada pelo art. 6.º, § 1º c/c art. 41 da Lei 6.830/80 (Precedente: REsp 718.034/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 30.05.2005). 4. Inexiste ofensa do art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, mercê de o magistrado não estar obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão (Precedentes: REsp 396.699/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15.04.2002; AgRg no AG 420.383/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 29.04.2002; Resp 385.173/MG, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 29.04.2002). 5. Agravo regimental desprovido." (g.n.) AC 2003.61.82064476-8, Rel. Juiz Conv. ROBERTO JEUKEN, DJF3 24/03/2009: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADES. 1. Os requisitos recursais de adequação, pertinência, e fundamentação, entre tantos outros, convergentemente destinados a conferir objetividade e lógica ao julgamento, não permitem o processamento de recurso que, na sua íntegra ou em relação a qualquer tópico específico, contenha razões remissivas, dissociadas ou inovadoras da lide. 2. A certidão de dívida ativa contém todos requisitos formais exigidos pela legislação, estando apta a fornecer as informações necessárias à defesa do executado que, concretamente, foi exercida com ampla discussão da matéria versada na execução. 3. O processo administrativo - fiscal, quando necessária a sua instauração, não é documento essencial para a propositura da execução fiscal (artigos 3º e 6º, §§ 1º e 2º, LEF), razão pela qual é ônus específico da embargante a demonstração efetiva da congruente utilidade e necessidade de sua requisição, no âmbito dos embargos, como condição para o regular exercício do direito de ação e de defesa, sendo insuficiente a alegação genérica de error in procedendo. 4. Os juros e a multa moratória incidem sobre o valor do principal corrigido monetariamente: precedentes. 5. Apelação da embargante a que se conhece apenas em parte, negando-se provimento na parte conhecida."

Acerca da citação, nenhuma irregularidade, pois recaiu na pessoa do sócio, representante legal da pessoa jurídica executada (f. 52), tanto assim que a empresa, após citada, compareceu em Juízo com exceção de pré-executividade (f. 53/63).

Por fim, quanto à inclusão de ANDREA CAMPOS GENOVESE no pólo passivo, é patente a ilegitimidade ativa da recorrente para questionar tal ato, que concerne a interesse jurídico de terceiro, integrado à execução fiscal por responsabilidade própria (artigo 135, do CTN) e que não se confunde com a pessoa da empresa, devedora originária, e ora agravante.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00077 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0028328-32.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.028328-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : BANCO DIBENS S/A
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00005416120114036100 15 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em mandado de segurança, recebeu a apelação, interposta em face de sentença que denegou a ordem, somente no efeito devolutivo.

Alegou, em suma, a agravante a possibilidade de recebimento do recurso de apelação no efeito suspensivo, e que a destinação do depósito judicial deve aguardar a formação da coisa julgada, por não se tratar de pagamento do débito efetuado no curso da ação.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que o MS 0000541-61.2011.4.03.6100 foi impetrado com o objetivo de garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal, nos termos do artigo 206 do CTN, como consequência da extinção do débito do

processo administrativo fiscal 16327-720.455/2010-82. Requereu, liminarmente, autorização para a realização do depósito judicial, a fim de permitir a suspensão da exigibilidade, nos termos do artigo 151, II, do CTN.

A impetrante efetuou, no decorrer do processo, o depósito pecuniário no valor de R\$ 80.254,74, sendo, então, deferida a medida liminar (f. 295): "[...] **A realização do depósito judicial do valor integral do montante dos débitos tributários apurados no Processo Administrativo nº 16327-720.455/2010-82, tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional. Assim, defiro o pedido de medida liminar para suspender a exigibilidade dos créditos tributários apurados no Processo Administrativo nº 16327-720.455/2010-82**".

Em sentença (f. 317/25), o Juízo *a quo* denegou a segurança, contra a qual houve apelação (f. 340/52), recebida apenas no efeito devolutivo (f. 354), donde o presente recurso.

Todavia, consolidada a jurisprudência no sentido de que a apelação de sentença denegatória da ordem possui efeito meramente devolutivo, podendo ser recebida em ambos os efeitos apenas quando demonstrados, de plano, o risco de lesão grave ou de difícil reparação, além da plausibilidade jurídica do pedido de reforma da sentença no julgamento do recurso de apelação.

A propósito:

AGRESP 594.550, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 10/05/2004: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que proveu o recurso especial da parte agravante. 2. O acórdão a quo concedeu efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto contra sentença que denegou segurança, cuja ordem visa ao desembarço aduaneiro de aeronave sem o pagamento do valor do ICMS. 3. É remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o recurso de apelação em mandado de segurança contra sentença denegatória possui apenas efeito devolutivo, não tendo eficácia suspensiva, tendo em vista a auto-executoriedade da decisão proferida no writ. 4. "Só em casos excepcionais de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, é possível sustarem-se os efeitos da medida atacada no 'mandamus' até o julgamento da apelação" (ROMS nº 351/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro). Não-ocorrência, in casu, de "caso excepcional". 5. Agravo regimental não provido."

AI 00201449220084030000, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, DJF3 20/10/2011: "PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA DENEGATÓRIA. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. APELAÇÃO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A sentença denegatória possui conteúdo declaratório negativo. Assim, não emana ordem a ser cumprida, razão pela qual o recurso dela interposto é recebido tão-somente no efeito devolutivo. 2. A questão relativa à manutenção dos efeitos de uma liminar concedida no curso do processo não justifica, por si só, a alteração dos efeitos da apelação contra sentença de denegação da segurança. 3. Apenas excepcionalmente admite-se o deferimento do efeito suspensivo, quando o risco de se frustrar decisão porventura concessiva do pleito se mostra indubitável e a denegação da ordem, com recebimento do apelo no efeito meramente devolutivo, causa, ao direito da parte, lesão irreparável, o que não se afigura "in casu". 4. Agravo de instrumento desprovido."

Na espécie, a argumentação da excepcionalidade resumiu-se a que haveria risco de conversão em renda de depósito judicial na pendência do apelo, o que seria ilegal, dada a necessidade de trânsito em julgado.

Todavia, o efeito meramente devolutivo não abrangia a ordem para a conversão em renda de depósito judicial em antecipação ao trânsito em julgado da denegação da ordem, que exige decisão expressa, inexistente nos autos, razão pela qual inviável o recurso interposto, sem prejuízo de que conversão em renda, tal qual alegada agora, seja impugnada quando efetivamente determinada, o que, por ora, não ocorre nem decorre da decisão agravada.

Em caso análogo, assim decidiu a Turma:

AI 2010.03.00001712-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 03/05/2010: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL RECEBIDA NOS EFEITOS DEVOLUTIVO E SUSPENSIVO. INSURGÊNCIA CONTRA RISCO DE EVENTUAL CONVERSÃO EM RENDA DE DEPÓSITO JUDICIAL, EFETUADO PARA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. INADMISSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. É manifestamente inviável o agravo de instrumento de decisão que nada decidiu acerca da execução provisória e, tampouco, sobre a conversão em renda da União de depósito judicial efetivado, não se legitimando a discussão de tais questões, agora, sem a específica iniciativa da agravada quanto a tais providências e sem a decisão específica para tais situações. 2. Não existe, certo, no sistema processual o agravo de instrumento preventivo, tal qual o mandado de segurança, vez que necessário, na lógica recursal, a preexistência de decisão que, apreciando pedido ou questão jurídica suscitada, represente gravame com error in iudicando ou in procedendo. 3. Caso em que a própria agravante admitiu que a atribuição dos efeitos devolutivo e suspensivo ao apelo está em conformidade com as normas previstas no artigo 520 do Código de Processo Civil, não havendo o que se questionar sob este aspecto, pois não se constata a existência de qualquer das situações que excepcionariam o recebimento do recurso apenas no efeito devolutivo (incisos I a VII do artigo 520), de modo que é patente a inadmissibilidade do agravo de instrumento. 4. Agravo inominado desprovido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.
Publique-se.
Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00078 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0028363-89.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.028363-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2 Região em São Paulo CRECI/SP
ADVOGADO : PAULO HUGO SCHERER e outro
AGRAVADO : FIEL IMOVEIS S/C LTDA
ADVOGADO : SERGIO PAULO DE CAMARGO TARCHA e outro
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 8 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00130904020104036100 8 Vr SÃO PAULO/SP

DECISÃO
Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de seguimento à apelação interposta pelo CRECI/SP, por intempestividade (f. 291/vº), alegando, em suma, que, como autarquia federal, possui o privilégio da intimação pessoal de seus procuradores de todos os atos processuais, nos termos do artigo 25 da Lei 6.830/80; §3º, do artigo 11-B da Medida Provisória 2.180-35, de 24/08/2001; artigos 7º e 8º da Lei 10.259/01 e artigo 3º da Lei 4.348/64, alterada pela Lei 10.910/04.

Intimada para contraminuta, a agravada deixou de impugnar.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência firme no sentido de que estando o Conselho Profissional representando por procurador autárquico, seja nas execuções fiscais ou nas ações ordinárias, fará jus à intimação pessoal, conforme revelam, entre outros, os seguintes precedentes:

- AGA 1149799, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 09/08/2010: "**ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGISTRO PROFISSIONAL. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROTOCOLIZADO FORA DO PRAZO LEGAL. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. AUSÊNCIA DE PRERROGATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. 1. É intempestivo a agravo de instrumento quando não demonstrada, no momento de sua interposição, por certidão oficial expedida pela Corte de origem ou por outro meio idôneo, a não ocorrência de expediente forense nos termos inicial ou final de sua interposição. 2. A decisão agravada foi disponibilizada em 09/01/2009 e publicada em 12/01/2009. O prazo recursal findou em 02/02/2009 e o agravo foi interposto em 09/02/2009, mostrando-se, desta forma, intempestivo. 3. Outrossim, não gozam os advogados do agravante do privilégio da intimação pessoal, de modo que a contagem do prazo recursal deve se dar da publicação do acórdão na imprensa oficial, por intermédio do Diário de Justiça. 4. Agravo regimental não provido."**

- AC - 2010.03.99.025811-0, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJF3 CJ1 01/04/11, p. 1024: "**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. ARTIGO 25, DA LEI Nº. 6.830/80. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESNECESSIDADE. PROCURADOR CONTRATADO. 1. É cediço que as entidades de personalidade jurídica de direito público, gênero do qual pertencem as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, fazem jus à intimação pessoal prevista no artigo 25 da Lei nº 6.830/80. Sucede que, no caso em exame, tudo leva a crer que o exequente contratou procurador para representá-lo em juízo, uma vez que não foram apresentados termo de posse do procurador, ou mesmo a respectiva matrícula, o que indica que o CRF/SP não está representado por procurador autárquico, mas por advogado nomeado pelo próprio Presidente do Conselho Regional. 2. Desta feita, tendo o exequente contratado procurador para representá-lo em juízo (conforme demonstra a substabelecimento outorgado às fls. 108 e 163), este não goza da prerrogativa de intimação pessoal por ausência de disposição legal a respeito. Precedentes desta Corte: AC n. 200803990363682, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, DJF3 DATA:28/10/2008; AC 200961820482760, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, DJF3 CJ1 DATA:19/11/2010 PÁGINA: 520; AC 201003990017324, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, DJF3 CJ1 DATA:06/04/2010 PÁGINA: 269. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."**

- AC 2009.61.82.048276-0, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 CJ1 19/11/10, p. 520: "**PROCESSUAL EXECUÇÃO FISCAL. CORECON/SP. ADVOGADO NOMEADO PELO PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL. PROCURAÇÃO. NECESSIDADE. PRECLUSÃO.** O procurador de autarquia federal não necessita de procuração para a representação judicial de seu respectivo órgão, consoante o disposto no art. 9º da Lei nº 9.469/97. Entendimento da Terceira Turma. A ausência de apresentação de termo de posse do procurador, ou mesmo a respectiva matrícula, indica que o CORECON/SP não está representado por procurador autárquico, mas por advogado nomeado pelo próprio Presidente do Conselho Regional. As entidades fiscalizadoras do exercício profissional, que ostentam a natureza jurídica de autarquias federais, fazem jus à intimação pessoal prevista no artigo 25 da Lei nº 6.830/80. Porém, tendo o exequente contratado procurador para representá-lo em juízo, este não goza da prerrogativa de intimação pessoal por ausência de disposição legal a respeito. Precedentes. Ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos previstos em lei (arts. 282 e 283, do CPC), deve o Magistrado conceder oportunidade à parte autora para que a emende ou a complete, em dez dias (arts. 283 e 284, do CPC). Cabe à parte autora cumprir o quanto determinado no prazo fixado, impugnar a decisão por meio do recurso próprio, ou permitir a fluência do prazo sem que qualquer providência seja efetivada, ensejando, assim, o reconhecimento da inépcia da exordial (art. 284, parágrafo único, do CPC). A preclusão da questão, decorrente da não interposição de recurso pelo impetrante no momento processual oportuno, impede a adoção de medida diversa da adotada pelo Juízo sentenciante. Precedentes. Operada a preclusão, afigura-se inadmissível a apreciação da matéria nesta oportunidade. Recurso de apelação improvido."

- AC 2008.03.99.053886-0, Rel. Des. Fed. SOUZA RIBEIRO, DJF3 CJ1 de 07/10/11, p. 314: "**AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSELHO PROFISSIONAL - APELAÇÃO INTEMPESTIVA E SUBSCRITA POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS - NÃO CONHECIMENTO - RESOLUÇÕES NºS 458/95 E 492/96 DO CONSELHO FEDERAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS -- EXIGÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE NO CONTRATO DE INTERMEDIÇÃO IMOBILIÁRIA PARA ANÚNCIO DE PUBLICIDADE DE OFERTAS IMOBILIÁRIAS SOB PENA DE MULTA - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA LIVRE CONCORRÊNCIA - ARTS. 5º, II E 170, IV DA CF/88 E ART. 21, VII DA LEI Nº 8.884/94 - OFENSA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INCIDÊNCIA DA LEI Nº 6.530/78 E DO DECRETO Nº 81.871/78 - DANO MORAL À COLETIVIDADE - INOCORRÊNCIA - APELAÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - COFECI NÃO CONHECIDA - APELAÇÕES DO MPF E DO CRECI DESPROVIDAS. 1 - Aplica-se ao caso a remessa oficial em favor do Conselho requerido, autarquia federal. 2 - Apelação interposta pelo COFECI extemporaneamente, tendo em vista que a publicação da r. sentença se deu aos 06/11/2007 e o apelo foi interposto aos 30/05/2008, sendo que o COFECI constituiu, para representá-lo, advogados particulares, não estando representado, portanto, por procuradores autárquicos, estes sim, abarcados pelo art. 17 da Lei nº 10.910/2004, que estabeleceu a obrigatoriedade da intimação pessoal dos ocupantes dos cargos das carreiras de Procurador Federal. Precedente desta C. 3ª Turma. [...]"**

- AG 2009.02.01015160-5, Rel. Des. Fed. JULIO MANSUR RIBEIRO, DJF2 de 25/05/11, p. 248: "**AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. PROCURADOR EM REGIME DE EMPREGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PRERROGATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL.** Não merece acolhida o recurso de agravo interno onde a recorrente não apresenta qualquer subsídio capaz de viabilizar a alteração dos fundamentos da decisão hostilizada, persistindo, destarte, imaculados e impassíveis os argumentos nos quais o entendimento foi firmado. No caso concreto, a defesa da autarquia é desempenhada por procurador contratado em regime de emprego público, sendo certo que, referida vinculação estabelecida por essa contratação não indica que os referidos procuradores passaram a integrar os quadros da Advocacia da União, a ponto de que lhes fossem estendidas as mesmas prerrogativas conferidas aos membros da AGU, nos termos do art. 35 da LC 73/1993. "Não gozam os advogados do agravante do privilégio da intimação pessoal, de modo que a contagem do prazo recursal deve se dar da publicação do acórdão na imprensa oficial, por intermédio do Diário de Justiça" (STJ - AGA 200900534328, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 09/08/2010). Recurso improvido."

Na espécie, às f. 104 verifica-se que o procurador do agravante foi nomeado para exercer o cargo de livre provimento de "Procurador-Geral", não se tratando, pois, de procurador autárquico que goza da prerrogativa processual de intimação pessoal, devendo, assim, ser mantida a intempestividade da apelação, tendo em vista que considerou-se a data de publicação no DJe na contagem do prazo.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00079 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029035-97.2011.4.03.0000/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
 AGRAVANTE : SEMIRAMIS ENSEL WIZENTIER
 ADVOGADO : SERGIO TEIXEIRA DE ANDRADE FILHO
 AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
 PARTE RE' : PADARIA TUBARAO LTDA e outros
 : NICOLAU CUCKI FILHO
 : MARIA APARECIDA CUCKI
 : WANDA ENSEL WIZENTIER
 ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE PERUIBE SP
 No. ORIG. : 02.00.17957-0 A Vr PERUIBE/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento de pedido de desbloqueio de valores penhorados pelo sistema BACENJUD. A agravante alegou, em suma, que: (1) *"teve bloqueado, de forma ilegal e açodada, o seu salário e a sua poupança, ao arrepio do artigo 649, incisos IV e X do Código de Processo Civil e do artigo 7º, X da Constituição Federal"* (f. 7); (2) as classificações "RDO - Recibo de Depósito Ouro" e "GFI - Gerenciador de Fundo de Investimento" são equivalentes à caderneta de poupança e a classificação "DEB - Depósitos, Escrituração e Balancete" refere-se a salário, sendo, pois, impenhoráveis, nos termos do artigo 649, IV e X, do CPC (f. 8); (3) somadas as aplicações financeiras, não se alcança o teto de 40 salários mínimos, protegidos pela lei (f. 9); (4) o valor bloqueado tem natureza salarial, conforme demonstram holerites (f. 11); (5) não possui outra fonte de renda, que não seja o que recebe do Banco Central do Brasil (f. 11); (6) *"O que faz do recurso financeiro absolutamente impenhorável, a teor do quanto dispõe o artigo 649, IV do Código de Processo Civil, é a sua natureza de salário, e não a classificação do tipo de conta bancária em que ele está depositado"* (f. 11); (7) os valores *"aplicados em outros tipos financeiros (CDB-DI e fundo de investimento em CDB-DI, triviais nos dias atuais, deve-se frisar)"* também devem ser reputados como poupança (f. 14); e (8) *"a impenhorabilidade da 'caterneta de poupança', tal como estipulada no inciso X do artigo 649 do CPC, deve ser estendida também às demais aplicações financeiras que tenham o caráter de poupança, de recursos que não são gastos, que são economizados a fim de fazer frente às despesas futuras e incertas, inclusive de natureza alimentar"* (f. 14).

Em sede de contraminuta, a agravada alegou, em suma, que: (1) *"resulta clara a falta de interesse de agir da agravante, uma vez que a r. decisão agravada de fls. 19/20 afastou a penhora incidente sobre a verba depositada em caderneta de poupança, não remanescendo qualquer penhora sobre saldo de salários em conta corrente"* (f. 570); (2) *"O que a agravante pretende absurdamente com o presente recurso é atribuir às aplicações financeiras a natureza de verba salarial e tal não tem respaldo legal"* (f. 571); e (3) *"Para oposição dos Embargos, ação autônoma, é necessário que o débito cobrado na Execução esteja devidamente seguro, ou seja, com a melhor garantia possível; pois, a final, se improcedente os Embargos, os bens penhorados é que servirão para solver o débito"* (f. 571).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que, em execução fiscal, foi efetuado bloqueio eletrônico dos seguintes valores financeiros da agravante: **R\$ 9.343,22 da conta-corrente; R\$ 15.000,00 de aplicação em CDB; de R\$ 1.510,75 de aplicação em Fundo de Investimento; e de R\$ 2.696,65 em caderneta de poupança** (f. 70). O Juízo agravado desbloqueou apenas os valores vinculados à caderneta de poupança, mantendo o saldo restante bloqueado, no total de R\$ 25.853,97, por reputar não-aplicável a garantia da impenhorabilidade (f. 19/20).

Acerca da impenhorabilidade o artigo 649 do Código de Processo Civil dispõe que *"São absolutamente impenhoráveis: (...) IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo"*; e ainda *"X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança"*.

O valor, existente em conta-corrente (R\$ 9.343,22, f. 70) é inferior ao valor do subsídio mensal da agravante (f. 51/6), tendo, pois, nítida natureza de verba alimentar, impenhorável nos termos do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil, e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a teor do que revela, entre outros, o seguinte precedente:

AGRESP 969.549, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJU 19/11/07: "CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO. PENHORA. PERCENTUAL EM CONTA-CORRENTE. VENCIMENTOS. PREQUESTIONAMENTO. PRESENÇA. I. Indevida penhora de percentual de depósitos em conta-corrente, onde

depositados os proventos da aposentadoria de servidor público federal. A impenhorabilidade de vencimentos e aposentadorias é uma das garantias asseguradas pelo art. 649, IV, do CPC. II. Agravo desprovido".

Por sua vez, as aplicações financeiras, em CDB ou fundos diversos de investimento (no caso, BB Referenciado DI PLUS ESTILO) sujeitam-se ao mesmo tratamento legal da caderneta de poupança, assim já tendo sido decidido, igualmente, pelo Superior Tribunal de Justiça:

RESP 978.689, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE 24/08/2009: "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PENHORA DE VERBAS RESCISÓRIAS DE CARÁTER SALARIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 649, IV DO CPC. IMPENHORABILIDADE DE CONTA-SALÁRIO. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. É inadmissível a penhora dos valores recebidos a título de verba rescisória de contrato de trabalho e depositados em conta corrente destinada ao recebimento de remuneração salarial (conta salário), ainda que tais verbas estejam aplicadas em fundos de investimentos, no próprio banco, para melhor aproveitamento do depósito. 2. Ademais, o Tribunal a quo concluiu, com base nas provas dos autos, que a natureza dos valores penhorados é salarial. Rever os fundamentos que ensejaram esse entendimento exigiria reapreciação do conjunto probatório, o que é vedado em recurso especial, ante o teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial não conhecido."

Também esta Corte assim decidiu:

AG 2007.03.00.090573-6, Rel. Des. Fed. LUIZ STEFANINI, DJU 06.06.08: "EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO ELETRÔNICO. PENHORA ON LINE. ARTIGO 649, INCISO IV, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DA PENHORA QUANDO INCIDIR SOBRE APOSENTADORIA OU PENSÃO. ARTIGO 649, X, DO CPC. IMPOSSIBILITADA A PENHORA INCIDENTE SOBRE VALORES DE ATÉ 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. 1. A matéria trazida a conhecimento desta C. Corte refere-se tão-somente à possibilidade de constrição de valores depositados em conta-corrente e aplicações financeiras advindos da percepção de benefício previdenciário, e não acerca da possibilidade de utilização do instituto da "penhora on line". 2. O inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil, com redação conferida pela Lei nº 11.382/06 é claro ao dispor que são absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal. 3. Vale referir que o artigo em comento, no projeto de lei, trazia o parágrafo 3º com a previsão de que 40% do total recebido mensalmente acima de 20 salários, calculados após os efetivos descontos, seriam considerados penhoráveis. Tal disposição, contudo, foi vetada sob o fundamento de quebra do "dogma da impenhorabilidade absoluta" de todas as verbas de natureza alimentar. 4. Pelas razões do veto é possível concluir pela manutenção da impenhorabilidade absoluta, de tal sorte que não há falar-se na possibilidade de constrição de tais valores 5. A Lei nº 11.382/06 trouxe profundas inovações no processo executivo, acrescentando no rol das impenhorabilidades, os valores até 40 salários-mínimos existentes em caderneta de poupança. Interpretando-se ampliativamente o artigo 649, X, do CPC, entendo que tal previsão visa proteger o pequeno poupador, de forma que os valores aplicados, ainda que em outros fundos de investimentos, até o limite de R\$ 15.200,00 (Medida Provisória nº 362/07) estão resguardados. 6. Agravo de instrumento provido".

Na espécie, considerando que o bloqueio da conta-corrente atingiu saldo de subsídio mensal - ou seja, valor inferior à verba alimentar mensalmente depositada -, e que o valor das aplicações financeiras (poupança + CDB + Fundo de Investimento), no total de R\$ 19.207,40, é inferior a 40 salários-mínimos da época, é manifestamente inviável a subsistência do bloqueio e a sua conversão em penhora, à luz do artigo 649, incisos IV e IX, do Código de Processo Civil, e da jurisprudência consolidada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, afastando o bloqueio e a conversão em penhora dos valores financeiros.

Publique-se e oficie-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 02 de janeiro de 2012.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00080 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029429-07.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.029429-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : SINDICATO DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO SINDSEF/SP

ADVOGADO : ELIANA LUCIA FERREIRA e outro

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00148439520114036100 4 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento de pedido de assistência judiciária gratuita, alegando que: a Lei 1.060/50 não impõe "*requisitos autorizadores de concessão*" da justiça gratuita, limitando-se a impor pena pecuniária àquele que a postular sem ser juridicamente pobre, exigindo a mera afirmação na inicial; (2) o artigo 5º, LXXIV da CF, prevê que o Estado prestará assistência jurídica e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (3) a regra constitucional e a lei infraconstitucional não fazem distinção entre pessoas físicas e jurídicas; (4) o STJ tem decidido que a assistência judiciária gratuita deve ser estendida a pessoas jurídicas, sendo que, para as que não têm fins lucrativos, desnecessária a prova da dificuldade financeira; (5) a Lei 8.078/90, em seu artigo 87, estabelece isenção de encargos processuais nas ações movidas em prol da coletividade, devendo ser aplicada, no caso concreto; e (6) "*acrescente-se que as entidades de representação de categorias profissionais não têm finalidade lucrativa, uma vez que não exercem atividade econômica. Suas receitas, que advêm unicamente das contribuições dos associados, são destinadas aos gastos ordinários na manutenção das atividades sindicais. O eventual pagamento de encargos decorrentes de ação judicial (que podem alcançar cifras exorbitantes) não está dentro das possibilidades financeiras dessas entidades*" (f. 10).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se pacificada a jurisprudência no sentido de que sindicatos, embora possam gozar dos benefícios da Justiça Gratuita, devem comprovar, consistente e cabalmente, os requisitos exigidos pela Lei 1.060/50, estando, igualmente, firmado o entendimento de que a isenção de custas e emolumentos judiciais, prevista no artigo 87 da Lei 8.078/90, não se aplica aos casos em que a entidade busca tutelar direito de sindicalizados, ainda que de forma coletiva. A propósito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AGA 1320870, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 02/02/2011: "PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ISENÇÃO DE CUSTAS. PESSOA JURÍDICA. SINDICATO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. SÚMULA 83/STJ. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. NÃO-APLICAÇÃO DA ISENÇÃO DE CUSTAS PREVISTA NO CDC E NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NAS AÇÕES EM QUE O SINDICATO BUSCA TUTELAR O DIREITO DE SEUS SINDICALIZADOS. ALÍNEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. 1. O Tribunal de origem considerou não ser o Sindicato beneficiário da assistência judiciária gratuita por este não ter instruído os autos com prova capaz de demonstrar a necessidade do benefício. 2. A orientação da Primeira Seção do STJ firmou-se no sentido de não afastar a possibilidade de conceder o benefício da assistência jurídica gratuita aos sindicatos, na hipótese de comprovação da impossibilidade de arcar com os encargos do processo (AgRg no REsp 1106416/RS). Se o acórdão recorrido está em harmonia com o entendimento do STJ, incide a Súmula 83/STJ. 3. O reexame das provas que ensejariam a comprovação do agravante ao benefício de gratuidade da justiça esbarra na Súmula 7/STJ. 4. "A isenção de custas e emolumentos judiciais, disposta no art. 87 da Lei 8.078/90 destina-se facilitar a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, inaplicável, portanto, nas ações em que sindicato busca tutelar o direito de seus sindicalizados, ainda que de forma coletiva. Daí, inaplicáveis o CDC e a Lei 7.437/85" (REsp 876.812/RS). 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. Agravo Regimental não provido."

AARESP 1.129.288, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE 13/10/2010: "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SINDICATOS. HIPOSSUFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. "Considerando que as receitas do sindicato decorrem das contribuições dos associados e que, dentre seus escopos precípuos, que motiva sua arrecadação, consta a defesa dos interesses de seus associados, descabe a concessão da assistência judiciária gratuita, salvo se comprovada a necessidade do benefício" (AgRg no Ag 1.297.627/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 18/6/10). 2. Agravo regimental não provido."

AGA 1.297.627, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 18/06/2010: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO BENEFÍCIOS. SINDICATO. RECEBIMENTO DE RECURSOS DOS ASSOCIADOS. FUNÇÃO DE PRESTAR ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS SEUS SINDICALIZADOS. DEVER DE DEMONSTRAR A NECESSIDADE DA AJG. NÃO COMPROVADA PERANTE O TRIBUNAL A

QUO. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL (SÚMULA 07 DO STJ). ISENÇÃO DE CUSTAS DO SINDICATO. INCIDÊNCIA DAS LEIS N.ºS. 8.078/90 E 7.347/85. INAPLICÁVEIS AO CASO. DIRECIONADAS ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC.

INOCORRÊNCIA. 1. Os sindicatos ostentam legitimatio ad causam extraordinária, na qualidade de substitutos processuais (art. 6º, do CPC) para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, como dispõe o art. 8º, III, da CF. 2. A Lei n.º 7.788/89 estabelece em seu art. 8º que as entidades sindicais poderão atuar como substitutas processuais da categoria que representam por isso que, assente a autorização legal, revela-se desnecessária a autorização expressa do titular do direito subjetivo. 3. Os sindicatos têm legitimidade para propor a liquidação e a execução de sentença proferida em ação condenatória na qual atuaram como substitutos processuais, caso não promovidas pelos interessados, hipótese em que as referidas entidades atuam em regime de representação processual. Precedentes: AgRg no REsp 763.889/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09.10.2007, DJ 26.10.2007 p. 346; REsp 701.588/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12.06.2007, DJ 06.08.2007 p. 475, REPDJ 27.11.2007 p. 291; REsp 478.990/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.06.2006, DJ 04.08.2006 p. 297; REsp 710.388/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 20.02.2006 p. 222; AgRg nos EREsp 497.600/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 01.02.2007, DJ 16.04.2007 p. 151; REsp n.º 253.607/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha ao Martins, DJ de 09/09/2002; MS n.º 4.256/DF, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 01/12/1997). 4. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo mister, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, sindicatos, etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo ex adverso; (ii) no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o onus probandi da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo (EResp 388.045/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 01.08.2003, DJ 22.09.2003) 5. Assim, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, tais como as entidades filantrópicas, fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, independente de comprovação da necessidade do benefício. 6. Entretanto, "as entidades sindicais possuem, entre outras, a função de representar os interesses coletivos da categoria ou individuais dos seus integrantes, perante as autoridades administrativas e judiciais, o que leva à atuação do sindicato como parte nos processos judiciais em dissídios coletivos e individuais, nos termos dos arts. 513, a, e 514, a, da CLT, e 18 da Lei n. 5.584/70. Nesse contexto, verifica-se que os sindicatos têm revertidas a seus cofres as mensalidades arrecadadas, periodicamente, de seus associados, formando fundos para o custeio de suas funções, entre as quais função de assistência judiciária. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp. 963.553/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU 07.03.2008). 7. Considerando que as receitas do sindicato decorrem das contribuições dos associados e que, dentre seus escopos precípuos, que motiva sua arrecadação, consta a defesa dos interesses de seus associados, descabe a concessão da assistência judiciária gratuita, salvo se comprovada a necessidade do benefício. 8. In casu, o Sindicato recorrente deixou de comprovar perante o Tribunal a quo, de maneira cabal, a ausência de condições para arcar com as custas processuais. Diante disso, a comprovação de insuficiência de recursos por parte da pessoa jurídica, revela-se inviável em sede de revisão do julgado, ante o óbice da Súmula 07 do STJ, maxime quando as instâncias ordinárias, soberanas na apreciação do conjunto fático-probatório concluíram em sentido contrário. 9. A isenção de custas e emolumentos judiciais, disposta no art. 87 da Lei 8.078/90 destina-se facilitar a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, inaplicável, portanto, nas ações em que sindicato busca tutelar o direito de seus sindicalizados, ainda que de forma coletiva. Daí, inaplicáveis o CDC e a Lei 7.437/85 ao caso. 10. A ofensa ao art. 535 do CPC não resta configurada quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 11. Agravo regimental desprovido."

AGRESP 1.106.416, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 12/03/2010: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. SINDICATO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. RECEBIMENTO DE RECURSOS DOS ASSOCIADOS PARA PRESTAR ASSISTÊNCIA JURÍDICA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO. MATÉRIA DO ART. 355 DO CPC. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. VALOR DA CAUSA. REFLEXO DO CONTEÚDO ECONÔMICO DA DEMANDA. EMENDA À INICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. 1. O exame da eventual necessidade de exibição de documento pela parte contrária para fins de aferição do valor da causa (art. 355 do CPC) enseja a aplicação da Súmula 7 do STJ. 2. É entendimento deste Tribunal que o magistrado pode determinar a emenda à inicial para que o valor atribuído à causa reflita o conteúdo econômico da demanda. Precedentes: REsp 572.536/PR, DJ 27.06.05, AgRg no Ag 460.638/RJ, DJ 23.06.03, REsp 165.355/MG, DJ 14.12.98, REsp. 876.812/RS, DJ 1.12.2008. 3. Posição da Primeira e Segunda Turmas deste Tribunal no sentido de que descabe a concessão de assistência jurídica gratuita aos sindicatos, ainda que pessoa jurídica sem fins lucrativos, considerando que estes recolhem contribuições para o fim específico de promover a defesa dos interesses dos seus associados, desempenhando, inclusive, a função de prestar assistência jurídica. 4. Nesse sentido, o pronunciamento do REsp 876.812/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 1/12/2008: "Considerando que as receitas do sindicato decorrem das contribuições dos associados e que, dentre seus escopos precípuos, que motiva sua arrecadação, consta a defesa dos interesses de seus associados, descabe a concessão da

assistência judiciária gratuita, salvo se comprovada a necessidade do benefício." 5. De igual modo: AgRg no REsp 963.553/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 7/3/2008. 6. Frise-se que o posicionamento assumido pelas Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ não afasta a possibilidade de ser concedido o benefício da assistência jurídica gratuita aos sindicatos na hipótese da comprovação da impossibilidade de arcar com os encargos do processo. 7. O relator, conforme previsão do art. 557, caput, do CPC, está autorizado a decidir de forma monocrática, quando o recurso for manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. 8. Agravo regimental não provido."

AGRESP 963.553, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 07/03/2008: "**PROCESSUAL CIVIL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA - SINDICATO - SÚMULA 07. 1. A Corte Especial, no julgamento do EREsp 388.045/RS, consolidou entendimento segundo o qual as pessoas jurídicas podem ser beneficiárias da justiça gratuita de que trata a Lei n. 1.060/50. 2. Consta-se que a instância inferior não fixou, em momento algum, a premissa fática de que o ora recorrente seria pessoa jurídica sem fins lucrativos, ou que tivesse comprovado a dificuldade financeira de prover as despesas do processo. Solução em contrário à adotada pelo acórdão recorrido demandaria o revolvimento das circunstâncias fático-probatória dos autos, o que é vedado nos termos da Súmula 7/STJ. 3. As entidades sindicais possuem, entre outras, a função de representar os interesses coletivos da categoria ou individuais dos seus integrantes, perante as autoridades administrativas e judiciais, o que leva à atuação do sindicato como parte nos processos judiciais em dissídios coletivos e individuais, nos termos dos arts. 513, a, e 514, a, da CLT, e 18 da Lei n. 5.584/70. Nesse contexto, verifica-se que os sindicatos têm revertidas a seus cofres as mensalidades arrecadadas, periodicamente, de seus associados, formando fundos para o custeio de suas funções, entre as quais função de assistência judiciária. Agravo regimental improvido."**

Na espécie, a pretensão da agravante, considerando que nada restou provado nos autos acerca da necessidade jurídica do benefício pleiteado, colide frontalmente com a jurisprudência consolidada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 02 de janeiro de 2012.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00081 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029499-24.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.029499-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : NOBUYE KUBOTA KAMIYAMA
ADVOGADO : PAULO MARTON e outro
AGRAVADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARIA CECÍLIA NUNES SANTOS e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J CAMPOS SP
No. ORIG. : 00084282420104036103 3 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, na execução de sentença, rejeitou impugnação da CEF, deixando de fixar verba honorária (f. 38/vº).

Intimada para contraminuta a agravada deixou de impugnar.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a agravante ajuizou ação de cobrança de "*diferença de remuneração de sua conta poupança relativa ao plano econômico Verão*" (f. 07), julgada procedente. A CEF depositou o que entendeu devido (R\$ 94.189,34) e a agravante juntou cálculos no importe de R\$ 102.767,22, requerendo o pagamento da diferença (R\$ 8.938,80), com atualização, sob pena de multa (f. 16/9). O valor incontroverso teve levantamento deferido, sendo a CEF intimada para pagamento da diferença, sob pena de multa do artigo 475-J do CPC (f. 22). A CEF deduziu impugnação, alegando que "*considera corretos os valores que apresentou em cumprimento espontâneo da obrigação, quais sejam, R\$ 94.189,34*" (f. 23/4), a qual foi recebida com efeito suspensivo. A contadoria judicial apurou valor bem próximo ao da agravante (R\$ 102.765,86, f. 26/7). Intimada, a CEF efetuou novo depósito (f. 28/9) e a impugnação foi rejeitada, nos seguintes termos (f. 33):

"Trata-se de execução do julgado, apresentando a CEF Impugnação à Execução (fls. 26-27), por entender haver excesso de execução. Determinada a remessa dos autos à Contadoria, foram elaborados cálculos de conferência,

concluindo que os valores apontados pela exequente estavam corretos. Foi dada vista às partes, que se manifestaram às fls. 35-36 e 39-41. Assim, deixo de acolher a presente impugnação, para determinar o valor da execução em R\$ 102.765,86 (cento e dois mil, setecentos e sessenta e cinco reais e oitenta e seis centavos) atualizados em 08-2010, valores encontrados pelo Setor de Contadoria. Entendo que, embora tenha a CEF juntado aos autos as guias de depósito de fls. 37-38, ainda não deu cumprimento integral à execução do julgado, uma vez que consoante os seus cálculos, os valores já foram devidamente corrigidos até maio de 2011, o que não condiz com os valores encontrados pela Contadoria Judicial, que encontrou o mesmo valor em 08/2010. Ademais, cumpre também a aplicação da multa de 10% (dez por cento) prevista no artigo 475-J, 4º do CPC, sobre o valor remanescente. Desta forma, intime-se a CEF para que no prazo de 10 (dez) dias, deposite a diferença encontrada pelo autor à fls. 39-41, descontando o valor já depositado às fls. 37-38. Cumprido, expeçam-se alvarás de levantamento da diferença depositada pela CEF às fls. 172-173, bom como dos valores de fls. 37-38, intimando-se a exequente para retirá-lo no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de cancelamento. Juntadas as vias liquidadas, venham os autos conclusos para extinção da execução."

Intimadas da decisão, a CEF procedeu "depósito complementar no valor de R\$ 2.038,64" (f. 37) e a agravante opôs embargos de declaração (f. 34/6), assim decididos (f. 38/vº):

"Vistos etc. Recebo a conclusão nesta data. Trata-se de cumprimento parcial de sentença, na parcela que restou irrecorrida, em que a CEF foi condenada ao pagamento das diferenças de correção monetária de poupança, pelo IPC de janeiro de 1989 (42,72%). Às fls. 42, foi proferida decisão rejeitando a impugnação ao cumprimento da sentença oferecida pela CEF, fixando o valor da execução em R\$ 102.765,86 e determinando que a CEF depositasse as diferenças ainda devidas. Em face dessa r. decisão, a exequente interpõe embargos de declaração, aduzindo que a referida decisão é omissa ao deixar de estipular honorários de advogado decorrentes da sucumbência nesta fase de cumprimento da sentença. É a síntese do necessário. DECIDO. Realmente ocorreu a omissão sustentada pela embargante, já que houve pedido expresso de fixação de honorários de advogado nesta fase, que não foi examinado. Cumpre sanar, portanto, a aludida omissão. Com a devida vênia aos entendimentos em sentido contrário, tanto a fixação de honorários de advogado na fase de cumprimento da sentença como a aplicação da multa de 10% a que se refere o art. 475-J do Código de Processo Civil pressupõem a cabal resistência do devedor a adimplir o determinado na sentença. Por imposição dos princípios da segurança jurídica (art. 5º, "caput", da Constituição Federal de 1988) e da boa-fé processual, essa resistência só fica caracterizada quando a parte é formalmente intimada para o cumprimento da sentença e não o faz no prazo estipulado. No caso em discussão, isso não ocorreu, já que a CEF foi intimada e cumpriu o julgado. É certo que o fez, diga-se, apenas parcialmente. Mas não se pode desconsiderar que, tendo a Contadoria Judicial apontado o erro dos cálculos da executada, esta promoveu imediatamente os depósitos complementares, inclusive com a aplicação da multa de 10% de que trata o art. 475-J do Código de Processo Civil. A referida conduta importa inequívoca manifestação de boa-fé e interesse no cumprimento do julgado, razão pela qual entendo não existir sucumbência que autorize a fixação de novos honorários de advogado. Em face do exposto, dou parcial provimento aos embargos de declaração, apenas para integrar a fundamentação da r. decisão embargada, deixando, todavia, de arbitrar honorários de advogado na fase de cumprimento da sentença. Expeçam-se os alvarás de levantamento, em favor da exequente, dos valores depositados pela CEF e, nada mais requerido, venham os autos conclusos para extinção da execução. Intimem-se."

Contra tal decisão o presente recurso, alegando, em suma, que: (1) a verba honorária não cabe no caso de cumprimento espontâneo da obrigação, mas é devida em caso de impugnação, nos termos do artigo 20, §4º do CPC; (2) o STJ no RESP 1.028.855 "posicionou-se no sentido de que, conquanto a nova sistemática imposta pela Lei nº 11.232/05 tenha alterado a natureza da execução de sentença, que passou a ser mera fase complementar do processo de cognição, deixando de ser tratada como processo autônomo, não trouxe nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios" (f. 10); (3) a Lei 11.232/05 e a jurisprudência reputam cabível a verba honorária para pagar o advogado pelo trabalho desenvolvido nesta fase processual; e (4) a impugnação ao cumprimento da sentença apresentada pela CEF foi rejeitada e o pagamento das diferenças apontadas apenas foram efetuados, em face ao trabalho adicional realizado pelo advogado, cuja verba honorária fixada, na fase de cognição, levou em consideração, apenas, o trabalho realizado até então.

A propósito da controvérsia, cabe destacar que a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que é cabível a fixação de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, nos termos do novo regime de execução de título executivo judicial, contemplado pela Lei 11.232/05, pela ausência de cumprimento espontâneo da sentença, como revelam, entre outros, os seguintes acórdãos:

RESP 1.028.855, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 05/03/09: "PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NOVA SISTEMÁTICA IMPOSTA PELA LEI Nº 11.232/05. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE. - A alteração da natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios. - A própria interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos "nas execuções, embargadas ou não". - O art. 475-I, do CPC, é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução. Ora, se nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, a

execução comporta o arbitramento de honorários e se, de acordo com o art. 475, I, do CPC, o cumprimento da sentença é realizado via execução, decorre logicamente destes dois postulados que deverá haver a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença. - Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então. - Por derradeiro, também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei nº 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC. Seria inútil a instituição da multa do art. 475-J do CPC se, em contrapartida, fosse abolida a condenação em honorários, arbtrada no percentual de 10% a 20% sobre o valor da condenação. Recurso especial conhecido e provido."

AGRESP 1.128.124, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 07/10/10: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. 1. A partir do julgamento do REsp 1.028.855/SC, pela Corte Especial, o STJ firmou o entendimento de que é cabível a condenação em honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, a fim de remunerar os advogados pela prática de atos processuais necessários à promoção ou à impugnação da pretensão executiva nela deduzida. 2. Agravo regimental não provido."

RESP 1.136.370, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJE 03/03/10: "RECURSO ESPECIAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - IMPUGNAÇÃO - VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO (VPA) - IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA - DIVIDENDOS - PAGAMENTO A PARTIR DA INTEGRALIZAÇÃO - MULTA DO ART. 475-J, DO CPC - INCIDÊNCIA INDEPENDENTE DE INTIMAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CABÍVEIS TAMBÉM NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - O acionista investidor, a partir do instante em que integraliza o capital, passar a correr todos os riscos do negócio, seja em relação a prejuízo ou lucro, semelhante a quem antes já era acionista. Nada mais equânime, então, que o acionista passe a receber os dividendos a partir da data em que integralizou o capital, ou seja, correspondente ao ano no qual integralizou o capital, como acontece com os demais acionistas, pois suas ações têm os mesmos direitos e obrigações das demais ações da mesma natureza das suas. Dessa forma, o que foi distribuído aos demais acionistas com ações da mesma natureza das suas é também devido ao novo acionista, proporcionalmente à quantidade de ações em seu nome. O termo inicial ou a obrigação do pagamento nasce na mesma data em que os dividendos foram pagos aos demais acionistas. II - A respeito do VPA - valor patrimonial da ação, embora esta e. Corte tenha consolidado a sua jurisprudência no sentido de que se deve tomar como base os dados do valor patrimonial da ação segundo o balancete do mês da respectiva integralização, o que deve ser obedecido em cada processo é o que transitou em julgado. Se, no caso em questão, o título judicial transitou em julgado, determinando que o valor patrimonial da ação deve ser o aprovado na assembleia geral ordinária imediatamente anterior, não há como alterar essa regra na execução, sob pena de ofensa à coisa julgada. Precedente. III - No cumprimento de sentença, não há necessidade de ser o devedor intimado para, então, se iniciar a contagem dos 15 (quinze) dias para o pagamento, tendo em vista que o prazo flui do trânsito em julgado da sentença na qual o devedor já foi intimado, quando de sua publicação, na pessoa de seu advogado. Isso é o que determina o art. 475-J do CPC, para caso em que se trata de quantia certa, que não requer liquidação de sentença, perícia ou outro trabalho técnico de elevada complexidade. Correta a aplicação da multa. Precedentes. IV - Os honorários advocatícios são devidos também no cumprimento de sentença nas situações em que o devedor optou por não efetuar o pagamento dentro dos 15 (quinze dias) estipulados no art. 475-J do CPC e resolveu impugnar ou continuar obstando o pagamento da dívida e que implique na necessidade de participação nos autos de advogado do credor, agora também nesse momento processual. Precedente. V - Recurso especial a que se nega provimento."

AGRESP 1.134.659, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJE 29/06/10: "AGRAVO REGIMENTAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ART. 20 DO CPC - PRECEDENTES - APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. I. Quanto ao arbitramento dos honorários advocatícios na impugnação ao pedido de cumprimento de sentença, a Terceira Turma desta Corte, em 11.3.08, no julgamento do REsp 978.545/MG, sob a relatoria da eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, posicionou-se no sentido de que, conquanto a nova sistemática imposta pela Lei nº 11.232/05 tenha alterado a natureza da execução de sentença que passou a ser mera fase complementar do processo de cognição deixando de ser tratada como processo autônomo, não trouxe nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios. II. No julgamento do REsp 1.028.855/SC (Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julg. em 27.11.2008), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, na fase de cumprimento de sentença, impugnada ou não, deve ser fixada verba honorária nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. III. Irretocável o Acórdão recorrido, porquanto, fixada a verba honorária de acordo com a apreciação equitativa do juiz, excetuados os casos de quantia irrisória ou exorbitante, não será suscetível de reexame em sede de Recurso Especial, a teor da Súmula 7 desta Corte. III. O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental improvido."

RESP 87.388/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJe 26.06.08: "CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CABIMENTO. - São devidos honorários advocatícios no pedido de cumprimento de sentença."

Na espécie, embora o cumprimento da sentença condenatória tenha sido inicialmente espontâneo, no que se refere à quantia de **R\$ 94.189,34**, certo é que houve, posteriormente, resistência e impugnação diante do valor apresentado pela agravante, de **R\$ 102.767,22** (f. 23/4), o qual foi confirmado quase que de forma integral pela contadoria judicial, dada a pequena diferença apurada (R\$ 102.765,86, f. 26/7). Ainda que a CEF tenha posteriormente concordado com tal valor, efetuando o depósito, a impugnação, que havia sido deduzida, foi objeto de julgamento, no sentido da sua rejeição. Os pressupostos legais para a sucumbência estão caracterizados, em face da impugnação havida, ainda que referente a valor reduzido diante do que foi admitido e depositado, e mesmo que posteriormente tenha a CEF concordado com o valor da contadoria judicial. Não cabe, pois, elidir a sucumbência, porém devida a fixação da verba honorária em conformidade com a situação do caso dos autos, atendendo aos critérios do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Assim sendo, aplicando juízo de equidade, e ainda diante do grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço, cabe fixar a verba honorária em **R\$ 1.000,00**, suficiente e bastante para remunerar o patrono da parte vencedora, sem acarretar ônus excessivo à vencida.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para fixar a verba honorária, na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 28 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00082 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029660-34.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.029660-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : VMP ENGENHARIA E CONSTRUCOES LTDA
ADVOGADO : JOÃO VIEIRA DA SILVA e outro
AGRAVADO : NELSON DA SILVA PATRICIO FILHO e outro
: MILENA SABINO PATRICIO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SSI>SP
No. ORIG. : 00007785620074036126 1 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra liberação de bloqueio eletrônico de dinheiro, por adesão ao parcelamento da Lei 11.941/09, alegando que quaisquer que sejam os motivos da não-inclusão dos débitos no parcelamento da Lei 11.941/09, restou comprovado que a dívida era líquida e exigível à época em que foi autorizado o bloqueio "on line", pois foi realizado em 30/09/2010 e os documentos de f. 205 e 309/12 comprovam que a situação da dívida entre 04/07/2010 e 13/12/2010 era "ATIVA AJUIZADA", diante do que não se autoriza a liberação dos valores.

Em contraminuta, a agravada sustentou, em suma, que: (1) jamais optou pelo SIMPLES, pois recolhe sob o regime de tributação do lucro real; (2) a PFN "não demonstrou que o débito da agravada foi apurado pelo Simples, nem refutou o documento de fls. 329, extraído do sítio da Receita Federal na internet, limitando-se em sua petição de fls. 331, a pedir o sobrestamento do feito" (f. 344); e (3) nas CDA's (f. 22/5 e 35/8) "notamos claramente no campo 'origem', a expressão 'LUCRO PRESUMIDO RELATIVO AO ANO BASE/EXERCÍCIO', portanto, acredita a agravada, que o fato da agravante haver supostamente a excluído do Simples, trata-se de um equívoco e mero descontrole administrativo, vez que no mês de Julho do corrente ano, a executada, ora agravada, fez a consolidação de seus débitos, junto à agravante, conforme demonstram as GPS que ora se junta" (f. 344).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Cuida-se de execução fiscal ajuizada para cobrança das CDA's 80.2.07.005470-00, 80.6.07.007722-32, 80.6.07.007723-13 e 80.7.07.002055-64 (f. 19/44). Após citação (f. 111 e 114), houve exceção de pré-executividade (f. 76/82), impugnada pela PFN (f. 119/23), mas acolhida parcialmente para efeito de prosseguimento da execução apenas com relação às CDA's 80.2.07.005470-00 e 80.6.07.007723-13, tendo em vista que os débitos das CDA's 80.6.07.007722-32, e 80.7.07.002055-64 foram parcelados (f. 131/3). A executada informou que formalizou pedido de parcelamento, em 16/11/2009 (f. 175), e a PFN requereu o sobrestamento da execução (f. 193). Em 13/07/2010, a PFN informou que a inscrição 80.7.07.002055-64 foi extinta por pagamento, e a 80.6.07.007722-32 foi incluída no programa de parcelamento, estando com a exigibilidade suspensa; enquanto as inscrições 80.2.07.005470-00 e 80.6.07.007723-13 não puderam ser incluídas no parcelamento, por anterior opção pelo SIMPLES, sendo, portanto, exigíveis, pedindo

bloqueio de valores pelo BACENJUD (f. 199/200), deferido em 19/08/2010 (f. 211) e cumprido em 29/09/2010 (f. 212 e 214/8).

A executada alegou que nunca optou pelo SIMPLES, não havendo base legal para negar o parcelamento, pedindo a liberação do bloqueio. A PFN respondeu que "a empresa executada, no ano de 2007, aderiu ao parcelamento simples nacional, confirmando assim, que não poderia incluir os aludidos débitos no parcelamento da Lei 11.941/2009" (f. 220/3), requerendo a conversão em renda dos valores bloqueados (f. 307/8). A executada reiterou nunca ter optado pelo SIMPLES, postulando o desbloqueio dos valores (f. 324/8). Por fim, a PFN requereu o sobrestamento do feito, afirmando que "o executado tem até o dia 29 de julho de 2011 para consolidar o parcelamento da lei 11.941/2009" (f. 331).

Sobreveio, então, a decisão agravada, assim fundamentada (f. 334):

"Trata-se de execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional em face de VMP Engenharia e Construções Ltda e outros. A executada juntou petição aos autos informando a sua adesão ao parcelamento instituído pela Lei 11.941/2009 e requerendo a suspensão do presente feito. A exequente informa que os débitos cobrados pelas certidões 80 2 07 005470-00 e 80 6 07 007723-13 não puderam ser incluídos no referido parcelamento, face a opção da executada pelo parcelamento do simples nacional, requerendo assim, o prosseguimento da execução com relação a estas. Este Juízo acolheu o requerimento da exequente sendo penhorados às fls. 195/199, os ativos financeiros dos executados, através do Sistema Bacenjud. Às fls. 202/285 e 304/309 a executada junta novamente petições, nas quais afirma que jamais utilizou-se dos benefícios do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional) e requer o desbloqueio dos valores penhorados. Instada a manifestar-se, a exequente requer tão somente o sobrestamento do feito, haja vista que a executada tem até o dia 29 de julho de 2011 para consolidar o parcelamento da Lei 11.941/2009. Junta às fls. 312/313 o demonstrativo dos débitos onde consta que estes encontram-se com a situação "ATIVA AJUIZADA BLOQUEADA PARA NEGOCIAÇÃO DA LEI 11.941/2009". A adesão ao parcelamento implica a suspensão da exigibilidade do crédito, e estando todos os débitos inclusos no parcelamento aderido, defiro o requerido pela executada e determino o desbloqueio das penhoras realizadas em contas correntes, através do Sistema Bacenjud, junto ao Banco Santander (R\$ 317,50), Banco do Brasil (R\$ 19.670,39) e Caixa Econômica Federal (R\$ 0,80). Intimem-se e após, cumpra-se."

Contra tal decisão o presente recurso.

Manifestamente infundada a pretensão, pois o extrato de consulta, de 20/09/2011, do sistema PGFN, revela que as inscrições 80.2.07.005470-00 e 80.6.07.007723-13 foram objeto de parcelamento (f. 6 e 8) e que, embora tenham sido excluídas em 03/06/2010, foram reavaliadas e renegociadas, em 26/03/2011 (f. 11).

A alegação fazendária de que o parcelamento da Lei 11.941/09 não é devido, por terem os débitos sido apurado no regime do SIMPLES, não conta com qualquer amparo probatório nos autos. Aliás, o contribuinte juntou espelho de consulta ao sistema SIMPLES, indicando que não aderiu a tal sistema de tributação (f. 329), em face do que, intimada, a PFN nada questionou acerca da documentação produzida neste sentido (f. 331).

A penhora eletrônica foi requerida em 13/07/2010 (f. 199/200), deferida em 19/08/2010 (f. 211) e efetivada em 29/09/2010 (f. 212), porém desde 16/11/2009 havia sido requerido parcelamento (f. 175/91 e 212/5), e apesar da suposta exclusão em 03/06/2010 (f. 206/8 e 310 e 312), esta não se validou, ao que consta, em função da própria informação atualizada acerca do parcelamento.

O ônus da prova da ilegalidade da decisão agravada é da agravante que, no caso dos autos, não se desincumbiu do encargo, devendo prevalecer, portanto, o decidido na origem.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00083 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0030887-59.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.030887-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : TERRAFLEX TERRAPLENAGEM PAVIMENTACAO E SANEAMENTO LTDA
ADVOGADO : MARIO CESAR BUCCI
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE LIMEIRA SP
No. ORIG. : 08.00.00126-7 A Vr LIMEIRA/SP
DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em exceção de pré-executividade, decretou a decadência quanto à CDA **80.2.08.000552-40** e CDA **80.6.08.003053-00**.

Alegou a agravante que: (1) o crédito da CDA **80.2.08.000552-40**, vencido em 31/05/1993 (f. 23), foi constituído através da declaração/confissão da dívida, em **05/09/1994** (f. 134/5), ao solicitar o parcelamento do débito, o que, nos termos do artigo 173 do CTN, afasta a decadência; (2) o crédito da CDA **80.6.08.003053-00**, vencido em 10/09/1998 (f. 70), foi constituído, através de dados fornecidos pelo contribuinte em pedido de restituição/compensação, em **16/12/1999**, PA 10865.001967/99-60 (f. 689/90); (3) a CDA 80.2.08.000552-40 indica notificação em 25/04/2000 (f. 23) e a CDA 80.6.08.003053-00 aponta notificação em 14/01/2008 (f. 70), porém os documentos juntados revelam que tais datas não correspondem às datas de constituição dos créditos, mas sim, às datas em que o contribuinte foi excluído de parcelamentos; e (4) constituído o crédito, ainda que não definitivamente, não há que se cogitar em decadência, pois o direito de constituir o crédito já foi exercido.

Intimada para contraminuta, a agravada deixou de impugnar.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, cumpre considerar que, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, declarado, mas não pago, não se pode cogitar de decadência, pois a constituição do crédito restou superada com a apresentação da declaração. Neste sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRESP 650.241, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU 28/02/05: "**TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DECLARADAS EM DCTF. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. AUTO-LANÇAMENTO. PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA. I - Tratando-se de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) cujo débito declarado não foi pago pelo contribuinte, torna-se prescindível a homologação formal, passando a ser exigível independentemente de prévia notificação ou da instauração de procedimento administrativo fiscal. II - Considerando-se constituído o crédito tributário a partir do momento da declaração realizada, mediante a entrega da Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF), não há cogitar-se da incidência do instituto da decadência , que retrata o prazo destinado à "constituição do crédito tributário", in casu, constituído pela DCTF aceita pelo Fisco. III - Destarte, não sendo o caso de homologação tácita, não se opera a incidência do instituto da decadência (artigo 150, § 4º, do CTN), incidindo a prescrição nos termos em que delineados no artigo 174, do CTN, vale dizer: no quinquênio subsequente à constituição do crédito tributário, que, in casu, tem seu termo inicial contado a partir do momento da declaração realizada mediante a entrega da DCTF ". (REsp nº 389.089/RS, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ de 26/11/2002, p. 252). IV - Agravo regimental improvido."**

RESP 531.851, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU 28/04/04: "**TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DECLARADAS EM DCTF. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. AUTO-LANÇAMENTO. PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. 1. Tratando-se de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) cujo débito declarado não foi pago pelo contribuinte, torna-se prescindível a homologação formal, passando a ser exigível independentemente de prévia notificação ou da instauração de procedimento administrativo fiscal. 2. Deveras, se o crédito tributário encontra-se constituído a partir do momento da declaração realizada mediante a entrega da DCTF , não há cogitar-se da incidência do instituto da decadência , que é prazo destinado à constituição do crédito tributário. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido."**

RESP 652.952, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 16/11/04 "**TRIBUTÁRIO. CSL. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. DIRPJ. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. AUTO-LANÇAMENTO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. "Considerando-se constituído o crédito tributário a partir do momento da declaração realizada, mediante a entrega da Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF), não há cogitar-se da incidência do instituto da decadência , que retrata o prazo destinado à 'constituição do crédito tributário', in casu, constituído pela DCTF aceita pelo Fisco. Destarte, não sendo o caso de homologação tácita, não se opera a incidência do instituto da decadência (artigo 150, § 4º, do CTN), incidindo a prescrição nos termos em que delineados no artigo 174, do CTN, vale dizer: no quinquênio subsequente à constituição do crédito tributário, que, in casu, tem seu termo inicial contado a partir do momento da declaração realizada mediante a entrega da DCTF ." (REsp nº 389089/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 16/12/2002) 2. "A constituição definitiva do crédito tributário ocorre com o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo. Em se tratando de débito declarado pelo próprio contribuinte e não pago, não tem lugar a homologação formal, sendo o mesmo exigível independentemente de notificação prévia ou instauração de procedimento administrativo."(REsp nº 297885/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 11/06/2001). 3. Não há que se negar a expedição de certidão de regularidade fiscal ao contribuinte se os débitos opostos pelo Fisco para obstar tal documento e que foram declarados em DIRPJ estão inexigíveis, visto que atingidos pela prescrição. 4. Precedentes desta Corte superior. 5. Recurso não provido."**

Cabe recordar que a decadência resulta em sanção ao Fisco, para o fim de impedi-lo de constituir crédito tributário depois de decorrido o prazo de cinco anos, contados a partir "**do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado**" ou "**da data em que se tornar definitiva a decisão que houve anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado**" (incisos I e II do artigo 173 do CTN).

No caso de tributo, sujeito a lançamento por homologação, em que a notificação do contribuinte ocorre quando entregue a declaração, não se pode cogitar de decadência, vez que a constituição do crédito, desde que estritamente com base no valor declarado, operou-se de forma automática, o que justifica o entendimento da jurisprudência no sentido da própria dispensa de notificação prévia e instauração de procedimento administrativo, em casos que tais (v.g. - RESP 963.761, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 08.10.08).

Na espécie, são duas as certidões de inscrição em dívida ativa, em discussão no presente feito, acerca das quais cabem as seguintes considerações, à luz da prova produzida: **(1)** o débito da CDA **80.2.08.000552-40**, apurado em **04/1993**, vencido em 31/05/1993 (f. 23), foi objeto de DCTF em **24/08/1994**, com retificação em **13/06/1995** (f. 129); e **(2)** o débito da CDA **80.6.08.003053-00**, apurado em **08/1998**, vencido em 10/09/1998 (f. 70), foi objeto de DCTF em **22/10/1999** (f. 130); não havendo, portanto, que se cogitar de decadência, em conformidade com a jurisprudência consolidada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 02 de janeiro de 2012.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00084 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031105-87.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.031105-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : ANESIO LUIS DO CARMO
ADVOGADO : JOAO BRUNO NETO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : ANEZIO GONCALVES DO CARMO E FILHO LTDA e outro
: ANEZIO GONCALVES DO CARMO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00023612019994036106 5 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento à rejeição de exceção de pré-executividade, alegando: (1) prescrição intercorrente, pois decorrido prazo além de cinco anos entre a citação da sociedade, em **03/02/2000**, e a inclusão do agravante no pólo passivo, em **12/07/2006**; e (2) impenhorabilidade do bem (f. 299), por ser o único imóvel de sua propriedade, conforme certidões atualizadas dos Registros de Imóveis (f. 323/4).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que, embora o redirecionamento da execução contra sócio deva ocorrer no prazo de cinco anos depois da citação da pessoa jurídica executada, apenas é possível o reconhecimento da prescrição intercorrente se o decurso do quinquênio ocorrer "*in albis*" por culpa atribuível ao credor, em face de sua inércia.

Neste sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

AgRg no RESP 1.062.571, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 24/03/2009: "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 996.480, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 26/11/2008: "EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA - NÃO-COMPROVAÇÃO. 1. Para caracterizar a prescrição intercorrente não basta que tenha transcorrido o quinquênio legal entre a citação da pessoa jurídica e a citação do sócio responsabilizado. Faz-se

necessário que o processo executivo tenha ficado paralisado por mais de cinco anos por desídia da exequente, fato não demonstrado no processo. 2. A utilização da exceção de pré-executividade tem aplicação na Execução Fiscal somente quando puder ser resolvida por prova inequívoca, sem dilação probatória. 3. Na presente hipótese, o Tribunal de origem firmou entendimento de que não é caso de exceção de pré-executividade. Rever tal entendimento encontraria óbice na Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido."

AC 2008.03.99007791-0, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 13/01/2009: "EXECUÇÃO FISCAL. FLUÊNCIA DO LAPSO PRESCRICIONAL A PARTIR DA CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE INÉRCIA FAZENDÁRIA DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO NA HIPÓTESE. 1. Trata-se de cobrança de IRPJ e Contribuição Social, sendo que o d. Juízo reconheceu de ofício a prescrição intercorrente, em virtude da fluência de período superior a 5 anos desde a efetivação da citação até a data da prolação da sentença. 2. Não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, uma vez que o d. Juízo expôs suficientemente os fundamentos em que se baseou para reconhecer prescrito o direito à cobrança dos valores em execução. 3. Assiste razão à apelante quanto a não ocorrência da prescrição intercorrente. 4. O entendimento esposado na sentença corretamente levou em consideração o lapso prescricional de cinco anos, previsto no art. 174 do CTN, equivocando-se, no entanto, ao não observar que o reconhecimento da prescrição da pretensão fazendária requer também, além da fluência do aludido prazo, que tenha havido paralisação do feito em decorrência da inércia da exequente. 5. A prescrição deve ser afastada na presente hipótese, pois o compulsar dos autos revela que não houve inércia da parte exequente. Neste sentido, verifica-se que, após a citação (16/06/97 - fls. 08), efetuou requerimento no sentido de localizar sócios da executada e bens destes (fev/01 - fls. 17), pleiteando também expedição de ofício ao Bacen (28/01/02 - fls. 58) e de mandado de penhora e avaliação (15/06/05 - fls. 108), tudo a demonstrar que não se omitiu na tramitação do feito. 6. Ausente paralisação do processo, em razão de inércia exclusiva da exequente, não há que se falar em prescrição intercorrente. 7. Apelação e remessa oficial providas. Retorno dos autos ao Juízo de origem para o devido prosseguimento do feito."

Na espécie, consta dos autos: (1) tentativa, frustrada, de citação da executada, por AR, em 20/08/1999 (f. 42); (2) vista à PFN em 30/08/1999 (f. 44), que pediu citação da empresa na pessoa do sócio ANEZIO GONÇALVES DO CARMO, em 15/09/1999 (f. 47), com mandado em 10/01/2000 (f. 51), de que resultou citação em 03/02/2000, mas com penhora negativa, em 09/02/2000 (f. 52); (3) vista à PFN, em 18/02/2000 (f. 53), que requereu a inclusão de ANEZIO GONÇALVES DO CARMO no pólo passivo, em 01/03/2000 (f. 54/5), deferida em 08/05/2000 (f. 58), expedindo-se mandado em 25/09/2000 (f. 59), com citação em 08/11/2000, mas penhora negativa, em 14/11/2000 (f. 60); (4) vista à PFN em 27/11/2000 (f. 61), que pediu penhora de imóvel, em 05/12/2000 (f. 62), deferida em 03/04/2001 (f. 64), com mandado em 27/04/2001 (f. 65), sem êxito em 31/05/2001 (f. 66); (5) ciência à PFN em 29/06/2001 (f. 67), que pediu pela suspensão do feito, em 10/07/2001 (f. 68), deferida em 09/08/2001 (f. 69), com vista em 03/12/2001 (f. 69), pedindo-se nova suspensão, em 18/12/2001 (f. 70), deferida em 14/01/2002 (f. 71); (6) vista à PFN em 05/02/2002, que indicou a penhora de imóvel, em 28/02/2002 (f. 72), deferida em 24/04/2002 (f. 79), com expedição de mandado em 14/06/2002 (f. 80), sendo feita a penhora de imóvel diverso em 17/07/2002 (f. 83/4), não registrada, pela existência de bloqueio anterior (f. 86/7); (7) ciência à PFN em 09/09/2002 (f. 88), que insistiu no registro da penhora (f. 88), indeferido em 22/10/2002 (f. 90); (8) pedidos e deferimentos de suspensão do feito para diligências, sem arquivamento do feito, entre 26/11/2002 e 23/08/2005 (f. 91 a 139); e (9) vista à PFN em 16/01/2006 (f. 140), que requereu a inclusão de ANESIO LUIS DO CARMO no pólo passivo, em 10/02/2006 (f. 141/2), deferida em 21/03/2006 (f. 166), com citação em 12/07/2006 (f. 185).

Como se observa, não houve paralisação do feito por mais de cinco anos por inércia exclusiva da PFN, pelo que incabível imputar a quem não é responsável pelo decurso do tempo a sanção na forma de prescrição. Enfim, a tramitação do executivo fiscal até o pedido de inclusão do sócio no pólo passivo, como foi descrito e narrado, revela que não houve paralisação ou inércia culposa e exclusiva da exequente, por prazo superior a cinco anos, para o fim de determinar a prescrição com efeito sobre a execução fiscal.

Além do mais, a prescrição intercorrente em execução fiscal exige o cumprimento das etapas processuais do artigo 40 da LEF, suspensão processual seguida de arquivamento provisório, conforme dispõe a Súmula 314/STJ, *verbis*: "**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**". Tal fato não ocorreu no caso concreto, pois em momento algum o feito foi arquivado provisoriamente, por inércia da PFN.

No tocante à impenhorabilidade do imóvel, verifica-se que recaiu a constrição sobre parcela ideal de um **imóvel comercial** (f. 299), não se tratando, portanto, de bem de família, comprovadamente essencial à manutenção do abrigo e da unidade familiar.

O Superior Tribunal de Justiça já considerou que imóvel comercial não é impenhorável, podendo ser, inclusive, desmembrado do imóvel residencial, para efeito de constrição:

RESP 968.907, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJE 01/04/2009: "Civil e processo civil. Recurso especial. Bem de família. Impenhorabilidade. Andar inferior da residência ocupado por estabelecimento comercial e garagem. Desmembramento. Possibilidade. Súmula 7/STJ. Embargos declaratórios. Objetivo de prequestionamento. Caráter protelatório. Ausência. Súmula 98/STJ. Multa. Afastamento. - A jurisprudência desta Corte admite o desmembramento do imóvel protegido pela Lei 8.009/90, desde que tal providência não acarrete a descaracterização

daquele e que não haja prejuízo para a área residencial. - Na presente hipótese, demonstrou-se que o andar inferior do imóvel é ocupado por estabelecimento comercial e por garagem, enquanto a moradia dos recorrentes fica restrita ao andar superior. - Os recorrentes não demonstraram que o desmembramento seria inviável ou implicaria em alteração na substância do imóvel. Súmula 7/STJ. - É pacífica a jurisprudência do STJ de que os embargos declaratórios opostos com intuito de prequestionar temas de futuro recurso especial não têm caráter protelatório. Súmula 98 do STJ. Afastamento da multa. Recurso especial parcialmente provido."

RESP 515.122, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJU 29/03/2004: "Execução. Bem de família. Preclusão. Penhora de parte comercial do imóvel. Precedentes da Corte. 1. A Corte já assentou que indeferida a impenhorabilidade em decisão não atacada por recurso, sobre esta desce o manto da preclusão. 2. É possível a penhora da parte comercial do imóvel, guardadas as peculiaridades do caso, mesmo sem que haja matrículas diferentes. 3. Recurso especial conhecido e provido."

Assim igualmente já decidiu esta Corte, conforme revela, entre outros, o seguinte acórdão:

AG 2006.03.00013718-2, Rel. Des. Fed. COTRIM GUIMARÃES, DJU 09/02/2007: "AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO DE AÇÃO DE FGTS. IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL CONSTRITO - BEM DE FAMÍLIA NÃO COMPROVADO - DÉBITOS RELATIVOS AO FGTS - PRESCRIÇÃO - PRAZO TRINTENÁRIO - SÚMULA 210 DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1 - A Lei 8.009/90 instituiu a exceção para que o bem de família destinado à moradia seja impenhorável. 2 - Todavia, é ônus da parte comprovar a caracterização do bem de família, o que não foi realizado no feito. 3 - Ademais, no presente caso, ficou demonstrado que o bem se presta para fins comerciais. 4 - Em relação à alegação de prescrição, melhor sorte não assiste ao agravante, posto que as contribuições ao FGTS estão sujeitas ao prazo prescricional trintenário, o que não se verifica no caso, já que os valores executados têm origem nos anos de 1983 a 1985 e feito foi ajuizado em 13 de junho de 2001."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 02 de janeiro de 2012.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00085 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031549-23.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.031549-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : CAMILA TRANSPORTE DE JORNAIS E REVISTAS LTDA -ME
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00092137920064036182 3F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu a citação da agravada por edital.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, para efeito do presente juízo sumário em sede de agravo de instrumento, firme no sentido de que a citação por edital somente cabe quando esgotados todos os meios possíveis de localização do devedor, e desde que, ainda, estejam configuradas as circunstâncias previstas no artigo 231, inciso II, observados os requisitos do artigo 232, inciso I, ambos do CPC. A propósito, os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

- AGRESP nº 597981, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 28.06.04, P. 203: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE APÓS O EXAURIMENTO DE TODOS OS MEIOS À LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR. 1. Na execução fiscal a citação do devedor por edital só é possível após o esgotamento de todos os meios possíveis à sua localização. 2. A citação por oficial de justiça deve preceder a citação por edital, a teor do que dispõe o art. 224 do CPC, de aplicação subsidiária à Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80, art. 1º). 3. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: (RESP 510791/GO, desta relatoria, DJ de 20.10.2003; RESP 451030/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 11.11.2002; EDRESP 417888/SP, Relator Ministro Paulo

Medina, DJ de 16.09.2002 e RESP 247368/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 29.05.2000) 4. Agravo regimental improvido."

- EDRESP nº 417888, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJU de 16.09.02, p. 176: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ARREMATACÃO. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA REALIZADA EM EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. CITAÇÃO NULA. NÃO ESGOTADOS OS MEIOS ENUMERADOS PELO ART. 8.º DA LEI 6830/80. Tendo em vista que das razões expendidas pelo embargante depreende-se o objetivo de reexame do r. decisum impugnado, e não o sanar de eventual omissão, contradição ou obscuridade, e diante de pedido expresso requerendo o processamento do recurso como regimental, em não se tratando de hipótese de embargos de declaração, recebo a petição como agravo regimental. Enumera o art. 8.º da Lei n. 6830/80 as formas pelas quais será feita a citação do executado, dispondo que: primeiramente, seja realizada pelo correio, com aviso de recebimento; se frustrada, deverá ser efetuada por intermédio de Oficial de Justiça e, somente diante da impossibilidade de todos estes meios, proceder-se-á à publicação de edital. In casu, a citação foi realizada diretamente via edital, sem terem sido esgotados os demais meios determinados pela legislação, restando malferido, desta forma, o preceito supra. Isso porque, sem a correta instauração da relação jurídica processual, não há como se estabelecer o contraditório e a ampla defesa, colorários diretos do due process of law. Agravo regimental desprovido."

- RESP nº 247.368, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 29.05.00, p. 00125: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE APÓS O EXAURIMENTO DE TODOS OS MEIOS POSSÍVEIS À LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR. ART. 8º, III, DA LEI Nº 6.830/80. PRECEDENTES. 1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que entendeu que a citação editalícia somente dar-se-á quando forem exauridos todos os meios possíveis para a localização do devedor, nos termos do art. 8º, III, da Lei nº 6.830/80. 2. A citação por edital integra os meios a serem esgotados na localização do devedor. Produz ela efeitos que não podem ser negligenciados quando da sua efetivação. 3. O Oficial de Justiça deve envidar todos os meios possíveis à localização do devedor, ao que, somente depois disso, deve ser declarado, para fins de citação por edital, encontrar-se em lugar incerto e não sabido. Assim, ter-se-á por nula a referida citação se o credor não afirmar que o réu está em lugar incerto ou não sabido, ou que isso seja certificado pelo Oficial de Justiça (art. 232, I, do CPC), cujas certidões gozam de fé pública, somente ilidível por prova em contrário. 4. Ocorre nulidade de citação editalícia quando não se utiliza, primeiramente, da determinação legal para que o Oficial de Justiça proceda as diligências necessárias à localização do réu. 5. "Na execução fiscal, não sendo encontrado o devedor, nem bens arrestáveis, é cabível a citação editalícia." (Súmula nº 210/TFR) 6. Precedentes dos Colendos STF, TFR e STJ. 7. Recurso desprovido."

No mesmo sentido, entre outros, os seguintes precedentes da Turma:

- AG nº 2000.03.00.059952-7, Rel. Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, DJU de 27.11.02, p. 434: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. DESCABIMENTO. OPORTUNIDADE PARA DEMONSTRAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. 1. Antes da citação editalícia deve-se tentar todas as formas possíveis de localização de bens do devedor antes da citação por edital. 2. Agravo de instrumento provido em parte."

- AG nº 2006.03.00.116721-2, Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJF3 de 17.06.2008: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DE TODOS OS MEIOS POSSÍVEIS À LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR. ART. 8º, INCISO III, DA LEI Nº 6830/80. ART. 231, INCISOS I E II, E ART. 232, INCISO I DO CPC. I - A citação por edital na execução fiscal deve dar-se tão somente após esgotados todos os meios para localização do executado. Inteligência do art. 8º, inciso III da Lei n. 6.830/80, c.c. o art. 232, inciso I, e art. 231, incisos I e II, ambos do Código de Processo Civil. Precedentes do STJ e desta Turma. II - Hipótese em que o pedido da União Federal para citação por edital se deu após a tentativa de citação da executada por meio de oficial de justiça, o qual envidou todos os meios possíveis à localização da devedora, tanto no endereço que consta do Cadastro de Pessoas Jurídicas, quanto no endereço da sócia-gerente. Todas as diligências restaram frustradas III - Agravo de Instrumento provido."

- AI nº 2009.03.00.025869-7, Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 23.02.2010, p. 329: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. Encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que a citação por edital somente cabe quando esgotados todos os meios possíveis de localização do devedor, e desde que, ainda, estejam configuradas as circunstâncias previstas no artigo 231, inciso II, observados os requisitos do artigo 232, inciso I, ambos do CPC. A mera devolução do AR de citação, sem qualquer tentativa de citação pessoal ou localização de informe de endereço por outras vias, é insuficiente para que a expedição de edital, para fins de citação ficta, seja deferida. Deve ser privilegiada a realização de atos processuais que colaborem para a efetividade do processo, o que não ocorre quando, sem as mínimas diligências de localização pessoal, é pleiteada a citação por edital que, embora sirva para a interrupção da prescrição, cria a possibilidade de atos executivos sem a efetiva oportunidade de defesa do executado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma. Agravo inominado desprovido."

Na espécie, restando frustrada a citação postal (f. 70), e a pessoa no endereço do representante legal da empresa (f. 98), requereu a PFN a citação por oficial de Justiça, considerando a possibilidade da empresa continuar operando no endereço do AR e cadastros oficiais (f. 100/9), o que foi indeferido (f. 111), não constando recurso de tal decisão. Posteriormente, foi requerida a citação por edital, quando, então, sobreveio a decisão ora agravada (f. 127), a qual, ao determinar o esgotamento prévio das tentativas de localização da empresa, através de meios informativos regulares e disponíveis, encontra-se em plena conformidade com a jurisprudência consolidada supracitada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Intime-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 27 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00086 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031818-62.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.031818-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : SUPERFOR RIO VEICULOS LTDA e outros
: SUPER FRANCE VEICULOS LTDA
: SUPER FRANCE VEICULOS LTDA filial
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO e outro
AGRAVADO : SUPER FRANCE VEICULOS LTDA filial
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00190704120054036100 13 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra deferimento, em ação ordinária, do levantamento de parcela de depósito judicial suspensivo da exigibilidade do IPI da base de cálculo do PIS e da COFINS, em face da homologação de renúncia ao direito em que fundada, tendo em vista a adesão ao REFIS, com opção por pagamento à vista, aplicando-se as reduções previstas no artigo 10, da Lei 11.941/09.

Alegou, em suma, a agravante: **(1)** ofensa ao princípio do contraditório e da eficiência, uma vez que determinou a expedição de alvará de levantamento dos depósitos antes da manifestação da União sobre o pedido da parte autora; **(2)** é necessária a remessa ao contador judicial para apuração do *quantum* a ser convertido e levantado; **(3)** não há previsão de redução sobre o principal da dívida, incidindo apenas sobre multas, juros e encargos legais, nos termos do art. 1º, § 3º, I, da Lei 11.941/09; **(4)** ausência de informações nos autos a fim de verificar se os depósitos realizados abrangeram multas e juros, devendo ser determinada a intimação da parte autora para a apresentação de guias de depósito judicial; e **(5)** cabe o depósito imediato da verba caso o levantamento já tenha sido efetivado.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Consta dos autos que as concessionárias de veículos SUPERFOR RIO VEÍCULOS LTDA. e SUPER FRANCE VEÍCULOS LTDA. ajuizaram ação declaratória (AC 2005.61.00.019070-5), objetivando a exclusão do IPI da base de cálculo da COFINS e do PIS no regime de substituição tributária (instituído pela MP 1991-15), declarando-se a ilegalidade da IN-SRF 54/2000, com a compensação dos valores indevidamente pagos em virtude do cálculo sem essa exclusão no período de 23/05/00 a 31/10/02, afastando-se o regime monofásico instituído pela Lei 10.485/02 (f. 18/32). O Juízo *a quo* deferiu em parte a tutela antecipada "para o efeito de (a) afastar o regime de antecipação tributária, estabelecido pela Lei n.º 10.485/2002, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 10.865/2004, intitulado de regime "monofásico" de recolhimento tributário, pela aparente incompatibilidade com a eleição constitucional do sujeito passivo da obrigação tributária, no tocante aos tributos de natureza pessoal, a saber o PIS e a COFINS e, ainda, pela aparente violação ao postulado da igualdade, em função do *díscrimen* do setor econômico que a autora representa e, de conseguinte, (b) determino à montadora Peugeot/Citren do Brasil que se abstenha de promover à retenção e recolhimento do percentual "estimado" de faturamento das autoras, no percentual de 5,13% sobre o valor total do veículo, afastando-se, por consequência, toda e qualquer responsabilidade tributária da respectiva montadora pelo encargo tributário, em razão do aqui decidido, até a solução final do feito. Depreque-se para comunicar a montadora indicada nos autos da presente decisão, cientificando-a de que, doravante, o recolhimento tributário do PIS e COFINS

será realizado nos termos dessa decisão, devendo se abster de proceder ao desconto do percentual de 5,13% sobre o valor das notas fiscais emitidas em nome das autoras, referente a aquisição de veículos novos (zero quilômetro). Indefero o pedido de compensação, tendo em conta a orientação do STJ, no sentido de ser incabível tal autorização em sede de liminar" (f. 66/74).

A sentença julgou procedente o pedido, fixada a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação (f. 143/74). Interposta apelação pela PFN e tida por submetida a remessa, foi-lhes dado provimento para reformar a sentença (f. 355/65), confirmado o acórdão após julgamento dos embargos de declaração por esta Corte (f. 380/4). A parte autora interpôs recursos especial (f. 421/45) e extraordinário (f. 387/416) e, posteriormente, protocolou pedido de desistência em razão da adesão ao parcelamento instituído pela Lei 11.941/09, requerendo a conversão em renda dos depósitos judiciais para fins de pagamento à vista do débito, nos termos do artigo 10 da Lei 11.941/09, e o levantamento do saldo remanescente equivalente a 45% dos juros de mora (art. do § 3º, inciso I, do art. 1º), em relação aos depósitos realizados quanto aos vencimentos ocorridos até novembro/2008 (f. 465/6).

Homologada a renúncia ao direito que se funda a ação e a desistência dos recursos especial e extraordinário, a ação foi extinta, nos termos do art. 269, V, do CPC, com a condenação da parte autora em despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa (f. 490 e v.), com trânsito em julgado em 21/01/2011 (f. 493).

Com o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau, a União requereu a intimação da executada para o pagamento de R\$ 2.496,79, a título de honorários advocatícios, nos termos do artigo 475-J, do Código de Processo Civil (f. 496/8). A executada apresentou impugnação ao cumprimento da sentença, sendo indeferido o requerimento de exclusão dos honorários advocatícios pelo Juízo *a quo*, razão pela qual foi interposto o AI 2011.03.00.015625-1 (f. 521/33).

A parte autora requereu o levantamento do saldo remanescente, nos termos do art. 10 da Lei 11.941/09, que "*corresponde a 4,53 do valor depositado referente a conta 0265 635 00259071-1 (COFINS) e 1,87% do valor depositado referente a conta 0265 635 00259066-5 (PIS)*" (f. 545), conforme planilha anexada (f. 546/7) e extrato de consulta de depósitos e saldo corrigido (f. 548/52). Determinada a abertura de vista, em 17/08/2011, a PFN requereu a concessão de prazo de 60 dias para que a Receita Federal encaminhasse resposta referente ao pedido de levantamento dos depósitos judiciais, tendo em vista o Ofício DIAJU/PFN/SP 105/2011 (f. 556/7). Em 23/08/2011, a PFN requereu concessão do prazo de 30 dias para manifestação, uma vez que o Ofício DIAJUPFN/SP 105/2010 foi reencaminhado à DERAT/SPO (f. 558/60).

O Juízo *a quo* indeferiu o pedido, determinando a transformação dos depósitos em pagamento em favor da União e expedição de alvará de levantamento em favor do contribuinte, considerando os percentuais respectivos de 1,87% (conta n. 0265.635.00259066-5) e 4,53% (conta n. 0265.635.00259071-1), nos seguintes termos (f. 561/5):

"Em primeiro lugar deve ser afastado o requerimento de concessão de prazo solicitado pela União Federal, para manifestação sobre o pleito, dado que a ela já foi concedido prazo legal para pronunciamento, ademais, cuidando o tema de matéria exclusivamente de direito, que não demanda consulta à Administração Tributária para o pronunciamento, não se justifica a dilação de prazo solicitada. Tratando-se de tema exclusivamente de direito passo a analisá-lo. A requerente informa que aderiu ao programa de pagamento de dívidas instituído pela Lei n. 11.941/2009 e busca a quitação integral do débito, mediante a transformação do numerário depositado à disposição do Juízo em renda da União Federal, mediante a operação de encontro de valores entre o que teria de pagar, na atualidade, se não tivesse levado a cabo os mencionados depósitos, ao longo do tempo, em particular a dedução da parcela dos juros moratórios. Quanto à possibilidade de quitação da dívida tributária, com os favores da Lei n. 11.941/2009, mediante a utilização de valores depositados em Juízo, a própria lei já autoriza essa forma de pagamento, não havendo controvérsia maior a ser dirimida. Quanto ao encontro de valores tenho que assiste razão à postulante. Com efeito, o artigo 10, da Lei n. 11.941/2009, com a redação dada pela Lei n. 12.024/2009, estabelece, com apoio no postulado da isonomia, que "os depósitos existentes vinculados aos débitos a serem pagos ou parcelados nos termos desta Lei serão automaticamente convertidos em renda da União, após aplicação das reduções para pagamento à vista ou parcelamento.", esclarecendo ainda o parágrafo único do mencionado artigo que "a hipótese em que o valor depositado exceda o valor do débito após a consolidação de que trata esta Lei, o saldo remanescente será levantado pelo sujeito passivo". O texto legal não deixa margem a dúvidas no sentido de que sobre os depósitos judiciais deve ser realizado o encontro de contas. Esse comando legal se justifica à luz do princípio constitucional da isonomia, pois não seria possível que o legislador, enquanto destinatário primeiro da norma constitucional, tratasse de forma desigual o contribuinte que não depositou o valor em Juízo, e hoje conta com o benefício de pagar o valor principal (histórico), à vista, com redução de 45% (quarenta e cinco por cento) do valor dos "juros de mora", e aquele que depositou, e se viu desapossado antecipadamente do numerário reclamado pelo Fisco, e que seria então obrigado a suportar o pagamento integral dos juros em favor da Fazenda Pública. A se raciocinar de forma diferente estar-se-ia colocando em xeque o comando expresso no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, assim redigido, verbis: "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:....II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos." Portanto, tratar diferentemente o contribuinte que optou por depositar o valor do tributo em Juízo, para discutir sua legalidade/constitucionalidade, e aquele que simplesmente não pagou é atentar, flagrantemente, contra o Texto Constitucional. A recusa da Fazenda em reconhecer esse direito, materializado em ato infralegal (Portarias Conjuntas n.s. 6 e 10, de 2.009), não merece ser albergada. O critério isonômico exige que se apure o valor devido

pelo contribuinte na data da transformação do depósito em pagamento como se ele, contribuinte, estivesse na situação de inadimplência total, com abstração do fato de ter ele se valido do favor legal posto pelo art. 151, II, do CTN. O comportamento do Fisco, ao interpretar de lei federal de modo contrário, viola o postulado da igualdade do contribuinte "na lei". O tema da igualdade na lei ou perante a lei já recebeu dentro do ordenamento jurídico nacional em estudo significativo da lavra de FRANCISCO CAMPOS ("in" IGUALDADE DE TODOS PERANTE A LEI, artigo publicado na RDA nº 10, pág. 376 e ss., 1947). FRANCISCO CAMPOS, reportando-se ao tema da igualdade sob o pálio da Constituição de 1946, já deixava assente o entendimento de que "nos sistemas constitucionais do tipo do nosso (referindo-se ao conceito de "Estado de Direito") não cabe qualquer dúvida quanto ao principal destinatário do princípio constitucional de igualdade perante a lei. O mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei" (grifei) e neste ponto, em particular, referendava o entendimento de KELSEN para quem "colocar (o problema) da igualdade perante a lei, é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral" (grifei). Daí, quando se falar em "princípio da igualdade" deve-se pensar na "igualdade na lei", vez que a igualdade "perante a lei" é corolário lógico e inafastável na aplicação de todo o ordenamento jurídico; todos são iguais perante a lei significa o óbvio: o aplicador da lei não deve aplicar de modo diferente a mesma lei em relação aos seus destinatários. Já a "igualdade na lei" é aquela que se funda no "Estado de Direito" e veda ao legislador discriminar injustificadamente. Ainda sobre o assunto FRANCISCO CAMPOS diz que "a lei não poderá discriminar senão quando haja fundadas razões de fato, que indiquem a existência de diferenças reais. Ora, onde a discriminação já é um dado de fato, a lei que reconhece a diferença, para tratar cada caso de acordo com a sua natureza específica, não está, efetivamente, discriminando. Quando, porém, a lei discrimina pessoas, fatos, negócios ou atos, entre os quais existe identidade ou igualdade de condições gerais, por pertencerem a uma mesma classe, categoria ou ordem, a lei está discriminando, contra a proibição constitucional." Na mesma senda NORBERTO BOBBIO, em seus estudos acerca da igualdade e liberdade faz ver que "A igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada: significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados." E a medida da igualdade se faz, inafastavelmente, pelo elemento comparativo entre dois iguais, in casu, entre os contribuintes destinatários da norma; portanto, em se colocando os dois contribuintes em situações equivalentes a conclusão, também inafastável, é a de que se o postulante não tivesse realizado os depósitos judiciais não se veria desapossado do equivalente aos juros de mora. Daí, como indicado na planilha de cálculo, justifica-se a diferença apontada pelo requerente nos percentuais respectivos de 1,87% (conta n. 0265.635.00259066-5) e 4,53% (conta n. 0265.635.00259071-1), que deverá ser levantada pelo contribuinte, com a necessária transformação dos valores remanescentes, 98,13% e 95,47% do total depositado em juízo, em pagamento em prol da União Federal. Expeça-se ofício para a transformação dos depósitos em pagamento em favor da União Federal, bem como alvará de levantamento em favor do contribuinte, tendo em conta os percentuais supra referidos. Sobre a parcela a ser objeto de levantamento não haverá incidência de Imposto de Renda retido na fonte dado que se trata de verba com natureza ontologicamente tributária, vez que se cuida de juros de mora, insuscetível de tributação. Após a liquidação do alvará e transformação do depósito em pagamento, arquivem-se os autos, com baixa na distribuição. Intime-se. São Paulo, 25 de agosto de 2011."

Expedido alvará de levantamento, a CEF efetuou o pagamento no valor líquido de R\$ 277.838,77 (f. 574).

Em 19/09/2011, foi determinada a abertura de vista à PFN, com ciência da decisão proferida pelo Juízo *a quo* (f. 575), sendo interposto o presente agravo de instrumento, em 10/10/2011, distribuído a esta relatoria em 19/12/2011.

Com efeito, a previsão do artigo 10 da Lei 11.941/09, ao permitir o pagamento à vista, defere o desconto em relação ao depósito judicial que tenha sido efetuado com o acréscimo de multa e juros de mora, sobre os quais incide a redução de 40 a 100%, conforme o caso. Se o depósito ocorreu no prazo, dentro do vencimento do tributo, cuja exigibilidade foi suspensa, não existem encargos que possam, agora, ser reduzidos no pagamento à vista. Os juros moratórios que recaem, posteriormente, sobre o próprio depósito judicial, composto do principal, quando feito no prazo do vencimento, são acessórios pagos não pelo contribuinte, em favor do qual instituída a redução, a título de remissão, mas pelo depositário judicial, estando, exatamente por isto, excluídos do alcance do benefício, mesmo que possível o pagamento à vista, devendo ser destinados, pois, àquele em favor do qual se estabeleceu a coisa julgada.

A propósito, o seguinte precedente da Corte:

AI 2010.03.00003021-4, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 06/07/2010: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CABIMENTO. LEI Nº 11.941/09. PAGAMENTO À VISTA COM REDUÇÃO DE ENCARGOS. ARTIGO 1º, § 3º, I. JUROS MORATÓRIOS DO DEPOSITO JUDICIAL. ALCANCE DO BENEFÍCIO. REDUÇÃO DE ENCARGOS PRÉ-EXISTENTES AO DEPÓSITO JUDICIAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Caso em que a decisão agravada fundou-se não, específica e destacadamente, na hipótese de "confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior", mas na de manifesta falta de plausibilidade jurídica do pedido, além da inexistência de comprovação de lesão grave ou dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação (artigo 557, CPC). 2. A fundamentação deduzida foi ampla, minuciosa e destacou vários aspectos relevantes da controvérsia, ao passo que o recurso fundou-se apenas na genérica alusão

de que, primeiramente, a Lei nº 11.941/09 não distinguiu os juros e multa anteriores dos posteriores ao depósito judicial, para efeito de redução dos encargos, e que não haveria sentido na transação se o contribuinte não tivesse o direito ao levantamento dos juros e multa incidentes posteriormente ao depósito judicial. 3. O contribuinte explicitou que pretende, em face da Lei nº 11.941/09, desistir da ação e renunciar ao direito em que fundada desde que o seu depósito judicial possa ser levantado no que concerne aos juros e multa aplicados posteriormente à sua efetivação, ou seja, pretende compelir o Fisco a receber, a título de extinção do crédito tributário, o valor principal com juros pela SELIC reduzidos em 45%. 4. Ocorre, porém, que a decisão agravada fundamentou que a Lei nº 11.941/09 autorizou a redução de encargos pré-existentes ao depósito judicial, muito ao contrário do que restou pretendido pelo contribuinte, sendo, a propósito, elucidativo o texto legal (artigo 1º, § 3º, I), o qual se refere a três tipos de encargos: multas em geral, juros de mora e encargo legal. 5. Efetivado o depósito judicial, o que cabe são juros pela SELIC e isto apenas a partir da Lei nº 9.703, de 17/12/98 (DERESP nº 1.015.075, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 30/03/2010). Não cabe cobrança de multa sobre valores depositados a revelar, portanto, que a redução, a que se refere a lei, não abrange, como pretendido, o período posterior ao depósito judicial, mas tão-somente os anteriores. 6. Se não houver depósito integral, a multa pode recair sobre o que deixou de ser garantido, mas não sobre o depositado. A lógica da legislação é, pois, beneficiar apenas os encargos anteriores ao depósito judicial, de tal modo que os contribuintes, que efetuaram depósito judicial antes ou até o vencimento do tributo e, portanto, não incorreram em multas nem juros de mora, estão, por força da lei, excluídos da opção de redução de encargos. 7. O questionamento no sentido de que a legislação não teria sentido se assim fosse, pois não beneficiaria os contribuintes, na situação da agravante, o que tornaria inócua a razão de ser da transação, por não lhes conceder vantagem alguma, peca pela premissa adotada de que a legislação deve beneficiar todos os contribuintes, qualquer que seja a sua situação. O raciocínio da agravante força a que a lei, destinada a reduzir certos encargos, seja interpretada além de seu conteúdo para beneficiar o contribuinte com depósito judicial efetivado sem qualquer ônus ou encargo, reduzindo juros de mora que, por sua própria natureza, aderem ao principal e se destinam, no depósito judicial, ao vencedor da demanda. 8. Levantar depósito judicial em tal contexto, como assinalado, tem o significado de exaurir e esvaziar o resultado final da demanda, se for decretada a improcedência do pedido no mérito, daí porque, estando a pretensão sem amparo legal diante da lógica e literalidade da norma, revela-se, por efeito, de manifesta inviabilidade o pedido de destinação de depósito judicial, cuja reversão, diante de uma decisão de mérito desfavorável - o que é altamente plausível -, é certamente improvável, demorada e custosa, sem que, ao contrário, sofra o contribuinte qualquer dano irreparável caso mantido o indeferimento da liminar, preservando os valores no depósito judicial em garantia a ambas as partes, até a solução do mérito da causa. 9. Agravo inominado desprovido."

Saliente-se que contribuinte que discute judicialmente e suspende a exigibilidade do crédito tributário, mediante depósito, encontra-se em situação jurídica substancialmente distinta do contribuinte inadimplente, que sofre toda sorte de restrições, inclusive quanto à emissão de certidão de regularidade fiscal e cobrança executiva. Quem deposita e discute o crédito tributário, tem o ônus financeiro de dispor do valor para o depósito, porém goza, em contrapartida, da garantia de regularidade fiscal. São objetivamente situações distintas, e o fato de ter havido depósito judicial não pode transferir para os juros devidos pelo próprio depósito judicial, regulados por lei própria e devidos pela CEF, a regra fiscal específica, aplicável exclusivamente a juros de mora fiscais, estes sim objeto da Lei 11.941/09. Aplicar isonomia para tratar de situações jurídicas objetivamente distintas, estabelecendo benefício que a lei não previu, significaria nada menos do que legislar positivamente, o que se veda no ofício jurisdicional.

A questão jurídica, acerca do quanto devido a cada parte, encontra-se, pois, resolvida, bastando apenas discutir a situação concreta do caso diante de cálculos adotados pelo Juízo agravado para determinar a conversão em renda da União e o levantamento pelo contribuinte.

Na espécie, houve oportunidade para manifestação fazendária em relação ao pedido, ainda que o prazo tenha sido exíguo, o que não torna, porém, corretos os cálculos do contribuinte, mesmo porque a planilha juntada (f. 546/7) não é nada elucidativa, quanto ao necessário à estrita apuração dos valores que devem ser convertidos em renda da União ou levantados pelo contribuinte, nos exatos termos da Lei 11.941/09, conforme a interpretação já consagrada na Turma, daí porque não pode prevalecer sem prévia conferência da contadoria judicial, a qual deve apurar os valores dos encargos fiscais, quanto aos quais cabe exclusão ou redução, sem prejuízo do principal atualizado, na conformidade do estatuído legalmente e ainda na jurisprudência firmada. Tendo em vista que já expedido alvará de levantamento e ofício de conversão em renda, meses antes da distribuição do recurso a este relator, eventual diferença que houver, apurada pela contadoria judicial, à luz dos critérios indicados, e acolhida pelo Juízo, deverá ser revertida aos autos, por quem a tenha indevidamente recebido, para a correta destinação.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, nos termos supracitados.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00087 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031947-67.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.031947-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : IND/ DE TECIDOS DE ARAME LAMINADO AVINO ITALA S/A
ADVOGADO : ADAUTO NAZARO
AGRAVADO : RAFAEL FORTUNATO FERRARO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 98.05.17607-0 3F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, determinou a exclusão de sócio no pólo passivo da ação.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 22.09.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento".

Como se observa, a imposição de responsabilidade tributária, com solidariedade, para além do que dispõe o artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, configura não apenas ilegalidade, no plano infraconstitucional, o que já seria suficiente para repelir a pretensão fazendária, mas ainda violação da reserva constitucional estabelecida pelo artigo 146, III, da Constituição Federal, em favor da materialidade consagrada no Código Tributário Nacional.

A alegação de que o artigo 124, II, do CTN ("*São solidariamente obrigadas: (...) as pessoas expressamente designadas por lei*") ampara o artigo 8º do Decreto-lei 1.736 /1979 ("*São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a renda descontado na fonte*") foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal quando se destacou, no mesmo julgamento, que: "3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas 'as pessoas expressamente designadas por lei', não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores - de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere

a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) - pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente".

Assim, aplicando a jurisprudência suprema e superior, evidencia-se que não é válida a solidariedade ("**São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado**") se a própria responsabilidade tributária, tal como prevista na lei ordinária ("**pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a renda descontado na fonte**"), não se sustenta diante do artigo 135, III, do CTN, do qual se extrai o entendimento de que mera inadimplência no pagamento dos tributos não se insere, para efeito de redirecionamento a administradores, na hipótese normativa de "**atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos**".

Na espécie, não houve dissolução irregular da sociedade, mas incorporação (f. 258), sem a comprovação de qualquer ato de administração capaz de gerar a responsabilidade tributária do artigo 135, III, do CTN, seja por excesso de poderes ou por infração à lei, ao contrato ou estatuto social, pelo que manifestamente improcedente o pedido de reforma.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00088 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031971-95.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.031971-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : CAMPOS IND/ E COM/ DE TRANSFORMADORES LTDA
ADVOGADO : DANILO CORREA DE LIMA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE BAURU - 8ª SJJ - SP
No. ORIG. : 00005077720024036108 3 Vr BAURU/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Defiro os benefícios da Justiça Gratuita.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade, diante da impossibilidade de dilação probatória.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, constam da decisão agravada os seguintes fundamentos (f. 173/4):

"Trata-se de exceção de pré-executividade, oposta, às fls. 175/185, por Campos Indústria e Comércio de Transformadores Ltda., em face da União (Fazenda Nacional), por meio da qual aduz o transcurso do lapso prescricional em face do título exequendo, pugna pela reinclusão da executada no Programa de Parcelamento Especial PAES e requer a revisão total do débito, com a remessa dos autos, ao contador, para que este juízo possa aferir o valor real das parcelas.

Instada, a Fazenda Nacional manifestou-se, fls. 271/272.

É a síntese do necessário.

DECIDO.

A exceção de pré-executividade somente pode ser manejada quando a matéria prescinde de dilação probatória.

No caso, não há prova que demonstre ter o crédito em cobrança sido constituído, definitivamente, em período que ultrapasse o quinquênio anterior à distribuição da execução.

A menção a programa de parcelamento, ao contrário do que deseja a excipiente, tem o condão de confirmar a certeza, a liquidez e a exigibilidade da dívida, porquanto configura espécie de confissão de dívida.

Incabível, por fim, a aferição do valor real das parcelas pela Contadoria judicial.

Assim, e diante da impossibilidade de dilação probatória, REJEITO a exceção de pré-executividade arguida.

Sem honorários, pois suficiente o encargo de 20%, previsto no art. 1º, do Decreto-lei 1.025/69.

Prossiga-se com a execução."

Contra tal decisão, o presente recurso, alegando que: (1) indevida exclusão do PAES, uma vez que efetuou o pagamento de acordo com o disposto na Lei 10.684/03, inclusive com os acréscimos da TJPL; e (2) a necessidade de revisão dos

débitos inscritos em dívida ativa, tendo em vista que "*destoa da realidade, sendo certo que existem diversos valores em duplicidade, conforme comprova a documentação em anexo*" (f. 12).

Como se observa, o recurso não é viável, pois, embora extenso, não impugnou todos os fundamentos da decisão agravada, cada qual por si suficiente e bastante ao respaldo da solução aplicada, o que leva à inviabilidade do pedido de reforma, nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "***Cumpra à parte, nas razões do agravo de instrumento, impugnar todos os fundamentos suficientes da decisão que, na origem, não admite o recurso especial. Além disso, é preciso que tal impugnação seja efetiva, exigindo-se da parte que demonstre a impertinência dos motivos nos quais fundada a decisão agravada***" (AGA 1277076, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJU 25/02/2011).

Também esta Corte assentou o entendimento de que a impugnação específica é essencial para viabilizar o exame do pedido de reforma da decisão recorrida, destacando que "***Cumpra ao interessado, na apelação, impugnar todos os fundamentos expendidos da sentença; não o fazendo, restará insuficientemente atacado o ato decisório***" (AC 1999.61.00.058632-5, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, DJU 20/08/2009); que "***Não tendo a agravante impugnado todos os fundamentos da decisão de primeiro grau, os quais são, por si só, suficientes para manter hígido o decisum atacado, constata-se que não foi observado o requisito da impugnação específica***" (AI 2011.03.00.006420-4, Rel. Des. Fed. CECILIA MELLO, DJU 26/05/2011); e que "***Não tendo a apelação enfrentado todos os fundamentos que serviram de substrato para a extinção do processo sem apreciação do mérito, limitando-se a manifestar inconformismo em relação somente a um ângulo, que não se mostra suficiente e bastante, por isso, a afastar o julgamento realizado, é de se reconhecer a inépcia do recurso***" (AC 2000.03.99.032138-0, Rel. Des. Fed. SUZANA CAMARGO, DJU 10/02/2004).

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00089 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032220-46.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.032220-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : RIO PRETO COMPRESSORES IND/ E COM/ LTDA e outro
ADVOGADO : FABIO EDUARDO BRANCO CARNACCHIONI e outro
SUCEDIDO : IND/ DE COMPRESSORES PEG LTDA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00059434220104036106 6 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de decisão que, em embargos à execução fiscal, indeferiu a produção de provas pericial e testemunhal (f. 411), alegando, em suma, que: (1) houve cerceamento de defesa, nos termos do artigo 5º, LV, da CF; e (2) a realização das provas pretendidas, sobretudo a testemunhal, é imprescindível, especialmente, para afastar os requisitos da sucessão tributária, previstos no artigo 133 do CTN.

Os embargos à execução fiscal versam sobre inoccorrência de sucessão tributária, prescrição, nulidade das CDA's, inconstitucionalidade e ilegalidade da multa e da taxa SELIC, e iliquidez e incerteza dos títulos executivos, requerendo a embargante, na inicial, "*a produção de provas, em especial, a perícia contábil, reverenciando o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal), bem como demais provas em direito permitidas e admitidas, para esclarecer todos os pontos controvertidos*" (f. 12/69). Posteriormente, intimada a especificar e justificar a pertinência das provas (f. 390), a embargante requereu "*perícia contábil, uma vez que o excesso do valor cobrado nas execuções em apenso, mostram-se manifestamente excessivo, uma vez que além de haver cobrança de juros abusivos, multa leolina e encargos indevidos, em desacordo com a legislação vigente, conforme a vasta matéria argüida nos embargos, dado ao questionamento de sua legalidade, também há patente cobrança em duplicidade das CDA's mencionadas nas execuções em apenso. Pretende também, a produção de prova oral, com a inquirição de testemunhas cujo rol será oportunamente apresentado, a fim de que se possa ficar ainda mais evidenciado que não ocorreu a alegada sucessão, tratando-se assim, de empresas distintas, com endereços, sócios e objeto social diferentes, não podendo falar que a embargante tenha adquirido fundo de comércio da Indústria de Compressores Peg, com base em presunção e conjecturas de que houve a alegada sucessão tributária, restando evidente a ausência dos requisitos do artigo 133 do CTN para tal finalidade.*" (f. 392/3).

A decisão agravada foi assim fundamentada (f. 411):

"Fls. 371/389: Requer a embargante a realização de prova pericial contábil, alegando excessivo o valor executado, pois, 'além de haver cobrança de juros abusivos, multa leonina e encargos indevidos, em desacordo com a legislação vigente, conforme vasta matéria argüida nos embargos, dado ao questionamento de sua legalidade, também há patente cobrança em duplicidade das CDAs mencionadas nas execuções em apenso'. Pugna, ainda, a embargante pela produção de prova testemunhal e juntada de outros documentos que se fizerem necessários ao deslinde da questão. Indefiro os pedidos formulados pela embargante, porquanto versando as execuções sobre créditos tributários confessados pelo próprio contribuinte - situação afirmada pela embargante em suas razões -, desnecessária a realização de perícia contábil. Além disso, as demais questões ventiladas pela embargante versam sobre matéria de direito que dispensam a produção de prova testemunhal.

No que tange à alegação de cobrança em duplicidade, a questão já foi decidida às fls. 265 dos autos da execução fiscal n.º 0001015-87.2006.403.6106.

Venham os autos conclusos para sentença."

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que a perícia contábil somente é cabível quando discutida matéria fática controvertida, e não para impugnar encargos em execução fiscal, a título de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme revela, entre outros, o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

AgRg no RESP 928.314, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU de 06.09.2007 p. 221: "TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. SUPOSTA VIOLAÇÃO A ARTIGOS DE LEI. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PERÍCIA. MATÉRIA DE DIREITO. DESNECESSIDADE. CONSTATAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. PARCELAMENTO DO DÉBITO. EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. TAXA SELIC. APLICABILIDADE. I - Somente se poderá entender pelo prequestionamento implícito quando a matéria tratada no dispositivo legal for apreciada e solucionada pelo Tribunal de origem, de forma que se possa reconhecer qual norma direcionou o decisorio objurgado, o que não ocorreu no presente caso. II- Quanto à necessidade de prova pericial, a realização de perícia está sujeita à avaliação discricionária do órgão julgador competente. Todavia, tratando-se de matéria unicamente de direito, não há questão a ser solucionada pelo especialista contábil. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp nº 724059/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/04/2006; REsp nº 624337/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 23/08/2004 e REsp nº 215011/BA, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 05/09/2005. III- Exsurge clara a desnecessidade do auxílio do perito se o Tribunal a quo se convenceu de que a matéria debatida é unicamente de direito, não havendo como desviar-se do impedimento imposto pela súmula 7/STJ, pois a constatação requerida de aferição dos fatos invocados demandaria, inarredavelmente, o reexame fático-probatório. IV- A Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp nº 284.189/SP e o REsp nº 378.795/GO, ambos da Relatoria do Ministro FRANCIULLI NETTO, julgados na sessão de 17/06/2002, adotou o entendimento de que não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea para a exclusão da multa moratória nos casos em que há parcelamento do débito tributário, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado e esta somente será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. Precedentes: AGA nº 363.912/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 01/09/2003; REsp nº 295.376/PR, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 01/09/2003 e AEREsp nº 434.461/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ de 25/08/2003. V- A jurisprudência desta Corte é no sentido de que é devida a aplicação da taxa SELIC no campo tributário a partir do advento da Lei n.º 9.250/95, pois o referido diploma definiu hipótese especial, não vilipendiando, por esta ótica, o Código Tributário Nacional. Precedentes: EREsp nº 267.080/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 10/11/2003 e REsp nº 297.943/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 09/06/2003. VI- Agravo regimental improvido."

As impugnações quanto ao débito versam sobre discussão estritamente de Direito, ou seja, excesso de execução por inclusão de juros, multa e encargos supostamente ilegais, já tendo sido decidida, nos próprios autos da execução 0001015-87.2006.403.6106, como registrou o Juízo *a quo*, a questão sobre a alegada cobrança em duplicidade, não demandando a produção de perícia contábil, daí porque a impertinência da dilação pretendida à luz da jurisprudência consolidada, inexistindo qualquer ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A propósito, o seguinte julgado desta Turma:

AI 2010.03.00.025620-4, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, D.E. 04/04/2011: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITOS FISCAIS. PERÍCIA CONTÁBIL. QUESTÃO DE DIREITO. IMPERTINÊNCIA E INUTILIDADE. CARÁTER PROTETÓRIO DA DILIGÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1. Encontra-se pacificada a jurisprudência, firme no sentido de que perícia contábil somente é cabível quando discutida matéria fática controvertida, e não para impugnar encargos em execução fiscal, a título de ilegalidade ou inconstitucionalidade. 2. Caso em que as impugnações, objeto da ação, versam sobre discussão estritamente de Direito, não demandando a produção de perícia contábil, menos ainda quando o que se pretende, como revelam certos quesitos formulados pela

agravante, é a elaboração, pelo contador, de opiniões jurídicas sobre os temas em discussão no feito, daí porque a impertinência da dilação pretendida à luz da jurisprudência consolidada, inexistindo qualquer ofensa a preceitos dentre os invocados (artigo 420, parágrafo único, CPC; e incisos LIV e LV, do artigo 5º, da CF). 3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma. 4. Agravo inominado desprovido."

Quanto à sucessão tributária, cabe ressaltar que a embargante não requereu, na inicial, a produção específica de prova testemunhal, mas apenas de perícia contábil e "demais provas em direito permitidas e admitidas" (f. 68), não constando rol de testemunhas nem mesmo na própria petição que, posteriormente, formulou tal requerimento, após intimação para especificar e justificar as provas que pretendia produzir (f. 392/3), configurando-se, pois, a preclusão.

A respeito da preclusão, os seguintes precedentes desta Corte, inclusive, da Terceira Turma:

AC 2005.03.99.007087-2, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 21/09/2005, p. 303: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO A SÓCIO. CERCEAMENTO AO DIREITO DE AÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ENCERRAMENTO DA FASE PROBATÓRIA. DESPROVIMENTO DO APELO. 1. A alegação de cerceamento de defesa não se impõe, pois foi a própria apelante quem deixou de instruir a inicial com qualquer documentação, inclusive o contrato social com a indicação de que não teria poder de gestão; e, além do mais, sequer houve a indicação de prova testemunhal a ser produzida, e cujo requerimento deveria constar da própria inicial, sob pena de preclusão, como ocorrida na hipótese em face do artigo 16, § 2º, da Lei nº 6.830/80. 2. Não produzida a prova, na fase própria, a r. sentença, por evidente, decretou a improcedência do pedido, não sendo possível abrir a fase de instrução na oportunidade do recurso, com a juntada de documentos preexistentes, como ocorreu, na espécie, com a cópia apenas parcial do contrato social e, ainda assim, sem qualquer indicação de data, que possa revelar algo de substancial quanto ao fato constitutivo do direito alegado."

AG 96.03.010861-8, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJU 24/11/2004, p. 155: "PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - INDEFERIMENTO DE PROVA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA. I - Se a ora agravante tinha a pretensão de produzir prova testemunhal deveria especificá-la na exordial, trazendo, inclusive, o rol de testemunhas, sob pena de preclusão. Inteligência do art. 16, § 2º da Lei n. 6.830/80. II - Para a apresentação do rol, não havia necessidade de se esperar a vinda do processo administrativo aos autos, porque, a teor do disposto no art. 41 da Lei n. 6.830/80, este é mantido na repartição competente, podendo o devedor requerer cópia ou certidão das peças que o compõe, razão pela qual se afasta o alegado cerceamento de defesa. III - Agravo de instrumento improvido."

AC 2004.61.12.002112-8, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, DJF3 CJ2 16/06/2009, p. 660: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO RETIDO. PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. PRECLUSÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009/90. ARTIGO 3º, V. I - O artigo 16, § 2º da L. 6830/80 deixa claro que não haverá oportunidade para novo requerimento de provas dos fatos alegados na inicial, o que inclui a especificação da prova testemunhal. Havendo pedido genérico de produção de provas na exordial dos embargos, de rigor o reconhecimento da preclusão da produção da prova testemunhal. II - A L.8009/90 excepciona o bem de família, assim compreendido como a residência, o único imóvel utilizado pela entidade familiar para moradia permanente, da constrição judicial por dívida. III - A concessão do beneplácito depende da comprovação nos autos de dois requisitos, embora não em conjunto: a) que o bem penhorado seja o único imóvel de propriedade do executado; ou b) existindo outros imóveis de propriedade do executado, que o bem penhorado constitua a moradia da entidade familiar. Precedentes do STJ. IV - Comprovado, através de prova documental que a penhora recaiu sobre o imóvel que constitui a moradia do embargante e sua família é possível a alegação de sua impenhorabilidade. V - Agravo retido provido. Apelação improvida."

AR 2002.03.00.018996-6, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, DJF3 CJI 16/06/2011, p. 54: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. MULTA POR INFRAÇÃO AMBIENTAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 16, §2º DA LEI Nº 6.830/80. MATÉRIA ÚTIL À DEFESA. MOMENTO PROCESSUAL PARA APRESENTAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ARTIGO 485, V, DO CPC. INOCORRÊNCIA. Nos termos do artigo 16, §2º da Lei nº 6.830/80, o executado, quando do ajuizamento dos embargos à execução fiscal, deve alegar toda matéria útil à defesa, inclusive rol de testemunhas, não bastando somente o protesto, sob pena de preclusão. Correta a aplicação do disposto no art. 17, parágrafo único da Lei n. 6.830/80, que autoriza o julgamento antecipado da lide, diante dos elementos reunidos no processo, prescindindo de mais provas, não configurando hipótese de violação à disposição literal de lei, nos termos do art. 485, inc. V, do CPC, por cerceamento de defesa ou ofensa ao princípio do devido processo legal, consagrados no art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição Federal. Despicienda a produção de prova testemunhal para o desate da controvérsia instaurada nos autos originários, na medida em que se prestaria à comprovação, em tese, de que o embargante não construiu a obra potencialmente poluidora na propriedade adquirida. Conforme dispunha o artigo 44 do Decreto 3.179/99, vigente à época da lavratura do auto de infração, a mera manutenção da obra poluidora no local, configurava prática de infração administrativa suscetível de autuação. O dever de reparar o dano ambiental é também daquele que adquiriu o imóvel. Ressalte-se que o Decreto nº 6.514/2008, que revogou o Decreto 3.179/99 contém dispositivo no mesmo sentido. Ação rescisória julgada improcedente, condenando-se o autor nas custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, corrigido."

De outro lado, ainda que se admitisse a possibilidade de pedido de prova testemunhal no curso dos embargos, compete ao Juiz indeferir as provas inúteis e protelatórias. Como se observa da petição inicial, com relação à sucessão tributária, os argumentos dos embargos refletem as mesmas alegações rejeitadas em exceção de pré-executividade (f. 218/20) e no respectivo AI 2010.03.00.029565-9 - nº CNJ: 0029565-38.2010.4.03.0000 (f. 388/9 e 394/403), tratando-se, como afirmado pela própria embargante, de mero pedido de revisão (f. 27), inclusive porque a documentação juntada já foi apreciada naquele incidente, embora ainda não haja trânsito em julgado do acórdão que negou provimento ao agravo inominado, mantendo a decisão monocrática negando seguimento ao agravo de instrumento.

De fato, justificou a agravante a necessidade de prova testemunhal para comprovar que se trata de "empresas distintas, com endereços, sócios e objeto social diferentes", não havendo, assim, aquisição de fundo de comércio e, consequentemente, sucessão tributária. Verifica-se, portanto, que a prova pretendida pode ser feita através da juntada de documentos que infirmem aqueles já examinados e invocados para fundamentar a sua inclusão no pólo passivo da ação executiva.

Dessa forma, conclui-se que a produção de prova testemunhal, com a finalidade de afastar os requisitos da sucessão tributária, reconhecidos, anteriormente, com base nos documentos anexados, sem alegação de qualquer fato novo, é absolutamente desnecessária e impertinente. Neste sentido:

AC 93.03.096048-3, Rel. Juiz Fed. Conv. SILVA NETO, DJF3 03/12/2008, p. 2391: "PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DECADÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS: AUSENTE PREVISÃO DE REFERIDO INSTITUTO PARA O PERÍODO DE DÉBITOS EM QUESTÃO (01/83 A 12/87), INCIDÊNCIA APENAS DA PRESCRIÇÃO, COM PRAZO DE 30 ANOS, INCONSUMADA - ÔNUS CONTRIBUINTE INATENDIDO - INCOMPROVAÇÃO DA INOCORRÊNCIA DA SUCESSÃO - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS. 1. Com relação ao cerceamento de defesa argüido pela parte apelante, devido à não-realização de produção de prova testemunhal, o mesmo não merece prosperar, vez que o feito versa sobre matérias de direito e fático-documentais. 2. No que concerne à decadência, em questão os débitos das competências entre janeiro/1983 e dezembro/1987, portanto referido instituto não encontra amparo legal, não incidindo sobre as contribuições previdenciárias da época, sujeitas, apenas, ao instituto da prescrição, com prazo estabelecido em 30 anos, devido ao seu caráter não-tributário, retratando entendimento assim pacificado a respeito, consoante o tempo do débito: 1) De 1960 até o Código Tributário Nacional (CTN), de janeiro de 1967, o prazo prescricional das contribuições previdenciárias foi de 30 anos, não incidindo a decadência (art. 144, da Lei nº 3.807/1960); 2) A partir do Código Tributário Nacional (CTN) - janeiro/1967 - até a Emenda Constitucional (EC) nº 08, de 29/05/1977, o prazo foi de 05 anos, tanto para a prescrição quanto para a decadência (art. 217, II, CTN e Súmulas 108 e 219, ambas do TFR); 3) A partir da EC 08/1977 (que retirou o caráter de tributo das contribuições previdenciárias) até a Constituição Federal de 1988, esta cujo STN em vigor a partir de 01/03/1989, art. 34 ADCT, o prazo prescricional foi de 30 anos, não incidindo a decadência (art. 144, da Lei nº 3.807/60 e art. 2º, §9º, da LEF); 4) A partir da Constituição Federal de 1988, voltaram as contribuições previdenciárias a terem caráter de tributo e o prazo foi fixado em 05 anos, tanto para prescrição quanto para a decadência. 5) De se registrar a Lei nº 8.212/1991, que estendeu o prazo prescricional e decadencial das contribuições previdenciárias para 10 anos, a não se aplicar, padecendo de vício de ilegitimidade, por não ter observado a necessidade de lei complementar para regular a matéria (conforme entendimento do E. STF, exarado em junho/2008). 3. Ajuizada a execução em 29/06/1992, inconsumado o evento prescricional para os débitos em comento. 4. No tocante à argüição de que a Certidão de Dívida Ativa, que instrui execução, não apresenta os elementos necessários à sua regular compreensão, nenhuma ilegitimidade se constata, vez que se encontra o título a identificar a respeito, indicando o valor, o momento inicial de fluência dos juros e da atualização, além de outros dados ali postos, bem assim a normação a incidir na espécie, afastando-se, pois, dita angulação. 5. De se afastar a aventada nulidade da notificação, pois não comprovou a parte apelante que Francisca Camargo Mendes não era mais presidente da executada quando da sua ocorrência. 6. Elementar se recorde sobre a natureza dos embargos à execução, no sentido de uma ação cognoscitiva desconstitutiva, portanto a visar ao desfazimento do comando emanado do título exequendo, não logrando êxito em provar suas alegações a parte contribuinte. 7. Considerando-se ser ônus probatório da parte embargante conduzir ao centro dos autos elementos hábeis a demonstrar a inoccorrência da sucessão e a doação dos bens do patrimônio da empresa extinta à embargante, circunstâncias que viabilizariam ou não, sua vitória, à vista da teoria geral do processo, consagrada no plano do Direito Positivo Pátrio, de rigor se revela a improcedência aos embargos, por não provado o direito de que alega ser titular o pólo embargante em questão. 8. Sequer logrou demonstrar a apelante o que efetivamente se deu entre a sua aparição e a figura ali anteriormente sediada, o que capital. 9. Não logrando cumprir o pólo recorrente com seu elementar ônus, inabalada a presunção legal de liquidez e certeza de que desfruta o título em pauta, parágrafo único do art. 204, CTN, de rigor se revela a improcedência aos embargos em questão. 10. Improvimento à apelação, mantendo-se a r. sentença, por sua conclusão. Improcedência aos embargos."

AC 2002.71.07.002571-0, Rel. Juíza Fed. Conv. ELOY BERNST JUSTO, D.E. 03/12/2008: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. SUCESSÃO DE EMPRESAS. 1- Não configura cerceamento de defesa a ausência de produção de prova testemunhal quando as matérias discutidas podem ser comprovadas através de prova documental, de fácil acesso à parte. 2- A empresa sucessora passa a ocupar a posição processual da sucedida, com todos os ônus e bônus que disso advém, não havendo quebra de continuidade quando da transferência da responsabilidade e, por tal motivo, não há falar em necessidade de citação da sucessora. 3- A responsabilidade da sucessora é a mesma da devedora original."

AC 2008.80.00.000312-1, Rel. Des. Fed. IVAN LIRA DE CARVALHO, DJE 09/06/2011, p. 571: "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. ARTIGOS 132 E 133 DO CTN. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA CDA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. MULTA PUNITIVA. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECRETO LEI Nº 1.025/69. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. I. Ao magistrado, condutor do processo, cabe analisar a necessidade da dilação probatória, conforme os artigos 125, 130 e 131 do Código de Processo Civil. Assim, o julgador, considerando a matéria contestada na ação, pode indeferir a realização da prova testemunhal, por entendê-la desnecessária, diante da documentação acostada aos autos. II. A responsabilidade tributária por sucessão empresarial (CTN, art. 133) não precisa, necessariamente, ser formalizada, podendo ser caracterizada, em algumas situações, mediante a presença de fortes indícios capazes de convencer o julgador acerca da situação de fato existente. Precedente: TRF 5ª Região, AC 394551/AL, Segunda Turma, rel. Desembargador Federal FRANCISCO WILDO, DJ 16/10/2009 - PÁGINA: 228. III. Cabível à imputação da multa fiscal punitiva à empresa sucessora ou incorporadora, a teor dos artigos 132 e 133 do CTN. Precedente: STJ, REsp 1220651 / GO, rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 29/04/2011. IV. Inocorrência da prescrição do direito de ação e da prescrição intercorrente. V. O encargo de 20%, do Decreto Lei nº 1.025/69, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios (Súmula 168 do TFR). VI. Preenchidos um dos requisitos do art. 17 do CPC, pode o autor/embargante ser condenado por litigância de má-fé, o que ocorreu no presente caso, por alterar a verdade dos fatos, sendo devida a aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do art. 18 do CPC. VII. Apelação parcialmente provida, apenas para determinar a exclusão do pagamento de honorários advocatícios."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00090 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033116-89.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.033116-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : COSAN S/A ACUCAR E ALCOOL
ADVOGADO : ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE PIRACICABA SP
No. ORIG. : 00061734620084036109 1 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de decisão que, em execução fiscal, admitiu carta de fiança bancária para garantia parcial da dívida, em prejuízo do pedido de bloqueio de ativos financeiros pelo BACENJUD, baseada nos seguintes fundamentos (f. 154/6):

"Visto em Decisão A executada COSAN S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL ofereceu carta fiança bancária nº. 2.048.613-9, emitida pelo Banco Bradesco, visando a garantia dos débitos correspondentes à CDA nº.80.6.08.002789-06 no valor de R\$170.481,50, com prazo de vigência a partir de 29/10/2010 e vencimento até a extinção das obrigações da afiançada. A exequente se manifestou às fls. 86-98 requerendo a efetivação do bloqueio de ativos pelo meio eletrônico. Nesse contexto vieram os autos conclusos. Observo que a garantia oferecida se restringe aos débitos relativo à CDA nº. 80.6.08.002789-06, todavia, a presente execução também busca satisfação dos créditos inscritos na CDAs nº.80.3.08.000175-66 e nº.80..2.08.000916-37, os quais, segundo colhe da manifestação da exequente às fls. 86-98, em especial às fls. 92 e 93, foram inseridos no Programa de Parcelamento instituído pela Lei nº. 11.941/2009. De fato, nada obsta o reconhecimento da idoneidade da garantia ofertada por meio de carta de fiança bancária, vez que instituição bancária idônea se faz devedora solidária da executada. Ademais, referida garantia é admitida até mesmo como substituta da penhora de bens, a teor do que dispõe o art. 15, I, da Lei nº.6.830/1980. Nesse contexto, trago à lume: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BENS DA EXECUTADA. SUBSTITUIÇÃO POR DIREITO DE CRÉDITO DECORRENTE DE PRECATÓRIO. ART. 656 DO CPC. ART. 15, I, DA LEI 6.830/80. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE BEM PENHORADO POR PRECATÓRIO. INVIABILIDADE. 1. A substituição da penhora, em sede de

execução fiscal, só é admissível, independentemente da anuência da parte exequente, quando feita por depósito em dinheiro ou fiança bancária, consoante expressa determinação legal (art. 15, I, da Lei n.º 6.830/80). Precedentes: REsp n.º 926.176/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 21/06/2007; REsp n.º 801.871/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 19/10/2006; AgRg no REsp n.º 645.402/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 16/11/2004; REsp n.º 446.028/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 03/02/2003. (STJ: 1ª TURMA: ADRESP 200801257772 - ADRESP - AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 1064585. RELATOR MIN. LUIZ FUX. DJE:09/02/2010) PROCESSO CIVIL. FIANÇA BANCÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL. CABIMENTO TAMBÉM NA EXECUÇÃO COMUM, SUBMETIDA AO CPC. I - A fiança bancária pode ser exigida ou oferecida como garantia não apenas nas execuções fiscais de que trata a Lei nº 6.830/80, mas também nas execuções comuns, submetidas ao Código de Processo Civil. Precedentes.. (STJ - 3ª TURMA: AGRESP 200701687032. AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 968857. REL. MIN. SIDNEI BENETI. DJE:21/02/2011) Com efeito, não há que se cogitar que a garantia por carta fiança incorre em prejuízo ao credor, ante a fixação da garantia ofertada, enquanto que o crédito tributário aumenta com a mora do devedor, pois entendimento nesse sentido excluiria a possibilidade do oferecimento de qualquer bem, cuja estabilidade do valor não pudesse alcançar a progressão do débito junto ao Fisco. De fato, tal condição não se reflete em prejuízo à exequente, pois em havendo necessidade poderá essa requerer o reforço da penhora. Note-se que a carta fiança também está sendo oferecida em razão da recusa da exequente ao oferecimento dos bens lançado na petição de fls. 14-30. Diante do exposto, recebo a carta fiança bancária nº. 2.048.613-9, emitida pelo Banco Bradesco e declaro a presente execução garantida parcialmente, uma vez que em relação aos créditos das CDAs nº. 80.3.08.000175-66 e nº. 80..2.08.000916-37 há a suspensão de sua exigibilidade por conta da inserção no Parcelamento instituído pela Lei nº.11.941/2009 (fls.92-93). Intimem-se."

Alegou a agravante, em suma, que: (1) a execução fiscal abrange as inscrições 80.2.08.000916-37, 80.3.08.000175-66 e 80.6.08.002789-06, mas apenas um dos débitos foi incluído no parcelamento da Lei 11.941/09, tendo a agravada oferecido fiança bancária como garantia dos débitos não parcelados; (2) antes disso, porém, a PFN já havia rejeitado a primeira nomeação de bens do maquinário industrial da agravada e requerido a penhora on-line pelo sistema BACENJUD; (3) houve *negativa de jurisdição*, pois o Juízo deferiu a garantia por carta de fiança, sem apreciar o pedido de BACENJUD, violando o artigo 5º, XXXIV, 'a', XXXV e LIV, c/c o artigo 93, IX, ambos da CF; (4) a indicação da fiança é intempestiva, devendo a execução prosseguir sob a ótica do interesse do credor; (5) o dinheiro tem preferência sobre quaisquer outros bens, em face de sua superior liquidez, nos termos dos artigos 655 do CPC e 11 da LEF; (6) a agravada é uma das maiores indústrias nacionais, não podendo cogitar-se que não disponha de movimentação bancária; (7) ainda que a regular carta de fiança ostente certo privilégio, o que se discute, aqui, é a existência anterior de pedido de BACENJUD, que sequer foi apreciado pelo Juízo *a quo*; (8) mesmo que fosse tempestiva a nomeação, o direito da agravada não é absoluto, não podendo a fiança ser equiparada a dinheiro, até porque não se trata de hipótese de substituição de penhora, prevista no artigo 15, I, da LEF.

A agravada apresentou contraminuta, sustentando, em síntese, que: (1) tão logo constatou que não havia incluído um dos débitos no parcelamento, juntou a Carta de Fiança 2.048.613-9, emitida pelo Banco Bradesco, com prazo indeterminado e no valor atualizado da dívida; (2) a agravante não concordou e reiterou o pedido de BACENJUD; (3) apesar disso, o Juízo *a quo* aceitou a carta de fiança, rejeitando, conseqüentemente, a penhora on-line; (4) a carta de fiança foi contratada, conforme a Portaria PGFN 644/09, observando todos os requisitos legais; (5) nos termos da jurisprudência e dos artigos 9º e 15, I, da Lei 6.830/80, a fiança bancária equipara-se a dinheiro; (6) *"mesmo depois de arcar com altos custos financeiros na contratação de fiança bancária com instituição financeira de primeira linha, a Agravada foi surpreendida com insistente e descomedido pedido da Agravante de efetivação de penhora de seus ativos financeiros por meio do sistema BACEN JUD"* (f. 168); (7) ao contrário do alegado pela agravante, a carta de fiança foi apresentada em conformidade com o artigo 3º da Portaria PGFN 644/09, sendo *"anterior a qualquer decisão judicial de penhora em dinheiro"* (f. 169), pois, embora a agravante tenha requerido penhora on-line em setembro/2010, a carta de fiança foi juntada em novembro/2010, sobrevivendo a decisão que indeferiu o BACENJUD e aceitou a fiança em agosto/2011; (8) há contradições nas manifestações da agravante, sendo que, após a interposição do agravo, pediu suspensão do feito por um ano, indicando a CDA 80.6.08.002789-06, para garantia da qual está pretendendo a penhora on-line, como se também estivesse parcelada pela Lei 11.941/09; (9) a decisão agravada observou o princípio da menor onerosidade ao devedor, previsto no artigo 620 do CPC; (10) a penhora de ativos financeiros causaria impactos negativos nas atividades da empresa, pois limitaria seu capital de giro, em prejuízo, por exemplo, do pagamento de salários; e (11) agiu de boa-fé, reconhecendo a maior parte da dívida, no parcelamento da Lei 11.941/09, pretendendo discutir apenas o que está sendo exigido indevidamente, não podendo ser *"forçado a não questionar o que não deve, por temor de exigências sem razoabilidade, como a penhora 'on line' nas contas da empresa"* (f. 173).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, é manifestamente improcedente o pedido de reforma da decisão agravada.

Primeiramente, verifica-se que os pedidos da exequente, de penhora eletrônica, de um lado, e da executada, de garantia por fiança bancária, de outro, foram considerados e apreciados pelo Juízo *a quo*, tanto que constaram do breve relato dos fatos, sendo acolhida, porém, a carta de fiança, com fundamento na ausência de prejuízo à agravante, pelo que não é possível alegar-se *negativa de jurisdição*. Ainda que a PFN tenha requerido penhora via BACENJUD em 08/09/2010 (f. 111/2), a agravada, antes que houvesse apreciação, em 03/11/2010, ofereceu fiança bancária (f. 124/5), de modo que,

corretamente, foi intimada a PFN para manifestar-se sobre a garantia (f. 139 e 142/4), sobrevivendo decisão que, apesar da discordância da exequente, julgou apta a carta de fiança, em detrimento do pedido de BACENJUD (f. 154/6). Os fundamentos para a aceitação da fiança são os mesmos, inclusive, para obstar a penhora pelo BACENJUD, não havendo que se falar em ofensa aos artigos 5º, XXXIV, 'a', XXXV e LIV, e 93, IX, da CF.

A título de esclarecimento, em que pese a PFN tenha anunciado a inclusão no parcelamento da Lei 11.941/09 apenas dos débitos da CDA 80.2.08.000916-37 (f. 111/2), juntou, simultaneamente, discriminativo indicando que houve, também, a inclusão dos débitos da CDA 80.3.08.000175-66 (f. 117), motivo pelo qual o Juízo considerou suspensa a exigibilidade de ambas as CDA's pelo parcelamento, e da CDA 80.6.08.002789-06 pela carta de fiança. Assim, ao que tudo indica, houve confusão da PFN, que, posteriormente, também alegou estar parcelada a CDA 80.6.08.002789-06 (f. 175), ainda que tenha, antes, interposto este recurso para deferir a penhora on-line em garantia desta dívida, apesar de não constar tal CDA da indicação de débitos no parcelamento (f. 114/20) e de ter a agravada reiterado, em contraminuta, quanto a não ter incluído tal débito no parcelamento, por pretender discuti-lo judicialmente.

Portanto, deve-se considerar a suspensão da exigibilidade dos débitos das CDA's 80.2.08.000916-37 e 80.3.08.000175-66, em decorrência do parcelamento, e da CDA 80.6.08.002789-06, pela carta de fiança, tal como constou na decisão agravada, cingindo-se o objeto do recurso a examinar a discussão em torno da garantia desta última, se deve prevalecer a fiança ou se deve ser deferida a penhora pelo sistema BACENJUD.

Como observou a agravante, não se trata de substituição de penhora já realizada, de ativos financeiros pelo BACENJUD, por fiança bancária, mas de aferir se a fiança deve subsistir, mesmo tendo sido apresentada intempestivamente, em momento posterior ao requerimento da exequente de penhora pelo BACENJUD, então pendente de apreciação pelo Juízo, dada a discordância da Fazenda Pública, fundada, principalmente, na alegação de violação da ordem de preferência.

Nada obstante a preferência da penhora sobre dinheiro e a não equiparação desta à fiança, para a finalidade específica de verificar a ordem estabelecida nos artigos 655 do CPC e 11 da LEF, embora seja a fiança considerada equivalente ao depósito judicial, para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário, a questão deve ser examinada levando-se em conta a situação concreta dos autos, aplicando-se um juízo de ponderação entre os princípios em conflito.

Citada em 12/01/2009 (f. 57), a executada ofereceu à penhora, em 19/01/2009, equipamentos instalados em seu parque industrial ou seguro garantia judicial (f. 39/40) e, antes que a PFN se manifestasse, noticiou o parcelamento da Lei 11.941/09 (f. 66 e 76), informando a PFN que a executada não incluiu todos os débitos, devendo prosseguir a execução com a penhora pelo BACENJUD, pois os bens nomeados seriam de difícil comercialização e não teriam obedecido a ordem do artigo 11 da LEF (f. 111/2). Estando pendente de apreciação o requerimento de BACENJUD, a agravada juntou carta de fiança bancária (f. 124/5), que restou aceita pelo Juízo (f. 154/6).

De fato, a proteção do devedor (artigo 620, CPC), no caso, não traz, em contrapartida, qualquer prejuízo ao interesse do credor (artigo 612, CPC), sobretudo porque a Carta de Fiança Bancária 2.048.613-9, emitida, em 29/10/2010, pelo Banco Bradesco, instituição de solidez reconhecida no mercado financeiro, para garantia do débito da CDA 80.6.08.002789-06 (f. 125), em princípio, contempla os requisitos da Portaria PGFN 644, de 01/04/2009, indicando o valor da dívida na época, R\$ 170.481,50, e prevendo cláusulas de atualização pela SELIC, renúncia expressa aos termos dos artigos 827, 835 e 838, I, do Código Civil/2002, vigência por prazo indeterminado, ou seja, *"até a extinção das obrigações da Afiançada"*, constando, ainda, declaração da instituição financeira de *"conformidade com o disposto no artigo 34 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, nos termos do artigo 2º da Resolução n.º 2.325, de 30 de outubro de 1966, do Conselho Monetário Nacional"*, não havendo nenhuma impugnação da agravante sobre o atendimento das condições legais, revelando-se, portanto, garantia suficiente e adequada para a satisfação integral do débito da CDA 80.6.08.002789-06.

Na espécie, em que pese a carta de fiança bancária não possa ser equiparada à penhora de dinheiro, como pretende a agravada, há de ser mantida a garantia, considerando o seu elevado grau de certeza e liquidez, o qual é reconhecido, a propósito, pelo artigo 15, I, da Lei 6.830/80, que prevê a substituição da penhora, em qualquer fase do processo, por depósito em dinheiro ou fiança bancária.

De mais a mais, foi observado o artigo 3º da Portaria PGFN 644/09, segundo o qual *"A carta de fiança bancária somente poderá ser aceita se sua apresentação ocorrer antes de depósito ou de decisão judicial que determine a penhora de dinheiro"*, considerando que, no momento em que juntada a carta de fiança, em 03/11/2010 (f. 124), embora a agravante já tivesse requerido penhora on-line, em 08/09/2010 (f. 111), não havia qualquer decisão deferindo o BACENJUD.

Assim é que, neste caso específico, não deve ser deferida a penhora pelo BACENJUD, porque a agravada juntou carta de fiança, que lhe é menos onerosa e atende a finalidade de garantir o Juízo, inclusive, já tendo despendido com a contratação da garantia junto à instituição financeira, para possibilitar a discussão do débito em embargos à execução, devendo ser considerado, ainda, que a insurgência da agravante restringe-se à ordem legal, que não é absoluta, nada apontando, além disso, como óbice à aceitação da carta de fiança, prevalecendo, portanto, o princípio da razoabilidade. A propósito, em caso semelhante, nos termos do artigo 655 do CPC, a Turma assim decidiu, em acórdão de que fui relator:

AI 2009.03.00.043067-6, DJF3 CJI 21/01/2011, p. 406: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. GARANTIA. CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA. REFORÇO. BACENJUD. PRAZO DE IMPUGNAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Caso em que, intimado o devedor para cumprimento da sentença, depois de decorrido o prazo do artigo 475-J do Código

de Processo Civil, mas antes da expedição do mandado de penhora, ofereceu-se carta de fiança bancária, admitida pelo Juízo mediante reforço de 30% para integral garantia da execução, com o cômputo, a partir do deferimento, do prazo para impugnação; com o que se insurgiu a agravante, alegando que tem preferência legal o bloqueio eletrônico de valores e decorreu o prazo para impugnação, não exercido após o oferecimento da própria carta de fiança. 2. Como se observa, são duas as questões discutidas, a aceitação de carta de fiança em detrimento do bloqueio eletrônico de valores pelo BACENJUD, impugnada pela preferência deste e ainda pela insuficiência da garantia ofertada; e a concessão de prazo para impugnação nos termos do artigo 475-M, do CPC. 3. Ambas foram devidamente enfrentadas pela decisão agravada, ao destacar, primeiramente, o elevado grau de certeza e liquidez da carta de fiança bancária apresentada, que, embora não possa ser equiparada a dinheiro, foi expedida por instituição de notória solidez no mercado financeiro, afastando o risco aventado pela agravante, possuindo os requisitos necessários à aceitação, tais como: validade por prazo indeterminado, incidência de correção monetária e de juros, renúncia aos benefícios dos artigos 827 e 835 do Código Civil. Ressalte-se, ademais, que à garantia oferecida foi apresentado reforço de 30%, que redundou na cobertura integral da execução da sentença, o que não pode ser considerado lesivo ao interesse do credor à luz dos artigos 612, 646, 655 e 656 do Código de Processo Civil. Ainda que se cogitasse ou se venha a cogitar de eventual insuficiência, não seria o caso de indeferimento de plano da carta de fiança, mas de determinar o necessário complemento da garantia pela executada antes da adoção de medidas constritivas. 4. Embora caiba ao credor indicar desde logo os bens a penhorar, no caso de não haver depósito do valor em dinheiro, o que ocorreu foi a antecipação da agravada à expedição do mandado, oferecendo a carta de fiança que, diante do caso concreto, frente ao tratamento legal dado ao crédito em discussão, não se revela eivada de ilegalidade para impor a reforma preconizada. 5. Não é causa de nulidade a aceitação da garantia sem a prévia concordância da credora, facultando-se a impugnação posterior, aqui exercida, quando se alegou o cabimento preferencial da "penhora" eletrônica de valores financeiros sobre a carta de fiança juntada, questionamento que, como visto acima, não pode ser admitido no caso concreto. 6. Quanto à questão da preclusão para o exercício do direito de impugnação, foi corretamente solucionada pela decisão agravada, que bem fez ao distinguir depósito em dinheiro da fiança bancária, para os efeitos do prazo controvertido. É que, diferentemente do depósito em dinheiro, a carta de fiança, aqui oferecida antes da expedição do mandado de penhora - que se efetivada exigiria intimação do devedor da constrição: artigo 475-J, § 1º, CPC -, pode gerar dúvida e controvérsia quanto à sua aceitação, como cabalmente provado pelo próprio recurso em exame, e, portanto, enquanto não aceita pelo Juízo, não cabe reputar como garantida a execução para efeito de contagem do prazo para impugnação. 7. O fato de ter sido determinado o pagamento em 24 horas sob pena de expedição de mandado de penhora, não torna precluso o direito de petição do executado, oferecendo carta de fiança, sobretudo porque, no caso dos autos, foi examinada a sua eficácia e suficiência, decidindo-se pela sua aceitação como garantia da execução, não se podendo opor o óbice da preclusão ao Juízo, que não a decretou e, ao contrário, declarou-se garantido para efeito de abertura da fase de impugnação, donde inexistente a violação ao artigo 183 do Código de Processo Civil. 8. Correta, pois, a decisão agravada, que confirmou a proferida na origem, determinando a contagem do prazo de impugnação a partir da data em que aceita a carta de fiança, com o reforço determinado. 9. Agravo inominado desprovido."

Nesse sentido, ainda, o seguinte precedente da Corte:

AI 2005.03.00.019838-5, Rel. Juiz Fed. Conv. RUBENS CALIXTO, DJF3 CJI 13/07/2011, p. 901: "EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. PREFERÊNCIA A ATIVO FINANCEIRO. ART. 11 DA LEI 6.830/80. REGRA QUE DEVE SER ANALISADA COM RAZOABILIDADE. OFERECIMENTO DE CARTA DE FIANÇA. SUFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO MENOS ONEROSA. ART. 620 DO CPC. Desde que não haja prejuízo à sua efetividade, o processo de execução deve ser guiado pelo princípio da menor onerosidade para o devedor, nos expressos termos do art. 620 do CPC. Pretende a Fazenda Nacional que a penhora recaia necessariamente sobre dinheiro, em face da ordem de preferência estampada no art. 11 da Lei 6.830/80. Tendo sido oferecida idônea carta de fiança bancária pela executada, é de se concluir que a execução está suficientemente garantida, não havendo necessidade de impor a constrição judicial a ativos financeiros da devedora, que certamente representaria um ônus muito mais gravoso, quando os interesses da exequente já estão razoavelmente garantidos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento improvido."

Desta forma, resta inequívoco que, dadas as circunstâncias do caso em exame, cujo débito já se encontra garantido por fiança bancária, é inviável a sua desconsideração para dar preferência a futuro bloqueio eletrônico de valores eventualmente existentes em depósitos ou aplicações em instituições financeiras, através do sistema BACENJUD, pois apta e suficiente a garantia ofertada pela agravada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 28 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00091 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033476-24.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.033476-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : B M DO BRASIL IMP/ E EXP/ LTDA
ADVOGADO : JOAO FULANETO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00173615820114036100 8 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de negativa de liminar, em mandado de segurança, para reabrir prazo destinado a prestar informações para consolidação ou declarar consolidado o parcelamento da Lei 11.941/2009, no ato de adesão, conforme artigo 14 da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009, alegando, em suma, que: (1) apesar de ter pago regularmente as parcelas de R\$ 12.644,93, desde set/2009 até set/2011, em valor muito superior à prestação mínima de R\$ 100,00, não conseguiu consolidar os débitos, "haja vista as dificuldades de acesso ao sítio da RFB, sempre congestionado, travado, com inconsistências técnicas, extremamente complexo apresentando inúmeras falhas e acusando erros, as modalidades que deveriam apresentar débitos estavam vazias, não apresentando os débitos a serem consolidados, fazendo com que a agravante diante do alto valor de pagamento mensal combinado com o fato de que os débitos foram migrados de outros parcelamentos que estavam sendo cumpridos rigorosamente em dia, posto que debitados as parcelas em conta corrente bancária, conclui-se que a consolidação já estivesse efetuada" (f. 11); (2) é desproporcional a pena de exclusão do parcelamento, em razão do descumprimento da etapa de consolidação, pois tal ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade, tendo agido de boa-fé desde o início; (3) diante das falhas no sistema, a RFB, inclusive, devolveu o prazo para as pessoas físicas, o que deve ser estendido às pessoas jurídicas, sob pena de afronta ao princípio da isonomia; (4) tendo em vista os recolhimentos e o período decorrido, é provável que já tenham sido quitados os débitos, considerando os benefícios da Lei 11.941/2009; e (5) "Se a liminar não for concedida se consumará a exclusão da agravante do sistema de parcelamento REFIS da Crise, não sendo mais possível efetuar os pagamentos mensais e nem retornar aos pagamentos mensais dos parcelamentos anteriores, quais houve desistência para adesão ao REFIS da Crise. O prejuízo para a agravante é de alta monta, posto que as agravadas irão executar a dívida sem considerar os pagamentos efetuados no REFIS da Crise e nos parcelamentos anteriores." (f. 17).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que o parcelamento não configura direito do contribuinte, que possa ser invocado independentemente de lei ou sem a observância dos requisitos previstos em legislação específica (artigo 155-A, CTN). Assente que o contribuinte não pode auferir o benefício do parcelamento sem as respectivas contrapartidas legais que garantem o caráter recíproco das concessões e renúncias. O parcelamento não é dever nem direito, mas faculdade do contribuinte, exercida por adesão voluntária, pela qual se manifesta a concordância irrestrita com a forma e as condições legais estipuladas, sem espaço para ressalva ou exclusão de cláusulas, ainda que pela via judicial, dada a natureza mesma do acordo, tal como contemplado no regime tributário vigente, em que se destina a resolver, de forma célere e exclusivamente na via administrativa e extrajudicial, pendências fiscais.

Tal orientação encontra-se firmada na Corte, em reiterados julgados dentre os quais:

AMS 2002.03.99001698-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 19/07/2006: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DEFESA PRELIMINAR. PEDIDO DE PARCELAMENTO. MP Nº 1.699-41/98. LEI Nº 10.522/02. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO. EXIGÊNCIA LEGAL DE DESISTÊNCIA E CONFISSÃO IRRETRATÁVEL DO DÉBITO FISCAL. BENEFÍCIO FISCAL. TAXA SELIC. VALIDADE LEGAL E CONSTITUCIONAL. 1. As preliminares suscitadas devem ser rejeitadas: a de falta de documentação essencial porque a inicial é formalmente idônea, estando instruída com documentos próprios ao exame do mérito; e a de perda parcial de objeto da ação, porque em verdade indissociáveis os requisitos da desistência e da confissão irretratável do débito fiscal, remanescendo o interesse processual da impetrante em discutir o direito ao parcelamento, como pleiteado. 2. O parcelamento configura benefício fiscal, sujeito aos requisitos legais, não padecendo de inconstitucionalidade ou ilegalidade qualquer das condições, fixadas em contrapartida ao parcelamento de débitos fiscais em condições favoráveis ao contribuinte, e destinadas à garantia da execução do acordo, com a adimplência da obrigação fiscal. 3. A confissão irrevogável e irretratável, a desistência ou a renúncia a direito ou à ação judicial, envolvendo os débitos fiscais incluídos no parcelamento, não viola princípios constitucionais nem preceitos legais. 4. Consolidada a jurisprudência no sentido da validade da aplicação da Taxa SELIC como encargo moratório na cobrança de débitos fiscais, abrangendo inclusive a hipótese de parcelamento."

AMS 2000.61.00013024-3, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJF3 05/10/2009: "MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - ADESÃO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL-REFIS - LEI Nº 9.964/00 - OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - CONSTITUCIONALIDADE. 1- O Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, instituído pela Lei nº 9.964/2000, é destinado a promover a regularização de débitos existentes para com a União Federal, sendo facultado ao contribuinte a adesão voluntária. 2- O parcelamento não constitui um direito subjetivo do contribuinte, mas traduz-se em um benefício fiscal, representando verdadeira transação, levada a efeito por meio de um ato de vontade do contribuinte, o qual aceita as condições legais que disciplinam o acordo com a União, permitindo a satisfação da obrigação tributária mediante o pagamento em condições mais vantajosas, afastando os efeitos da inadimplência. 3- Por outro lado, a opção pelo REFIS sujeita a pessoa jurídica às condições que o Programa estabelece, dentre as quais, a confissão irrevogável e irretratável, a desistência ou a renúncia a direito ou à ação judicial envolvendo os débitos parcelados, a abertura do sigilo bancário, o compromisso de regularidade fiscal e a exigência de garantia, para os grandes devedores. 4- Não se há falar em violação aos princípios constitucionais invocados, levando em consideração, ainda, que todas as condições constantes do programa são dadas ao conhecimento da pessoa jurídica, quando da sua opção. 5- Não há que se cogitar, tampouco, de ilegalidade diante dos preceitos do Código Tributário Nacional, porquanto a confissão de dívida acompanhada de pedido de parcelamento não configura denúncia espontânea, visto que não extingue automaticamente os débitos tributários, de modo que é legítima a incidência da multa moratória. De outra parte, o débito fiscal parcelado está sujeito aos encargos moratórios, podendo os juros ser fixados além de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do parágrafo 1º do artigo 161 do CTN, sendo aplicável, outrossim, a Taxa SELIC. 6- Tendo por substrato um verdadeiro ato de vontade, em princípio, a menos que haja a demonstração de plano da violação de direito líquido e certo do contribuinte, as condições do parcelamento não podem ser modificadas pelo Poder Judiciário, em substituição à autoridade administrativa. 7- Apelação a que se nega provimento."

AC 2006.61.05014281-4, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJF3 19/01/2010: "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO DO DÉBITO INSTITUÍDO PELA MP N.º 303/2006 - PAEX. CONFISSÃO DOS DÉBITOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. O ingresso no Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX, é uma faculdade da pessoa jurídica, cabendo a ela aferir se lhe é vantajoso. 2. Uma vez feita a opção pelo Programa, o contribuinte deve submeter-se às condições impostas na Medida Provisória n.º 303/2006, pois neste ambas as partes hão de fazer concessões recíprocas, já que o Programa não busca conferir vantagens apenas a um dos envolvidos na relação jurídica tributária. Ambas as partes, em certa medida, devem renunciar para compor. 3. A confissão irrevogável e irretratável do débito é uma das condições a que está sujeito o contribuinte ao aderir ao Programa, nos termos do art. 1º, § 6º da MP n.º 303/06. Noticiada a adesão, em princípio, o feito deveria ser extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, pela carência superveniente da ação - falta de interesse processual. 4. Sendo descabida, nesta instância recursal, a alteração do dispositivo monocrático de julgamento de improcedência do feito, sob pena de reformatio in pejus, há que ser mantida a r. sentença de primeiro grau, mormente considerando-se que o patrono da apelante nada requereu nesse sentido. 5. Apelação improvida."

Com relação ao parcelamento da Lei 11.941/2009, a Portaria Conjunta PGFN/RFB 2, de 03/02/2011, fixou prazos determinados para a prestação de informações necessárias à consolidação dos débitos.

Na espécie, não está presente a plausibilidade do direito líquido e certo invocado pela agravante, pois não consta que tais informações tenham sido prestadas no prazo estabelecido, assim como também não há qualquer indício da existência de falhas no sistema eletrônico da RFB, que tenham, porventura, impedido o cumprimento desta etapa obrigatória do parcelamento, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão agravada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Intime-se.

São Paulo, 28 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00092 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033537-79.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.033537-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : SIDNEY VICENTE GRECCO
ADVOGADO : ANTONIO BRANISSO SOBRINHO
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE JACAREI SP
No. ORIG. : 03.00.00028-5 A Vr JACAREI/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de rejeição de exceção de pré-executividade, à consideração de que "os argumentos trazidos pelo executado versam sobre matéria que deve ser discutida em sede de embargos do devedor, que têm natureza cognitiva e permitem a ampla instrução, após a necessária segurança do juízo" (f. 17).

Alegou, em suma, a nulidade da CDA, pois "embora seja exigido o valor R\$ 23.185,14 (vinte e três mil, cento e oitenta e cinco reais e quatorze centavos), referente a rendimentos auferidos no ano base do exercício de 1997, contata-se que diversos pagamentos foram efetuados anteriormente ao ajuizamento da presente ação que não foram considerados para o abatimento no total da dívida, conforme demonstram comprovantes de pagamento anexos" (f. 08).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que pode ser discutida, em exceção de pré-executividade, a alegação de pagamento, enquanto causa de extinção do crédito tributário, desde que provado o fato documental, sem espaço para controvérsia ou dilação probatória.

A propósito, entre outros, os seguintes precedentes:

RESP 1.002.031, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJE 23/06/2008: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EFEITO SUSPENSIVO. 1. A exceção de pré-executividade é admitida, em situação excepcional, pelo nosso ordenamento jurídico. É cabível, com o efeito de suspender a execução, somente quando comprovada, de modo indubitável, a existência de prescrição, decadência, pagamento do débito ou outro motivo de ordem pública. 2. Não é aceita exceção de pré-executividade para discutir a inexigibilidade de ISS em razão de serviços prestados por cooperativas. Necessidade de se analisar, no âmbito da instrução, se os serviços prestados têm natureza de ato cooperativo ou de ato não-cooperativo. 3. Recurso especial provido."

AG 2005.03.00.016179-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 26/01/2006: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL DO RECOLHIMENTO INTEGRAL DOS DÉBITOS EXECUTADOS, NOS VENCIMENTOS RESPECTIVOS. INEXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA EM RELAÇÃO AOS FATOS RELEVANTES DA CAUSA. 1. Estando documentalmente comprovado, por guias de recolhimento (DARF) com autenticação mecânica, que houve o recolhimento integral dos débitos, conforme os valores expressos na CDA, e nos respectivos vencimentos, sem que a defesa da exequente alegue defesa substancial, é válida a decisão que, mesmo antes da intimação para manifestação sobre a exceção de pré-executividade, mas de forma motivada, suspende a exigibilidade do crédito tributário. 2. Caso em que não suscitada controvérsia fática, com impugnação à idoneidade da prova documental e à veracidade dos fatos nela provados, estando limitado o recurso a alegações vencidas pela decisão agravada: (1) presunção de liquidez e certeza da CDA, superada pelo que apurado pelo Juízo a quo; (2) inexistência de violação ao devido processo legal, pois deferida, motivadamente, em caráter provisório, mera suspensão da exigibilidade de crédito tributário, na pendência da manifestação da exequente; e (3) suspensão da exigibilidade fundada em provas de pagamento, e não em mero pedido de revisão de lançamento. 3. Precedente"
Na espécie, a execução fiscal trata de IRPF, valor de R\$ 4.422,37, vencido em 30/04/1998, além de multa de R\$ 3.316,77, vencida em 17/11/2000 (f. 40); enquanto os DARF's, com valor principal de R\$ 50,00, além de encargos, indicam período de apuração entre 24/07/2003 e 30/09/2008, e código de receita 7042 - parcelamento da Lei 10.684/03, pessoa física. Neste contexto, não é possível, pois, verificar a própria identidade de fato gerador, o eventual alcance do parcelamento e, ainda, se teria havido, como afirmado, desconsideração dos recolhimentos efetuados no parcelamento, caso pertinentes ao tributo executado.

A alegação de que haveria excesso, de que resultaria a violação do artigo 202, II, do CTN, depende de dilação probatória, incompatível com a via da exceção de pré-executividade, devendo, portanto, o executado valer-se, mesmo, dos embargos à execução fiscal para demonstração fático-probatória da tese que foi deduzida, não sendo o caso de nulidade formal, passível de exame de ofício e sem dilação probatória.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 02 de janeiro de 2012.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00093 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034235-85.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.034235-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

AGRAVADO : ENGEMET METALURGICA E COM/ LTDA
ADVOGADO : FELLIPE GUIMARAES FREITAS e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 17 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00160624620114036100 17 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de antecipação de tutela, em ação anulatória de débito fiscal, para suspender a exigibilidade do crédito tributário referente ao PA 10880.668.314/2009-46, possibilitando a emissão de CND e obstando o prosseguimento dos atos de cobrança (f. 80/1), alegando: (1) ausência de *fumus boni iuris* ou prova inequívoca; (2) confissão de dívida no PER/DCOMP 20563.35326.090806.1.3.04-4102; (3) intempestividade da manifestação de inconformidade contra o indeferimento do PER/DCOMP; (4) presunção de legitimidade dos atos administrativos; e (5) inexistência de prova cabal de ilegalidade.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil, vez que manifestamente infundada a pretensão.

Com efeito, a decisão agravada foi fundamentada nos seguintes termos (f. 80/1):

"Vistos etc. Afasto a hipótese de prevenção com aquele relacionado à fl. 68 por se tratar de objeto distinto. Engemet Metalurgia e Comércio Ltda., devidamente qualificada nos autos, ajuizou ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, em face da União Federal, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto do processo cobrança nº 10880.668.314/2009-46, em decorrência da extinção do crédito tributário da COFINS da competência de maio de 2006, de modo que não seja óbice para expedição de certidão negativa de débitos e seja determinada a abstenção de quaisquer outros procedimentos de cobrança do débito, uma vez que comprovado que o PERD/COMP nº 20563.35326.090806.1.3.04-4102 representa mera duplicidade ao PERD/COMP de nº 42725.01947.140606.1.3.04-0469, já homologado. Quanto aos fatos, a autora registra que foi surpreendida com a inclusão do débito nº 10880.668.314/2009-46, diante da suposta existência de dívida de COFINS no valor atualizado de R\$ 65.582,60, já com a inclusão de multa e juros, atrelada à competência de maio de 2006. Sustenta que tal débito encontra-se extinto, uma vez que efetuou compensação através do PERD/COMP nº 42725.01947.140606.1.3.04-0469. A autora informa que, por equívoco, em agosto de 2006 transmitiu novamente o mesmo documento compensatório à União, o que gerou procedimento de compensação nº 20563.35326.090806.1.3.04-4102. Procedeu explicações por escrito à União, mas o procedimento acima mencionado resultou em glosa de compensação inexistente, sob a fundamentação de insuficiência de crédito para a realização da compensação. Anexou documentos. É a síntese do necessário. Decido. Embora a questão trazida aos autos se deu por equívoco da própria parte autora, encontro relevância nos fundamentos invocados, posto que os documentos trazidos pela parte autora às fls. 52/56 (PER/DCOMP nº 20563.35326.090806.1.3.04-4102) comprovam que se trata de duplicidade da compensação já homologada pela União referente ao PERD/COMP nº 42725.01947.140606.1.3.04-0469, uma vez que se trata dos mesmos valores, bem como do mesmo débito. Também está caracterizado o periculum in mora, diante da possibilidade de inscrição em dívida ativa da União. Diante do exposto, defiro o pedido de tutela antecipada, nos moldes do pleiteado na exordial, a fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário objeto do processo cobrança nº 10880.668.314/2009-46, de modo que o débito discutido nestes autos não seja óbice para expedição de certidão negativa de débitos, bem como determinando que a ré se abstenha de quaisquer outros procedimentos de cobrança do débito. Cite-se. Registre-se, conforme disposto na Resolução n.º 442/2005/CJF. I."

Na espécie, com relação ao débito de COFINS do período de mai/2006, declarado no montante de R\$ 117.922,62 (f. 54), houve recolhimento parcial em 14/06/2006, mediante DARF, de R\$ 80.866,11 (f. 57), e compensação do crédito originário de R\$ 35.366,01, atualizado, na mesma data de 14/06/2006, para R\$ 37.056,51, através da PER/DCOMP 42725.01947.140606.1.3.04-0469 (f. 48/52), havendo homologação pelo Fisco, conforme consta, expressamente, na consulta de processamento via *web* (f. 59).

Em 09/08/2006 (f. 61/5), a agravada transmitiu o PER/DCOMP 20563.35326.090806.1.3.04-4102, constando informações exatamente iguais, para restituição do mesmo crédito de COFINS de R\$ 35.366,01, pago a maior em 15/02/2006, e compensação com o mesmo débito parcial de COFINS, do período de mai/2006, não havendo homologação por inexistência de crédito, por já ter sido utilizado este valor na PER/DCOMP 42725.01947.140606.1.3.04-0469, com intimação para pagamento no prazo de 30 dias, ou apresentação de manifestação de inconformidade, de acordo com despacho decisório de 20/11/2009 (f. 68). Tendo sido a manifestação de inconformidade apresentada intempestivamente, foi a agravada intimada, novamente, para pagar o débito em 27/07/2011 (f. 74).

Assim, considerando os documentos juntados, é plausível a alegação de transmissão de PER/DCOMP em duplicidade, por equívoco do contribuinte.

Ademais, as alegações contidas no presente recurso são genéricas e não enfrentam, diretamente, o mérito da questão, inexistindo qualquer impugnação específica à prova documental produzida pela agravada.

Ante o exposto, esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00094 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034863-74.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.034863-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARIE CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : AMU ATENDIMENTO MEDICO DE URGENCIA S/S LTDA
ADVOGADO : MARCELO HENRIQUE TRILHA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE GUARULHOS > 19ªSSJ > SP
No. ORIG. : 00004533420094036119 3 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de decisão que, em execução fiscal, acolheu exceção de pré-executividade e julgou extintos os débitos dos períodos de 07 a 10/2003 e 09 a 10/2004, integralmente, e de 11/2003 a 08/2004, parcialmente, até o limite depositado e convertido em renda da União, conforme guias de f. 168/170 (f. 205/7v.), alegando, em suma, que: (1) os depósitos judiciais, realizados na ação ordinária 2003.61.19.004491-5, foram feitos em desconformidade com a Lei 9.703/98 e a IN SRF 141/98, razão pela qual houve a inscrição em dívida ativa das diferenças de correção monetária e dos acréscimos moratórios decorrentes da inexistência de suspensão da exigibilidade; (2) apesar de intimada no processo administrativo, a agravada não retificou as guias de depósitos judiciais relativas a 2003, nem complementou os valores depositados, sem a multa e os juros devidos, em 20/10/2004, referente aos períodos de 11/2003 a 08/2004; e (3) quando efetuados os depósitos judiciais não havia suspensão da exigibilidade, pois a tutela antecipada foi indeferida, sobrevindo sentença de improcedência, pelo que deviam ser depositados multa e juros.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que o banco depositário é o responsável pelo pagamento da correção monetária dos depósitos judiciais, não sendo viável, portanto, a cobrança da correção monetária da parte depositante, donde o acerto inequívoco da decisão agravada neste aspecto.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 179, pacificando a interpretação sobre a controvérsia, na esteira da qual foram firmados reiterados precedentes:

RESP 851400, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 18/02/2009: "PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 179/STJ. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE DEPÓSITO JUDICIAL REALIZADO EM PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.703/98. PRECEDENTES. 1. A instituição financeira depositária, in casu, a Caixa Econômica Federal - CEF (REsp. 1.015.075/AL) é responsável pelo pagamento da correção monetária sobre os valores recolhidos a título de depósito judicial. Incidência da Súmula 179/STJ: "O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos." 2. A Taxa SELIC, como forma de correção monetária dos depósitos judiciais e extrajudiciais, somente incide após o advento da Lei 9.703 de 17/11/1998. Precedentes: REsp. 902.323/MG, DJU 25.02.08; REsp. 750.030/RS, DJU 29.06.07; REsp. 795.385/RJ, DJU 26.02.07, EDcl no RMS 17976/SC, DJU 26.09.05, REsp. 769.766/SC, DJU 19.12.05, REsp. 817.038/RJ, DJU 30.03.06. 3. In casu, à luz do princípio tempus regit actum, não incide a Taxa SELIC sobre a correção dos depósitos judiciais realizados entre 11.10.90 a 1º.10.91, período anterior à vigência da Lei 9.708/98, que previu sua aplicação, consoante se extrai do seu artigo 4º, verbis: "Esta lei entra em vigor na data da sua publicação, aplicando-se aos depósitos efetuados a partir de 1º de dezembro de 1998." 4. Recurso especial desprovido."

RESP 936184, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJE de 24/04/2008: "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DEPÓSITO JUDICIAL. TAXA SELIC. 1. Discussão entre as partes acima identificadas sobre a correção monetária e os juros aplicáveis aos depósitos judiciais tributários. 2. Jurisprudência do STJ no sentido de que deve ser aplicada, no caso, a taxa Selic, independentemente do banco que recebe a operação. 3. Acórdão precedente: PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 179/STJ. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE DEPÓSITO JUDICIAL REALIZADO EM PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.703/98. PRECEDENTES. 1. A instituição financeira depositária é responsável pelo pagamento da correção monetária sobre os valores recolhidos a título de depósito judicial. Incidência da Súmula n.º 179/STJ: "O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, é que responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos." 2. A Taxa SELIC, como forma de correção monetária dos depósitos judiciais e extrajudiciais, somente incide após o advento da Lei 9.703 de 17/11/1998. Precedentes: REsp

750030/RS DJ 29.06.2007; Resp 795385 DJ 26.02.2007, EDcl no RMS 17976/SC, DJ de 26/09/2005, REsp 769766/SC, DJ de 19/12/2005, REsp 817038/RJ, DJ de 30/03/2006. 3. In casu, à luz do princípio tempus regit actum, não incide a Taxa SELIC sobre a correção dos depósitos judiciais realizados entre 03/94 a 01/95, período anterior à vigência da Lei nº 9.708/98, que previu sua aplicação, consoante se extrai do seu artigo 4º, verbis: "Esta lei entra em vigor na data da sua publicação, aplicando-se aos depósitos efetuados a partir de 1º de dezembro de 1998." 4. Recurso especial desprovido. 4. Recurso provido."

Como se observa, o Juízo agravado concluiu "ser incontroverso que os depósitos judiciais para os períodos-base de 07 a 10/2003 e 09 e 10/2004 foram no montante integral dos créditos tributários atualizados até a data de sua realização" (f. 205v.), tendo sido suspensa a exigibilidade, nos termos do artigo 151, II, do CTN, e extintos os respectivos débitos no momento da conversão em renda, não se podendo exigir do contribuinte eventuais diferenças de correção monetária ou juros não computados pelo banco depositário, em razão de erro na utilização da guia. Assim, apesar da discussão da responsabilidade da CEF no MS 0025404-82.2010.4.03.0000, antigo 2010.03.00.025404-9, com liminar deferida à CEF (f. 94/5), tais diferenças não podem ser exigidas do contribuinte depositante. Com relação às "diferenças apuradas entre o depositado e o devido relativo ao período-base de 11/03 a 08/04", o Juízo declarou devidas, vez que "os depósitos, realizados em 20/10/04, fls. 168/170, foram inferiores ao montante integral, pois sem os devidos acréscimos de multa e juros" (f. 207).

Dessa forma, encontra-se reiteradamente vencida a tese e a pretensão formuladas pela agravante, no sentido de atribuir responsabilidade ao contribuinte pelas diferenças de correção monetária e dos juros em depósitos judiciais no montante integral, a partir de 01/12/1998, ainda que realizados em guias incorretas, ou seja, Guias de Depósito Judicial à Ordem da Justiça Federal, quando o correto seria em Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade, como determina o artigo 1º da Lei 9.703/98, denominado Documento para Depósitos Judiciais ou Extrajudiciais à Ordem e à Disposição da Autoridade Judicial ou Administrativa Competente - DJE.

De fato, o erro no recebimento do depósito judicial em guia inapropriada deve ser imputado, em princípio, à instituição financeira, como se verifica do seguinte acórdão:

AROMS 19800, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 13/03/2009: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - DEPÓSITO JUDICIAL - ERRO NO PREENCHIMENTO DA GUIA - LEI N. 9.703/98 - RESPONSABILIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - AGRAVO REGIMENTAL - RAZÕES INCAPAZES DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. 1. Os depósitos judiciais são regulados pela Lei n. 9.703/98, que impõe necessariamente deles serem realizados mediante DARF na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Assim, eventual descumprimento dessa regra consiste em erro da recorrente, que poderia obstar o depósito não realizado por DARF e consequentemente corrigido pela TAXA SELIC. 2. O STJ manifestou-se sobre caso semelhante: "o fato de ter havido desencontros entre a gerência do banco depositário e o depositante, levando ao preenchimento de guia de depósito inespecífica para a operação, é matéria que refoge do âmbito jurídico, não podendo ser alegada como forma de eximir a instituição financeira de suas responsabilidades legais." (AgRg no Ag 492886/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 14.12.2004, DJ 28.2.2005) 3. Conforme determinou o acórdão a quo, cabe à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL atualizar os valores depositados pela empresa em juízo, nos termos da Lei n. 9.703/98, pois, repita-se, ao permitir o depósito realizado por meio de documento inadequado, violou as normas que regem a matéria. Agravo regimental improvido."

Nada obstante, deve ser ressalvada a hipótese em que a responsabilidade pelo erro for atribuída, efetivamente, ao depositante, em decisão judicial transitada em julgado, no âmbito de ação específica para tal finalidade, o que não é o caso, pois a RFB simplesmente apurou as diferenças administrativamente e, não tendo o contribuinte efetuado o pagamento, encaminhou para inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal, estando ausentes, pois, os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 28 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00095 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035319-24.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.035319-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : BENEDITA GOMES DE FARIA -ME
: BENEDITA GOMES DE FARIA GONCALVES
ADVOGADO : ANDRÉ LUIS MARTINS

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE CRAVINHOS SP
No. ORIG. : 00.00.00054-2 1 Vr CRAVINHOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição de exceção de pré-executividade oposta sob a alegação de prescrição, nos seguintes termos (f. 74/5):

"Cuida-se de exceção de pré-executividade oposta por BENEDITA GOMES DE FARIA ME e BENEDITA GOMES DE FARIA GONÇALVES nos autos da execução que lhes move a UNIÃO, alegando, em síntese, que a primeira foi citada em 05/12/2000 e a segunda em 25/10/2010. Como a execução tem por base a COFINS vencidas entre fevereiro de 1995 e janeiro de 1996, o crédito está prescrito com base no art. 174 do CTN, pois ultrapassado o prazo de 5 anos entre o fato gerador do tributo e a citação da executada, e no art. 125, III do CTN, uma vez que o redirecionamento da execução para o sócio ocorreu após o prazo de 5 anos da citação da empresa. Requereu o acolhimento da exceção e a declaração de que o crédito encontra-se prescrito. A União apresentou manifestação (fls. 28/29). É o relatório. D E C I D O A exceção deve ser rejeitada. A execução tem por base a COFINS vencidas entre fevereiro de 1995 a janeiro de 1996, cuja constituição se deu por meio da declaração de nº 096082.0103509, entregue pelo contribuinte em 30 de maio de 1996. A prescrição ocorreria em 30 de maio de 2001. Ocorre que a execução foi proposta em 14 de novembro de 2000 e a executada foi citada em 05 de dezembro de 2000, ou seja o prazo de 5 anos não foi ultrapassado. Por outro lado são descabidas as teses das excipientes de que há distinção entre a firma individual e a pessoa física do empresário e de que o redirecionamento ocorreu após o prazo de 5 anos da citação da empresa. Nas firmas individuais não há distinção de patrimônios. A pessoa física titular do estabelecimento responde pelos débitos contraídos pela firma. Ensina Rubens Requião (Curso de Direito Comercial, 1º volume, Ed. Saraiva, 19ª edição, 1989, p. 76): "À firma individual, do empresário individual, registrada no Registro do Comércio, chama-se também de empresa individual. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina explicou muito bem que o comerciante singular, vale dizer, o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário, somente para o efeito do imposto de renda (Ap. civ. nº 8.447 - Lajes, in Bol. Jur. ADCOAS, n. 18.878/73). A jurisprudência a respeito da não distinção dos patrimônios e da legitimidade da pessoa física é pacífica: "FIRMA INDIVIDUAL - Atos por ela praticados - Responsabilidade civil do comerciante - Inexistência de distinção entre pessoa física e comercial" (TJPR - RT 687/135). "EXECUÇÃO - PENHORA - FIRMA INDIVIDUAL - BENS DA PESSOA FÍSICA - ADMISSIBILIDADE. Sendo a empresa individual, a firma é individual e, assim, o comerciante responderá com todos os seus bens, ilimitadamente, pelos atos que praticar" (2ª TACivSP, Ap. c/ Rev. 285.435 - 5ª Câ. - Rel. Juiz SEBASTIÃO AMORIM - J. 19.2.91). "FIANÇA - OUTORGA UXÓRIA - AUSÊNCIA - NULIDADE - FIADOR COMERCIANTE INDIVIDUAL - FIRMA IDÊNTICA A SEU NOME CIVIL - IRRELEVÂNCIA. A fiança prestada pelo marido sem o consentimento da mulher não tem validade, sendo irrelevante o fato do fiador ser comerciante individual com firma idêntica a seu nome civil, pois, tal não implica na existência de duas pessoas, mas em uma só, com um único patrimônio, que responde pelas obrigações assumidas, sejam de natureza mercantil ou não" (2ª TACivSP - Ap. 208.795 - 4ª Câ. - Rel. Juiz ALDO MAGALHÃES - J. 11.8.87, in JTA (RT) 108/447). "CITAÇÃO - VIA POSTAL - FIRMA INDIVIDUAL - EFETIVAÇÃO EXCLUSIVAMENTE À PESSOA FÍSICA DO COMERCIANTE - APLICAÇÃO DO ARTIGO 233 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. O comerciante individual, também conhecido como empresário individual ou firma individual, não é pessoa jurídica, mas sim, pessoa física que exerce o comércio, inexistindo, portanto, possibilidade legal de sua citação por correio ser feita na pessoa de preposto ou representante legal" (2ª TACivSP - AI 475.190 - 5ª Câ. - Rel. Juiz PEREIRA CALÇAS - J. 20.11.96). "Empresário individual é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer civis quer comerciais. Esse também o entendimento jurisprudencial reiterado. Confira-se: JTACSP, 126400; JTACSP 135/79; JTACSP, 145/140; LEX - JTJ, 260338. JTJ, 203/198 JTJ, 142212." (STJ- 3ª Turma, REsp 487.995/AP, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 20.04.2006, DJU. 22.05.2006, p. 191). "EXECUÇÃO - Empresário individual - Inclusão do proprietário no pólo passivo - Desnecessidade - Sendo o empresário individual, ou integrante de firma individual, a própria pessoa física se confunde com a jurídica, não há diferenciação, pois a pessoa jurídica distinta é mera ficção tributária para o fim exclusivo de tratamento Fiscal - Quebra de sigilo Fiscal em relação a ambos, relativamente à requisição de informações à Receita Federal - Viabilidade - Decisão mantida." (Agravo de Instrumento nº 7.284.484-7, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, v.u., j. 02.02.2009.). "A jurisprudência pacífica é no sentido de que, sendo o empresário individual, ou integrante de firma individual, a própria pessoa física já se confunde com a jurídica, não fazendo nenhum sentido diferenciá-las, pois, no caso, a pessoa jurídica distinta é mera ficção tributária para o fim exclusivo de tratamento fiscal (cf. REsp 487995/AP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 22-5-2006). (20ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 0298989- 14.2010.8.26.0000, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 18.10.2010); "Embora figure como co-embarcante microempresa individual, titular de direitos é tão-somente a pessoa física. Inexiste, no caso, sociedade comercial com personalidade distinta da de seus sócios. O comerciante individual não é pessoa jurídica (cfr. Fábio Ulhoa Coelho, Código Comercial e legislação complementar anotados,

Saraiva, 1.995, p. 6; Rubens Requião, *Curso de direito comercial*, Saraiva, vol. I, 1.977, p. 64; nesse sentido: A.I. n. 958.422-1, Barueri, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 19.9.00, v.u.; A. I. n. 907.095-5, Franca, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 8.2.00, v.u.; Apel. n. 605.339-8, Birigui, 1º TACSP, 12ª Câmara Esp. Jul/96, j. 19.9.96, v.u.). Ante o exposto, rejeito a presente exceção oposta por BENEDITA GOMES DE FARIA ME e BENEDITA GOMES DE FARIA GONÇALVES nos autos da execução que lhe move a UNIÃO (processo nº 543/00). Condeno as excipientes ao pagamento das custas referentes ao presente incidente. Traslade-se cópia da presente para os autos da execução e arquivem-se."

Alegou-se, em suma, prescrição com relação à empresa e à sócia, pois entre as datas de vencimento (02/1995 e 01/1996) e as citações (07/12/2000 e 05/03/2003, respectivamente) transcorreram mais de 5 anos; de acordo com o disposto no artigo 125 do CTN, estando o crédito prescrito com relação à pessoa física, também assim está com relação à firma individual; ainda de acordo com o artigo 125, III do CTN "o redirecionamento da execução para os demais sócios (em caso de responsabilidade subsidiária) deve fazer-se dentro do prazo de 5 anos da citação da empresa" (f. 18); a prescrição "está presente quando desde aquelas datas (ano 1995 e janeiro de 1996) até a citação válida do responsável tributário (momento em que se interrompe a prescrição e situação esta que favorece os demais executados) se passaram 16 anos, ou seja, muito mais do que os 05 anos previstos e admitidos pela lei" (f. 18); inconstitucionalidade do artigo 8º, §2º e do artigo 2º, §3º da LEF; e inaplicabilidade da LC 118/2005, que alterou o inciso I do artigo 174 do CTN, ao caso concreto.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos, podendo tal matéria ser discutida em exceção de pré-executividade.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 05.09.08: "**TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido."**

- RESP nº 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 16.09.08: "**TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido."**

- AC nº 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04/11/2008: "**DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. Apelação desprovida."**

Na espécie, cabe destacar que o crédito em questão foi constituído por lançamento do próprio contribuinte, mediante a entrega da DCTF ao Fisco em 30/05/1996 (f. 67), tendo sido a execução fiscal proposta antes da LC nº 118/05, mais precisamente em 14/11/2000 (f. 82), quando restou interrompida a prescrição, considerada a aplicação, na espécie, das Súmulas 78/TRF e 106/STJ, dentro, pois, do prazo quinquenal, pelo que inexistente a prescrição.

Como assentado, a propositura da execução fiscal dentro do quinquênio legal, de acordo com a legislação e jurisprudência consolidada, não permite o reconhecimento da prescrição, sendo plenamente aplicável, na espécie, a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, os seguintes precedentes:

RESP 1.105.174, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 09/09/2009: "**PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INCISO I DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 174 DO CTN. DEMORA NA CITAÇÃO EDITALÍCIA ATRIBUÍDA AO SERVIÇO JUDICIÁRIO.**

SÚMULA 7 DO STJ. ART. 219, § 2º, DO CPC. SÚMULA 106 DO STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em interpretação ao art. 219, § 2º, do CPC em conjunto com o art. 174 do CTN, firmou, antes da vigência da LC n. 118/05, o entendimento de que a demora na citação do devedor por culpa dos serviços judiciários não pode prejudicar o exequente. Súmula 106 do STJ. 2. Para se rever a culpa pela demora na citação editalícia, atribuída ao serviço judiciário pela Corte Estadual, é necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, à luz do entendimento sedimentado na Súmula n. 7 desta Corte, não é possível em sede de Recurso Especial (v.g.: REsp 1.081.414/MG; e REsp 802.048/MG). 3. Recurso Especial não provido."

RESP 1.109.205, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 29/04/2009: "TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - CITAÇÃO TARDIA - AUSÊNCIA DE MORA DO CREDOR - SÚMULA 106 DO STJ - INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA- ART. 25 DA LEI Nº 6.830/80- APLICABILIDADE. 1. A perda da pretensão tributária pelo decurso de tempo depende da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. Inteligência da Súmula 106/STJ. 2. O representante judicial da Fazenda Pública deve ser intimado pessoalmente na execução fiscal, nos termos do art. 25 da Lei 6.830/80. 3. Recurso especial provido."

A Segunda Seção desta Corte reconheceu, igualmente, em recente julgado, que a prescrição é interrompida pela propositura da execução fiscal, nos termos da Súmula 106/STJ: EAC nº 94.03.094057-3.

Com relação à responsabilidade de titular de firma individual, encontra-se firmada a jurisprudência, inclusive perante esta Corte, no sentido de que, diferentemente do que ocorre com o sócio em sociedade de responsabilidade limitada, está sujeito ao regime de responsabilidade ilimitada, por não existir sociedade, confundindo-se a pessoa jurídica com a pessoa física, assim como os respectivos patrimônios.

A propósito, os seguintes acórdãos desta Corte:

AI 2009.03.00041930-9, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJF3 06/07/2010: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO TITULAR DE FIRMA INDIVIDUAL. PATRIMÔNIO ÚNICO DA EMPRESA E SEU TITULAR. AGRAVO PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. I - Assiste razão à recorrente. II - Entendo cabível o pedido de inclusão do titular da empresa individual no banco de dados do juiz distribuidor do fórum das execuções fiscais federais para posterior expedição de mandado de citação e penhora, pois a empresa individual não é sociedade, não havendo distinção para efeito de responsabilidade entre a pessoa física e a pessoa jurídica, já que na firma individual, constituída por patrimônio único, os bens particulares do comerciante individual respondem por quaisquer dívidas, sendo desnecessária a demonstração da prática dos atos previstos no artigo 135 do Código Tributário Nacional, bem como o esgotamento de diligências em busca de bens. III - Precedentes desta Corte (Terceira Turma, AG n. 200803000128190, Rel. Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, v.u., DJF3 13.01.2009, Terceira Turma, AG n. 2007.03.00.047504-3, Rel. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, v.u., DJU 05.12.2007 e Quarta Turma, Ac nº 2001.03.99.044939-9, Rel. Desembargadora Federal Alda Basto, v.u., DJF3 04.05.2010). IV - Agravo inominado acolhido para, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dar provimento ao agravo de instrumento."

AI 2006.03.00097327-0, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, DJF3 07/04/2010: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INADIMPLEMENTO. REDIRECIONAMENTO. FIRMA INDIVIDUAL. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR. POSSIBILIDADE. I - O redirecionamento na execução fiscal, em razão da responsabilidade do sócio-gerente pelos créditos tributários da empresa, tem sua admissibilidade restrita às hipóteses deste ter agido dolosamente na administração da empresa, com excesso de poderes, contrariamente à lei ou ao contrato social. II - O não pagamento de tributos, por si só, não consubstancia infração à lei, ensejadora da aplicação do art. 135, do Código Tributário Nacional. III - Em se tratando de firma individual, a responsabilidade do administrador decorre da identificação entre a empresa e a pessoa física. IV - Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. V - Agravo de instrumento provido."

No caso de firma individual, a inexistência de sociedade, de sócio e de terceiro, autoriza a conclusão de que não se aplica ao respectivo titular a regra regente da situação de terceiro, prevista no Código Tributário Nacional, daí que a responsabilidade ser resultante apenas e tão-somente da sua própria condição de única integrante da empresa, por isto firma individual, não havendo, portanto, igualmente, que se cogitar na ocorrência da prescrição, no caso concreto. Por outro lado, ainda que assim não fosse, firme e consolidada a jurisprudência no sentido de que, embora o redirecionamento da execução contra sócio deva ocorrer no prazo de cinco anos após a citação da pessoa jurídica executada, somente é possível a decretação da prescrição intercorrente quando o quinquênio decorrer "in albis" por culpa atribuível ao credor, em face de sua inércia.

Neste sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

AgRg no REsp 996480, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 26.11.2008: "EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA - NÃO-COMPROVAÇÃO. 1. Para caracterizar a prescrição intercorrente não basta que tenha transcorrido o quinquênio legal entre a citação da pessoa jurídica e a citação do sócio responsabilizado. Faz-se necessário que o processo executivo tenha ficado paralisado por mais de cinco anos por desídia da exequente, fato não demonstrado no

processo. 2. A utilização da exceção de pré-executividade tem aplicação na Execução Fiscal somente quando puder ser resolvida por prova inequívoca, sem dilação probatória. 3. Na presente hipótese, o Tribunal de origem firmou entendimento de que não é caso de exceção de pré-executividade. Rever tal entendimento encontraria óbice na Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido."

AC 2008.03.99007791-0, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "**EXECUÇÃO FISCAL. FLUÊNCIA DO LAPSO PRESCRICIONAL A PARTIR DA CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE INÉRCIA FAZENDÁRIA DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO NA HIPÓTESE. 1. Trata-se de cobrança de IRPJ e Contribuição Social, sendo que o d. Juízo reconheceu de ofício a prescrição intercorrente, em virtude da fluência de período superior a 5 anos desde a efetivação da citação até a data da prolação da sentença. 2. Não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, uma vez que o d. Juízo expôs suficientemente os fundamentos em que se baseou para reconhecer prescrito o direito à cobrança dos valores em execução. 3. Assiste razão à apelante quanto a não ocorrência da prescrição intercorrente. 4. O entendimento esposado na sentença corretamente levou em consideração o lapso prescricional de cinco anos, previsto no art. 174 do CTN, equivocando-se, no entanto, ao não observar que o reconhecimento da prescrição da pretensão fazendária requer também, além da fluência do aludido prazo, que tenha havido paralisação do feito em decorrência da inércia da exeqüente. 5. A prescrição deve ser afastada na presente hipótese, pois o compulsar dos autos revela que não houve inércia da parte exeqüente. Neste sentido, verifica-se que, após a citação (16/06/97 - fls. 08), efetuou requerimento no sentido de localizar sócios da executada e bens destes (fev/01 - fls. 17), pleiteando também expedição de ofício ao Bacen (28/01/02 - fls. 58) e de mandado de penhora e avaliação (15/06/05 - fls. 108), tudo a demonstrar que não se omitiu na tramitação do feito. 6. Ausente paralisação do processo, em razão de inércia exclusiva da exeqüente, não há que se falar em prescrição intercorrente. 7. Apelação e remessa oficial providas. Retorno dos autos ao Juízo de origem para o devido prosseguimento do feito."**

AG 2007.03.00081091-9, Rel. Des. Fed. NERY JÚNIOR, DJU de 27/03/2008: "**PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INÉRCIA. 1. A prescrição intercorrente ocorre se, no prazo entre a data de citação da empresa executada e a citação do sócio decorrerem mais de 5 anos e for configurada a desídia da exeqüente, ora agravante. 2. Não vislumbro a ocorrência de requisito essencial para ocorrência da prescrição intercorrente, qual seja, a desídia da exeqüente. 3. A agravante não colacionou nenhum documento que prove a responsabilidade do sócio indicado, tampouco cópia da Certidão da Dívida Ativa, documento que instrui a execução fiscal, não sendo possível verificar nela a data do fato gerador do tributo, para provar que o agravado integrava o quadro societário da empresa à época dos fatos geradores. 4. Recurso parcialmente provido."**

Na espécie, a citação da empresa executada ocorreu em **07/12/2000** (f. 93vº) e o pedido de redirecionamento foi formulado em **05/08/2002** (f. 125/8), dentro, portanto, do prazo quinquenal, pelo que inexistente a prescrição, não havendo, igualmente, qualquer demonstração de desídia da exeqüente, sendo manifestamente improcedente o pedido de reforma ora formulado, sob qualquer ponto que se analise a questão.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento. Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00096 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035320-09.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.035320-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : BENEDITA GOMES DE FARIA -ME

: BENEDITA GOMES DE FARIA GONCALVES

ADVOGADO : ANDRÉ LUIS MARTINS

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE CRAVINHOS SP

No. ORIG. : 00.00.00054-3 1 Vr CRAVINHOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição de exceção de pré-executividade oposta sob a alegação de prescrição, nos seguintes termos (f. 77/8):

"Cuida-se de exceção de pré-executividade oposta por BENEDITA GOMES DE FARIA ME e BENEDITA GOMES DE FARIA GONÇALVES nos autos da execução que lhes move a UNIÃO, alegando, em síntese, que a primeira foi citada em 05/12/2000 e a segunda em 25/10/2010. Como a execução tem por base a COFINS vencidas entre fevereiro de 1995 e janeiro de 1996, o crédito está prescrito com base no art. 174 do CTN, pois ultrapassado o prazo de 5 anos entre o fato gerador do tributo e a citação da executada, e no art. 125, III do CTN, uma vez que o redirecionamento da execução para o sócio ocorreu após o prazo de 5 anos da citação da empresa. Requereu o acolhimento da exceção e a declaração de que o crédito encontra-se prescrito. A União apresentou manifestação (fls. 28/29). É o relatório. D E C I D O A exceção deve ser rejeitada. A execução tem por base a COFINS vencidas entre fevereiro de 1995 a janeiro de 1996, cuja constituição se deu por meio da declaração de nº 096082.0103509, entregue pelo contribuinte em 30 de maio de 1996. A prescrição ocorreria em 30 de maio de 2001. Ocorre que a execução foi proposta em 14 de novembro de 2000 e a executada foi citada em 05 de dezembro de 2000, ou seja o prazo de 5 anos não foi ultrapassado. Por outro lado são descabidas as teses das excipientes de que há distinção entre a firma individual e a pessoa física do empresário e de que o redirecionamento ocorreu após o prazo de 5 anos da citação da empresa. Nas firmas individuais não há distinção de patrimônios. A pessoa física titular do estabelecimento responde pelos débitos contraídos pela firma. Ensina Rubens Requião (Curso de Direito Comercial, 1º volume, Ed. Saraiva, 19ª edição, 1989, p. 76): "À firma individual, do empresário individual, registrada no Registro do Comércio, chama-se também de empresa individual. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina explicou muito bem que o comerciante singular, vale dizer, o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário, somente para o efeito do imposto de renda (Ap. civ. nº 8.447 - Lajes, in Bol. Jur. ADCOAS, n. 18.878/73). A jurisprudência a respeito da não distinção dos patrimônios e da legitimidade da pessoa física é pacífica: "FIRMA INDIVIDUAL - Atos por ela praticados - Responsabilidade civil do comerciante - Inexistência de distinção entre pessoa física e comercial" (TJPR - RT 687/135). "EXECUÇÃO - PENHORA - FIRMA INDIVIDUAL - BENS DA PESSOA FÍSICA - ADMISSIBILIDADE. Sendo a empresa individual, a firma é individual e, assim, o comerciante responderá com todos os seus bens, ilimitadamente, pelos atos que praticar" (2º TACivSP, Ap. c/ Rev. 285.435 - 5ª Câmara - Rel. Juiz SEBASTIÃO AMORIM - J. 19.2.91). "FIANÇA - OUTORGA UXÓRIA - AUSÊNCIA - NULIDADE - FIADOR COMERCIANTE INDIVIDUAL - FIRMA IDÊNTICA A SEU NOME CIVIL - IRRELEVÂNCIA. A fiança prestada pelo marido sem o consentimento da mulher não tem validade, sendo irrelevante o fato do fiador ser comerciante individual com firma idêntica a seu nome civil, pois, tal não implica na existência de duas pessoas, mas em uma só, com um único patrimônio, que responde pelas obrigações assumidas, sejam de natureza mercantil ou não" (2º TACivSP - Ap. 208.795 - 4ª Câmara - Rel. Juiz ALDO MAGALHÃES - J. 11.8.87, in JTA (RT) 108/447). "CITAÇÃO - VIA POSTAL - FIRMA INDIVIDUAL - EFETIVAÇÃO EXCLUSIVAMENTE À PESSOA FÍSICA DO COMERCIANTE - APLICAÇÃO DO ARTIGO 233 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. O comerciante individual, também conhecido como empresário individual ou firma individual, não é pessoa jurídica, mas sim, pessoa física que exerce o comércio, inexistindo, portanto, possibilidade legal de sua citação por correio ser feita na pessoa de preposto ou representante legal" (2º TACivSP - AI 475.190 - 5ª Câmara - Rel. Juiz PEREIRA CALÇAS - J. 20.11.96). "Empresário individual é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer civis quer comerciais. Esse também o entendimento jurisprudencial reiterado. Confira-se: JTACSP, 126400; JTACSP 135/79; JTACSP, 145/140; LEX - JTJ, 260338. JTJ, 203/198 JTJ, 142212." (STJ- 3ª Turma, REsp 487.995/AP, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 20.04.2006, DJU. 22.05.2006, p. 191). "EXECUÇÃO - Empresário individual - Inclusão do proprietário no pólo passivo - Desnecessidade - Sendo o empresário individual, ou integrante de firma individual, a própria pessoa física se confunde com a jurídica, não há diferenciação, pois a pessoa jurídica distinta é mera ficção tributária para o fim exclusivo de tratamento Fiscal - Quebra de sigilo Fiscal em relação a ambos, relativamente à requisição de informações à Receita Federal - Viabilidade - Decisão mantida." (Agravo de Instrumento nº 7.284.484-7, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, v.u., j. 02.02.2009.). "A jurisprudência pacífica é no sentido de que, sendo o empresário individual, ou integrante de firma individual, a própria pessoa física já se confunde com a jurídica, não fazendo nenhum sentido diferenciá-las, pois, no caso, a pessoa jurídica distinta é mera ficção tributária para o fim exclusivo de tratamento fiscal (cf. REsp 487995/AP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 22-5-2006). (20ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 0298989- 14.2010.8.26.0000, rei. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 18.10.2010); "Embora figure como co-embarcante microempresa individual, titular de direitos é tão-somente a pessoa física. Inexiste, no caso, sociedade comercial com personalidade distinta da de seus sócios. O comerciante individual não é pessoa jurídica (cfr. Fábio Ulhoa Coelho, Código Comercial e legislação complementar anotados, Saraiva, 1.995, p. 6; Rubens Requião, Curso de direito comercial, Saraiva, vol. I, 1.977, p. 64; nesse sentido: A.I. n. 958.422-1, Barueri, 1ª TACSP, 12ª Câmara, j. 19.9.00, v.u.; A. I. n. 907.095-5, Franca, 1ª TACSP, 12ª Câmara, j. 8.2.00, v.u.; Apel. n. 605.339-8, Birigui, 1ª TACSP, 12ª Câmara.Esp.Jul/96, j. 19.9.96, v.u.). Ante o exposto, rejeito a presente exceção oposta por BENEDITA GOMES DE FARIA ME e BENEDITA GOMES DE FARIA GONÇALVES nos autos da execução que lhe move a UNIÃO (processo nº 543/00). Condeno as excipientes ao pagamento das custas referentes ao presente incidente. Traslade-se cópia da presente para os autos da execução e arquivem-se."

Alegou-se, em suma, prescrição com relação à empresa e à sócia, pois entre as datas de vencimento (02/1995 e 01/1996) e as citações (05/12/2000 e 25/10/2010, respectivamente) transcorreram mais de 5 anos; de acordo com o

disposto no artigo 125 do CTN, estando o crédito prescrito com relação à pessoa física, também assim está com relação à firma individual; ainda de acordo com o artigo 125, III do CTN "o redirecionamento da execução para os demais sócios (em caso de responsabilidade subsidiária) deve fazer-se dentro do prazo de 5 anos da citação da empresa" (f. 18); a prescrição "está presente quando desde aquelas datas (ano 1995 e janeiro de 1996) até a citação válida do responsável tributário (momento em que se interrompe a prescrição e situação esta que favorece os demais executados) se passaram 15 anos, ou seja, muito mais do que os 05 anos previstos e admitidos pela lei" (f. 19); inconstitucionalidade do artigo 8º, §2º e do artigo 2º, §3º da LEF; e inaplicabilidade da LC 118/2005, que alterou o inciso I do artigo 174 do CTN, ao caso concreto.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos, podendo tal matéria ser discutida em exceção de pré-executividade.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 05.09.08: "**TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido.**"

- RESP nº 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 16.09.08: "**TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido.**"

- AC nº 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04/11/2008: "**DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. Apelação desprovida.**"

Na espécie, cabe destacar que o crédito em questão foi constituído por lançamento do próprio contribuinte, mediante a entrega da DCTF ao Fisco em **30/05/1996** (f. 70), tendo sido a execução fiscal proposta antes da LC nº 118/05, mais precisamente em **14/11/2000** (f. 85), quando restou interrompida a prescrição, considerada a aplicação, na espécie, das Súmulas 78/TFR e 106/STJ, dentro, pois, do prazo quinquenal, pelo que inexistente a prescrição.

Como assentado, a propositura da execução fiscal dentro do quinquênio legal, de acordo com a legislação e jurisprudência consolidada, não permite o reconhecimento da prescrição, sendo plenamente aplicável, na espécie, a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, os seguintes precedentes:

RESP 1.105.174, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 09/09/2009: "**PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INCISO I DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 174 DO CTN. DEMORA NA CITAÇÃO EDITALÍCIA ATRIBUÍDA AO SERVIÇO JUDICIÁRIO. SÚMULA 7 DO STJ. ART. 219, § 2º, DO CPC. SÚMULA 106 DO STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em interpretação ao art. 219, § 2º, do CPC em conjunto com o art. 174 do CTN, firmou, antes da vigência da LC n. 118/05, o entendimento de que a demora na citação do devedor por culpa dos serviços judiciários não pode prejudicar o exequente. Súmula 106 do STJ. 2. Para se rever a culpa pela demora na citação editalícia, atribuída ao serviço judiciário pela Corte Estadual, é necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, à luz do entendimento sedimentado na Súmula n. 7 desta Corte, não é possível em sede de Recurso Especial (v.g.: REsp 1.081.414/MG; e REsp 802.048/MG). 3. Recurso Especial não provido.**"

RESP 1.109.205, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 29/04/2009: "**TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - CITAÇÃO TARDIA - AUSÊNCIA DE MORA DO CREDOR - SÚMULA**

106 DO STJ - INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA - ART. 25 DA LEI Nº 6.830/80 - APLICABILIDADE. 1. A perda da pretensão tributária pelo decurso de tempo depende da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. Inteligência da Súmula 106/STJ. 2. O representante judicial da Fazenda Pública deve ser intimado pessoalmente na execução fiscal, nos termos do art. 25 da Lei 6.830/80. 3. Recurso especial provido."

A Segunda Seção desta Corte reconheceu, igualmente, em recente julgado, que a prescrição é interrompida pela propositura da execução fiscal, nos termos da Súmula 106/STJ: EIAI n.º 94.03.094057-3.

Com relação à responsabilidade de titular de firma individual, encontra-se firmada a jurisprudência, inclusive perante esta Corte, no sentido de que, diferentemente do que ocorre com o sócio em sociedade de responsabilidade limitada, está sujeito ao regime de responsabilidade ilimitada, por não existir sociedade, confundindo-se a pessoa jurídica com a pessoa física, assim como os respectivos patrimônios.

A propósito, os seguintes acórdãos desta Corte:

AI 2009.03.00041930-9, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 06/07/2010: "**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO TITULAR DE FIRMA INDIVIDUAL. PATRIMÔNIO ÚNICO DA EMPRESA E SEU TITULAR. AGRAVO PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. I - Assiste razão à recorrente. II - Entendo cabível o pedido de inclusão do titular da empresa individual no banco de dados do juiz distribuidor do fórum das execuções fiscais federais para posterior expedição de mandado de citação e penhora, pois a empresa individual não é sociedade, não havendo distinção para efeito de responsabilidade entre a pessoa física e a pessoa jurídica, já que na firma individual, constituída por patrimônio único, os bens particulares do comerciante individual respondem por quaisquer dívidas, sendo desnecessária a demonstração da prática dos atos previstos no artigo 135 do Código Tributário Nacional, bem como o esgotamento de diligências em busca de bens. III - Precedentes desta Corte (Terceira Turma, AG n. 200803000128190, Rel. Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, v.u., DJF3 13.01.2009, Terceira Turma, AG n. 2007.03.00.047504-3, Rel. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, v.u., DJU 05.12.2007 e Quarta Turma, Ac n.º 2001.03.99.044939-9, Rel. Desembargadora Federal Alda Basto, v.u., DJF3 04.05.2010). IV - Agravo inominado acolhido para, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dar provimento ao agravo de instrumento."**

AI 2006.03.00097327-0, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, DJF3 07/04/2010: "**TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INADIMPLEMENTO. REDIRECIONAMENTO. FIRMA INDIVIDUAL. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR. POSSIBILIDADE. I - O redirecionamento na execução fiscal, em razão da responsabilidade do sócio-gerente pelos créditos tributários da empresa, tem sua admissibilidade restrita às hipóteses deste ter agido dolosamente na administração da empresa, com excesso de poderes, contrariamente à lei ou ao contrato social. II - O não pagamento de tributos, por si só, não consubstancia infração à lei, ensejadora da aplicação do art. 135, do Código Tributário Nacional. III - Em se tratando de firma individual, a responsabilidade do administrador decorre da identificação entre a empresa e a pessoa física. IV - Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. V - Agravo de instrumento provido."**

No caso de firma individual, a inexistência de sociedade, de sócio e de terceiro, autoriza a conclusão de que não se aplica ao respectivo titular a regra regente da situação de terceiro, prevista no Código Tributário Nacional, daí que a responsabilidade ser resultante apenas e tão-somente da sua própria condição de única integrante da empresa, por isto firma individual, não havendo, portanto, igualmente, que se cogitar na ocorrência da prescrição, no caso concreto. Por outro lado, ainda que assim não fosse, firme e consolidada a jurisprudência no sentido de que, embora o redirecionamento da execução contra sócio deva ocorrer no prazo de cinco anos após a citação da pessoa jurídica executada, somente é possível a decretação da prescrição intercorrente quando o quinquênio decorrer "*in albis*" por culpa atribuível ao credor, em face de sua inércia.

Neste sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

AgRg no REsp 996480, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 26.11.2008: "**EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA - NÃO-COMPROVAÇÃO. 1. Para caracterizar a prescrição intercorrente não basta que tenha transcorrido o quinquênio legal entre a citação da pessoa jurídica e a citação do sócio responsabilizado. Faz-se necessário que o processo executivo tenha ficado paralisado por mais de cinco anos por desídia da exequente, fato não demonstrado no processo. 2. A utilização da exceção de pré-executividade tem aplicação na Execução Fiscal somente quando puder ser resolvida por prova inequívoca, sem dilação probatória. 3. Na presente hipótese, o Tribunal de origem firmou entendimento de que não é caso de exceção de pré-executividade. Rever tal entendimento encontraria óbice na Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido."**

AC 2008.03.99007791-0, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "**EXECUÇÃO FISCAL. FLUÊNCIA DO LAPSO PRESCRICIONAL A PARTIR DA CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE INÉRCIA FAZENDÁRIA DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO NA HIPÓTESE. 1. Trata-se de cobrança de IRPJ e Contribuição Social, sendo que o d. Juízo reconheceu de ofício a prescrição intercorrente, em virtude da fluência de período superior a 5 anos desde a**

efetivação da citação até a data da prolação da sentença. 2. Não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, uma vez que o d. Juízo expôs suficientemente os fundamentos em que se baseou para reconhecer prescrito o direito à cobrança dos valores em execução. 3. Assiste razão à apelante quanto a não ocorrência da prescrição intercorrente. 4. O entendimento esposado na sentença corretamente levou em consideração o lapso prescricional de cinco anos, previsto no art. 174 do CTN, equivocando-se, no entanto, ao não observar que o reconhecimento da prescrição da pretensão fazendária requer também, além da fluência do aludido prazo, que tenha havido paralisação do feito em decorrência da inércia da exequente. 5. A prescrição deve ser afastada na presente hipótese, pois o compulsar dos autos revela que não houve inércia da parte exequente. Neste sentido, verifica-se que, após a citação (16/06/97 - fls. 08), efetuou requerimento no sentido de localizar sócios da executada e bens destes (fev/01 - fls. 17), pleiteando também expedição de ofício ao Bacen (28/01/02 - fls. 58) e de mandado de penhora e avaliação (15/06/05 - fls. 108), tudo a demonstrar que não se omitiu na tramitação do feito. 6. Ausente paralisação do processo, em razão de inércia exclusiva da exequente, não há que se falar em prescrição intercorrente. 7. Apelação e remessa oficial providas. Retorno dos autos ao Juízo de origem para o devido prosseguimento do feito."

AG 2007.03.00081091-9, Rel. Des. Fed. NERY JÚNIOR, DJU de 27/03/2008: "**PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INÉRCIA. 1. A prescrição intercorrente ocorre se, no prazo entre a data de citação da empresa executada e a citação do sócio decorrerem mais de 5 anos e for configurada a desídia da exequente, ora agravante. 2. Não vislumbro a ocorrência de requisito essencial para ocorrência da prescrição intercorrente, qual seja, a desídia da exequente. 3. A agravante não colacionou nenhum documento que prove a responsabilidade do sócio indicado, tampouco cópia da Certidão da Dívida Ativa, documento que instrui a execução fiscal, não sendo possível verificar nela a data do fato gerador do tributo, para provar que o agravado integrava o quadro societário da empresa à época dos fatos geradores. 4. Recurso parcialmente provido."**

Na espécie, a citação da empresa executada ocorreu em **05/12/2000** (f. 96vº) e o pedido de redirecionamento foi formulado em **05/08/2002** (f. 144/8), dentro, portanto, do prazo quinquenal, pelo que inexistente a prescrição, não havendo, igualmente, qualquer demonstração de desídia da exequente, sendo manifestamente improcedente o pedido de reforma ora formulado, sob qualquer ponto que se analise a questão.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento. Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00097 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035625-90.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.035625-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : CALCADOS HOBBY IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : EDUARDO DE SOUZA STEFANONE
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE BIRIGUI SP
No. ORIG. : 96.00.00157-8 A Vr BIRIGUI/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento de decisão que, em execução fiscal, depois de deferir a penhora do faturamento, recusando-se o sócio-gerente a assumir o encargo de depositário, rejeitou o pedido de nomeação compulsória do representante legal ou de depositário judicial público, particular ou qualquer outro auxiliar do Juízo, nos termos do artigo 666, II, c/c o artigo 655-A, § 3º, do Código de Processo Civil.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que, embora evidentemente caiba a nomeação de administrador ou depositário na penhora do faturamento, não é obrigatória a assunção do encargo, no interesse do credor, pelo sócio-gerente, administrador ou representante legal.

A pretensão da agravante colide, frontalmente, com o enunciado da Súmula 319 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "**O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado.**"

A Corte Superior respalda a incidência do enunciado à penhora do faturamento, conforme revela, entre outros, o seguinte precedente:

RESP 689.432, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU 19/12/2007: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR. REPRESENTANTE LEGAL. ENCARGO FACULTATIVO. 1. A falta de prequestionamento da matéria federal impede o conhecimento do recurso especial (Súmulas 282 e 356 do STF). 2. Na penhora de faturamento, em relação ao administrador judicial, aplica-se o entendimento firmado na Súmula 319 do STJ, segundo o qual "o encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado". 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido."

A Turma assim igualmente decidiu:

AG 2008.03.00015976-9, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJF3 de 11.11.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO NO PERCENTUAL DE DOIS POR CENTO. POSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. NÃO OBRIGATORIEDADE DO REPRESENTANTE LEGAL DA EXECUTADA A ACEITAR O ENCARGO DE DEPOSITÁRIO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Na hipótese em apreço, não considero razoável impor ao representante legal da empresa o encargo de depositário, embora seja ele a pessoa mais adequada, vez que regularmente exerce a gestão dos bens da executada, pois, a teor de dominante posicionamento jurisprudencial, a nomeação de depositário não é encargo compulsório, amparado no preceito constitucional de que "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Súmula 319 do STJ e precedentes desta Corte. II - A penhora do faturamento da executada é medida de caráter excepcional, cabível somente nos casos em que restarem esgotadas todas as diligências no sentido de encontrar bens livres e desembaraçados passíveis de constrição para a garantia do juízo e efetiva satisfação da dívida, sendo esta a hipótese verificada nos autos, já que foram realizadas diligências junto ao RENAVAN e ao DOI, sendo que ambas as tentativas restaram improficuas. III - Tenho admitido como razoável a constrição de até 10% de seu montante, percentual que não enseja perigo de dano irreparável para as atividades da devedora. Como os autos apresentam situação em que foi penhorado apenas o percentual de 2% (dois por cento) do faturamento da executada, entendo que não há excesso in casu, motivo pelo qual mantenho o decisum quanto a esse tópico. IV - Acolhimento parcial do recurso, tão-somente para registrar a não obrigatoriedade do representante legal da executada a assumir o encargo de depositário e administrador da penhora sobre o faturamento. V - Agravo de instrumento parcialmente provido."

De outro lado, em face da inexistência de depositário público à disposição do Juízo, cabe ao credor realizar as diligências para o prosseguimento do feito, habilitando-se ele próprio ou indicando terceiro para assumir o respectivo encargo. Neste sentido, o seguinte acórdão desta Corte:

AI 2009.03.00.028401-5, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJF3 CJI 06/07/2010, p. 879: "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DO FATURAMENTO. DEPOSITÁRIO. RECUSA POR PARTE DO ADMINISTRADOR. INEXISTÊNCIA DE DEPOSITÁRIO PÚBLICO À DISPOSIÇÃO DO JUÍZO. RESPONSABILIDADE DA EXEQÜENTE. 1. Em vista da recusa, por parte do administrador da empresa executada, em assumir o encargo de depositário, a exeqüente pleiteou a designação de auxiliar do juízo para assumir o encargo de depositário ou a designação de depositário particular. O pedido foi indeferido sob a fundamentação de que não havia depositário público à disposição para tanto. 2. Diante disso, compete à agravante diligenciar para promover o adequado andamento do feito, providenciando um depositário do juízo ou, ainda, habilitando-se nos autos como tal. 3. Agravo de instrumento improvido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00098 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035923-82.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.035923-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : SKILL COMPUTER SERVICES LTDA
ADVOGADO : DANIELLE COPPOLA VARGAS e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 16 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00173165420114036100 16 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de negativa de liminar, em mandado de segurança, para suspender a exigibilidade dos créditos tributários referentes às inscrições 80.6.11.087882-59, 80.6.11.087883-30, 80.2.11.050111-73 e 80.2.11.050112-54, alegando que: (1) houve prescrição, pois decorreram mais de cinco anos desde a entrega das DCTF's; (2) foi obrigada a efetuar o parcelamento da dívida prescrita, em 10/08/2011, a fim de possibilitar a continuidade de sua atividade econômica, que inclui a participação em processos licitatórios; e (3) estando presentes, além do *fumus boni iuris*, também o *periculum in mora*, pelo *solve et repete*, pretende a suspensão do pagamento das parcelas do acordo administrativo até o julgamento da ação.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a decisão agravada foi fundamentada nos seguintes termos (f. 508/9):

"(...) II - Estão ausentes os requisitos necessários à concessão da liminar. Da análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se que a impetrante apresentou as DCTF's referentes aos débitos aqui discutidos em 2005 e 2006, e a declaração retificadora em 2007. A constituição do crédito tributário se dá com a entrega da declaração, conforme pacificado na jurisprudência do STJ. A retificadora, no entanto, interrompe a fruição do prazo prescricional, uma vez que pode alterar elementos do débito fazendo com que novo valor seja consolidado. Além disso, se enquadra no conceito tratado no inciso IV do parágrafo único do artigo 174, do CTN. Confirma-se no mesmo sentido entendimento firmado no E. TRF da 4ª Região, nos termos da seguinte ementa: "TRIBUTÁRIO. E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRE-EXECUTIVIDADE. DCTF RETIFICADORA - INTERUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PARCELAMENTO. Tratando-se de tributos cuja constituição se dá por declaração do contribuinte, é desnecessário o lançamento de ofício da autoridade administrativa. Nesses casos, o prazo prescricional tem início a partir da própria constituição do crédito, ou seja, a partir da entrega da declaração. A declaração retificadora interrompe o curso da prescrição (CTN, art. 174, IV), passando a ser o novo termo a quo do prazo prescricional. A discussão acerca da efetiva inclusão dos débitos no parcelamento por controvérsia decorrente da data de constituição dos créditos é matéria que enseja dilação probatória, desbordando dos estreitos limites da exceção de pré-executividade." (AG 2009.04.00.028086-3, Rel. Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, 2ª Turma, publ. D.E. em 11/11/2009). Assim, considerando que os débitos foram inscritos em Dívida Ativa da União em 2011 e as declarações retificadoras foram entregues em 2007, não está configurada, a princípio, a alegada prescrição. Por outro lado, não haverá prejuízo imediato à impetrante, uma vez que os débitos estão com a exigibilidade suspensa em razão do parcelamento (art. 151, VI, do CTN). III - Isto posto, INDEFIRO a liminar. (...)"

Na espécie, o recurso é manifestamente infundado, pois sequer impugnou ou discutiu as DCTF's retificadoras, apresentadas em 2007, que fundamentaram o indeferimento da liminar, sendo que, acerca da relevância do pedido de reforma, à luz da discussão jurídica travada, o que existe na peça recursal são tão somente razões genéricas, no sentido da ocorrência de prescrição após cinco anos da entrega das DCTF's; e, no tocante ao dano irreparável, igualmente abstratas as alegações, que nada provam de concreto, não sendo suficiente a mera invocação do *solve et repete*, mesmo porque os créditos estão com a exigibilidade suspensa pelo parcelamento, o que afasta, desde logo, a configuração de dano irreparável ou de difícil reparação.

A propósito, os seguintes precedentes da Corte, inclusive da Terceira Turma:

AI 2010.03.00.031508-7, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF 3 CJI 04/03/2011, p. 540: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO ELETRÔNICO DE VALORES. BACENJUD. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. RAZÕES DISSOCIADAS OU GENÉRICAS. NÃO CONHECIMENTO. 1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da fundamentação lançada nos autos. 2. Caso em que a execução fiscal versa sobre débitos do PA 13805 011896/95-64, objeto da ação anulatória 1999.61.00.052428-9, que foi julgada por esta Turma em 19/08/2010, desprovido-se o apelo fazendário e a remessa oficial, e provendo-se em parte o recurso do contribuinte, assim projetando efeitos sobre o alcance dos próprios créditos tributários, cobrados através da CDA, a qual não pode, por consequência, como constou da decisão agravada, servir de base e parâmetro objetivo para o pedido de bloqueio de valores, mesmo porque não restou identificado, depois do julgamento a favor do executado, o montante ainda exigível e líquido para direcionar o montante penhorável. 3. A despeito da fundamentação específica deduzida, o agravo veio fundado em alegações genéricas, no sentido de que a CDA goza de liquidez e certeza, ou dissociadas do julgamento, com invocação de fatos e fundamentos sequer abordados ou pertinentes com o que foi decidido, acarretando, portanto, a inviabilidade do recurso. 4. Agravo inominado não conhecido."

AI 0026497-17.2009.403.0000, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, TRF3 CJI 20/10/2011: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. MANIFESTA INADMISSIBILIDADE. I - Consoante o caput, do art. 557, do Código de Processo Civil, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ao recurso, na hipótese de manifesta improcedência ou confronto com a jurisprudência dominante da

respectiva Corte ou Tribunal Superior. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. II - In casu, o agravo de instrumento interposto apresenta fundamentação deficiente, ante a ausência de impugnação específica, restando evidente a sua manifesta inadmissibilidade. III - Agravo legal improvido."

AI 2009.03.00.039149-0, Rel. Des. Fed. COTRIM GUIMARÃES, DJF3 CJI 10/03/2011, p. 158: "AGRAVO LEGAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ARTIGO 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO INADMISSÍVEL. FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE O FUNDAMENTO DA DECISÃO ATACADA. NÃO CONHECIMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO - VALOR DA CAUSA - CORRELAÇÃO COM O VALOR DISCUTIDO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA ACOLHIDA. I - A questão discutida nos autos já foi apreciada pelos Tribunais Superiores, motivo pelo qual cabível o julgamento por decisão monocrática do Relator. II - A parte agravante deixou de impugnar especificamente o fundamento lançado na decisão recorrida, o que deve ensejar, desde logo, o não conhecimento do recurso de agravo de instrumento. III - No caso dos autos, a União Federal, ao opor embargos à execução, atribuiu à causa o valor de R\$ 1.000,00, com fulcro no artigo 258 do CPC, não obstante argüir no bojo de sua peça, dentre outras coisas, excesso à execução. IV - Na hipótese dos embargos à execução versarem sobre o excesso de execução, o valor atribuído à causa deve se coadunar com o proveito econômico pretendido pelo embargante, ou seja, deve corresponder à diferença entre o valor cobrado e o reconhecido pelo devedor. V - Impugnação ao valor da causa acolhida. VI - Agravo legal improvido."

AI 2009.03.00.013969-6, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, DJF3 CJI 12/07/2010, p. 141: "PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM FACE DE DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA POR NÃO TEREM SIDO OBSERVADAS AS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS NO ARTIGO 668 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AS RAZÕES DA MINUTA NÃO ATACAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA - AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. 1. A pretensão da executada de substituição de bem penhorado foi indeferida com fundamento na inobservância das condições estabelecidas no artigo 668 do Código de Processo Civil, sendo esta a interlocutória recorrida. 2. As razões da minuta não atacam o fundamento da decisão agravada, uma vez que a agravante limita-se a afirmar que faz jus à substituição em razão do perecimento do bem, nada esclarecendo sobre o atendimento dos ditames do artigo 668 do Código de Processo Civil. 3. Cabia à agravante demonstrar o equívoco da decisão agravada através da impugnação específica do fundamento adotado. 4. Ainda, a argumentação acerca do perecimento do bem penhorado que a executada pretende substituir sequer foi deduzida em primeiro grau de jurisdição. 5. Não há erro na decisão monocrática do Relator proferida nos termos do artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil, pois o recurso é manifestamente improcedente. 6. Agravo legal improvido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00099 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0036574-17.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.036574-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : LUIZ ALBERTO HYPPOLITO
PARTE RE' : A COSTURAMA LAS E LINHAS LTDA -ME
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE PIRACICABA > 9ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00008324920024036109 4 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra a exclusão do sócio LUIZ ALBERTO HYPÓLITO MOREIRA DA SILVA no pólo passivo da demanda executiva, alegando: (1) a ocorrência da preclusão "pro judicato"; e (2) que é autorizada a responsabilização dos sócios-gerentes da executada, nos termos do artigo 135, III do CTN, no caso da inexistência de bens passíveis para garantir a execução fiscal, que restou devidamente comprovada, nestes autos, às f. 52/4.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta

provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 22.09.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

Por outro lado, encontra-se sedimentada a jurisprudência, firme no sentido de ser imprescindível, para o reconhecimento da dissolução irregular da sociedade, a apuração, por Oficial de Justiça, da respectiva situação de fato no endereço declarado nos autos, a teor do que revelam os seguintes precedentes:

RESP 1.072.913, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJU 04.03.09: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO DE TESE. OMISSÃO INEXISTENTE. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR . 1. Não se configura ofensa ao artigo 535, II, do CPC quando o o acórdão recorrido apreciou, de forma expressa e devidamente fundamentada, todos os pontos indicados pelo recorrente como omitidos. Ademais, é vedada a inovação de teses em embargos de declaração e, por tal razão, inexistente omissão em acórdão que julgou a apelação sem se pronunciar sobre matéria não arguida nas razões do agravo de instrumento. Precedentes. 2. Controvérsia a respeito das circunstâncias em que é possível a responsabilização do sócio-gerente de empresa que figura no pólo passivo de execução fiscal pelo não-pagamento dos débitos tributários. 3. Entendimento desta Corte assentado no sentido de que a não-localização da empresa no endereço constante dos cadastros da Receita para fins de citação na execução caracteriza indício de irregularidade no seu encerramento apto a ensejar o redirecionamento da execução fiscal ao sócio. Primeira Seção, REsp 716.412. 4. Entretanto, na espécie, ao decidir a controvérsia, o Tribunal a quo se baseou na premissa fática de que a frustração da citação se deu por simples devolução do aviso de recebimento, externando peculiaridade que afasta a presunção imediata de dissolução irregular, porquanto não houve certificação, por oficial de justiça (que tem fé pública), de que a empresa não funcionava mais no endereço fornecido, mas apenas a devolução do aviso de recebimento da citação enviada pelo correio. 5. Considerando essa particularidade e concluindo pela impossibilidade de que a presunção juris tantum de dissolução irregular decorreu de simples informação dos correios, a Segunda Turma já decidiu, recentemente, que "[...] não se pode considerar que a carta citatória devolvida pelos correios seja indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade. Não possui o funcionário da referida empresa a fé pública necessária para admitir a devolução da correspondência como indício de encerramento das atividades da empresa". REsp 1.017.588/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/11/2008, DJe 28/11/2008. 6. Recurso especial não-provido".

RESP 1.017.588, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU 28.11.08: "TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - DEVOLUÇÃO DA CARTA CITATÓRIA NÃO-CUMPRIDA - INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - ART. 8º, III, LEI N. 6.830/80. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 736.879-SP, de relatoria do Ministro José Delgado, publicado em 19.12.2005, firmou entendimento no sentido de fortalecimento da regra contida no art. 135, III, do CTN, do qual se extrai a previsão de que, no caso das sociedades limitadas, os administradores respondem solidariamente somente por culpa, quando no desempenho de suas funções. 2. O instituto do redirecionamento configura exceção ao princípio da autonomia da pessoa jurídica. Por esse princípio, a sociedade constitui-se em um ente distinto da pessoa dos sócios, e o seu patrimônio é responsável pelas dívidas societárias. 3. Pelo artigo 135 do CTN, 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. A liquidação irregular da sociedade gera a presunção da prática desses atos abusivos ou ilegais. 4. No caso de dissolução irregular da sociedade, esta Corte tem o entendimento de que indícios de dissolução irregular da

sociedade que atestem ter a empresa encerrado irregularmente suas atividades são considerados suficientes para o redirecionamento da execução fiscal. Contudo, não se pode considerar que a carta citatória devolvida pelos correios seja indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade. Não possui o funcionário da referida empresa a fé pública necessária para admitir a devolução da correspondência como indício de encerramento das atividades da empresa. 5. Inere-se, do artigo 8º, inciso III, da Lei n. 6.830/80, que, não sendo frutífera a citação pelo correio, deve a Fazenda Nacional providenciar a citação por oficial de justiça ou por edital, antes de presumir ter havido a dissolução irregular da sociedade. Recurso especial improvido".

No mesmo sentido, recente precedente da Turma, "verbis":

AgInAI 2009.03.00.043356-2, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, sessão de 10/06/2010: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO INOMINADO. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA PARA O SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR PRESUMIDA COM BASE EM CARTA CITATÓRIA DEVOLVIDA PELOS CORREIOS. AGRAVO IMPROVIDO. I - A decisão deve ser mantida. II - Ressalto que tenho admitido o redirecionamento da execução fiscal nos casos em que, comprovada a impossibilidade de garantia da causa pelos meios ordinários, apresentem-se indícios da dissolução irregular da sociedade executada ou das práticas descritas no artigo 135, III, do CTN. III - No caso concreto, entretanto, não entendo estarem presentes elementos suficientes que indiquem caracterizada a situação acima referida, pois, ainda que o AR relativo à carta de citação enviada no endereço da empresa tenha sido negativo (fl. 28), inexistiram diligências adicionais no sentido de localizar a executada, como por exemplo, por meio de Oficial de Justiça. IV - Cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça já há algum tempo vem se decidindo pela impossibilidade de se considerar a carta citatória devolvida pelos correios como indício cabal de dissolução irregular de sociedade, haja vista a ausência de fé pública do funcionário daquela empresa, diferentemente do que ocorre com uma certidão assinada por um oficial de justiça, por exemplo. V - Precedentes STJ (1ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, RESP - 1072913, v.u., DJ: 04/03/2009) e TRF 3ª Região (Terceira Turma, AG n. 2007.03.00.104171-3, Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, j. 19.06.2008, DJF3 01.07.2008). VI - Sendo assim, diante da formação de jurisprudência consolidada, inexistente razão para a modificação do entendimento inicialmente manifestado, que negou seguimento ao agravo com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil. VII - Agravo inominado improvido."

Na espécie, a empresa foi regularmente citada (f. 35), não houve penhora em virtude da informação de parcelamento (f. 39vº). A PFN requereu o direcionamento da execução fiscal ao sócio (f. 49), devido à rescisão do acordo fiscal (f. 55), o que foi deferido (f. 58), sendo localizado o responsável, mas não bens penhoráveis (f. 62 e 66), sendo posteriormente efetuada a penhora em bem do sócio (f. 92), quando a empresa peticionou, informando novo parcelamento (f. 94/7), sendo, então, reconsiderada a decisão de redirecionamento, objeto deste agravo de instrumento (f. 99).

Neste quadro fático, evidente a ilegalidade do redirecionamento ao responsável tributário nesta fase processual, pois, ainda que rescindido o acordo anterior, a execução fiscal deveria prosseguir em relação à pessoa jurídica, e não ser redirecionada de imediato ao responsável tributário, até porque não apurada qualquer infração a este imputável, não bastando a inadimplência, e nem mesmo a rescisão do parcelamento anterior, conforme firme na jurisprudência citada. Quanto à preclusão "pro judicato", tampouco procede o recurso, pois a questão da legitimidade passiva, enquanto matéria de ordem pública, não sofre preclusão no curso do processo e, portanto, pode ser revista a qualquer tempo, em especial pelo Juízo, conforme revela o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA 332.188, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJU 25.06.01: "PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO. - Em se tratando de condições da ação e de pressupostos processuais não há preclusão para o juiz por ser matéria indisponível."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00100 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0036661-70.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.036661-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : SUPERGAUSS PRODUTOS MAGNETICOS LTDA

ADVOGADO : JULIANA ASSOLARI e outro

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00250637120094036182 8F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade, em que alegada a compensação dos débitos executados para efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e extinção da ação executiva ajuizada.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a decisão agravada rejeitou a exceção nos seguintes termos (f. 123):

"Na atual fase processual, a mera interposição de exceção de pré-executividade não possui o condão de suspender o curso do processo ou a exigibilidade do crédito tributário.

Ademais, não cabe a este Juízo determinar a expedição de ofício à Procuradoria da Fazenda Nacional, com o escopo de determinar a regularização da situação cadastral e a expedição de certidão de regularidade fiscal, deve o interessado propor ação cabível em face dos responsáveis, sendo competente para o processo e julgamento o Juízo Cível e não o especializado de Execuções Fiscais.

Nada obsta que a executada, oportunamente, obtenha certidão de inteiro teor dos autos, mediante recolhimento de custas, para que requeira o que de direito em seara adequada".

Todavia, não decidiu o Juízo agravada a controvérsia deduzida para seu exame, consistente na existência, segundo a exceção, de compensação de tais débitos, ora executados, o que suspenderia a exigibilidade do crédito tributário e impediria a execução fiscal, considerando que inexistente, até o momento, ato ou despacho decisório no sentido de apreciar ou não homologar tal compensação.

Ao deixar de apreciação o pedido, com a causa de pedir deduzida, o Juízo incorreu em julgamento nulo, o que inviabiliza a sua subsistência, a exigir que outra seja apreciada, observado o princípio da congruência. Por outro lado, apreciou pedido não formulado, pois o executado não requereu regularização de situação cadastral ou emissão de certidão de regularidade fiscal, mas somente o reconhecimento, em face das alegações deduzidas, da inexigibilidade do crédito tributário, recolhimento do mandado de penhora, extinção da execução fiscal e condenação em verbas de sucumbência (f. 42/53 e 119). Por evidente, não cabe ao Tribunal apreciar diretamente questão sequer decidida na origem, de modo a suprimir instância, especialmente no que tange à discussão de aspectos de prova relativos à defesa deduzida.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, de ofício desconstituo a decisão agravada, a fim de que outra seja proferida com a observância da fundamentação e do pedido formulado na exceção de pré-executividade, prejudicado o agravo de instrumento.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 28 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00101 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0036673-84.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.036673-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : RANGEL CONSTRUCOES S/C LTDA e outros
: REINALDO DOS REIS
: JESUE PEREIRA RANGEL
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO CARLOS > 15ª SSJ > SP
No. ORIG. : 00007303320074036115 1 Vr SAO CARLOS/SP
DECISÃO
Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, em execução fiscal, de negativa de pesquisa, no sistema BACENJUD, do endereço de responsável tributário para citação após frustrada a diligência através de oficial de Justiça no domicílio fiscal cadastrado.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que ao Juízo não cabe substituir-se à parte nas diligências que lhe competem para localização do devedor e de bens para penhora, salvo se provada o esgotamento razoável das tentativas neste sentido.

No caso dos autos, sem promover qualquer tentativa de localização em cadastros existentes em órgãos públicos, acessíveis ao credor, o que pretende a PFN é que se requisite diretamente o fornecimento de endereço registrado no sistema BACENJUD, por entender ser o único capaz de permitir a localização efetiva do executado.

Todavia, tal pretensão não encontra respaldo na jurisprudência:

AI 2008.03.00042250-0, Rel. Des. Fed. VESNA KOLMAR, DJF3 27/04/2009: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. USO DO BACENJUD PARA LOCALIZAÇÃO DO ENDEREÇO DO RÉU. REQUISITOS PARA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. O fornecimento de endereços para a viabilização de ato processual compete primordialmente à parte que os requer. 2. Só é possível a intervenção do Poder Judiciário junto aos órgãos públicos se a diligência não puder se dar de outra forma, e a parte tiver esgotado as diligências que estavam ao seu alcance o que não ocorreu na hipótese dos autos. 3. Agravo de instrumento improvido."

AI 2011.03.00010255-2, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, DJF3 16/09/2011: "AGRAVO INOMINADO - BACENJUD - REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES - ENDEREÇOS - ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS - RECURSO IMPROVIDO. 1. O agravo de instrumento foi interposto em face de decisão que indeferiu pedido da exequente de realização de pesquisa, via BACENJUD, com o escopo de obter o novo endereço do executado. 2. Na minuta do agravo, o agravante alegou a possibilidade de se utilizar do BACENJUD com esse intuito, conforme art. 15 do Regulamento do BACENJUD 2.0. 3. Corrobora a pretensão do exequente, o pedido deduzido - e indeferido - perante o MM Juízo de origem (fl. 17): "Sabendo-se que para abrir conta em qualquer banco, exigem-se dados atualizados, requer-se que seja feito o Bacen jud no sentido de localizar novo endereço do executado". 4. Não obstante a localização do devedor e de seus bens seja ônus do credor, existem mecanismos à disposição desse para satisfazer o crédito exequendo, entre eles o bloqueio eletrônico de ativos financeiros, pelo sistema BACENJUD, o qual, segundo recente jurisprudência pátria, dispensa o esgotamento de diligências no sentido de localização de bens passíveis de penhora, de titularidade do executado, após a vigência da Lei 11.382/2006. 5. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, segundo o qual a requisição de informações sobre a declaração de bens e endereço do devedor à Receita Federal será admitida, quando esgotados pelo credor todos os meios para sua localização. 6. Compulsando os autos, verifica-se que a exequente não diligenciou no sentido de localizar bens de propriedade da executada, não podendo valer-se dessa medida excepcional, neste momento processual. 7. Resta afastada a aplicação do art. 17, do Regulamento do BACENJUD vigente, também expedido pelo Banco Central do Brasil, pelas razões já expostas. 8. Agravo inominado improvido."

AG 2010.02.01016797-4, Rel. Des. Fed. GUILHERME CALMON, E-DJF2R 15/02/2011: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. UTILIZAÇÃO DO SISTEMA BACENJUD PARA DILIGENCIAR EM BUSCA DO ENDEREÇO DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1 - Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão que indeferiu o pedido para diligenciar junto ao sistema BACENJUD na busca pelo endereço da executada. 2 - O Juízo já realizou uma série de diligências anteriormente solicitadas pela CEF, oficiando para diversos órgãos e empresas em busca do endereço da ré. 3 - Além do mais, o convênio firmado através do BACENJUD tem por objetivo diligenciar em busca de bens penhoráveis e não, ao intento da parte, em busca de informações cadastrais. 4 - O Juízo, na decisão combatida, determinou que a CEF providenciasse a citação por edital, sendo certo que tal diligência integra os meios a serem esgotados na localização do devedor, produzindo efeitos que não podem ser negligenciados quando da sua efetivação. 5 - Agravo de instrumento improvido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00102 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0037358-91.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.037358-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : TEXTIL LEITAO LTDA e outro
: MICHEL AARAO FILHO
ADVOGADO : MICHEL AARAO FILHO
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE SANTA BARBARA D OESTE SP
No. ORIG. : 07.00.01456-0 A Vr SANTA BARBARA D OESTE/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de decisão que, em execução de verba honorária, negou pedido fazendário de bloqueio de valores pagos por RPV, para satisfazer o débito da EF 201/1998 (CDA 80.6.97.169727-28), autorizando alvará de levantamento em favor do patrono da autora (f. 192).

Alegou a PFN que: (1) deve ser feita a compensação, nos termos do § 9º do artigo 100 da CF, observando-se a Resolução 230/2010 e a Orientação Normativa 04/2010, ambas do CJF; e (2) apesar do teor do artigo 23 do Estatuto da OAB, houve renúncia do advogado aos honorários sucumbenciais, sendo feita a execução pela autora, e expedido RPV no respectivo nome.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que a verba honorária foi fixada em embargos à execução fiscal (f. 79/80, 84/6, 96/101 e 134), transitado em julgado em dezembro/2007 (f. 135), e executada, nos termos do artigo 730 do Código de Processo Civil, em **abril de 2008** (f. 130/2). Por concordância fazendária (f. 149), foi expedida RPV em 08/03/2010 (f. 153).

Em 23/03/2010, a PFN pediu "**bloqueio/indisponibilidade imediata do requisitório pequeno valor para substituição da garantia, se houver, da execução fiscal nº 501/1998**" (f. 155), juntando, em dezembro/2010, extrato da dívida referente à CDA 80.6.97.169727-28 (f. 175/6). Houve o pagamento da RPV, em 30/04/2010, no valor de R\$ 14.953,66 (f. 169). A agravada manifestou-se, alegando que a verba honorária pertence ao advogado, conforme artigo 23 da Lei 8.906/04, e que tal execução fiscal estaria regularmente garantida, sendo discutida a dívida em embargos do devedor (f. 178/9).

A agravante reiterou o pedido de bloqueio, com base no § 9º do artigo 100 da CF, indicando valor consolidado, em 14/04/2011, de R\$ 53.017,99 (f. 183/6). A decisão agravada reconheceu que a verba honorária sucumbencial é do advogado, "**nada havendo nos autos a permitir que se conclua que o patrono da Executada tenha declinado de seu direito autônomo de executar a sentença**", negando o bloqueio dos valores disponibilizados e "**determinando a expedição de mandado de levantamento em favor do Dr. Michel Aarão Filho**" (f. 192). Foi, então, expedido alvará de levantamento, entregue ao advogado em 09/08/2011 (f. 194 e v.), e resgatado na mesma data (f. 199), sendo distribuído o presente recurso somente em 07/12/2011.

No caso concreto, houve execução de verba honorária fixada pela sucumbência nos embargos do devedor (f. 130/2), com a qual concordou a PFN (f. 149), não se tratando, pois, de crédito do contribuinte, executado na execução fiscal, mas de crédito de terceiro, advogado da causa, conforme artigo 23 da Lei 8.906/1994 ("**Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.**"), assim reconhecido pela jurisprudência (RE 470407, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 13/10/2006; e RESP 1209577, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE 02/02/2011).

Sendo o crédito legalmente pertencente, e originariamente objeto de execução em favor do próprio advogado da causa, não é viável o superveniente pedido de compensação do respectivo valor com débito de terceiro, ou seja, com débito fiscal do contribuinte - e não do advogado credor, exata e simplesmente porque a compensação exige, logicamente, que credor e devedor sejam sempre os mesmos em ambas as relações jurídicas, o que não se verifica no caso concreto.

A propósito, em casos análogos, assim decidiu a Corte:

AG 2005.03.00.061601-8, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJU 26/01/2006: "AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRECATÓRIO - LEVANTAMENTO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS - POSSIBILIDADE - ARTIGO 22, § 4º, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA (LEI 8.906/94) - PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS QUE, NO CASO, NÃO IMPEDE O EXERCÍCIO DA FACULDADE CONFERIDA PELA LEI. I - "Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou" (art. 22, § 4º, Lei 8.906/94). II - A juntada do contrato de prestação de serviços de advocacia deu-se em junho/2003, muito antes da lavratura do auto de penhora no rosto dos autos do precatório, que data de janeiro/2004. Verifica-se, assim, que quando da penhora do crédito do cliente da banca agravante, o montante a esta devido já se encontrava resguardado, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei 8.906/94. III - A penhora efetuada no rosto dos autos do precatório produzirá efeitos apenas sobre a parcela dos valores depositados que cabe, por direito, ao executado. Não pode, todavia, avançar sobre patrimônio de terceiro alheio à execução fiscal em curso, "in casu", a banca agravante. IV - Precedentes. V - Agravo de instrumento provido."

AC 00122995820064036182, Rel. Juiz Fed. Conv. RENATO BARTH, DJF3 16/11/2011: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE CRÉDITO OBJETO DE PRECATÓRIO. CONSTRICÃO QUE

ALCANÇOU NÃO SÓ O CRÉDITO DA EXECUTADA, MAS TAMBÉM OS HONORÁRIOS DE ADVOGADO ALI FIXADOS. ART. 23 DA LEI Nº 8.906/94. SUCUMBÊNCIA DA UNIÃO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO. Hipótese em que a penhora do crédito objeto do precatório judicial foi requerida pela própria União, na inicial da execução fiscal, que não cuidou de distinguir ou excluir os valores pertencentes ao advogado da executada (art. 23 da Lei nº 8.906/94). Ao deixar de excluir do pedido valores que não pertenciam à executada, é evidente que a União deu causa à constrição e deve, assim, arcar com os ônus da sucumbência. Apelação a que se nega provimento.

AI 200503000191147, Rel. Juiz Fed. Conv. MIGUEL DI PIERRO, DJF3 05/12/2008: "AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALVARÁ DE LEVANTAMENTO SUSPENSO - 4ª PARCELA DE OFÍCIO PRECATÓRIO - HONORÁRIOS - PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS PARA GARANTIA DE EXECUÇÃO FISCAL. 1. O art. 23 da Lei n. 8.906/94 assegura ao advogado a faculdade de executar os honorários, bem assim, garantir-lhe o recebimento, não se podendo opor-lhe crédito do executado. 2. O advogado agravante consta da procuração outorgada por Labo Eletrônica S/A, subscreveu a ação ordinária, tendo atuado desde o início no feito, razão pela qual possui legitimidade para pleitear o recebimento dos honorários. "

Ademais, a compensação, pleiteada pela agravante, tem respaldo na EC 62/09, que alterou o artigo 100 da Constituição Federal, incluindo os §§ 9º e 10, com o seguinte teor:

"§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos."

Como literalmente descrito na norma a compensação deve ocorrer no ato da expedição do ofício, de modo que sejam incluídos no orçamento apenas os valores efetivamente devidos, descontados os débitos constituídos, inscritos ou não, em face do contribuinte, credor do precatório. A norma tem eficácia plena, independentemente de regulamentação, atingindo a situação dos precatórios ainda não emitidos na data da publicação da emenda constitucional.

Portanto, ainda que se cogitasse da possibilidade de compensação, a pretensão fazendária não poderia subsistir, forte no texto constitucional, que fixa o momento possível para a compensação, vez que o pedido de indisponibilidade, no caso concreto, somente foi feito em 23/03/2010 (f. 155), depois de já expedida a RPV, em 08/03/2010 (f. 153), o que se afigura indevido à luz do prazo que a própria Constituição Federal estabeleceu.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do CPC, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 02 de janeiro de 2012.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00103 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0037501-80.2011.4.03.0000/MS

2011.03.00.037501-5/MS

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : EDVAGNER VENCESCLAU DE LIMA
ADVOGADO : JACQUES CARDOSO DA CRUZ e outro
AGRAVADO : UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS > 2ªSSJ > MS
No. ORIG. : 00043012120114036002 2 Vr DOURADOS/MS

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar, em mandado de segurança para garantir a posse no cargo de médico anesthesiologista, nível E, da Universidade Federal da Grande Dourados, conforme concurso público regido pelo Edital de Abertura PROGRAD 16, publicado em 10/05/2011, homologado em 09/09/2011, tendo em vista que, em 24/10/2011, foi comunicado da impossibilidade de assumir o cargo, por não ter entregue declaração de residência médica (f. 36/8).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil, dado que manifestamente despida de plausibilidade jurídica a pretensão deduzida.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firme no sentido da validade da exigência de comprovante de residência médica, no ato da posse, conforme previsto em edital de concurso público para o cargo de médico, na área da respectiva especialidade, não possuindo direito líquido e certo o candidato que deixa de cumprir tal requisito, como revelam, entre outros, os seguintes precedentes:

ROMS 23228, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 08/03/2010: "RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE MÉDICO/CLÍNICA MÉDICA/CTI. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RESIDÊNCIA MÉDICA OU CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO NA ÁREA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO. 1. Não tem direito líquido e certo a tomar posse no cargo de Médico/Clinica Médica/CTI a candidata que não cumpre requisito previsto no edital do certame consubstanciado na apresentação de comprovante de Residência Médica ou Curso de Especialização na respectiva área de especialidade. 2. Recurso ordinário improvido."

RESP 1109505, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJE 29/06/2009: "DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO. TÍTULO DE ESPECIALISTA OU RESIDÊNCIA MÉDICA. REQUISITO PREVISTO NO EDITAL DO CERTAME. NÃO-COMPROVAÇÃO. 1. O edital é a lei do concurso, fixando normas garantidoras da isonomia de tratamento e igualdade de condições de ingresso no serviço público. 2. Em concurso para o cargo de Médico da Rede Pública de Saúde, existe pertinência lógica entre as atribuições do cargo pretendido e a exigência de que os candidatos optassem por uma área de especialização em que deveriam ter residência médica ou título de especialista, ambos no campo escolhido. 3. Tendo em vista que o candidato não demonstrou preencher os requisitos exigidos em edital, inviável a posse no cargo de Médico/Medicina Intensiva. 4. Recurso especial provido."

AROMS 28682, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJE 15/06/2009: "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO CLÍNICO GERAL. REQUISITOS. TÍTULO DE ESPECIALIZAÇÃO. CLÍNICA MÉDICA. EXIGÊNCIA DO EDITAL. Havendo previsão editalícia no sentido de que a nomeação para o cargo de Médico Clínico Geral só é possível com a comprovação de curso de especialização, não há que se falar em direito líquido e certo à nomeação para o referido cargo, se não restou devidamente comprovada a habilitação exigida. Agravo regimental desprovido."

ROMS 19308, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 09/10/2006, p. 314: "ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO. TÍTULO DE ESPECIALISTA OU RESIDÊNCIA MÉDICA. REQUISITO PREVISTO NO EDITAL DO CERTAME. NÃO-COMPROVAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. A recorrente não demonstrou preencher o requisito de possuir o título de Especialista ou Residência Médica previsto no edital que regulou o concurso para provimento do cargo de Médico/Clinica Médica do Estado do Rio de Janeiro. Direito líquido e certo inexistente. 2. Recurso ordinário improvido."

AROMS 18948, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 12/09/2005, p. 370: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE DIPLOMA DE RESIDÊNCIA MÉDICA - EXIGÊNCIA DO EDITAL - IMPOSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO - RECURSO IMPROVIDO. 1. Não cabe a revisão da decisão monocrática, quando resta refletida, nesta, jurisprudência corrente da Corte. 2. Em aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, se exigido pelo edital, o candidato não pode ser dispensado da necessidade de apresentação do diploma, na fase de habilitação, em concurso público, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade, moralidade e isonomia. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."

ROMS 16304, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 01/08/2005, p. 555: "CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE RESIDÊNCIA MÉDICA. EXIGÊNCIA QUE SE ENTENDE RAZOÁVEL EM FACE DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO 1. A discriminação feita em edital de concurso público não se considera ilegal se o fator de discrimen guardar relação de pertinência lógica com a situação fática do caso concreto. Precedentes desta Corte. 2. Recurso desprovido."

ROMS 16093, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 06/10/2003, p. 288: "ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. REQUISITOS. RESIDÊNCIA MÉDICA OU TÍTULO DE ESPECIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO EDITAL. Havendo previsão editalícia no sentido de que a nomeação para o cargo de Médico, na Especialidade de Clínica Médica, só é possível com a comprovação de residência médica ou curso de especialização na especialidade escolhida, não há que se falar em direito líquido e certo à nomeação para o referido cargo, se não restou devidamente comprovada a habilitação exigida. Recurso desprovido."

Na espécie, o agravante não juntou cópia do edital do concurso, apenas relatando, na inicial, que "Os documentos exigidos para o cargo de médico anesthesiologista, nível E, diploma devidamente registrado, de conclusão do curso de graduação de nível superior em medicina, fornecido por instituição de ensino reconhecida pelo Ministério da Educação, acrescido de residência médica/especialização em anesthesiologia e registro profissional nas entidades competentes." (f. 18/9), e descrevendo o artigo 5º, alínea 'e', do referido edital, segundo o qual "Art. 5º. Os candidatos aprovados no concurso público, de que trata este Edital, serão investidos no cargo se atenderem às seguintes exigências, na data da posse: ... e) possuir documentos comprobatórios de escolaridade e pré-requisitos na Tabela I,

do item 3, e demais documentos constantes no subitem 19.4 deste Edital;" (f. 19). Portanto, o agravante ficou ciente das exigências constantes do certame.

A residência médica na especialidade de anesthesiologia, iniciada pelo agravante em 01/02/2009, tem o término previsto somente para **31/01/2012**, conforme programa credenciado pelo Parecer CNRM/MEC 153/2009, nos termos da declaração da Faculdade de Medicina de Marília, datada de 11/10/2011 (f. 45). O agravante apresentou, ainda, declaração da instituição de ensino superior, de 13/10/2011, atestando a conclusão satisfatória das "*atividades do programa teórico-científico da residência médica em anesthesiologia*" e a realização de "*1623 procedimentos anestésicos durante o período de 01/02/2009 a 12/10/2011*", pretendendo, com isso, suprir a ausência de diploma de conclusão do curso.

Tal, contudo, não supre a exigência estabelecida, reconhecida como válida pela jurisprudência, considerando que apenas a prova de residência médica concluída pode conferir título jurídico necessário para a especialidade exigida no concurso público.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 28 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00104 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0037884-58.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.037884-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : RETRIZ COML/ E INDL/ LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00045810520094036182 4F Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra declaração, de ofício, de decadência (artigo 173, I, CTN) para tributos vencidos até 31/05/1995, diante da confissão espontânea e parcelamento em 25/04/2001, com exclusão em 2005.
DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a decadência, a que se refere o inciso I do artigo 173 do CTN, aplica-se às hipóteses em que o Fisco, devendo lançar de ofício o tributo, diante da omissão do contribuinte, deixa, ele próprio, de fazê-lo dentro do prazo de cinco anos, contado "*do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*". No caso dos autos, a hipótese não é de lançamento de ofício, fora do prazo legal, mas de termo de confissão espontânea vinculada a parcelamento de tributos do período-base entre **1993 e 1996** (f. 38/46). Ocorre que os tributos foram objeto de diversos parcelamentos, tendo havido a primeira confissão de dívida em **29/08/1997**, no regime do SIMPLES. Novas confissões ocorreram para parcelamentos pelo REFIS em 2000 e PAES em 2003, com rescisões em 2001 e 2005 (f. 20). O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que "*concessão de parcelamento com confissão de dívida constitui para todos os efeitos o crédito tributário, equivalendo às declarações tributárias contidas em GFIP, GIA, DCTF e instrumentos congêneres*" (RESP 1.187.995, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 18/06/2010), o que significa dizer que não se pode cogitar de decadência, fundada no artigo 173, I, do CTN, se houver a constituição do crédito tributário pelo próprio contribuinte, o que, na espécie, se verificou em 28/08/1997, para fatos geradores ocorridos a partir de 1993 - o mais remoto deles - e, portanto, sujeito à contagem do prazo de decadência somente a partir de 01/01/1994, não tendo decorrido, portanto, o lapso legal capaz de inibir ou invalidar, por falta de regular constituição do crédito tributário, a execução fiscal ajuizada.

A decisão agravada considerou havido o parcelamento somente em 2001, quando é certa a existência de confissão de dívida e parcelamento em data anterior, 1997, conforme documentado nos autos, de modo suficiente a impedir o reconhecimento de ofício e liminar da decadência.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada a fim de que tenha regular prosseguimento a execução fiscal ajuizada.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 27 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

00105 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0038129-69.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.038129-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : INCAL MAQUINAS INDUSTRIAIS E CALDERARIA LTDA
ADVOGADO : EDISON FREITAS DE SIQUEIRA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00329237519994036182 4F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de bloqueio, em execução fiscal, de ativos financeiros pelo BACENJUD, alegando, em suma, que: (1) a penhora eletrônica é medida excepcional, que não pode prevalecer diante da oferta de bem livre e desembaraçado, cuja petição foi *ignorada* pela PFN e pelo Juízo *a quo*; (2) é inviável a equiparação de depósitos bancários ao dinheiro em espécie, para se estabelecer a ordem de preferência do artigo 11, I, da LEF; (3) a quebra do sigilo bancário somente é admitida em situações excepcionais, como na apuração de delitos ou práticas fraudulentas; (4) o bloqueio on-line caracteriza confisco e impede o livre exercício profissional e *o acesso e manutenção do trabalho*, violando os artigos 5º, XIII, 150, IV, e 170, VI e VII, da CF; e (5) houve afronta aos princípios da menor onerosidade e gravosidade ao devedor (artigos 620, CPC, e 112, II e IV, e 108, CTN).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, a propósito do bloqueio eletrônico de valores financeiros, pelo sistema BACENJUD. Em se tratando de créditos tributários, o Superior Tribunal de Justiça, a partir do artigo 185-A do CTN, incluído pela LC nº 118/2005, decidiu que a indisponibilidade eletrônica seria possível apenas depois da citação do devedor e da frustração na localização de outros bens penhoráveis.

Todavia, com o advento da Lei nº 11.382/2006, que alterou o Código de Processo Civil, orientou-se a Corte Superior por considerar válida, não apenas na execução de créditos privados ou públicos e não-tributários, como igualmente para os de natureza tributária, a preferência legal por "*dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira*" (artigo 655, I, CPC) e, assim, para "*possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução*" (artigo 655-A, caput, CPC), sem prejuízo do encargo do executado de "*comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade*" (artigo 655-A, § 2º, CPC).

O Código de Processo Civil, ao prever a penhora preferencial sobre dinheiro, em espécie, em depósito ou aplicação financeira, ressalvou o direito do executado de proteger os bens impenhoráveis, não servindo, portanto, o eventual risco de atingir valores impenhoráveis como fundamento para impedir o próprio bloqueio eletrônico. O bloqueio eletrônico de valores financeiros, como forma de garantir a preferência legal sobre dinheiro, foi adotado para adequar a proteção do devedor (artigo 620, CPC) à regra da execução no interesse do credor (artigo 612, CPC), sobretudo sob a perspectiva maior, porque de estatura constitucional, do princípio da efetividade não apenas do direito material discutido, como da própria eficiência do processo e da prestação jurisdicional, daí porque inexistir, a partir do sistema processual vigente, qualquer possibilidade de restrição quanto à eficácia do novo procedimento.

Aliás, a solução adotada pelo intérprete definitivo do direito federal restabelece a lógica essencial e necessária do sistema, reconhecendo que o credor privado (ou público com créditos sem privilégios), sujeito ao sistema do Código de Processo Civil, não poderia ser mais favorecido - o que, decerto, ocorreria se prevalecesse a aplicação do artigo 185-A do CTN, em relação ao Fisco -, na eficácia da penhora e da execução, do que o próprio credor público na cobrança de créditos tributários que, por justamente por envolverem interesse público indisponível, gozam não apenas de presunção legal de certeza e liquidez, como de preferência legal sobre outros créditos (artigo 186, CTN).

Neste contexto é que se insere a interpretação firmada no sentido da aplicação da Lei 11.382/06, a partir da respectiva vigência, em detrimento do artigo 185-A do CTN, nas execuções fiscais mesmo que de créditos tributários, conforme restou pacificado pela Corte Superior, a teor do que revelam, entre outros, os seguintes precedentes:

AGRESP 1.174.751, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE 21/10/2010: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS POR MEIO DO SISTEMA BACENJUD. ARTIGOS 655 E 655-A, DO CPC, ALTERADOS PELA LEI N. 11.382/06. 1. A partir da Lei 11.382, de 06.12.2006, os arts. 655 e 655-A, do CPC passaram a estabelecer a inquestionável preferência do dinheiro na ordem de constrição, inclusive por meio da penhora on-line de ativos financeiros, confirmando que a execução se dá em favor do exequente, e não do devedor. 2. No caso, existindo numerário depositado em conta bancária, não pode ser recusada a sua penhora ao argumento

de que o executado nomeou crédito em precatório, já que a ordem da Lei 6.830/80 deve ser observada, sobretudo após a edição da Lei 11.382/06. 3. Ademais, a Corte Especial, no julgamento do REsp 1.112.943-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, ocorrido em 15/09/2010, pela sistemática do artigo 543-C do CPC, decidiu que, após o advento da Lei nº 11.382/06, o juiz não pode exigir do credor o exaurimento das diligências, na busca de outros bens, para a decretação da penhora on line. 4. Ausência de condenação da agravante por litigância de má-fé, já que o agravo é anterior à manifestação da Corte Especial no julgamento do citado recurso especial repetitivo. 5. Agravo regimental não provido."

AGA 1.168.198, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 02/06/2010: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ONLINE. SISTEMA BACENJUD. DECISÃO POSTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DO ART. 655-A DO CPC. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DE BUSCA PELOS BENS PENHORÁVEIS DO DEVEDOR. PENHORA DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. RECUSA. LEGITIMIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA DA ORDEM ESTABELECIDADA PELO ART. 11 DA LEI 6.830/80. 1. A Primeira Seção desta Corte tem entendido pela possibilidade do uso da ferramenta BacenJud para efetuar o bloqueio de ativos financeiros, em interpretação conjugada dos artigos 185-A do CTN, 11 da Lei n. 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC. Todavia, somente para as decisões proferidas a partir de 20.1.2007 (data da entrada em vigor da Lei n. 11.038/2006), em execução fiscal por crédito tributário ou não, aplica-se o disposto no art. 655-A do Código de Processo Civil, não sendo mais exigível o prévio esgotamento de diligências para encontrar outros bens penhoráveis. 2. No caso, o despacho que deferiu a penhora online ocorreu em 2008, ou seja, após a vigência da Lei n. 11.382/2006. 3. Acaso não observada a ordem disposta no art. 11 da Lei n. 6.830/1980, é lícito ao credor e ao julgador a não-aceitação da nomeação à penhora. 4. Agravo regimental não provido."

Como se observa, mesmo diante de execução fiscal de créditos de natureza tributária, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, competente constitucionalmente para a interpretação definitiva do direito federal, orienta-se no firme sentido da validade, a partir da vigência da Lei 11.386/2006, do bloqueio eletrônico de recursos financeiros para viabilizar a penhora, ainda que existentes outros bens penhoráveis, afastando, pois, o caráter excepcional de tal medida, dada a própria preferência legal estabelecida em favor do dinheiro esteja em depósito ou aplicação financeira. Na espécie, as execuções fiscais referem-se a débitos de IRPJ (f. 52/8) e COFINS (f. 266/72), nos valores consolidados, em 14/04/2011, de R\$ 21.194,98 (f. 251) e R\$ 33.106,89 (f. 252). A executada, ora agravante, foi citada em 22/09/1999 (f. 60) e não nomeou bens à penhora no prazo legal (f. 61), informando adesão ao REFIS em 29/03/2000 (f. 66), a qual foi rejeitada por "falta de atualização de CEP do resp. dentro do prazo" (f. 77), seguindo-se penhora de "uma máquina fundidora de requeijão", avaliada em R\$ 54.000,00, em 01/07/2004 (f. 86/7). Designados leilões para 14/04/2005 e 26/04/2005, a oficial de justiça certificou não ter encontrado o bem penhorado para constatação e reavaliação (f. 94), sustentando-se os certames (f. 96). Em 02/10/2008, a agravante informou que o bem penhorado era integrante de seu estoque rotativo e requereu a substituição por "um conjunto concentrador a vácuo (Büller) planta piloto para laboratório", no valor de R\$ 85.000,00 (f. 122/4). Na sequência, a agravante apresentou "incidente de prejudicialidade externa", em face do ajuizamento da ação anulatória 2006.61.00.018252-0 (f. 125/34 e 135/236), e exceção de incompetência, a qual foi rejeitada (f. 238/40). A PFN informou o julgamento de improcedência da ação ordinária e requereu o prosseguimento da execução, com penhora pelo BACENJUD, nos termos dos artigos 655 do CPC e 11, I, da LEF, "tendo em vista que o bem penhorado foi alienado pelo executado sem autorização do presente juízo e resta o crédito executado desprovido de qualquer garantia" (f. 249). A decisão agravada foi assim fundamentada (f. 259/60v.):

"Vistos, em decisão interlocutória.Fls. 78/ 87 e 131/ 134:Inicialmente, o fato de ter sido ajuizada ação para a discussão do débito em testilha não representa óbice ao andamento da execução fiscal.O parágrafo 1º do artigo 585 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 8.953/94, é expresso no sentido de que "a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução".Neste sentido, o seguinte acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:"A propositura de ação declaratória de inexistência de débito não impede o ajuizamento de ação de cobrança ou de execução." (STJ - 4ª T., RMS 97-MG, rel. Min. Athos Carneiro, j. 7.11.89, v.u., "apud" Bol. do STJ de 30.3.90, p. 15).E, ademais, não há notícia de realização de depósito integral por parte da executada ou mesmo de concessão de tutela antecipada de sorte a suspender a exigibilidade dos débitos ora em cobro.Ainda, de acordo com a consulta realizada por este Juízo no "site" da rede mundial de computadores do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (www.trf3.jus.br), foi proferida sentença nos autos da ação ordinária nº. 2006.61.00.018252-0 (25ª. Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo) nos seguintes termos:"Em vista do exposto:a) JULGO EXTINTO os pedidos genéricos de anulação de todos os débitos fiscais constituídos em nome da empresa autora, sem resolução de mérito, conforme artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, por ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;b) JULGO IMPROCEDENTES os pedidos de declaração de ilegalidade da ausência de procedimento administrativo para a constituição do crédito tributário, da ilegalidade das multas aplicadas sobre débitos espontaneamente confessados e da ilegalidade da taxa SELIC, com resolução de mérito, conforme artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.Em consequência, condeno a empresa autora a arcar com as custas judiciais e a pagar à ré os honorários advocatícios, que estipulo no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), na forma do art. 20, 4º, do Código de Processo Civil."Além disso, tal sentença foi objeto de recurso pela ora executada, tendo sido proferida decisão monocrática terminativa nos autos da apelação cível nº. 0018252-55.2006.4.03.6100, ainda

sem trânsito em julgado. Rejeito, portanto, as pretensões da executada deduzidas a fls. 78/ 87. Por fim, defiro o requerimento deduzido pela exequente e DETERMINO a realização de rastreamento e bloqueio de valores existentes nas contas correntes e/ou aplicações financeiras da executada por meio do sistema BACENJUD, até o valor atualizado do débito. Concretizando-se o bloqueio (total ou parcial) e não sendo irrisório o valor bloqueado, caso em que este Juízo procederá ao desbloqueio dos respectivos numerários, uma vez que a conversão em renda da exequente seria mais onerosa à Administração em comparação com o valor arrecadado, aguarde-se por 30 (trinta) dias. Constatando-se bloqueio de valor irrisório, inferior ao valor das custas correspondentes à execução fiscal (Lei nº. 9.289/96), promova-se o desbloqueio. Constatando-se bloqueio de valor superior ao exigível, promova-se imediatamente o desbloqueio do excesso, mantendo-se preferencialmente os valores de titularidade da executada e junto a instituições financeiras públicas. Concretizando-se o bloqueio, ainda que parcial, a indisponibilização de recursos financeiros fica desde logo convertida em penhora. Intime-se o executado desta decisão e da penhora, para os fins do art. 16, inciso III, da Lei n. 6.830/80, sendo os representados por advogado mediante publicação e os demais por mandado. Se necessário, expeça-se edital. Nada sendo requerido, promova-se a transferência dos montantes penhorados à ordem deste Juízo, creditando-os na Caixa Econômica Federal, agência 2527 PAB da Justiça Federal. Ato contínuo, intime-se o executado da penhora realizada, bem como para início do prazo para oposição de Embargos à Execução (se for o caso). Decorrido o prazo legal sem oposição de embargos, CONVERTA-SE EM RENDA a favor do exequente, oficiando-se à Caixa Econômica Federal. Após a conversão, INTIME-SE o exequente (sessenta) dias se manifeste sobre a quitação, ou não, do débito, bem como sobre o prosseguimento do feito. Resultando-se ainda negativo o bloqueio, com fundamento no artigo 40 da Lei n 6.830/80, suspendo o curso da execução fiscal, considerando que não foi localizado o devedor ou bens sobre os quais possa recair a penhora. Considerando o enorme volume de feitos em trâmite na Secretaria, bem como a possibilidade de desarquivamento caso se requeira, ao invés da permanência em Secretaria fica determinado o arquivamento do feito. Intimem-se as partes."

Como se observa, considerada a jurisprudência, consolidada no sentido de que o pedido de penhora na execução fiscal de créditos tributários, na vigência da Lei 11.382/06, sujeita-se, não mais aos requisitos do artigo 185-A do CTN e respectiva jurisprudência, mas aos dos artigos 655 e 655-A do Código de Processo Civil, resta inequívoca a validade do bloqueio eletrônico, até o limite da execução, de valores de titularidade da executada, existentes em depósitos ou aplicações em instituições financeiras, através do sistema BACENJUD.

Cabe destacar que a penhora eletrônica de valores não envolve a quebra de sigilo bancário, mas a constrição de valores patrimoniais em virtude de execução fiscal, cujo título goza de presunção de liquidez e certeza. E, ainda que, por hipótese, se estivesse diante de sigilo, que pudesse o executado invocar para o fim de impedir a constrição de seu patrimônio diante de execução fiscal, certo é que houve decisão judicial motivada, determinando, não a revelação de dados da conta bancária, mas a penhora dos respectivos valores, com estrita observância do devido processo legal. Igualmente, o bloqueio de valores, no limite dos débitos, não caracteriza confisco, inexistindo afronta ao livre exercício profissional ou a qualquer outro direito ou princípio constitucional.

Ademais, os valores existentes em aplicações ou depósitos bancários são equiparados a dinheiro pelo próprio artigo 655, I, do Código de Processo Civil, com as alterações da Lei 11.382/2009 ("Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;"), não havendo qualquer controvérsia na jurisprudência sobre a questão. A título ilustrativo, os acórdãos:

RESP 1100228, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 27/05/2009: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ARTS. 458 E 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - EXECUÇÃO FISCAL - SISTEMA "BACENJUD" - ART. 655-A DO CPC - LEI Nº 11.382/2006 - APLICABILIDADE. 1. Não há ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC, se o acórdão recorrido resolve a questão que lhe é submetida mediante fundamentação adequada. 2. Esta Corte pacificou o entendimento de que a utilização do sistema "BACENJUD" é medida extrema, que deve ocorrer apenas excepcionalmente, quando frustradas as diligências para encontrar bens do devedor. 3. A Lei 11.382/2006, todavia, promoveu profundas e significativas alterações no processo de execução de títulos extrajudiciais, de que é exemplo a Certidão de Dívida Ativa (CDA), com o objetivo de resgatar a dívida histórica do legislador com o credor, devolvendo à prestação jurisdicional em tais hipóteses a efetividade outrora perdida. 4. Assim, por exemplo, a modificação da redação do art. 655, colocando o dinheiro, em espécie ou depositado em instituição financeira, em primeiro lugar na ordem de penhora, e a inserção do art. 655-A, autorizando expressamente a utilização do sistema "BACENJUD" ou congêneres na busca de informações sobre ativos financeiros, bem como a respectiva penhora. 5. Na vigência do referido diploma legal, há que se prestigiar as inovações processuais por ele introduzidas. Precedentes. 6. Recurso especial provido."

AGRESP 1077240, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE 27/03/2009: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONVÊNIO BACEN-JUD. PENHORA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEI Nº 11.382/06. 1. Esta Corte admite a expedição de ofício ao Bacen para se obter informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor, desde que o exequente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial. 2. No caso concreto, a decisão indeferitória da medida executiva requerida ocorreu depois do advento da Lei 11.382/06, a qual alterou o Código de Processo Civil para: a) incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie (art. 655, I) e; b) permitir a realização da constrição por meio eletrônico (art. 655-A). Aplicação do novel artigo 655 do CPC. Precedentes de ambas as Turmas

da Primeira Seção. 3. Existe, assim, a necessidade de observância da relação dos bens absolutamente impenhoráveis, previstos no art. 649 do CPC, especialmente, "os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social" (inciso VIII), bem como a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de quarenta (40) salários mínimos (X). 4. Agravo regimental provido."

De outro lado, é descabida a nomeação de bem móvel ("um conjunto concentrador a vácuo (Büller) planta piloto para laboratório") para substituir o anteriormente penhorado, que foi vendido pela executada, pois, independentemente de se tratar de bens do estoque rotativo da empresa, a substituição de penhora, em garantia à execução fiscal, somente pode ocorrer, no interesse e a pedido do devedor, mediante fiança bancária ou dinheiro (artigo 15, I, LEF), como revelam, entre outros, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

EDAG 1239955, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 20/04/2010: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE DINHEIRO. SUBSTITUIÇÃO SEM ANUÊNCIA DO CREDOR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 15, I, DA LEI 6.830/1980. 1. Por inexistir omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada e pelo princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes Embargos de Declaração como Agravo Regimental. 2. A penhora em Execução Fiscal não pode ser substituída sem anuência do credor, exceto por dinheiro ou fiança bancária. 3. Orientação reafirmada pela Primeira Seção ao julgar o REsp 1.090.898/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). 4. Agravo Regimental não provido."

REsp 1090898, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 31/08/2009: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE BEM PENHORADO POR PRECATÓRIO. INVIABILIDADE. 1. "O crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exequente, enquadrando-se na hipótese do inciso XI do art. 655 do CPC, por se constituir em direito de crédito" (EResp 881.014/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 17.03.08). 2. A penhora de precatório equivale à penhora de crédito, e não de dinheiro. 3. Nos termos do art. 15, I, da Lei 6.830/80, é autorizada ao executado, em qualquer fase do processo e independentemente da aquiescência da Fazenda Pública, tão somente a substituição dos bens penhorados por depósito em dinheiro ou fiança bancária. 4. Não se equiparando o precatório a dinheiro ou fiança bancária, mas a direito de crédito, pode o Fazenda Pública recusar a substituição por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da LEF. 5. Recurso especial representativo de controvérsia não provido. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008."

Ainda que não se tratasse de substituição de penhora, e sim de nomeação tempestiva de bens, a alegação do princípio da menor onerosidade não poderia ser admitida com a extensão preconizada, porquanto afrontaria a regra especial, que disciplina a execução fiscal, na qual viceja outra espécie de interesse, além do próprio das relações jurídicas de direito privado. A previsão legal de uma ordem indicativa de preferência para a penhora em execução fiscal não pode ser sumariamente afastada por iniciativa e no interesse exclusivo do devedor, pois, além do princípio da menor onerosidade, existe o princípio do interesse público na execução fiscal, da utilidade da ação e da eficácia da prestação jurisdicional.

A menor onerosidade não pode ser invocada como cláusula de impedimento à penhora de outro bem além daquele nomeado no exclusivo interesse do devedor, mas, pelo contrário, deve ser interpretada - sempre à luz dos princípios que regem o processo, e o executivo fiscal em específico - como instrumento de afirmação do equilíbrio na execução, daí porque caber, se não observado o artigo 11 da LEF e o artigo 655 do Código de Processo Civil, o requerimento de BACENJUD, na tentativa de adequar a garantia à realidade do devedor e da própria execução, que não pode ser excessiva para um, nem frustrante para outro.

A análise para tal adequação deve considerar não apenas o bem sob o ângulo da natureza respectiva, à luz dos diversos incisos do artigo 11 da Lei 6.830/80 e do artigo 655 do Código de Processo Civil, como igualmente as condições gerais e particulares, em termos de qualidade, conservação, valor econômico, comercial, liquidez etc., podendo o Fisco questionar a nomeação a fim de aprimorar a garantia do Juízo, observado o limite da onerosidade razoável, caso a caso. Cabe anotar que alguns julgados destacam, de forma abrangente, o caráter particular da execução fiscal que, fundada na Lei 6.830/80, sujeita-se, especificamente, ao princípio da prevalência do interesse do credor.

Neste sentido, os seguintes precedentes, dentre os outros:

AGRAVA 1.126.925, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 19/08/2009: "PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - RECUSA DE BENS NOMEADOS - POSSIBILIDADE - ORDEM PREVISTA NO ART. 11 DA LEI 6.830/80. PRECEDENTES. 1. Não tendo a devedora obedecido à ordem prevista no art. 11 da Lei n.º 6.830/80, visto que em primeiro lugar está o dinheiro e não os bens indicados, é lícito ao credor a sua recusa a ao julgador a não-aceitação da nomeação à penhora dos bens, pois a execução é feita no interesse do exequente e não do executado. 2. agravo regimental não provido."

AGRESP 1.023.848, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJE 15/05/2008: "EXECUÇÃO FISCAL. NOTAS DO TESOURO NACIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, CPC. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA FORA DA ORDEM LEGAL DO ART. 11 DA LEI 6.830/80. RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. I - Quanto à alegada violação ao 535, II, do CPC, observei

que o Tribunal a quo, mesmo entendendo que o ora agravante não tinha demonstrado a liquidez e a certeza do título, afastou a tese esposada pela recorrente. II - Com as provas que tinha, o Tribunal a quo assim decidiu. Por conseguinte, para se anular o acórdão por ofensa ao 535, II, do CPC, necessário revolver o substrato probatório carreado pela recorrente para se aferir a negociabilidade e liquidez do título, o que é inadmissível pelo óbice sumular n.º 7/STJ. III - Destarte, ante a duvidosa garantia oferecida, tem-se legítima a recusa de tais títulos, uma vez que a execução é feita no interesse do exequente e não do executado, não havendo, portanto, violação ao art. 620 do CPC. IV- Ademais, conforme jurisprudência pacífica deste Sodalício, a Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal insculpida no art. 11 da Lei 6.830/80, pois o princípio da menor onerosidade do devedor preceituado no art. 620 do CPC não pode resultar em uma onerosidade exacerbada para o credor. V - Agravo regimental improvido."

AG 98.03.089918-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 18.12.02: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. NOMEAÇÃO. ARTIGO 11, DA LEI Nº 6.830/80. VIOLAÇÃO. MENOR ONEROSIDADE. EQUILÍBRIO. UTILIDADE E EFICÁCIA DA AÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A previsão legal de uma ordem indicativa de preferência para a penhora em execução fiscal não pode ser sumariamente afastada por iniciativa e no interesse exclusivo do devedor, pois, além do princípio da menor onerosidade, existe o princípio do interesse público na execução fiscal, da utilidade da ação e da eficácia da prestação jurisdicional. 2. A menor onerosidade não pode ser invocada como cláusula de impedimento à penhora de outro bem além daquele nomeado no exclusivo interesse do devedor, mas, pelo contrário, deve ser interpretada - sempre à luz dos princípios que regem o processo, e o executivo fiscal em específico - como instrumento de afirmação do equilíbrio na execução, daí porque caber, se não observado o artigo 11 da LEF, a impugnação da FAZENDA NACIONAL, na tentativa de adequar a garantia à realidade do devedor e da própria execução, que não pode ser excessiva para um, nem frustrante para outro. 3. Caso em que foi impugnada a nomeação, porque, dentre outros motivos, não foi observada a ordem de preferência da legislação, e por estar o bem, além de superavaliado, situado em foro diverso do da execução, sem que se tenha comprovado que houve a excessiva e injustificada oneração do devedor com tal substituição."

AI 2011.03.00.021383-0, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, DJE 17/11/2011: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUSA DE NOMEAÇÃO À PENHORA. ORDEM PREVISTA NO ART. 11 DA LEI N. 6.830/80. I - Ao indicar bens à penhora, o devedor deve observar a ordem estabelecida no art. 11, da Lei 6.830/80. II - A Fazenda Pública não está obrigada a aceitar o bem oferecido, se entender que este não preenche os requisitos necessários à garantia do juízo. III - Conquanto a execução deva ser efetuada pelo modo menos gravoso para o devedor, esta é realizada no interesse do credor, consoante o disposto no art. 612, do Código de Processo Civil. IV - Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. V - Agravo de instrumento improvido."

Por fim, cabe registrar que o bloqueio parcial por insuficiência de saldo, abrangendo apenas R\$ 6.439,12 (f. 261), é insuficiente para garantir, integralmente, o montante do débito de R\$ 54.301,87, em 14/04/2011 (f. 251/2), podendo o bem nomeado ser constrito para complementar a garantia, na hipótese em que não sejam encontrados outros valores a serem bloqueados, e mediante concordância expressa da exequente.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e oficie-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00106 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0038602-55.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.038602-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : MAGNUM PLANEJAMENTO E PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA -ME
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00240613720074036182 4F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão, em execução fiscal, de indeferimento de inclusão de sócios no pólo passivo.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta

provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 22/09/08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

Assim igualmente concluiu esta Turma no AG 2007.03.00032212-3, Rel. Juiz Convocado CLÁUDIO SANTOS, DJU 30/04/2008:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 135, III, CTN. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO SÓCIO-GERENTE. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. 1. Encontra-se consolidada a jurisprudência, sob todos os ângulos enfocados na ação, firme no sentido de que mesmo que os fatos geradores dos créditos tributários em execução fiscal tenham ocorrido na gerência de um dado sócio, este não pode sofrer o redirecionamento executivo se houve a sua retirada da sociedade antes da dissolução irregular, esta ocorrida na gestão de outros administradores. 2. Caso em que, embora os débitos fiscais tenham fatos geradores ocorridos durante a gestão do ora agravante, que se retirou da sociedade apenas em 16.04.93, e considerando que a mera inadimplência fiscal não gera responsabilidade tributária do sócio-gerente (artigo 135, III, CTN), o que revelam os autos, de relevante para a solução da controvérsia, é que a dissolução irregular somente ocorreu posteriormente, conforme o sistema de consulta fiscal por CNPJ. 3. Certo, pois, que houve atividade econômica posterior à retirada do ora agravante do quadro social da empresa, de modo que a dissolução irregular não é contemporânea à respectiva administração, para efeito de apuração de infração à legislação e responsabilidade tributária, nos termos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional. 4. Agravo inominado desprovido."

Por outro lado, encontra-se sedimentada a jurisprudência, firme no sentido de ser imprescindível, para o reconhecimento da dissolução irregular da sociedade, a apuração, por oficial de justiça, da respectiva situação de fato no endereço declarado nos autos, a teor do que revelam os seguintes precedentes:

RESP 1.072.913, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJU 04/03/09: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO DE TESE. OMISSÃO INEXISTENTE. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. 1. Não se configura ofensa ao artigo 535, II, do CPC quando o acórdão recorrido apreciou, de forma expressa e devidamente fundamentada, todos os pontos indicados pelo recorrente como omitidos. Ademais, é vedada a inovação de teses em embargos de declaração e, por tal razão, inexistente omissão em acórdão que julgou a apelação sem se pronunciar sobre matéria não arguida nas razões do agravo de instrumento. Precedentes. 2. Controvérsia a respeito das circunstâncias em que é possível a responsabilização do sócio-gerente de empresa que figura no pólo passivo de execução fiscal pelo não-pagamento dos débitos tributários. 3. Entendimento desta Corte assentado no sentido de que a não-localização da empresa no endereço constante dos cadastros da Receita para fins de citação na execução caracteriza indício de irregularidade no seu encerramento apto a ensejar o redirecionamento da execução fiscal ao sócio. Primeira Seção, EREsp 716.412. 4. Entretanto, na espécie, ao decidir a controvérsia, o Tribunal a quo se baseou na premissa fática de que a frustração da citação se deu por simples devolução do aviso de recebimento, externando peculiaridade que afasta a presunção imediata de dissolução irregular, porquanto não houve certificação, por oficial de justiça (que tem fé pública), de que a empresa não funcionava mais no endereço fornecido, mas apenas a devolução do aviso de recebimento da citação enviada pelo correio. 5. Considerando essa

particularidade e concluindo pela impossibilidade de que a presunção juris tantum de dissolução irregular decorreu de simples informação dos correios, a Segunda Turma já decidiu, recentemente, que "[...] não se pode considerar que a carta citatória devolvida pelos correios seja indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade. Não possui o funcionário da referida empresa a fé pública necessária para admitir a devolução da correspondência como indício de encerramento das atividades da empresa". REsp 1.017.588/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/11/2008, DJe 28/11/2008. 6. Recurso especial não-provido". RESP 1.017.588, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU 28/11/08: "TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - DEVOLUÇÃO DA CARTA CITATÓRIA NÃO-CUMPRIDA - INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - ART. 8º, III, LEI N. 6.830/80. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 736.879-SP, de relatoria do Ministro José Delgado, publicado em 19.12.2005, firmou entendimento no sentido de fortalecimento da regra contida no art. 135, III, do CTN, do qual se extrai a previsão de que, no caso das sociedades limitadas, os administradores respondem solidariamente somente por culpa, quando no desempenho de suas funções. 2. O instituto do redirecionamento configura exceção ao princípio da autonomia da pessoa jurídica. Por esse princípio, a sociedade constitui-se em um ente distinto da pessoa dos sócios, e o seu patrimônio é responsável pelas dívidas societárias. 3. Pelo artigo 135 do CTN, 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. A liquidação irregular da sociedade gera a presunção da prática desses atos abusivos ou ilegais. 4. No caso de dissolução irregular da sociedade, esta Corte tem o entendimento de que indícios de dissolução irregular da sociedade que atestem ter a empresa encerrado irregularmente suas atividades são considerados suficientes para o redirecionamento da execução fiscal. Contudo, não se pode considerar que a carta citatória devolvida pelos correios seja indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade. Não possui o funcionário da referida empresa a fé pública necessária para admitir a devolução da correspondência como indício de encerramento das atividades da empresa. 5. Infere-se, do artigo 8º, inciso III, da Lei n. 6.830/80, que, não sendo frutífera a citação pelo correio, deve a Fazenda Nacional providenciar a citação por oficial de justiça ou por edital, antes de presumir ter havido a dissolução irregular da sociedade. Recurso especial improvido".

No mesmo sentido, o seguinte precedente da Turma, *verbis*:

Ag. Inomin. em AI 2009.03.00.043356-2, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, julgado em 10/06/2010: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO INOMINADO. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA PARA O SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR PRESUMIDA COM BASE EM CARTA CITATÓRIA DEVOLVIDA PELOS CORREIOS. AGRAVO IMPROVIDO. I - A decisão deve ser mantida. II - Ressalto que tenho admitido o redirecionamento da execução fiscal nos casos em que, comprovada a impossibilidade de garantia da causa pelos meios ordinários, apresentem-se indícios da dissolução irregular da sociedade executada ou das práticas descritas no artigo 135, III, do CTN. III - No caso concreto, entretanto, não entendo estarem presentes elementos suficientes que indiquem caracterizada a situação acima referida, pois, ainda que o AR relativo à carta de citação enviada no endereço da empresa tenha sido negativo (fl. 28), inexistiram diligências adicionais no sentido de localizar a executada, como por exemplo, por meio de Oficial de Justiça. IV - Cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça já há algum tempo vem se decidindo pela impossibilidade de se considerar a carta citatória devolvida pelos correios como indício cabal de dissolução irregular de sociedade, haja vista a ausência de fé pública do funcionário daquela empresa, diferentemente do que ocorre com uma certidão assinada por um oficial de justiça, por exemplo. V - Precedentes STJ (1ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, RESP - 1072913, v.u., DJ: 04/03/2009) e TRF 3ª Região (Terceira Turma, AG n. 2007.03.00.104171-3, Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, j. 19.06.2008, DJF3 01.07.2008). VI - Sendo assim, diante da formação de jurisprudência consolidada, inexistente razão para a modificação do entendimento inicialmente manifestado, que negou seguimento ao agravo com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil. VII - Agravo inominado improvido."

Na espécie, não restou comprovada qualquer diligência efetuada por oficial de justiça na sede da executada (f. 22 e 28/9), a impedir, portanto, a imediata presunção de dissolução irregular da empresa e a inclusão de sócios no pólo passivo da demanda.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00107 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0038655-36.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.038655-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : LENCOLETTO IND/ E COM/ DE CONFECÇOES LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00140707120064036182 4F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento, em execução fiscal, de inclusão de sócio no pólo passivo.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 22.09.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

Na espécie, há indícios da dissolução irregular da sociedade (f. 25), existindo prova documental do vínculo do sócio-gerente RICARDO CARVALHO BRAGA AOUN com tal fato (f. 32/3), conforme a jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça na súmula 435 (verbis: "**Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente**"), e assim, igualmente, em conformidade com os precedentes desta Turma (AG 2008.03.00012432-9, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 09/09/2008; e AG 2005.03.00034261-7, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJU 06/09/2006), motivo pelo qual se autoriza a pretensão formulada pela agravante. Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, para que seja determinada a inclusão do sócio-gerente RICARDO CARVALHO BRAGA AOUN no pólo passivo da demanda. Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00108 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0038658-88.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.038658-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : INOVAH COM/ E REPRESENTACOES LTDA

ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

No. ORIG. : 00034320820084036182 4F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento, em execução fiscal, de inclusão de sócios no pólo passivo.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 22/09/08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 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 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

Na espécie, há indícios da dissolução irregular da sociedade (f. 29), existindo prova documental do vínculo das sócias-gerentes NELINA GOMES BARRETO e DENISE DOMINGUES com tal fato (f. 37), conforme a jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça na súmula 435 (verbis: "**Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente**"), e assim, igualmente, em conformidade com os precedentes desta Turma (AG 2008.03.00012432-9, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 09/09/2008; e AG 2005.03.00034261-7, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJU 06/09/2006), motivo pelo qual se autoriza a pretensão formulada pela agravante.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, para que seja determinada a inclusão das sócias-gerentes NELINA GOMES BARRETO e DENISE DOMINGUES no pólo passivo da demanda.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00109 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0038780-04.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.038780-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : ALVARO GUILHERME SERODIO LOPES (= ou > de 65 anos)

ADVOGADO : ALVARO GUILHERME SERODIO LOPES

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

ORIGEM : JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE TAQUARITINGA SP

No. ORIG. : 11.00.00026-2 A Vr TAQUARITINGA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de decisão que, em execução fiscal, rejeitou alegação de prescrição intercorrente, nos termos do artigo 40, § 4º, da LEF.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidado o entendimento no sentido de que a prescrição intercorrente depende do arquivamento provisório do feito, nos termos do artigo 40 da Lei 6.830/80, estabelecendo, a propósito, a Súmula 314/STJ, *verbis*: "*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*" (grifamos). Antes, porém, de decretar, de ofício, a prescrição, deve o Juiz, na forma do § 4º do artigo 40 da Lei 6.830/80, ouvir a exequente, garantindo-lhe a oportunidade para indicar a ocorrência de eventuais causas interruptivas ou suspensivas da prescrição.

Na espécie, a execução fiscal foi ajuizada em 21/10/2003 (f. 13), para cobrança de multa eleitoral, período de 04/2000, com notificação por edital em 12/04/2002 (f. 14). A citação foi realizada em 12/11/2003 (f. 17v.), sendo que o próprio agravante reconheceu a "*inexistência de despacho determinando a suspensão ou o arquivamento do feito*", mas insistiu na prescrição, pois teriam decorrido "*mais de 7 (sete) anos sem que a exequente tenha logrado efetuar a penhora de qualquer bem do(s) Executado(s)*" (f. 05).

Em verdade, não houve paralisação processual pelo prazo necessário à consumação da prescrição, até porque sequer ocorreu a suspensão fundada no *caput* do artigo 40 da LEF, e tampouco o arquivamento provisório do respectivo § 2º, que são requisitos para o reconhecimento de tal espécie de prescrição, conforme assentado pelo Superior Tribunal de Justiça:

RESP 815.067, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 25/03/2009: "PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - IPTU - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INOCORRÊNCIA. 1. A prescrição intercorrente pressupõe o arquivamento provisório da execução fiscal, após um ano de suspensão, por não ter sido localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, nos termos do art. 40 da LEF. 2. Ausentes tais requisitos, não há que se falar em prescrição intercorrente, máxime se efetivada, nesse período, a citação editalícia do devedor a pedido da fazenda pública. 3. Recurso especial provido."

Tal entendimento decorre da própria Súmula 314/STJ, segundo a qual "*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*". Todavia, ainda assim, não se dispensa, para a caracterização da prescrição, a comprovação da inércia processual culposa da parte à qual se quer atribuir o efeito da prescrição, conforme consagrado na interpretação definitiva do direito federal aplicável:

RESP 573.769, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU 28/06/2004: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PARALISAÇÃO DO PROCESSO NÃO IMPUTÁVEL À FAZENDA PÚBLICA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O mero transcurso de prazo não é causa bastante para que seja reconhecida a prescrição intercorrente, se a culpa pela paralisação do processo executivo não pode ser imputada ao credor exequente. 2. Se a suspensão do processo decorre de determinação expressa do Juízo processante em face da oposição de embargos do devedor, não se pode reconhecer a prescrição intercorrente, ainda que transcorrido o lustro prescricional. 3. Recurso especial provido."

A falta de localização de bens penhoráveis não impõe, por si, que se decrete a prescrição, mesmo porque não consta ausência de movimentação processual em todo o período posterior à citação, não tendo sido juntada cópia integral do processo. Cabe ressaltar, ainda, que o despacho proferido em 16/11/2004 (f. 21), determinando que se aguardasse provocação em cartório por 10 dias, "*ante a inércia do exequente*", e, decorrido esse prazo, fossem os autos arquivados, não comprova a configuração de prescrição intercorrente, dado que a ação foi ajuizada em 2003 e não instruíram o recurso os atos processuais subsequentes ao referido despacho, entre as f. 19 e 150 do processo originário.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00110 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0039026-97.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.039026-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : R BARROS DE MIRANDA PROJETOS ESPECIAIS S/C LTDA
PARTE RE' : RAIMUNDO BARROS DE MIRANDA e outros
: NORMA MARIA NOVAES MIRANDA
: RODRIGO NOVAES MIRANDA
: ADRIANA PATRICIA NOVAES MIRANDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05094888319974036182 1F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento de negativa de indisponibilidade dos bens e direitos do executado (artigo 185-A, CTN), sem prejuízo de que "*diligencie a exequente diretamente nos órgãos indicados, a fim de demonstrar a existência de bens em nome do executado, comprovando nos autos*" (f. 178).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada, para a cognição própria a este recurso, a jurisprudência, firme no sentido de que a indisponibilidade dos bens, em valor suficiente à garantia da execução fiscal, com comunicação eletrônica da medida aos órgãos de registro de transferência, nos termos do artigo 185-A do Código Tributário Nacional, somente é possível, sem prejuízo do que disposto no artigo 655-A do Código de Processo Civil, em casos excepcionais, uma vez que, comprovadamente, esgotadas as possibilidades de garantia da execução fiscal por outros meios.

Neste sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRESP 1.125.983, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 05/10/2009: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - NÃO-LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR - INDISPONIBILIDADE (ART. 185-A DO CTN) - MEDIDA EXCEPCIONAL - NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE TER DILIGENCIADO PARA LOCALIZAR OS BENS DO DEVEDOR - PRECEDENTES. 1. A não-localização de bens penhoráveis não se presume, devendo ser demonstrado o esgotamento das diligências para localização de bens pela exequente. 2. O entendimento expressado nas decisões recorridas está em consonância com a jurisprudência dominante nesta Corte, daí a incidência da Súmula 83/STJ.Precedentes. Agravo regimental improvido."

AGA 1.124.619, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 25/08/2009: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. NÃO-LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR. INDISPONIBILIDADE (ART. 185-A DO CTN). MEDIDA EXCEPCIONAL. 1. A indisponibilidade universal do patrimônio do devedor, prevista no art. 185-A do CTN, pressupõe a demonstração de esgotamento das diligências para localização de bens. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido."

Na espécie, a PFN pesquisou a existência de bens nos órgãos e cadastros especificados - Junta Comercial de São Paulo (f. 48/49), RENAVAM (f. 61/62), Registro de Títulos e Documentos e Civil da Pessoa Jurídica (f. 68/89) e DOI (f. 59/60) -, nada sendo localizado. Houve, depois, ordem de bloqueio pelo BACENJUD, igualmente sem êxito (f. 166/72). Neste contexto, embora esgotadas as diligências de localização de bens, a indisponibilidade não se justifica, por falta de objeto. A própria PFN já demonstrou a inocuidade da pesquisa e, portanto, do decreto de indisponibilidade que recairia, assim, sobre nada, até porque a própria executada encontra-se em local incerto e não-sabido, tendo sido citada por edital (f. 154), colocando em dúvida a própria subsistência da atividade econômica e a disponibilidade de patrimônio para fins de constrição.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00111 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0039103-09.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.039103-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : ABDALA E ABDALA LTDA -ME
ADVOGADO : JAMOL ANDERSON FERREIRA DE MELLO e outro

AGRAVADO : Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos ECT
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE BAURU - 8ª SSJ - SP
No. ORIG. : 00093692220114036108 3 Vr BAURU/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento à negativa de tutela antecipada em ação para afastar revogação unilateral do contrato de franquia postal 9912256056, de 24/05/2010, por "inexecução total ou parcial das obrigações preliminares" (cláusula 3, subitem 3.3), "possibilitando à empresa autora que continue a desempenhar normalmente suas atividades, seja com base no antigo contrato de franquia antes firmado entre as partes (na condição de 'ACF'), seja com base no Contrato de Franquia Postal, que alega ter sido indevidamente rescindido ('AGF')" (f. 233/8), alegando, em suma, que: (1) apesar de cumprido praticamente todos os requisitos exigidos, não logrou inaugurar a AGF, por problemas técnicos, sobretudo porque o sistema operacional SARA não dispõe de opção para emitir notas fiscais de 'saída', necessitando de ajustes pela ECT; e (2) o termo inicial do prazo de 12 meses para adequações e padronizações de novas ACF's (artigo 7º-A da Lei 11.668/2008, acrescido pela Lei 12.400/2011) é data da vigência da lei, e não a da assinatura do contrato de franquia postal.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que a agravante presta serviços postais como franqueada da ECT desde 1992 (f. 24), mediante contrato direto sem licitação, porém a Lei 11.668/2008 impôs regime de licitação para contratações no novo regime, denominado AGF, em substituição ao então existente de ACF.

Houve, então, a Concorrência 3983/2009 (f. 67/8), sendo vencedora a agravante, que assinou o "Contrato de Franquia Postal 9912256056", em **24/05/2010** (f. 81/132). Tal instrumento prevê a concretização de fase preliminar ao início da prestação dos serviços postais auxiliares, com alterações físicas no estabelecimento, compra de mobiliário e equipamentos de informática, instalação de programas de informática padronizados, fornecidos pela ECT, e treinamento de empregados às custas do franqueado, sujeitando-se, então, à aprovação da ECT.

Pela carta 1952, de 27/04/2011 (f. 189/92), a ECT comunicou e alertou a agravante sobre a proximidade da extinção do antigo contrato de franquia empresarial e a impossibilidade de a ACF "prestar qualquer tipo de atendimento relativo a serviços postais", a partir da inauguração da nova AGF, a qual "passou pela vistoria prevista no Edital de licitação e foi aprovada, com previsão de início das suas operações para breve". A agravante, em 13/05/2011, após o comunicado de que "as concorrências para a instalação e operação das Agências de Correio Franqueadas - AGF que não haviam sido homologadas em data anterior a 08/04/2011, data da publicação da Lei 12400/11, estão anuladas com base no artigo 49 da Lei 8666/93, conforme avisos publicados no Diário Oficial da União (seção 3) no dia 09/05/2011" (f. 184), requereu fosse mantido o atual contrato de ACF e a licitação e seus efeitos até 08/04/2012, ou seja, 12 meses após a publicação da Lei 12.400/2011 (f. 185), o que restou indeferido pela ECT (f. 186/7).

Em 10/06/2011, a ECT enviou à agravante a carta 2728 (f. 194/6), informando a lavratura de auto de infração no PA de rescisão contratual por inexecução parcial das atividades preliminares, porque não apresentados todos os documentos de conclusão das atividades preliminares, cujo prazo findou em **12/05/2011**, isto é, 15 dias após recebimento do termo de conformidade técnica (f. 144), o que ocorreu em 27/04/2011, nos termos da cláusula 3, subitem 3.2.1, do contrato de franquia postal.

Na ocasião, a ECT esclareceu que o prazo de 12 meses, previsto no artigo 7º-A da Lei 11.668/2008, objeto da Lei 12.400/2011, para apresentação dos documentos comprobatórios da conclusão das atividades preliminares, deve ser aplicado a partir da data de assinatura do contrato de franquia, esgotando-se em **23/05/2011**, pois o contrato foi firmado em 24/05/2010.

A agravante apresentou defesa administrativa (f. 198/202), que não foi acolhida (f. 204), e recurso em 06/12/2011 (f. 206/13). Foi juntada correspondência da APOST-BR - Associação Nacional de Entidades Regionais de Agências de Franquias Postais, à ECT, de 29/11/2011, informando as principais dificuldades na implantação das novas AGF's, inclusive quanto à tributação (f. 175/81).

Destacados os fatos, cabe a interpretação do direito aplicável.

A exploração da atividade postal, no regime AGF, possui restrições econômicas sensíveis em relação ao regime anterior, ACF, o que tem motivado o ajuizamento de um sem-número de demandas, algumas esclarecendo, claramente, o objetivo de prorrogar o regime anterior diante das respectivas vantagens sobre o atual, e outras, como no caso, atribuindo deficiências ao sistema atual para, por conta delas, permanecer no anterior, mais vantajoso economicamente, embora de manifesta inconstitucionalidade.

Com efeito, a partir de 1990, a ECT promoveu ampliação da rede de atendimento através do sistema de franquia (ACF), sem licitação.

No entanto, na decisão 601, Processo 013.889/94-0, publicada em 06/10/1994, o TCU no "Relatório de Auditoria Operacional realizada com o objetivo de avaliar o sistema de franquias da ECT", deliberou, como revelam informações do respectivo endereço eletrônico, que:

"O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE, com fulcro nos arts. 43, inciso II, e 45 da Lei nº 8.443/92:

1 determinar, desde logo, à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que adote as providências necessárias ao exato cumprimento das normas e princípios norteadores das contratações efetivadas por entes da Administração Pública, mormente os arts. 37, inciso XXI, e 175, "caput", da Constituição Federal, bem assim dos dispositivos da atual lei que regulamenta o instituto da licitação (Lei nº 8.666/93, alterada pela de nº 8.883/94), promovendo, de conseguinte, o indispensável certame licitatório para a contratação de novas franquias (....)"

Na Decisão 721/94, proferida na sessão de 30/11/1994, constou:

"O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE, com fulcro nos arts. 224 e 229 do Regimento Interno c/c o art. 535 do Código de Processo Civil, receber o presente expediente como recurso de embargos de declaração para, dando provimento, acrescer ao subitem 8.1 da Decisão nº 601/94/Plenário ressalva no sentido de que a determinação ali expendida não atinge os processos de concessão de franquias que, naquele momento, encontravam-se em fase de concretização, aguardando, tão-somente, a emissão de portaria autorizativa para o início das atividades, bem assim os casos relativos à alteração de composição societária, mudança de endereços, dentro da mesma região, à correção da portaria de autorização inicial, e à substituição de agências suprimidas".

Como se observa, ainda que abrindo ressalva, que viria a perpetuar os graves problemas, até hoje existentes, restou reconhecida a necessidade de que a franquia postal fosse, ao menos doravante, objeto de prévia e regular licitação, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal: ***"Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"***.

Tal inconstitucionalidade, praticada através de contratos sem prévia licitação, foi sendo prorrogada pela edição de diversas leis. Inicialmente, incluiu-se o parágrafo único ao artigo 1º da Lei 9.074/1995, através da Lei 9.648/1998, prevendo prorrogação máxima até 31/12/2002. Depois, em 27/11/2002, a Lei 10.577, estendeu o prazo por 5 anos, até novembro/2007. Em 27/11/2007, a MP 403, convertida na Lei 11.668/2008, novamente prorrogou o prazo até maio/2010 e a MP 509/2010, para 11/06/2011, e a Lei 12.400/2011 até 30/09/2012.

Considerando que desde 1994, quando reconhecida a irregularidade pelo TCU, e da Lei 9.074 de 1995, o que se tem, na atualidade, é a fluência plena da segunda década de sobrevivência da inconstitucionalidade, sem que tenham, até agora, cessado as prorrogações, demonstrando que a situação atual das ACF's, apesar de tratada em lei, tem de singular a persistência com que se mantém a inconstitucionalidade que, mesmo que durável, sujeita-se aos efeitos jurídicos próprios de toda a nulidade visceral, como é a violação da Constituição.

Destaque-se, com ênfase, que a Suprema Corte decidiu que manter outorga de serviço público sem prévia licitação, além do prazo razoável para a regularização, é inconstitucional (ADI 3521, Rel. Min. EROS GRAU, DJU 16/03/2007):

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 42 E 43 DA LEI COMPLEMENTAR N. 94/02, DO ESTADO DO PARANÁ. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO POR AGÊNCIA DE "SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA". MANUTENÇÃO DE "OUTORGAS VENCIDAS E/OU COM CARÁTER PRECÁRIO" OU QUE ESTIVEREM EM VIGOR POR PRAZO INDETERMINADO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI; E 175, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais. 2. O artigo 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2.008, de "outorgas vencidas, com caráter precário" ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. 3. O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 --- "[i]ncumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". 4. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC 94/02 do Estado do Paraná".

Restaria apenas saber se possível a vigência de contratos firmados sem licitação - e, portanto, inconstitucionais - e a persistência da vigência, assim de forma tão duradoura, ainda que provisoriamente, através de sucessivas leis de prorrogação (inicialmente até 31/12/2002, posteriormente até novembro/2007, depois até maio/2010, em seguida até 11/06/2011 e, hoje, até 30/09/2012), ou se nisto já haveria inconstitucionalidade consumada pelo tempo decorrido e falta de razoabilidade na fixação e incansável prorrogação de contratos viciados de inconstitucionalidade. Ainda que a prorrogação tenha sido dada em caráter excepcional, é inquestionável que o "atraso" na contratação pela ECT não elidiu a situação de inconstitucionalidade, da qual não se pode extrair direito subjetivo, sobretudo para a

agravante, declarada vencedora da licitação de que participou, tendo já assinado contrato de prestação de serviços postais como AGF, estando, portanto, sujeita aos respectivos termos. A agravante estava, como tantas outras empresas pelo País afora, em situação de inconstitucionalidade, tendo participado, vencido licitação e assinado contrato de franquia postal, em 24/05/2010, cuja cláusula 3, subitens 3.1.1.4 e 3.1.1.4.1, estabeleceu os seguintes prazos (f. 83 e 86):

"3.1.1.4. Aprovado o Projeto de Instalação, a FRANQUEADA terá 90 dias para realizar a execução da obra e solicitar à ECT a realização da vistoria de conformidade técnica.

3.1.1.4.1. O prazo para execução da obra pode ser prorrogado por mais 45 dias, mediante solicitação formal da FRANQUEADA, na qual seja demonstrada a inviabilidade técnica da finalização das atividades no prazo inicialmente concedido, sem que, para isso, tenha havido sua culpa."

(...)

3.2. A conclusão das atividades preliminares deverá ser comprovada mediante a apresentação dos seguintes documentos:

(...)

II. Termo de Conformidade Técnica, fornecido pela ECT;

III. Alvará de funcionamento da AGF;

IV. Comprovante de registro das alterações no seu objeto social no órgão competente, de modo a prever a prestação de serviço e venda de produtos pertinentes à operação da AGF.

(...)

3.2.1. A FRANQUEADA deverá apresentar à ECT os documentos comprobatórios da conclusão das atividades preliminares em até 15 dias após o recebimento do Termo de Conformidade Técnica indicado no subitem 3.2, II.

3.2.2. O prazo para apresentação dos documentos indicados no subitem 3.2, III e IV, poderá ser prorrogado, mediante solicitação formal da FRANQUEADA à ECT, desde que demonstrada a necessidade de prazo superior para que os órgãos competentes realizem os trâmites administrativos pertinentes à sua emissão."

Portanto, tais prazos eram os vigentes para a agravante, antes da Lei 12.400/2011, que entrou em vigor na data de sua publicação, em 08/04/2011, assim dispondo:

Art. 1º O parágrafo único do art. 7º da Lei nº 11.668, de 2 de maio de 2008, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 7º

Parágrafo único. A ECT deverá concluir as contratações a que se refere este artigo até 30 de setembro de 2012." (NR)

Art. 2º A Lei nº 11.668, de 2 de maio de 2008, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-A:

"Art. 7º-A. As novas Agências de Correios Franqueadas - ACF terão prazo de 12 (doze) meses para fazer as adequações e padronizações definidas pelas normas técnicas e manuais da ECT."

Essencial destacar que o caput do artigo 7º da Lei 11.668/2008 dispôs que **"Até que entrem em vigor os contratos de franquia postal celebrados de acordo com o estabelecido nesta Lei, continuarão com eficácia aqueles firmados com as Agências de Correios Franqueadas que estiverem em vigor em 27 de novembro de 2007"** e, segundo o § 1º do artigo 9º do Decreto 6.639/2008, **"Na data em que as AGFs contratadas mediante procedimento licitatório iniciarem suas operações, extinguir-se-ão, de pleno direito, os contratos firmados pela ECT com as Agências de Correios Franqueadas, a que se refere o caput do art. 7º da Lei nº 11.668, de 2008, cujas instalações se encontrem nas áreas de atuação das primeiras"**.

Assim, a agravante permanece atuando através da antiga ACF até a inauguração da AGF, nos termos da contratação, celebrada, no caso concreto, em data anterior, **24/05/2010**, à mais nova prorrogação da inconstitucionalidade, agora prevista para **30/09/2012**, pelo artigo 7º da Lei 11.668/2008, com a redação dada pela Lei 12.400/2011.

Como visto, a Lei 11.668/2008 previa apenas prazo para conclusão das contratações pela ECT. Não havia tratamento legal algum quanto a prazo de adequações e padronizações, sendo a matéria inteiramente tratada no âmbito seja da licitação, seja do contrato, obrigando as partes pelo conteúdo do ato jurídico perfeito firmado, consistindo em 90 dias para a execução da obra, a partir da aprovação do projeto de instalação, prorrogáveis por mais 45 dias, e em 15 dias para a comprovação da conclusão das atividades preliminares, após recebimento do termo de conformidade técnica, prorrogável quanto aos documentos indicados no subitem 3.2, III e IV.

Pelo princípio **"tempus regit actum"**, contratos firmados antes da Lei 12.400/2011 devem seguir os prazos neles fixados. No caso da agravante, o contrato foi assinado em **24/05/2010** e o prazo final para apresentar documentos comprobatórios da conclusão das atividades preliminares era de 15 dias, a contar do recebimento do termo de conformidade técnica, findando em **12/05/2011** (f. 194). Admitindo-se que o prazo contratual foi colhido no respectivo curso pelo advento da Lei 12.400/2011, o efeito possível não seria o de revogar o tempo decorrido e alterar a eficácia dos procedimentos havidos, a tempo e modo, mas apenas, quando muito, o de prorrogar, a partir da contratação, o prazo que a lei previu para aplicar-se aos contratos firmados, no que tange, especificamente, às adequações e padronizações necessárias ao respectivo cumprimento.

Outra interpretação importaria em atingir atos jurídicos perfeitos e, pior, acarretaria a prorrogação de regime inconstitucional de contratação, vez que a agravante sujeitou-se à licitação apenas para o regime de AGF e não para o de ACF, que seria prorrogado caso aplicado o entendimento pretendido no recurso.

Note-se que uma coisa é dizer que o artigo 7º-A da Lei 12.400/2011 fixou prazo de 12 meses aplicável a partir da respectiva vigência, o que se admite na medida em que transformado o prazo contratual em prazo legal; porém outra coisa, substancialmente distinta, seria afirmar que tal prazo passa a correr apenas a partir da vigência da lei, e não do contrato firmado após regular licitação, cuja eficácia seria, portanto, obstada pela forma de contagem do prazo sem respaldo legal, em favor da prorrogação de regime de prestação de serviço público sem licitação e, portanto, inconstitucional.

A interpretação que favoreça ou amplie uma situação jurídica de inconstitucionalidade não deve ser admitida, sob violar a própria força normativa da Constituição e a estrutura hierárquica do direito legislado.

Além do mais, em se tratando de norma reguladora de prazo para o cumprimento de dever contratual, relativo a adequações e padronizações, lógico e razoável que o termo inicial considere a data da avença, para o qual estabelecido, e não a da vigência da lei. Se o contrato não foi firmado, a contagem do prazo a partir da vigência da lei, como pretendido, faria contar prazo antes mesmo de ser formalizado o contrato, ao qual se aplicaria, o que demonstra a inviabilidade de tal interpretação. Diversamente, se o contrato foi rescindido, a partir de cláusula vigente ao respectivo tempo, por não cumprido o prazo contratado, não poderia a lei retroagir para atingir ato jurídico perfeito, assim demonstrando que a exegese constitucionalmente válida é a de que o prazo do artigo 7º-A da Lei 12.400/2011 é contado sempre a partir da contratação a que se aplica, e não da vigência da lei, que apenas determina que o prazo é de 12 meses, aplicável aos contratos a firmar ou em curso, cujo aperfeiçoamento não tenha ocorrido antes da publicação da lei nova.

Na situação específica da agravante, não se cumpriu o necessário, em termos de adequações e padronizações, no prazo legal aplicável com base na Lei 12.400/2011, daí inexistente a "**prova inequívoca (...) da verossimilhança da alegação**" para fins de antecipação de tutela na ação originária (artigo 273, CPC).

Nem se alegue que o descumprimento decorreu de responsabilidade imputável à ECT.

Com efeito, examinando os autos, verifica-se que o contrato de franquia postal, nos moldes da Lei 11.668/2008, prevê não apenas a prestação de serviços, como venda de mercadorias e assim a sujeição de tais operações à incidência do ICMS (f. 86/7):

"4.1. A AGF é a unidade de atendimento de correios terceirizada que deverá atuar junto a clientes de varejo e com contrato da ECT, prestando-lhes serviços auxiliares aos serviços postais, assim entendida a prestação dos serviços e venda dos produtos indicados no ANEXO 03.

[...]

4.1.5. A prestação dos serviços e venda dos produtos será realizada por meio de atividades de atendimento ao público, lançamento de informações em sistema informatizado e tratamento dos objetos entregues à AGF para disponibilização à ECT, que, uma vez que os tenha recebido, realizará sua consequente distribuição e entrega aos destinatários finais".

No entanto, embora considerando-se que o SARA (Sistema de Automação da Rede de Agências) não permita emitir NF/NFE, é certo que tal limitação não impede seja o desempenho pela agravante dos serviços postais auxiliares como "Agência Franqueada dos Correios - AGF", seja o cumprimento das obrigações tributárias junto ao Fisco Estadual, nos termos do contrato de franquia assinado pela recorrente.

O Regulamento do ICMS/SP, aprovado pelo Decreto 45.490/2000, permite que, como alternativa à NF, a emissão de "cupom fiscal", através do ECF - Equipamento Emissor de Cupom Fiscal ("Artigo 135 - O Cupom Fiscal será emitido por meio de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, nas vendas à vista a pessoa natural ou jurídica não-contribuinte do imposto, em que a mercadoria for retirada ou consumida no próprio estabelecimento pelo comprador"), de modo que, mesmo implantado o SARA, seria possível à agravante utilizar-se do sistema anterior especificamente para a emissão de cupons fiscais para as operações de vendas de produtos.

Nem se alegue com a necessidade de Nota Fiscal Eletrônica, pois o artigo 212-P do mesmo regulamento permite o registro eletrônico posterior do cupom fiscal:

"Artigo 212-P - Os documentos fiscais a seguir indicados deverão, após sua emissão, ser registrados eletronicamente na Secretaria da Fazenda:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2;

III - o Cupom Fiscal emitido por meio de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF.

§ 1º - A partir do procedimento previsto no "caput", será gerado, para cada documento fiscal registrado nos termos deste artigo, o respectivo Registro Eletrônico de Documento Fiscal - REDF, assim entendido o conjunto de informações armazenadas eletronicamente na Secretaria da Fazenda que correspondem aos dados do documento fiscal informados pelo contribuinte emitente".

Tal procedimento atende o Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal do Estado de São Paulo, conforme revela o artigo 2º, §1º, I, 'c', do Decreto Estadual 54.179/2009:

"Artigo 2º - A pessoa física ou jurídica que adquirir mercadorias, bens ou serviços de transporte interestadual e intermunicipal de fornecedor localizado no Estado de São Paulo, inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, fará jus ao recebimento de créditos do Tesouro do Estado.

§ 1º - Os créditos previstos no "caput" deste artigo somente serão concedidos se:

1 - o fornecedor emitir um dos seguintes documentos:

a) Nota Fiscal Eletrônica - NF-e;

b) Nota Fiscal de Venda a Consumidor "On-Line" - NFVC-"On-Line";

c) Cupom Fiscal emitido por equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, ou Nota Fiscal ou Nota Fiscal de Venda a Consumidor - NFVC emitidas mediante a utilização de impresso fiscal, e, em qualquer caso, desde que efetuado o respectivo Registro Eletrônico de Documento Fiscal - REDF".

Tampouco cabe aventar qualquer desconformidade legal com o uso de sistema informatizado "paralelo", pois, além de estar previsto expressamente na legislação estadual que cuida do ICMS, o contrato de franquia postal declarou expressamente tal possibilidade, sob inteira responsabilidade da franqueada (f. 90):

"4.14.3. São de inteira responsabilidade da FRANQUEADA todas as obrigações pelo recolhimento de tributos, contribuições e encargos além de todos os riscos e custos administrativos e judiciais decorrentes direta ou indiretamente da execução deste contrato.[...]

5.1.2. Não poderão ser utilizados na operação da AGF itens desconformes com os Guias e especificações técnicas ou por este não-discriminados.

5.1.2.1. Excetua-se da proibição [...] a instalação de itens que não envolvam a execução dos serviços franqueados, assim como a instalação de sistemas informatizados destinados à gestão do negócio da pessoa jurídica franqueada e a instalação de dispositivo(s) de vigilância ou segurança adicional!"

Em suma, é manifestamente inviável a reforma da decisão agravada na medida em que não demonstrada a efetiva presença dos requisitos legais para a concessão da antecipação de tutela, na forma do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 02 de janeiro de 2012.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00112 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0039269-41.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.039269-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : FERNANDO GONCALVES PENNA

ADVOGADO : DANILO MONTEIRO DE CASTRO e outro

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP

No. ORIG. : 00175562820114036105 6 Vr CAMPINAS/SP

DESPACHO

Vistos etc.

Para elucidar pontos controvertidos e considerando ainda o caráter satisfativo da antecipação de tutela requerida, intime-se, primeiramente, a parte agravada para resposta.

Após, conclusos.

Publique-se.

São Paulo, 27 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00113 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0039417-52.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.039417-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : TAIAMA AGUAS MINERAIS LTDA e outros
: RUTH BACCARO VIOLIN
: PLINIO VIOLIN espolio
: FABIO VIOLIN
: JOSE ADALBERTO CHAIM
: STEFANO VIOLIN incapaz
: JOSE EDUARDO VIOLIN
: IVAN VIOLIN
ADVOGADO : ALICIA BIANCHINI BORDUQUE
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE LEME SP
No. ORIG. : 97.00.04653-5 A Vr LEME/SP

DESPACHO

Preliminarmente, providencie a agravante, em cinco (05) dias, o recolhimento das custas, através de Guia de Recolhimento da União - GRU, na Caixa Econômica Federal, código 18720-8, conforme disposto no artigo 98 da Lei nº 10.707/2003 c/c a Instrução Normativa STN nº 02/2009 e Resolução nº 426/2011 desta Corte, sob pena de negativa de seguimento ao presente recurso.

Publique-se.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00114 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0039424-44.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.039424-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : JOSE JUVENIL SEVERO DA SILVA e outro
: RAIMUNDA MARTINS DA SILVA
ADVOGADO : MARCOS AMORIM ROCHA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : J J SEVERO DA SILVA E CIA LTDA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE ILHA SOLTEIRA SP
No. ORIG. : 99.00.00018-2 1 Vr ILHA SOLTEIRA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade.

DECIDO.

O recurso não merece trânsito.

Com efeito, a agravante deixou de juntar, no ato de interposição do recurso, as guias de preparo, sem comprovar a concessão do benefício da justiça gratuita pelo Juízo *a quo*. Tampouco requereu, nesta instância, a assistência judiciária gratuita, e, menos ainda, por meio de juntada documental oportuna, comprovou o necessário para o gozo do benefício, o que inviabiliza seja o recurso processado, nos termos da legislação e jurisprudência consolidada.

A propósito, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte (g.n.):

AGA 201001726604, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJE 04/02/2011: "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. PEÇA ESSENCIAL. JUNTADA POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1- Segundo entendimento adotado pela Corte Especial, os comprovantes de pagamento das custas processuais e do porte de remessa e retorno não de ser apresentados no ato de interposição do agravo de instrumento, não sendo tal exigência elidida pela mera afirmação de encontrar-se o recorrente sobre o pátio da justiça gratuita, 2- Cuidando-se de peça essencial à formação do instrumento, por dispensar o recorrente do momentâneo recolhimento do preparo, não se afigura possível, nesta

superior instância, a posterior juntada de decisão que concede benefício de assistência judiciária gratuita. Precedente do STJ. 3- Agravo regimental a que se nega provimento". RCERESP 200901766324, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 19/11/2009: "PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO CONVOLADO EM AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. ANUIDADES EM ATRASO. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO À IRRESIGNAÇÃO EM RAZÃO DO NÃO RECOLHIMENTO DE CUSTAS JUDICIAS. Q REQUERIMENTO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA DEVE SER FORMULADO NA OCASIÃO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. A manutenção do decisum agravado impõe seja o pedido de reconsideração convolado em agravo regimental. 2. "O pedido de justiça gratuita deve ser formulado no momento da interposição do respectivo recurso" (RCDESP nos EAg 1.014.514/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ de 4 de maio de 2009) Outro precedente: PET no AgRg no Ag 1.034.340/MG, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJ de 19 de maio de 2009. 3. Agravo regimental não provido". AI 201003000159790, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, DJF3 11/03/2011: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREPARO. AUSÊNCIA. DESERÇÃO. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. 1. A petição do agravo não veio instruída com o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de remessa e de retorno (artigo 525, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil), nem tampouco a parte agravante comprovou, no ato da interposição do recurso, a alegação de que é beneficiária da justiça gratuita (não consta do instrumento cópia de decisão concessiva da gratuidade em primeiro grau). 2. Recurso deserto. 3. Agravo legal improvido". AG 20080300006011, Rel. Juiz Conv. MÁRCIO MESQUITA, DJF3 DATA:02/06/2008: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DO COMPROVANTE DO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL RECEBIDO COMO LEGAL. 1. O recurso cabível da decisão do Relator que nega seguimento a recurso manifestamente inadmissível, com apoio no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, é o agravo previsto no §1º do referido dispositivo, e não o agravo regimental previsto no artigo 247, III, alínea a, do Regimento Interno deste Tribunal. Recurso admitido como agravo legal, por haver mero equívoco na indicação da sua fundamentação legal, e considerando-se a identidade de prazo e processamento. 2. É pressuposto de admissibilidade do agravo de instrumento a sua interposição simultânea à comprovação da juntadas das custas do preparo e do porte de remessa e retorno do instrumento, conforme dispõem os artigos 525, § 1º, e 511 ambos do Código de Processo Civil. De outro turno, o artigo 511, § 2º, da lei adjetiva prescreve a necessidade de intimação do recorrente para complementar o valor do preparo, quando verificada sua insuficiência. Tal procedimento não se aplica ao caso em apreço, porque não houve qualquer recolhimento das custas recursais. 3. Por outro lado, os agravantes não comprovaram a concessão, na ação originária, do benefício da justiça gratuita, não bastando, para tanto, a mera afirmação do advogado de que tal benesse foi concedida aos seus patrocinados. 4. A requisição de informações ao Juízo a quo, além de constituir faculdade do relator do recurso, na forma do artigo 527, IV, do Código de Processo Civil, não pode ser utilizada para o fim de sanar falhas processuais de responsabilidade da própria parte. 5. Agravo legal não provido".

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de dezembro de 2011.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal