



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.314.033 - RJ (2012/0051597-3)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE
LTDA E OUTRO
ADVOGADO : CARLOS SOARES ANTUNES E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA CONTRA O DEVEDOR OU TERCEIRO PARA ACAUTELAR CRÉDITO TRIBUTÁRIO JÁ CONSTITUÍDO MAS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresse a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. Não merece subsistir a medida cautelar fiscal proposta contra o devedor quando ao tempo do ajuizamento os créditos tributários estavam com sua exigibilidade suspensa em razão da adesão ao REFIS. A cautelar fiscal nessa situação precisa ter amparo expresse no art. 2º, V, "b" ou VII, da Lei n. 8.397/92, o que não ocorreu. Precedentes: REsp. n.º 1.163.392 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21.8.2012; REsp. n. 781.200/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 18.12.2007; REsp. n. 1.186.252 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 17.03.2011.

3. A medida cautelar fiscal contra terceiro que adquiriu bens do requerido em situação capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública (art. 4º, §2º, da Lei n. 8.397/92) somente subsiste se cabível contra o próprio devedor, já que se trata de uma extensão para atingir bens que não mais se encontram em seu nome. No presente caso, não cabe a constrição de bens de terceiro em medida cautelar fiscal para proteger créditos tributários contra o devedor que estão suspensos e em pagamento parcelado no REFIS.

4. Recurso especial parcialmente provido para julgar extinta/improcedente a medida cautelar fiscal decretada contra ambas as recorrentes e, consequentemente, afastar a multa prevista no art.538, parágrafo único, do CPC, vez flagrante o não intuito protelatório recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques e o voto do Sr. Ministro Humberto Martins no mesmo sentido, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Os Srs. Ministros Castro Meira (voto-vista) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon, nos termos do Art. 162,§ 2º, do RISTJ..

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.314.033 - RJ (2012/0051597-3)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA E OUTRO
ADVOGADO : CARLOS SOARES ANTUNES E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no permissivo do art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal de 1988, contra acórdão que restou assim ementado (e-STJ fls. 1924/1955):

TRIBUTÁRIO TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE COMÉRCIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A sentença bem decidiu quanto à questão da responsabilidade solidária entre a Apelante (AIS) e a GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA no que se refere à questão da transferência do fundo de comércio.

Em tese, o argumento central no ponto posto se revela consistente. Sucede que tais questões não têm relevo em sede de cautelar fiscal que se reveste de pressupostos outros, como um idêntico processo de outra natureza (não tributária), quais sejam, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e relevância do direito alegado. No caso dos autos, ambos os requisitos se revelam presentes, ante o montante da dívida apontada e o regime de imunidade previsto para a sociedade cedente. **A transferência da carteira de planos de saúde se fez de forma por em risco o direito da Fazenda Pública.**

O que a cautelar objetiva é salvaguardar o direito aos créditos já constituídos e em curso de ser formalizado, não se definindo, nessa sede cautelar, o mérito da exigibilidade em relação às cedentes e cessionárias.

Dado provimento ao apelo da UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL e à remessa, negando-o quanto ao da Ré.

Os embargos de declaração interpostos restaram rejeitados (e-STJ fls. 1991/2014).

Os segundos aclaratórios foram rejeitados desta vez com aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único do CPC (e-STJ fls. 2033/2057).

Alega a recorrente que houve violação aos arts. 535, I, II e 538, do CPC e contrariado o disposto nos artigos 3º c/c art. 796 e 798 do CPC e 1º a 3º da Lei nº 8.397/92, especialmente o art. 2º, VI, desta lei c/c art. 64, § 4º da Lei nº 9.532/97. Afirma que a Corte de Origem não fixou a hipótese legal de cabimento da medida cautelar fiscal em nenhum dos dispositivos da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.397/92, havendo omissão o que também afasta a multa aplicada. Entende que, em relação à Associação para Investimento Social - AIS, não haveria porque subsistir interesse em medida cautelar quando os créditos tributários estão parcelados no REFIS (exigibilidade suspensa) acompanhados de arrolamento de bens e a cautelar foi deferida exclusivamente com base no art. 2º, VI, da Lei n. 8.397/92. Já em relação à empresa Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda., menciona que não há contra ela crédito tributário constituído, tendo sido a cautelar deferida em violação aos art. 1º e 3º, I, da Lei n. 8.397/92. Procura demonstrar o dissídio (e-STJ fls. 2066/2121).

Contra-razões nas e-STJ fls. 2165/2177.

Recurso regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 2179/2180).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.314.033 - RJ (2012/0051597-3)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA CONTRA O DEVEDOR OU TERCEIRO PARA ACAUTELAR CRÉDITO TRIBUTÁRIO JÁ CONSTITUÍDO MAS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. Não merece subsistir a medida cautelar fiscal proposta contra o devedor quando ao tempo do ajuizamento os créditos tributários estavam com sua exigibilidade suspensa em razão da adesão ao REFIS. A cautelar fiscal nessa situação precisa ter amparo expresso no art. 2º, V, "b" ou VII, da Lei n. 8.397/92, o que não ocorreu. Precedentes: REsp. n.º 1.163.392 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21.8.2012; REsp. n. 781.200/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 18.12.2007; REsp. n. 1.186.252 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 17.03.2011.

3. A medida cautelar fiscal contra terceiro que adquiriu bens do requerido em situação capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública (art. 4º, §2º, da Lei n. 8.397/92) somente subsiste se cabível contra o próprio devedor, já que se trata de uma extensão para atingir bens que não mais se encontram em seu nome. No presente caso, não cabe a constrição de bens de terceiro em medida cautelar fiscal para proteger créditos tributários contra o devedor que estão suspensos e em pagamento parcelado no REFIS.

4. Recurso especial parcialmente provido para julgar extinta/improcedente a medida cautelar fiscal decretada contra ambas as recorrentes e, conseqüentemente, afastar a multa prevista no art.538, parágrafo único, do CPC, vez flagrante o não intuito protelatório recursal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): De início, afasto a ocorrência da alegada ofensa ao artigo 535, do CPC. É que o Poder Judiciário não está obrigado a emitir expresso juízo de valor a respeito de todas as teses e artigos de lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

invocados pelas partes, bastando para fundamentar o decidido fazer uso de argumentação adequada, ainda que não espelhe quaisquer das linhas de argumentação invocadas.

Consoante se depreende dos autos, em 1996, a Golden Cross Assistência Internacional de Saúde (hoje Associação para Investimento Social - AIS, referida nos autos como segunda requerida) transferiu de forma onerosa à Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. (referida nos autos como primeira requerida), direitos sobre contratos de planos de saúde, embora já devesse à União mais de 10 milhões de reais àquela época. Com isso, a Associação para Investimento Social - AIS passou a desenvolver exclusivamente trabalhos de filantropia esvaziando suas atividades e entregando-as todas a empresa do mesmo grupo econômico.

Com o afastamento pelo Fisco do caráter filantrópico da entidade AIS relativamente às atividades anteriores à cessão, foi apurado crédito bilionário que foi incluído no REFIS. Todavia, a Associação para Investimento Social - AIS recolhe valores ínfimos, em função da redução de atividades (a parcela do REFIS é calculada em percentual sobre o faturamento), que jamais chegarão a pagar o total elBdo crédito.

O comportamento elisivo é evidente. No entanto, consoante os termos do voto-vista da Desembargadora Federal Lana Regueira que se utilizou de trechos da sentença para fixar os pressupostos fáticos dos quais me utilizo, não restou caracterizada nestes autos a fraude ou a evasão fiscal ao programa de parcelamento, tendo em vista que a reengenharia empresarial já vinha ocorrendo bem antes da adesão ao REFIS e a dívida até então existente era inferior ao patrimônio arrolado. Transcrevo os trechos de relevo do voto-vista (e-STJ fls. 1941/1944):

Pedi vista para examinar com mais cuidado a questão, já que me pareceu que **a matéria discutida na cautelar foi anterior à inclusão da AIS - Associação para Investimento Social no plano de recuperação fiscal.**
[...]

Da leitura da sentença impugnada vou deixar registrado o trecho que se refere a Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda:

"[...]

*A prova dos autos dá uma idéia bem clara da movimentação negocial ocorrida no grupo econômico das requeridas. A segunda requerida, no momento inicial, detinha um universo de atividades vinculadas à exploração de planos de saúde. **Em 1990, a segunda requerida transferiu parte desse fundo de comércio para GOLDEN CROSS SEGURADORA S/A, conforme fls. 188 a 200. Em 1996, foram transferidos os restantes planos de saúde da segunda para a primeira requerida (fls. 201 e segs). Finalmente, no ano 2000, os planos que haviam sido transferidos à Seguradora foram novamente concentrados***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na primeira requerida através de nova transferência (fls. 216 e segs).

Efetivamente, houve a transferência integral de um fundo de comércio de uma pessoa jurídica para outra, o que se extrai da visão global dos fatos apresentados. Com a transferência operada, a segunda requerida esvaziou-se por completo de seu objeto comercial, passando a desempenhar funções eminentemente filantrópicas e de consultoria na área de saúde. O contraste entre a atividade comercial da primeira requerida e o objeto comercial da segunda é verificado pela comparação entre os objetos sociais listados às fls. 119 e 138.

[...]

O fundamento dos art. 2º, V, "b", da Lei 8397/92 não autoriza a concessão da medida cautelar em relação à segunda requerida. A uma porque a transferência de fundo de comércio iniciou-se com a transação de 1990, muito antes da constituição da grande maioria dos débitos pendentes, e terminou com a cessão de 1996, antes da constituição do débito retroativo que inflaria a dívida total de cerca de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais) para quase R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). A duas porque a dívida existente quando da finalização da transferência totalizava o montante bem inferior ao patrimônio arrolado da segunda requerida (fls. 331 a 388), não sendo prejudicado seu pagamento com a transferência de ativos operada. Por tudo isso, tal fundamento não pode ser aproveitado para a situação da segunda requerida".

Para a compreensão do trecho, importante rememorar que o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS somente foi criado pela Medida Provisória n. 1.923, de 6 de outubro de 1999, bem depois das primeiras duas transferências patrimoniais.

Também restou claro que a concessão da medida cautelar fiscal se deu já no curso do mencionado programa de parcelamento (a cautelar fiscal foi protocolada em 16.07.2002), inclusive com arrolamento de bens suficientes para a garantia da dívida confessada, *in verbis* os trechos do voto-vista suso mencionado (e-STJ fls. 1945/1949):

No que diz respeito à AIS - Associação para Investimento Social, o ponto central da questão é saber em primeiro lugar se, **estando o passivo tributário do contribuinte sendo objeto de parcelamento**, de que é modalidade ou espécie o REFIS, é cabível ou não a concessão de uma medida cautelar fiscal e, se positiva a resposta, em que hipótese o seu deferimento é possível.

[...]

Tal se dá porque à época da adesão, momento em que **foram arrolados os bens da optante do REFIS** - AIS - Associação para Investimento Social, tais bens eram suficientes para garantia da dívida confessada, nos termos do art. 3º, §4º da Lei 9.964/00.

Ora, se o débito se avolumou, e as parcelas do pagamento se tornaram ínfimas, tal fato se deu em consequência dos critérios da própria lei que criou o Programa, não tendo a empresa dado causa o aumento da dívida. Ao contrário, vem cumprindo, religiosamente, com o compromisso assumido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa toada, não merece subsistir a medida cautelar fiscal proposta contra a Associação para Investimento Social - AIS. Isto porque **ao tempo do ajuizamento da medida cautelar fiscal os créditos tributários estavam com sua exigibilidade suspensa em razão da adesão ao REFIS** e a cautelar fiscal para subsistir nessa situação precisa ter amparo expresso no art. 2º, V, "b" ou VII, da Lei n. 8.397/92 que flexibilizam as hipóteses de *fumus boni iuris* (necessidade de constituição e exigibilidade do crédito tributário), o que não ocorreu já que a Corte de Origem fundamentou a medida exclusivamente no risco aos créditos tributários da Fazenda Pública (enfrentou somente o *periculum in mora*, sem discutir a necessidade da exigibilidade do crédito tributário - *fumus boni iuris*). Seguem precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA PARA ACAUTELAR CRÉDITO TRIBUTÁRIO JÁ CONSTITUÍDO MAS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa.

1. Consoante expressa disposição legal (art. 2º, V, "a", da Lei n. 8.397/92), **regra geral é vedado conceder medida cautelar fiscal para acautelar crédito tributário com a exigibilidade anteriormente suspensa.**
2. Em tais situações excepcionalmente é possível o deferimento de medida cautelar fiscal quando o devedor busca indevidamente a alienação de seus bens como forma de esvaziar seu patrimônio que poderia responder pela dívida (art. 2º, V, "b" e VII, da Lei n. 8.397/92).
3. No caso concreto, a medida cautelar fiscal foi proposta com fulcro no art. 2º, VI, da Lei n. 8.397/92 (VI - *possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido*). O dispositivo legal invocado não se encontra dentre as exceções que autorizam a concessão da medida.
4. Recurso especial provido (REsp. n.º 1.163.392 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21.8.2012).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO CAUTELAR DE BLOQUEIO DE SUBSÍDIOS DECORRENTES DO PROGRAMA DE EQUALIZAÇÃO DOS CUSTOS DA CANA-DE-AÇÚCAR. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Primeira Turma/STJ, com fundamento no art. 4º, *caput* e § 2º, da Lei 8.397/92, c/c as disposições contidas na Lei 10.453/2002 e no Decreto 4.267/2002, tem admitido o bloqueio de recursos provenientes do Programa de Equalização dos Custos da Cana-de-Açúcar, porquanto tais subvenções equivalem a dinheiro, que figura em primeiro lugar na ordem de bens sujeitos a penhora ou arresto (art. 11, I, da Lei 6.830/80).
2. Contudo, no caso dos autos, dois motivos obstam a concessão da medida. Em relação ao primeiro, verifica-se que o acórdão recorrido origina-se de decisão liminar proferida em sede de ação cautelar. Nesse contexto, a reforma do aresto está atrelada à cognição acerca da existência ou não dos pressupostos cautelares específicos – o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* –, providência que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demanda o reexame dos aspectos fático-probatórios da causa, o que se mostra inviável em sede de recurso especial, tendo em vista a circunstância obstativa decorrente do disposto na Súmula 7/STJ. Quanto ao segundo, **é incontroverso que a exigibilidade dos débitos que originaram a presente medida encontra-se suspensa. Nos termos do art. 2º, V, a, da Lei 8.397/92 (com redação dada pela Lei 9.532/97), "a medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor (...) notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal (...) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade". Assim, há expressa vedação legal para a utilização da medida cautelar fiscal na hipótese de débitos tributários com exigibilidade suspensa.**

3. Por outro lado, ainda que se acolha o argumento da Fazenda Nacional no sentido de que a presente medida não é regida pela Lei 8.397/92, porquanto se trata de *medida cautelar inominada*, tal circunstância, por si só, não enseja a concessão da medida, tendo em vista que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário implica a impossibilidade jurídica de se efetuar a cobrança judicial desse crédito. Assim, sem embargo de a suspensão da exigibilidade não obstar o lançamento do tributo, "impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora" (REsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005).

4. Recurso especial desprovido (REsp. n. 781.200/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 18.12.2007).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL PREPARATÓRIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS DECRETADA.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário determina a extinção da medida cautelar fiscal preparatória e, por consequência, da constrição de bens nela decretada.

2. Recurso especial improvido (REsp. n. 1.186.252 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 17.03.2011).

Quanto à empresa Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda., ocorre que a medida cautelar fiscal foi concedida mesmo diante do fato de que não houve contra ela constituição do crédito tributário (lançamento) na qualidade de contribuinte ou responsável. Sendo assim, a empresa está na posição de terceiro que adquiriu bens do requerido em situação capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública, hipótese que se subsume ao disposto no art. 4º, §2º, da Lei n. 8.397/92. Transcrevo:

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.
[...]

§ 2º **A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1º), desde que seja capaz**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.

De ver que considerou a Corte de Origem que mais importante em sede de medida cautelar fiscal é a observância da existência do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e a relevância do direito alegado, sendo despidendo definir o mérito da exigibilidade em relação às cedentes e cessionárias. Transcrevo trecho do voto do relator (e-STJ fls. 1926/1928):

Em tese, o argumento central no ponto posto (inoportunidade de apreciar a desconsideração da pessoa jurídica, a ausência de constituição do crédito e mesmo de notificação de lançamento) se revela consistente.

Sucede que **tais questões não têm relevo em sede de cautelar fiscal que se reveste de pressupostos outros**, como um idêntico processo de outra natureza (não tributária), quais ,sejam, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e relevância do direito alegado.

No caso dos autos, ambos os requisitos se revelam presentes, ante o montante da dívida apontada (**independentemente da configuração do lançamento tributário**) e o regime de imunidade previsto para a sociedade cedente (que passou a se dedicar à atividade filantrópica).

A transferência da carteira de planos de saúde se fez de forma por em risco o direito da Fazenda Pública, [...]

Nesse contexto, o que a cautelar objetiva e salvaguardar o direito aos créditos já constituídos e em curso de ser formalizados, **não se definindo, nessa sede cautelar, o mérito da exigibilidade em relação as cedentes e cessionárias.**

No entanto, reza a regra processual que a medida cautelar fiscal deve ser inicialmente requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, alcançando os bens de terceiro (que por isso também se torna requerido para que possa exercer seu direito de defesa) apenas por extensão prevista no art. 4º, §2º, da Lei n. 8.397/92.

Isto significa que a medida cautelar fiscal contra terceiro somente é cabível quando cabível contra o próprio devedor. Fora essa hipótese, não há porque falar em extensão para atingir os bens de terceiro adquiridos do devedor.

Pois bem, no caso concreto vimos que os créditos tributários que se pretende resguardar estão com a exigibilidade suspensa em razão de ingresso no REFIS. Sendo assim, não há porque realizar constrição em bens de terceiro para proteger créditos tributários contra o devedor que estão suspensos e em pagamento parcelado no REFIS.

Quanto à aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único do CPC, dou provimento ao recurso especial para afastá-la, tendo em vista que o intuito protelatório não restou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrado já que a recorrente apenas buscou esclarecer acórdão que foi excessivamente sucinto na análise do caso concreto, o que o próprio provimento deste recurso especial nos demais pontos levantados demonstra.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao presente recurso especial para julgar extinta/improcedente a medida cautelar fiscal decretada contra ambas as recorrentes e, consequentemente, afastar a multa prevista no art.538, parágrafo único, do CPC, vez que evidente o intuito não procrastinatório do recurso interposto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0051597-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.314.033 / RJ

Números Origem: 200251015118892 5118895120024025101

PAUTA: 25/09/2012

JULGADO: 25/09/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA E
OUTRO
ADVOGADO : CARLOS SOARES ANTUNES E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Procedimentos Fiscais

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **RENATA DO AMARAL GONÇALVES**, pela parte RECORRENTE: GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, dando parcial provimento ao recurso, pediu vista dos autos, antecipadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Aguardam os Srs. Ministros Castro Meira e Humberto Martins.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.314.033 - RJ (2012/0051597-3)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE
SAÚDE LTDA E OUTRO
ADVOGADO : CARLOS SOARES ANTUNES E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXCLUSÃO. SÚMULA 98/STJ. AÇÃO CAUTELAR FISCAL. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. CESSÃO APENAS DO ATIVO, PERMANECENDO O PASSIVO COM A CEDENTE. MUDANÇA DO OBJETO SOCIAL (EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE NATUREZA FILANTRÓPICA). POSTERIOR DESCONSIDERAÇÃO DO CARÁTER BENEFICENTE PELO FISCO, ACARRETANDO EXPLOSÃO DO DÉBITO (DE 12 MILHÕES PARA APROXIMADAMENTE 2 BILHÕES DE REAIS). INCLUSÃO DO DÉBITO TOTAL NO REFIS. PARCELAS INSUFICIENTES PARA VISLUMBRAR POSSIBILIDADE EFETIVA DE REGULARIZAÇÃO FISCAL. ARROLAMENTO DE BENS, EM MONTANTE QUE EQUIVALE A 10% DO DÉBITO CONSOLIDADO. HIPÓTESE DO ART. 2º, VI, DA LEI 8.397/1992. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelas empresas AIS e Golden Cross, integrantes de grupo econômico que atua no ramo da saúde, contra acórdão do e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que concedeu Medida Cautelar Fiscal de bloqueio de bens do ativo permanente de ambas para assegurar a cobrança do crédito tributário, que corresponde a R\$ 1.800.000.000,00 (um bilhão e oitocentos milhões de reais, atualmente superior a **três bilhões de reais**, segundo atualização monetária pela Tabela Prática do TJ/SP). A recorrente AIS detém participação social de 99,99% das ações da Golden Cross, e atualmente paga o débito com prestações mensais de aproximadamente **R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)**, insuficientes para quitação dos **juros mensais do parcelamento**, que aumentam à ordem de **R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais) por mês**, e, portanto, para satisfação da integralidade da dívida.

2. As empresas recorrentes afirmam, em síntese, que não estão preenchidos os requisitos da medida acautelatória, pois: a) os débitos encontram-se regularmente parcelados no Refis, com pagamento estritamente em dia desde o ingresso da recorrente AIS no mencionado regime de parcelamento especial (ano de 2000); b) está integralmente garantida a dívida por meio do arrolamento de bens; c) não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

houve intuito de fraudar o pagamento parcelado do débito, pois a transferência de ativos – além de constituir medida lícita de reorganização societária, decorrente de legislação do governo federal sobre os planos de saúde – iniciou-se em 1990 e foi ultimada em 1996, ou seja, cinco anos antes da criação do Refis; e d) não ocorreu procedimento administrativo de constituição do crédito tributário ou de imputação de responsabilidade tributária à recorrente Golden Cross, o que a torna parte ilegítima para figurar no polo passivo do feito.

ARTS. 535 E 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC

3. Discute-se, em primeiro lugar, a tese de violação dos arts. 535 e 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

5. O Tribunal *a quo* fixou o entendimento de que a transferência integral do ativo entre empresas de um mesmo grupo econômico, permanecendo a alienante apenas com o passivo de grande vulto, implica preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e dá ensejo à concessão da liminar em Ação Cautelar Fiscal.

6. Os Embargos de Declaração que visam ao prequestionamento não podem ser considerados protelatórios, sendo incabível a multa cominada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC. Aplicação da Súmula 98/STJ.

ADESÃO AO REFIS

7. A recorrente AIS, que ao longo dos anos 90 passou a exercer atividade meramente filantrópica, possuía no ano de 2000 débito de aproximadamente R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

8. O procedimento fiscalizatório da Receita Federal acarretou anulação do caráter beneficente, e, por consequência, o lançamento de créditos tributários que, consolidados na época (ano de 2000), atingiram o montante de R\$ 1.800.000.000,00 (um bilhão e oitocentos milhões de reais).

9. Com a instituição do Refis pela Lei 9.964/2000, a recorrente AIS aderiu ao respectivo programa de parcelamento, nele incluindo a totalidade de seus débitos (fl. 70, e-STJ) e procedendo ao arrolamento de bens pelo montante aproximado de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais – fls. 430-481, e-STJ).

10. O pagamento das prestações mensais alcança, quando muito, valores em torno de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), quantia que não cobre sequer os juros TJLP que incidem em periodicidade mensal (fls. 74-76, e-STJ), quanto mais o valor consolidado do passivo fiscal.

POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR FISCAL EM CASO DE DÉBITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa

11. Em regra, não cabe Ação Cautelar Fiscal por inadimplemento de tributo se a exigibilidade do crédito encontra-se suspensa (art. 2º, V, "a", da Lei 8.397/1992). Como toda norma jurídica, o texto do supracitado dispositivo não possui caráter absoluto e sujeita-se a hermenêutica que leve em conta a integralidade do ordenamento jurídico e a *ratio* dos dispositivos legais em questão.

12. Os casos de suspensão da exigibilidade devem ser interpretados restritivamente (art. 111, I, do CTN). Ademais, a lei não comporta exegese que conduza à obtenção de resultados contrários ao seu espírito.

13. Dessa forma, quando evidenciado que a suspensão da exigibilidade (por exemplo, por força de decisão judicial ou parcelamento) acoberta situações que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sejam de simulação, ou que, de qualquer modo, "dificultem ou impeçam a recuperação do crédito tributário" (art. 2º, IX, da Lei 8.397/1992), é plenamente viável a Medida Cautelar Fiscal.

14. Nesse sentido, é fundamental observar que a Lei 9.964/2000 expressamente prevê como hipótese de rescisão do Refis a concessão de medida cautelar fiscal (art. 5º, VI: "A pessoa jurídica optante pelo Refis será dele excluída nas seguintes hipóteses, mediante ato do Comitê Gestor: VI – concessão de medida cautelar fiscal, nos termos da Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992"), o que, reitero, demonstra ser plenamente cabível este tipo de causa em relação aos débitos com exigibilidade suspensa.

15. Os institutos jurídicos legalmente previstos podem ter seus efeitos questionados e desfeitos judicialmente quando comprovado que o resultado concreto ofende a ordem jurídica (a exemplo das doações formalmente lícitas que simulam transferência ilegal de patrimônio).

MEDIDA CAUTELAR FISCAL PARA IMPEDIR O Esvaziamento Patrimonial do Devedor e Equiparados

16. Nas demandas de natureza cautelar, o mérito reside no juízo de constatação quanto à necessidade de garantir o resultado útil do processo principal – no caso, **Execução Fiscal de valor superior a 3 (três) bilhões de reais**. Dispensável discutir neste momento, com amplitude cognitiva, os temas relacionados ao Direito Material (responsabilidade tributária, fraude, etc.).

17. No que se refere ao processo cautelar fiscal, disciplinado pela Lei 8.397/1992, é importante registrar que a "fumaça do bom direito" e o "perigo da demora" são apurados de modo individual e objetivo **em cada um dos incisos listados no art. 2º** (por exemplo, inciso VI, que estabelece proporção entre o patrimônio declarado e o montante do crédito tributário, ou inciso IX, que versa sobre a aplicação do "poder geral de cautela" quando apurados "outros atos que dificultem ou impeçam" a satisfação da pretensão creditória), os quais, portanto, não precisam ser demonstrados de forma cumulativa.

18. **O voto condutor do acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região afirma peremptoriamente que a "transferência da carteira de planos de saúde se fez de forma a pôr em risco o direito da Fazenda Pública".**

19. Com efeito, num período de dez anos (1990-2000), cujo término coincide com a criação do Refis, a AIS transferiu toda a Carteira de Planos de Saúde à Golden Cross. A partir de 2000, a cedente/alienante (AIS) passou a atuar como sociedade filantrópica.

20. Não obstante ceder o ativo, a AIS – que exerce o controle da Golden Cross (participação social de 99,99%) – permaneceu com o passivo, à época, de aproximadamente 10 milhões de reais, aproveitando-se, conforme dito, da instituição do Refis para efetuar o parcelamento de seus débitos.

21. **Sucedendo, em procedimento de fiscalização, o caráter filantrópico foi afastado, o que acarretou lançamentos que fizeram aumentar o saldo devedor da AIS, que saltou de 12 milhões de reais para a astronômica quantia de 1 bilhão e 800 milhões de reais (atualmente superior a 3 bilhões de reais).**

22. Transcrevo algumas das constatações feitas nas instâncias de origem e impassíveis de revisão pelo STJ, por óbice da Súmula 7: a) a transferência integral de fundo de comércio de uma pessoa jurídica (AIS) para outra (Golden



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cross); b) o completo esvaziamento do objeto comercial da AIS; c) o débito da segunda requerida (AIS), que hoje ultrapassa a cifra dos 3 bilhões de reais, tem valor muito superior ao do patrimônio de cerca de 200 milhões de reais por ela arrolado no âmbito do Refis; d) o perigo de inadimplência se avoluma na proporção em que se observa que os pagamentos realizados por intermédio do Refis são muitíssimo inferiores ao crescimento mensal de parcela componente da dívida (**os juros TJLP, que incidem mensalmente sobre as parcelas devidas, cresce cerca de 14 milhões de reais por mês, enquanto os pagamentos não passam de 15 mil reais mensais**).

CRITÉRIO OBJETIVO DA LEI 8.397/1992: ART. 2º, INCISOS VI e IX
23. O arrolamento foi feito com bens (200 milhões de reais) que representavam apenas 10% do débito parcelado (2 bilhões de reais, em 2000), nos termos lançados na decisão judicial (fl. 519, e-STJ): "O débito da segunda requerida, que hoje ultrapassa a cifra dos 2 bilhões de reais, tem valor muito superior ao do patrimônio de cerca de 200 milhões de reais arrolado pela segunda requerida no âmbito do REFIS".

24. A hipótese amolda-se perfeitamente ao disposto no art. 2º, VI, da Lei 8.397/1992 ("A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor (...) possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados **ultrapassem trinta por cento** do seu patrimônio conhecido").

25. Acrescente-se que as circunstâncias fáticas se enquadram também na previsão do inciso IX (cabimento da Medida Cautelar Fiscal quando o devedor "pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito"), cláusula geral que insere, na Lei 8.397/1992, o *poder geral de cautela* referido no art. 800 do CPC.

26. A pergunta principal na demanda é a seguinte: está integralmente garantido – e, portanto, mostra-se desnecessária a tutela cautelar – o crédito superior a 3 bilhões de reais, por um arrolamento de bens que identificou patrimônio de 200 milhões de reais?

FUNDAMENTOS DO VOTO DO E. RELATOR, MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

27. O e. Relator, Ministro Mauro Campbell Marques, reconhece categoricamente a conduta elisiva, mas reproduz os fundamentos lançados no voto-vista da e. Desembargadora Federal Lana Regueira, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para indeferir a concessão da Medida Cautelar. Transcrevo o seguinte excerto do seu voto: "**O comportamento elisivo é evidente**. No entanto, consoante os termos do voto-vista da Desembargadora Federal Lana Regueira que se utilizou de trechos da sentença para fixar os pressupostos fáticos nos quais me apoio, não restou caracterizada nestes autos a fraude ou a evasão fiscal ao programa de parcelamento, tendo em vista que a reengenharia empresarial já vinha ocorrendo bem antes da adesão ao REFIS e a dívida até então existente era inferior ao patrimônio arrolado."

28. Em síntese, conclui que: a) o órgão colegiado reconheceu apenas a configuração do *periculum in mora*; b) encontra-se ausente o *fumus boni iuris*, uma vez que o crédito tributário está inserido em parcelamento (Refis, instituído pela Lei 9.964/2000) regularmente pago.

29. Nesse estágio da demanda, o STJ não precisa chegar a juízo tão peremptório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tenho para mim, conforme bem registrou o Tribunal *a quo*, que não se cuida de perquirir a existência de dolo que vise fraudar o Refis – a *causa petendi* e o pedido deduzido na petição inicial não discutem a utilização do parcelamento como meio adotado para simular o pagamento do crédito tributário –, mas de verificar, em juízo provisório, típico da tutela acautelatória, a presença de indícios que apontem a necessidade de resguardar a efetividade do processo principal, isto é, a Execução Fiscal.

30. O requisito *fumus boni iuris* não decorre da constatação genérica e abstrata quanto aos atributos da liquidez, certeza e exigibilidade (questões vinculadas ao Direito Material), mas da formação do convencimento da autoridade judicial quanto ao sério risco, apurável em circunstâncias concretas e atuais, de ineficácia do resultado a ser perseguido no processo principal.

31. A permanecer como está, o débito que vem sendo pago "nos termos da lei" acarretará a progressão geométrica, rumo ao infinito, do saldo devedor – sabe-se que o Refis não tem prazo para término do pagamento, e a imprensa divulgou notícias de empresas que poderão atravessar dezenas de anos sem que a regularização fiscal tenha ocorrido –, transformando o estoque da dívida ativa em singela "bolha de sabão", que arrebenta no ar a qualquer tempo, sem perspectiva de alteração no mundo dos fatos (isto é, recuperação do crédito fiscal).

NÃO COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

32. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fático-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 fulcro na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

33. Em nenhum dos precedentes invocados pelas recorrentes as nuances que individualizaram o presente feito (cessão onerosa integral do ativo para empresa que é 99,99% controlada pela cessionária; constatação de que o parcelamento no âmbito do Refis não poderá ser pago; arrolamento insuficiente em razão de o débito ter sido drasticamente aumentado por força de afastamento do caráter filantrópico da empresa) foram analisadas, o que afasta a semelhança fática entre os julgados confrontados.

34. Quanto aos precedentes invocados no voto do e. Ministro Relator, registro que são inaplicáveis porque: a) o RESP 1.163.392/SP refletiu o entendimento de que é impossível conceder a medida cautelar fiscal com base no art. 2º, VI, da Lei 8.397/1992 quando não houver crédito definitivamente constituído (*in casu*, havia pendência de julgamento de recurso administrativo) – a circunstância fática nele examinada é totalmente diversa da realidade destes autos, pois o crédito tributário contra a AIS foi definitivamente constituído (já houve, inclusive, inscrição em dívida ativa); b) o RESP 781.200/PE é oriundo de Ação Cautelar Inominada (isto é, regida pelo Código de Processo Civil, e não pela Lei 8.397/1992) que visava ao bloqueio de subsídios decorrentes do Programa de Equalização dos Custos da Cana-de-Açúcar; o dispositivo legal interpretado foi o art. 2º, V, "a", da Lei 8.397/1992, hipótese que difere da discutida neste feito (art. 2º, VI e IX, da Lei 8.397/1992); ademais, a orientação lá firmada – de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Medida Cautelar Fiscal não pode ser requerida quando o crédito tributário se encontrar suspenso – não analisa a lide sob o enfoque discutido no caso concreto, que é a possibilidade, legalmente prevista, de concessão de Medida Cautelar Fiscal no curso do parcelamento denominado Refis (Lei 9.946/2000, art.5º, VI: "A pessoa jurídica optante pelo Refis será dele excluída nas seguintes hipóteses, mediante ato do Comitê Gestor: VI – concessão de medida cautelar fiscal, nos termos da Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992"); c) no RESP 1.186.252/MG a discussão teve por objeto definir se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (decorrente da impugnação ao lançamento e da posterior adesão ao Refis) influi na contagem do prazo de 60 (sessenta) dias para ajuizamento da Execução Fiscal, fixado no art. 11 da Lei 8.397/1992 – matéria completamente divorciada da presente lide.

FUMUS BONI IURIS

35. Em síntese, as premissas fixadas objetivamente no acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região demonstram estarem preenchidos os requisitos para a concessão da Medida Cautelar Fiscal.

36. O *fumus boni iuris* acha-se evidenciado, em razão dos seguintes motivos: a) constatação de que o crédito tributário supera 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido da AIS (art. 2º, VI, da Lei 8.397/1992); b) prática de atos (transferência integral do ativo) que dificultam ou impedem a satisfação do crédito tributário (art. 2º, IX, da Lei 8.397/1992), c) percepção, nas instâncias *a quo*, de que a transferência do ativo da "AIS" se fez de forma a pôr em risco o crédito da Fazenda Pública; d) exercício de atividade filantrópica, por parte da alienante (AIS), anulado pela fiscalização da Receita Federal.

PERICULUM IN MORA

37. O *periculum in mora*, por outro lado, decorre da: a) dimensão econômica da causa (atualmente, com valor aproximado de três bilhões de reais); b) desproporção do valor da prestação mensal no Refis (R\$ 15.000,00 – quinze mil reais), insuficiente para quitar os juros devidos no parcelamento ; c) inexistência de patrimônio hábil para a quitação do débito (arrolamento de bens pelo total de 200 milhões de reais, equivalentes, na época da adesão ao Refis, a 10% do crédito tributário).

38. Em reforço, cito notícia veiculada na imprensa nacional, segundo a qual a recorrida Golden Cross pretende vender 100% de seu capital social (jornal "Valor Econômico", edição de 26.11.2012, pág. B5).

EXTENSÃO DO DECRETO DE INDISPONIBILIDADE

39. O argumento da segunda recorrente (Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.), de que não pode sofrer os efeitos da decretação da Medida Cautelar porque a constituição do crédito tributário se deu apenas contra a AIS, foi julgado pelo Tribunal de origem como irrelevante ("o que a cautelar objetiva é salvaguardar o direito aos créditos já constituídos e em curso de ser formalizados, não se definindo, nessa seara cautelar, o mérito da exigibilidade em relação as cedentes e cessionárias" – fl. 1928, e-STJ, grifos no original).

40. É essencial ratificar o acerto do acórdão hostilizado, pois não se discute com profundidade, neste momento, a exigibilidade do crédito tributário, mas apenas o preenchimento dos requisitos que ensejam a adoção de tutela preventiva, destinada apenas a assegurar a eficácia do provimento pedido na demanda principal (Execução Fiscal).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

41. Convém lembrar que a segunda recorrente (Golden Cross) integra o grupo econômico Golden Cross, e, além disso, é justamente a empresa que adquiriu o ativo da primeira recorrente (AIS, que possui participação acionária de 99,99%). Por essa razão, incide a norma do art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.397/1992, que assegura a extensão do decreto de indisponibilidade para aqueles "que tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais".

DEVIDO PROCESSO LEGAL E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

42. Dada a relevância da questão posta em debate neste autos, é necessário registrar que, em razão da *separação dos poderes* (art. 2º da CF/1988), não é próprio nem legitimado ao Poder Judiciário impor à Administração, na esfera tributária ou não, comportamento – qual seja a aceitação de pagamento de parcelas irrisórias para a quitação do débito fiscal – que, se praticado *sponte propria*, seria considerado ato de improbidade administrativa, por ofensa aos princípios da *legalidade* e da *moralidade*, insculpidos no art. 37, *caput*, da CF/1988.

43. O exercício do poder de polícia constitui prerrogativa da autoridade administrativa que, mormente nas hipóteses em que se busca tutela jurisdicional de natureza cautelar, somente deve ser coibida se demonstrada manifesta abusividade, o que não ocorre no caso dos autos.

44. Nesses termos, a conduta material do contribuinte, exhaustivamente descrita nos autos, implica afronta ao princípio da boa-fé objetiva, uma das projeções do *substantive due process* (art. 5º, LIV, da CF/1988).

DISPOSITIVO DO VOTO-VISTA

45. Peço vênia ao e. Ministro Relator e dou parcial provimento ao Recurso Especial, em menor extensão, exclusivamente para reconhecer a violação do art. 538, parágrafo único, do CPC, confirmando integralmente o acórdão recorrido no que tange à concessão da Medida Cautelar Fiscal para fins de bloqueio de bens do ativo permanente das empresas AIS e Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE COMÉRCIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A sentença bem decidiu quanto à questão da responsabilidade solidária entre a Apelante (AIS) e a GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA. no que se refere à questão da transferência do fundo de comércio.

Em tese, o argumento central no ponto posto se revela consistente. Sucede que tais questões não têm relevo em sede de cautelar fiscal que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reveste de pressupostos outros, como um idêntico processo de outra natureza (não tributária), quais sejam, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e relevância do direito alegado.

No caso dos autos, ambos os requisitos se revelam presentes, ante o montante da dívida apontada e o regime de imunidade previsto para a sociedade cedente.

A transferência da carteira de planos de saúde se fez de forma por em risco o direito da Fazenda Pública.

O que a cautelar objetiva é salvaguardar o direito aos créditos já constituídos e em curso de ser formalizado, não se definindo, nessa sede cautelar, o mérito da exigibilidade em relação as cedentes e cessionárias.

Dado provimento ao apelo da UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL e a remessa, negando-o quanto ao da Ré.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados por duas vezes. A empresa embargante foi condenada, nos segundos aclaratórios, ao pagamento de multa.

As recorrentes alegam violação dos arts. 3º, 535, I e II, 538, parágrafo único, 796 e 798 do CPC; e dos arts. 1º a 3º da Lei 8.397/1992 (especialmente o art. 2º, VI, c/c o art. 64, § 4º, da Lei 9.532/1997). Afirmam existir divergência jurisprudencial.

Foram apresentadas as contrarrazões.

O e. Ministro Mauro Campbell concluiu que a conduta que visou frustrar o pagamento do crédito tributário "é evidente", mas deu provimento ao Recurso Especial, por entender que não houve intenção de fraudar o parcelamento, razão pela qual a situação de adimplemento das prestações mensais nele devidas e a suficiência do arrolamento administrativo de bens acarretam a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, assim, descaracterizam o *fumus boni iuris*.

Pedi vista dos autos.

Em razão da complexidade da lide, tecerei considerações iniciais para fixar as circunstâncias que a envolvem, passando, depois, à apreciação da pretensão recursal.

1. Delimitação do tema

A questão controvertida tem por objeto a Ação Cautelar Fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional contra as empresas "Associação para Investimento Social – AIS" e "Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.", que visa assegurar a eficácia da Execução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fiscal cujo objeto é o crédito de 1,8 bilhão de reais (valor originário em 2000, atualmente superior a 3 bilhões de reais, caso utilizada a tabela prática de atualização monetária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

De modo a facilitar a compreensão, esclareço que, doravante, a primeira recorrente será denominada simplesmente AIS; e a segunda, Golden Cross.

Resumidamente, afirma a Fazenda Nacional, em sua petição inicial, que a empresa AIS, nos anos 90, transferiu as carteiras do Plano de Saúde para a Golden Cross (da qual possui 99,99% das ações), permanecendo a cedente a título oneroso com um passivo de aproximadamente R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Com a alteração de seu objeto social, a alienante (AIS) passou a ostentar caráter filantrópico.

Em procedimento de fiscalização, foi anulada a natureza de entidade beneficiária da AIS, com recomposição dos tributos devidos, o que fez saltar o valor consolidado para aproximadamente R\$ 1.800.000.000,00 (um bilhão e oitocentos milhões de reais).

Instituído o Refis – programa específico de parcelamento voltado a **viabilizar que as empresas adquiram condição de regularização fiscal** – pela Lei 9.964/2000, a empresa AIS formalizou a respectiva opção, de modo que incluiu a totalidade de seus débitos (fl 70, e-STJ), e, por força do disposto em seu art. 3º, §§ 4º e 5º, procedeu ao arrolamento de bens (fls. 430-481, e-STJ) – o qual, segundo consignado nas instâncias de origem, totalizou quantia (R\$ 200.000.000,00 – duzentos milhões de reais) insuficiente para garantir o saldo devedor (aproximadamente 2 bilhões em 18.6.2002 – fl. 77, e-STJ).

O ente fazendário concluiu que a alienação apenas da parte "saudável" para empresa integrante do mesmo grupo econômico (e cuja constituição, como dito, é 99,99% idêntica à da alienante), com pagamento do débito mediante prestações mensais de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) – em flagrante descompasso com a evolução da dívida (somente de juros TJLP, incidentes sobre o parcelamento Refis, o saldo devedor evoluía em média R\$ 14.000.000,00/mês – quatorze milhões de reais) –, impõe a necessidade de concessão da Medida Cautelar Fiscal, a fim de resguardar a efetividade do processo principal (Execução Fiscal).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso fazendário para ampliar a concessão da tutela de natureza cautelar – deferida no juízo de primeiro grau apenas em relação à AIS – contra as duas empresas.

As ora recorrentes afirmam, em síntese, que não estão presentes os requisitos dos arts. 1º a 3º da Lei 8.397/1992, pois:

a) encontram-se os débitos da Associação para Investimento Social (AIS) regularmente parcelados no Refis, com pagamento estritamente em dia desde o seu ingresso no mencionado regime de parcelamento especial (ano de 2000) – ou seja, está configurada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, por consequência, a ausência de interesse processual no ajuizamento da demanda, em razão de não ter sido demonstrada a possibilidade de inadimplemento;

b) está a dívida integralmente garantida por meio do arrolamento de bens;

c) não houve intuito de fraudar o pagamento parcelado do débito, pois a transferência de ativos – além de constituir medida lícita de reorganização societária, decorrente de legislação do governo federal sobre planos de saúde – iniciou-se em 1990 e foi ultimada em 1996, ou seja, cinco anos antes da criação do Refis;

d) não ocorreu procedimento administrativo de constituição do crédito tributário ou de imputação de responsabilidade tributária à recorrente Golden Cross, o que a torna parte ilegítima para figurar no polo passivo do feito.

Feitos estes esclarecimentos, passo à análise da pretensão recursal.

2. Violação dos arts. 535 e 538 do CPC

Conquanto afirmem que a matéria controvertida foi prequestionada, as recorrentes, de maneira paradoxal e por excesso de cuidado, alegam que houve omissão e obscuridade no acórdão impugnado, que teria adotado "entendimento genérico e superficial" (fl. 2074, e-STJ) ao concluir que estão presentes os requisitos da Medida Cautelar.

Prosseguem alegando que estão caracterizados os vícios do art. 535 do CPC "no que tange à explicitação dos fundamentos legais que suportaram o afastamento da argumentação tecida pelas Recorrentes nos autos" (fl. 2078).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constato que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

No caso dos autos, a simples leitura da ementa e do voto condutor no acórdão hostilizado é suficiente para revelar que o órgão colegiado adotou os seguintes motivos para solucionar a lide: a) na Ação Cautelar, não se discutem com profundidade as matérias de Direito Material (notadamente responsabilidade tributária, sucessão de empresas, fraude, etc.), pois o objetivo é assegurar o resultado útil a ser perseguido na demanda principal; b) com a transferência integral de ativos, a primeira recorrente desfigurou o seu antigo objeto social, uma vez que passou a exercer atividade de natureza filantrópica (situação que, posteriormente, seria desconsiderada pelo Fisco, em procedimento de autuação que majorou o passivo de 12 milhões de reais para estratosféricos 2 bilhões de reais); c) é plausível, no quadro acima narrado, temer a efetiva incapacidade de a AIS honrar o parcelamento efetuado, situação que justifica a manutenção da Golden Cross como sujeito passivo em litisconsórcio, pois esta foi a adquirente do ativo da primeira recorrente.

Conforme se vê, não houve obscuridade ou omissão no julgado, apenas irresignação das recorrentes com o seu conteúdo.

Vale lembrar, em relação aos fundamentos legais, que a ausência de indicação expressa a seu respeito, por si só, não configura um dos vícios do art. 535 do CPC, e tanto isso é verdade que, como se sabe, é amplamente conhecido que o STJ admite Recurso Especial quando a matéria está implicitamente prequestionada.

Afasto, portanto, a tese de ofensa ao art. 535 do CPC.

No que concerne à multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, entendo que esta foi aplicada injustificadamente, não por força da necessidade de prequestionamento –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisito este que, conforme dito, estava preenchido desde o julgamento da Apelação –, mas porque os componentes do órgão fracionário induziram as recorrentes ao terreno da insegurança quanto à extensão do provimento jurisdicional (isto é, se a concessão da Medida Cautelar implicava ou não autorização para excluir a recorrente AIS do REFIS).

Reconheço, portanto, a violação do art. 538, parágrafo único, do CPC.

3. Mérito: arts. 1º a 3º da Lei 8.397/1992 e arts. 3º, 796 e 798 do CPC

Em relação à propositura da Medida Cautelar Fiscal, as empresas apresentaram os seguintes argumentos:

3.1 Empresa AIS

a) os débitos encontram-se com exigibilidade suspensa, pois foram regularmente incluídos no REFIS, no ano de 2000, e todas as parcelas vêm sendo rigorosamente quitadas em seu tempo devido;

b) a Medida Cautelar Fiscal somente poderia ter sido pleiteada se não houvesse arrolamento de bens, ou, alternativamente, se a optante do Refis estivesse alienando ou onerando o respectivo patrimônio sem comunicar ao Fisco – situação não ocorrente.

3.2 Empresa Golden Cross

a) a recorrente aproveita os argumentos suscitados pela primeira (relacionados à inexigibilidade do crédito tributário);

b) as transferências do ativo da AIS ocorreram em 1990 e em 1996, em momentos em que esta indubitavelmente teria patrimônio capaz de garantir o pagamento do débito;

c) ausência do intuito de fraudar o parcelamento, primeiramente porque o Refis somente foi instituído em 2000, ou seja, cinco anos (quatro, na verdade) após a finalização da transferência dos ativos; ademais, as operações societárias decorreram de reorganização das atividades empresariais, em função das modificações legislativas no segmento da saúde;

d) o procedimento de constituição do crédito tributário sempre levou em consideração a AIS, ou seja, a Golden Cross não fez parte e a ela não foi imputada responsabilidade tributária, em nenhuma das suas modalidades.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A argumentação apresentada não resiste às ponderações feitas nas instâncias de origem.

4. Medida Cautelar Fiscal: descrição, pelo legislador, de hipóteses objetivas que, configuradas, ensejam a concessão da tutela de modo a impedir o esvaziamento patrimonial.

Na Ação Cautelar Fiscal, a tutela jurisdicional visa garantir a utilidade do provimento a ser pleiteado na demanda principal (no caso, Execução Fiscal). A concessão da pretensão nela versada implicará bloqueio de bens da empresa devedora (eventualmente extensível ao patrimônio de terceiros, nos termos previstos na Lei 8.397/1992) com a finalidade de impedir o esvaziamento do respectivo patrimônio.

Não há espaço para cognição exaustiva quanto às matérias de Direito Tributário Material (responsabilidade tributária, etc.) – o que poderá ser feito no momento oportuno, isto é, nos Embargos à Execução Fiscal.

As hipóteses que dão ensejo ao deferimento da tutela acautelatória vêm descritas no art. 2º da Lei 8.397/1992 e nelas se verifica natureza objetiva, *in verbis*:

Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:

I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado;

II - tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação;

III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens;

IV - contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio;

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal:

a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade;

b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros;

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido;

VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei;

VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito. (grifos meus)

A primeira observação relevante no acórdão hostilizado é a que ratifica que a Medida Cautelar Fiscal não é a via adequada para discutir, em amplitude e profundidade, as questões de Direito Material relacionadas à fraude, à responsabilidade tributária, etc.

O caso, sou inclinado a deduzir, é de manifesto cabimento da tutela jurisdicional pleiteada pelo ente público.

Em primeiro lugar, o voto condutor do acórdão hostilizado é peremptório ao registrar que a "transferência da carteira de planos de saúde se fez de forma a por em risco o direito da Fazenda Pública" (fl. 1926, e-STJ). De fato, a empresa devedora (AIS), ao longo de 10 anos, cedeu todo o seu ativo (uma primeira parte deste, em 1990, para a Golden Cross; a segunda parte, em 1996, para outra empresa do grupo econômico, a empresa Golden Cross Seguradora S/A; e, finalmente, no ano de 2000, a seguradora transferiu o ativo outrora cedido em seu favor para a Golden Cross).

Resumidamente, isso significa que, no período decenal, que culmina justamente com a criação do Refis, a AIS transferiu todo o ativo, que terminou concentrado integralmente em poder da Golden Cross, para atuar como sociedade filantrópica.

Não obstante ceder o ativo, a AIS – que exerce o controle da Golden Cross (participação social de 99,99%) – permaneceu com o passivo de aproximadamente 10 milhões de reais, aproveitando-se, conforme dito, da instituição do Refis para efetuar o parcelamento de seus débitos.

Sucedendo que, em procedimento de fiscalização, **o caráter filantrópico foi afastado**, o que acarretou lançamentos que explodiram o saldo devedor da AIS, que saltou, relembre-se, de 10 milhões de reais para a astronômica quantia de 1 bilhão e 800 milhões de reais!

O Tribunal de origem, efetivamente, para justificar o *fumus boni iuris*, adotou a argumentação ventilada na petição inicial, conforme se verifica no seguinte excerto (fls. 1.926, 1.927, e-STJ):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A transferência da carteira de planos de saúde se fez de forma por em risco o direito da Fazenda Pública, como exposto na peça inicial, *in verbis*:

(...)

4) Faz-se mister ressaltar que a Secretaria da Receita Federal ultimou fiscalizações na segunda ré, tendo sido examinados os anos entre 1989 e 1996, e, em todos eles, foi suspensa a imunidade/isenção do contribuinte, apurando-se créditos tributários de valores significativos, levando-se à conclusão inequívoca de que a lógica filantrópica não se aplica à sociedade (doc. anexo).

5) O que agrava sobremaneira o risco do não recebimento dos créditos aqui mencionados, que chega a impressionante cifra de 1 bilhão e 800 mil reais, é o fato de estar a segunda ré inscrita no Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, recolhendo aos cofres públicos valores quase simbólicos, em decorrência de sua suposta redução de atividades.

A sentença proferida no primeiro grau ratifica o temor vislumbrado pelo órgão colegiado (fl. 517 e seguintes, e-STJ):

A prova dos autos dá uma idéia bem clara da movimentação negocial ocorrida no grupo econômico das requeridas. A segunda requerida, no momento inicial, detinha um universo de atividades vinculadas à exploração de planos de saúde. Em 1990, a segunda requerida transferiu parte desse fundo de comércio para GOLDEN CROSS SEGURADORA S/A, conforme fls. 188 a 200. Em 1996, foram transferidos os restantes planos de saúde da segunda para a primeira requerida (fls. 201 e segs.). Finalmente, no ano de 2000, os planos que haviam sido transferidos à Seguradora foram novamente concentrados na primeira requerida, através de nova transferência (fls. 216 e segs.).

(...) **houve transferência integral de um fundo de comércio de uma pessoa jurídica para outra**, o que se extrai da visão global dos fatos apresentados. **Com a transferência operada, a segunda requerida esvaziou-se por completo de seu objeto comercial**, passando a desempenhar funções eminentemente filantrópicas e de consultoria na área de saúde.

(...)

O débito da segunda requerida, que hoje ultrapassa a cifra dos 2 bilhões de reais, tem valor muito superior ao do patrimônio de cerca de 200 milhões de reais arrolado pela segunda requerida no âmbito do REFIS (fls. 331 e seguintes). **A discrepância de valores, por si só, já autoriza o manejo da medida**, pois existe perigo concreto de perdimento dos meios necessários ao pagamento dos débitos fiscais acumulados. O perigo se avoluma na medida em que se constata que os pagamentos realizados por intermédio do REFIS, conforme fls. 72, são muitíssimo inferiores ao crescimento mensal do débito (**o débito cresce cerca de 14 milhões de reais por mês, enquanto os pagamentos não passam de 15 mil mensais**).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Note-se que é evidente o interesse da AIS em cumprir "regularmente" o parcelamento do Refis.

Como ressaltado no voto do e. Ministro Relator, o parcelamento da Lei 9.964/2000 é pago mediante aplicação de percentual sobre a receita bruta da empresa (art. 2º, § 4º, inciso II).

Nesses termos, é intuitivo que o Refis, para a empresa AIS, foi um "presente dos deuses", que consiste no pagamento de simbólicos 15 mil reais mensais, para se ver livre de uma cobrança de mais de 2 bilhões de reais, e que a cada mês cresce na ordem de 14 milhões de reais.

Não se trata, conforme registrou o Tribunal *a quo*, de perquirir a existência de dolo que vise fraudar o Refis, mas de verificar, em juízo provisório, típico da tutela acautelatória, a existência de indícios que apontem a necessidade de resguardar a efetividade do processo principal.

Não socorre as empresas o argumento de que a dívida vem sendo paga de acordo com os procedimentos previstos em lei.

O Refis foi criado com o fim de regularizar a situação fiscal das empresas devedoras. **A lei que o instituiu, portanto, somente pode ser interpretada à luz de sua finalidade, e não exclusivamente com base no método gramatical/literal.**

A situação versada nos autos ilustra com perfeição o dilema com que o aplicador do Direito se depara quando as próprias "**amarras da lei**" são utilizadas com o **escopo paradoxal de descumprir, ou, por qualquer modo, de levar ao descumprimento o conteúdo da norma.**

Os institutos jurídicos legalmente previstos podem ter seus efeitos questionados e desfeitos judicialmente quando comprovado que o resultado concreto ofende a ordem jurídica (a exemplo das doações formalmente lícitas que simulam transferência ilegal de patrimônio).

Em síntese, a permanecer como está, o débito que vem sendo pago "nos termos da lei" acarretará a progressão geométrica, rumo ao infinito, do saldo devedor – sabe-se que o Refis não tem prazo para término do pagamento, e a imprensa divulgou notícias de empresas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que poderão atravessar milênios sem que a regularização fiscal tenha ocorrido –, transformando o estoque da dívida ativa em singela "bolha de sabão", que arrebenta no ar a qualquer tempo, sem perspectiva de alteração no mundo dos fatos (isto é, recuperação do crédito fiscal).

Tudo isso, somado ao fato de que o arrolamento foi feito com bens (200 milhões de reais) que representam apenas 10% do débito parcelado (2 bilhões de reais em 18.6.2002), faz incidir as hipóteses previstas no art. 2º, VI e IX, da Lei 8.397/1992, que são normas de caráter objetivo (isto é, abstraídas de motivações subjetivas do sujeito passivo da demanda cautelar).

Na verdade, o provimento do pedido deduzido na Ação Cautelar Fiscal representa, além de medida que objetiva garantir o resultado do processo principal, o único meio de viabilizar, em tese, que a AIS efetivamente quite seu débito, pois, conforme dito, se de um lado soa atraente para a empresa a perspectiva de pagar prestações de 15 mil reais *ad infinitum* para manter suspensa a exigibilidade do crédito tributário, por outro verifica-se altamente provável a inadimplência, por decorrência da progressão geométrica do passivo fiscal.

5. Fundamentos do voto do e. Ministro Mauro Campbell Marques

Conforme se infere na transcrição de excerto de seu voto, o e. Relator reconhece que a conduta das empresas visa ao inadimplemento do débito, mas adota os fundamentos do voto-vista apresentado pela Desembargadora Federal Lana Regueira para indeferir a concessão da Medida Cautelar Fiscal (grifos meus, sublinhado no original:

O comportamento elisivo é evidente. No entanto, consoante os termos do voto-vista da Desembargadora Federal Lana Regueira que se utilizou de trechos da sentença para fixar os pressupostos fáticos dos quais me utilizo, não restou caracterizada nestes autos a fraude ou a evasão fiscal ao programa de parcelamento, tendo em vista que a reengenharia empresarial já vinha ocorrendo bem antes da adesão ao REFIS e a dívida até então existente era inferior ao patrimônio arrolado.

Ao encampar o entendimento da Desembargadora Federal Lana Regueira, o e.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Mauro Campbell consignou que: a) o órgão colegiado reconheceu apenas a configuração do *periculum in mora*; b) encontra-se ausente o *fumus boni iuris*, uma vez que o crédito tributário está inserido em parcelamento (Refis, instituído pela Lei 9.964/2000) regularmente pago, com exigibilidade suspensa.

Nesse estágio da demanda, o STJ não precisa chegar a juízo tão definitivo. Tenho para mim, conforme bem registrou o Tribunal *a quo*, que não se cuida de perquirir a existência de dolo que vise fraudar o Refis – a *causa petendi* e o pedido deduzido na petição inicial não discutem a utilização do parcelamento como meio adotado para simular o pagamento do crédito tributário –, mas de verificar, em juízo provisório, típico da tutela acautelatória, a presença de indícios que apontem a necessidade de resguardar a efetividade do processo principal, isto é, a Execução Fiscal.

6. Divergência jurisprudencial não demonstrada

Em relação ao dissídio jurisprudencial, destaco que a divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fático-jurídica entre eles. É 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 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. Confira-se o precedente:

(...)

3. Não se conhece do dissídio jurisprudencial quando não atendidos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

(...)

(REsp 649.084/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 15.8.2005, p. 260).

De fato, em nenhum dos precedentes invocados pelas recorrentes as nuances



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que individualizaram o presente feito (cessão integral do ativo para empresa que é 99,99% controlada pela cessionária; constatação de que o parcelamento no âmbito do Refis não poderá ser pago; arrolamento insuficiente em razão de o débito ter sido drasticamente aumentado por força de afastamento do caráter filantrópico da empresa) foram analisadas, o que afasta a similitude fática entre os julgados confrontados.

Quanto ao posicionamento do e. Ministro Relator, este cita os precedentes abaixo para concluir que o STJ possui orientação firme de que não há *fumus boni iuris* quando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, ressalvadas as hipóteses em que, enquanto vigente o art. 151 do CTN, houver tentativa ou efetiva transferência dos bens para terceiros, ou a respectiva alienação sem comunicação à Fazenda Pública (art. 2º, V, "b", e VII, da Lei 8.397/1992).

6.1. Primeiro precedente: RESP 1.163.392/SP

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA PARA ACAUTELAR CRÉDITO TRIBUTÁRIO JÁ CONSTITUÍDO MAS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa.

1. Consoante expressa disposição legal (art. 2º, V, "a", da Lei n. 8.397/92), **regra geral é vedado conceder medida cautelar fiscal para acautelar crédito tributário com a exigibilidade anteriormente suspensa.**

2. Em tais situações excepcionalmente é possível o deferimento de medida cautelar fiscal quando o devedor busca indevidamente a alienação de seus bens como forma de esvaziar seu patrimônio que poderia responder pela dívida (art. 2º, V, "b" e VII, da Lei n. 8.397/92).

3. No caso concreto, a medida cautelar fiscal foi proposta com fulcro no art. 2º, VI, da Lei n. 8.397/92 (VI - *possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido*). O dispositivo legal invocado não se encontra dentre as exceções que autorizam a concessão da medida.

4. Recurso especial provido (REsp. n.º 1.163.392 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 28.8.2012).

Este precedente refletiu o entendimento de que é impossível conceder a Medida Cautelar Fiscal com base no art. 2º, VI, da Lei 8.397/1992 quando não houver crédito definitivamente constituído (*in casu*, havia pendência de julgamento de recurso administrativo).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A circunstância fática ora analisada é totalmente diversa da realidade dos autos, pois o crédito tributário contra a AIS foi definitivamente constituído (já houve, inclusive, inscrição em dívida ativa).

6.2. Segundo precedente: RESP 781.200/PE

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO CAUTELAR DE BLOQUEIO DE SUBSÍDIOS DECORRENTES DO PROGRAMA DE EQUALIZAÇÃO DOS CUSTOS DA CANA-DE-AÇÚCAR. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Primeira Turma/STJ, com fundamento no art. 4º, *caput* e § 2º, da Lei 8.397/92, c/c as disposições contidas na Lei 10.453/2002 e no Decreto 4.267/2002, tem admitido o bloqueio de recursos provenientes do Programa de Equalização dos Custos da Cana-de-Açúcar, porquanto tais subvenções equivalem a dinheiro, que figura em primeiro lugar na ordem de bens sujeitos a penhora ou arresto (art. 11, I, da Lei 6.830/80).

2. Contudo, no caso dos autos, dois motivos obstam a concessão da medida. Em relação ao primeiro, verifica-se que o acórdão recorrido origina-se de decisão liminar proferida em sede de ação cautelar. Nesse contexto, a reforma do aresto está atrelada à cognição acerca da existência ou não dos pressupostos cautelares específicos – o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* –, providência que demanda o reexame dos aspectos fático-probatórios da causa, o que se mostra inviável em sede de recurso especial, tendo em vista a circunstância obstativa decorrente do disposto na Súmula 7/STJ. Quanto ao segundo, **é incontroverso que a exigibilidade dos débitos que originaram a presente medida encontra-se suspensa. Nos termos do art. 2º, V, a, da Lei 8.397/92 (com redação dada pela Lei 9.532/97), "a medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor (...) notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal (...) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade". Assim, há expressa vedação legal para a utilização da medida cautelar fiscal na hipótese de débitos tributários com exigibilidade suspensa.**

3. Por outro lado, ainda que se acolha o argumento da Fazenda Nacional no sentido de que a presente medida não é regida pela Lei 8.397/92, porquanto se trata de *medida cautelar inominada*, tal circunstância, por si só, não enseja a concessão da medida, tendo em vista que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário implica a impossibilidade jurídica de se efetuar a cobrança judicial desse crédito. Assim, sem embargo de a suspensão da exigibilidade não obstar o lançamento do tributo, "impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora" (EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005).

4. Recurso especial desprovido (REsp. n. 781.200/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda,).

Não há similitude fática ou jurídica.

Com efeito, o aresto paradigma refere-se a Recurso Especial oriundo de Ação Cautelar Inominada (isto é, regida pelo Código de Processo Civil, e não pela Lei 8.397/1992) que visava ao bloqueio de subsídios decorrentes do Programa de Equalização dos Custos da Cana-de-Açúcar.

O dispositivo legal interpretado foi o art. 2º, V, "a", da Lei 8.397/1992, hipótese que difere da discutida neste feito (art. 2º, VI e IX, da Lei 8.397/1992). Além disso, o entendimento lá firmado – de que a Medida Cautelar Fiscal não pode ser requerida se o crédito tributário estiver suspenso – não examina a lide sob o enfoque discutido no caso concreto, que é a possibilidade, legalmente prevista, de concessão de Medida Cautelar Fiscal no curso do parcelamento denominado Refis (Lei 9.946/2000, art.5º, VI: "A pessoa jurídica optante pelo Refis será dele excluída nas seguintes hipóteses, mediante ato do Comitê Gestor: VI – concessão de medida cautelar fiscal, nos termos da Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992").

6.3. Terceiro precedente: RESP 1.186.252/MG

RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL PREPARATÓRIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS DECRETADA.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário determina a extinção da medida cautelar fiscal preparatória e, por consequência, da constrição de bens nela decretada.

2. Recurso especial improvido (REsp. n. 1.186.252 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 17.03.2011).

Nesse caso a discussão teve por objeto definir se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (decorrente da impugnação ao lançamento e da posterior adesão ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Refis) influi na contagem do prazo de 60 (sessenta) dias para ajuizamento da Execução Fiscal, fixado no art. 11 da Lei 8.397/1992.

Cuida-se, como se vê, de matéria completamente divorciada da presente lide.

7. Presença dos requisitos da Medida Cautelar Fiscal

A tese defendida no judicioso voto do e. Ministro Relator é de que o *fumus boni iuris* decorre da presença, concomitante, dos atributos de liquidez, certeza e exigibilidade do crédito tributário. As previsões listadas no art. 2º da Lei 8.397/1992 seriam todas referentes ao *periculum in mora*.

Daí o motivo pelo qual entende que a exceção – possibilidade de ajuizamento da Ação Cautelar Fiscal a despeito da suspensão da exigibilidade do crédito tributário – somente é cabível quando a demanda for ajuizada com base no art. 2º, V, "a", e VII, da Lei 8.397/1992.

Permissa venia, posiciono-me no sentido de que a Lei 8.397/1992 em nenhum momento dá amparo a essa exegese.

Com efeito, a norma do art. 1º, parágrafo único, da legislação em tela dispõe o seguinte:

Art. 1º O procedimento cautelar fiscal poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias.

Parágrafo único. O requerimento da medida cautelar, na hipótese dos incisos V, alínea "b", e VII, do art. 2º, independe da prévia constituição do crédito tributário.(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

O comando inserido na norma regulamenta exceção à regra segundo a qual a Medida Cautelar Fiscal somente pode ser ajuizada se houver crédito tributário constituído.

Quando o legislador diz "constituído" é impossível ampliar sua inteligência para "constituído e exigível".

Para não ficar adstrito à situação dos autos, invoco a hipótese do art. 2º, inciso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV, da Lei 8.397/1992: se o devedor "contrai ou tenta contrair dívidas" que comprometam a liquidez de seu patrimônio, será cabível o ajuizamento da Medida Cautelar Fiscal, ainda que se encontre parcelado o crédito tributário constituído, pois a situação de equilíbrio patrimonial deixou de existir.

O *fumus boni iuris*, portanto, não decorre da constatação genérica e abstrata quanto aos atributos da liquidez, certeza e exigibilidade (questões vinculadas ao Direito Material), mas da formação do convencimento da autoridade judicial quanto ao sério risco, apurável em circunstâncias concretas e atuais, de ineficácia do resultado a ser perseguido no processo principal.

Dito isto, o acórdão hostilizado demonstrou, à exaustão, o preenchimento dos requisitos da Medida Cautelar Fiscal.

7.1 *Fumus boni iuris*

A fumaça do bom direito acha-se evidenciada em razão dos seguintes motivos identificados na decisão colegiada:

- a) constatação de que o crédito tributário supera 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido da AIS (art. 2º, VI, da Lei 8.397/1992);
- b) prática de atos (transferência integral do ativo e crescimento desproporcional do saldo devedor no Refis) que dificultam ou impedem a satisfação do crédito tributário (art. 2º, IX, da Lei 8.397/1992),
- c) percepção, nas instâncias *a quo*, de que a transferência do ativo da "AIS" se fez de forma a pôr em risco o crédito da Fazenda Pública; e
- d) exercício de atividade filantrópica, por parte da alienante (AIS), anulado pela fiscalização da Receita Federal.

7.2 *Periculum in mora*

O perigo da demora, por outro lado, decorre da:

- a) dimensão econômica da causa (atualmente, com valor superior a três bilhões



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reais);

b) desproporção do valor da prestação mensal no Refis (R\$ 15.000,00 – quinze mil reais), insuficiente para quitar os juros devidos no parcelamento ;

c) inexistência de patrimônio hábil para a quitação do débito (arrolamento de bens pelo total de 200 milhões de reais, equivalentes, na época da adesão ao Refis, a 10% do crédito tributário).

Em reforço, cito notícia veiculada na imprensa nacional, segundo a qual a recorrida Golden Cross pretende vender 100% de seu capital social (jornal "Valor Econômico", edição de 26.11.2012, pág. B5).

8. Extensão da medida cautelar fiscal de bloqueio aos bens da Golden Cross

Não havendo dúvida quanto ao acerto do acórdão hostilizado em relação à AIS, cabe enfrentar as razões da Golden Cross.

O argumento de que a constituição do crédito tributário teve por sujeito passivo apenas a AIS não aproveita à recorrente Golden Cross, pois, conforme dito anteriormente, o juízo meritório na demanda cautelar não tem por finalidade a cognição exauriente a respeito de sua responsabilidade tributária.

É razoável a argumentação do ente público de que está caracterizada a formação de grupo econômico, e de que, na realidade, somente a Golden Cross possui condições de quitação do débito, pois, nunca é demais lembrar, esta foi beneficiária de todo o ativo da AIS (carteiras de planos de saúde), permanece atuando com atividade empresarial, e, na realidade, é por aquela controlada (99,99% das ações são de propriedade da AIS).

Consequentemente, é aplicável o disposto no art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.397/1992, que autoriza a extensão dos efeitos da decretação de indisponibilidade, **como medida de ordem estritamente cautelar**, àqueles que tenham poder para fazer a empresa devedora cumprir sua obrigação fiscal.

9. Considerações finais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dada a relevância da questão posta em debate nestes autos, é necessário registrar que, em razão da *separação dos poderes* (art. 2º da CF/1988), não é próprio nem legitimado ao Poder Judiciário impor à Administração, na esfera tributária ou não, comportamento que, se praticado *sponte propria*, seria considerado ato de improbidade administrativa, por violação aos princípios da *legalidade* e da *moralidade*, insculpidos no art. 37, *caput*, da CF/1988.

O exercício do poder de polícia constitui prerrogativa da autoridade administrativa, que, mormente nas hipóteses em que se busca tutela jurisdicional de natureza cautelar, somente deve ser coibida se demonstrada manifesta abusividade, o que não ocorre no caso dos autos.

Nesses termos, a conduta material do contribuinte, exaustivamente descrita nos autos, implica ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, uma das projeções do *substantive due process* (art. 5º, LIV, da CF/1988).

10. Conclusão

Com essas considerações, **peço vênia ao e. Ministro Relator para acompanhar, em menor extensão, seu judicioso voto, isto é, dar parcial provimento ao Recurso Especial exclusivamente para reconhecer a violação do art. 538, parágrafo único, do CPC, mantendo o acórdão do Tribunal de origem que concedeu a Medida Cautelar Fiscal de bloqueio de bens do ativo permanente das empresas AIS e Golden Cross Assistência Internacional à Saúde Ltda.**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0051597-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.314.033 / RJ

Números Origem: 200251015118892 5118895120024025101

PAUTA: 21/05/2013

JULGADO: 11/06/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA E
OUTRO
ADVOGADO : CARLOS SOARES ANTUNES E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Procedimentos Fiscais

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, acompanhando o Sr. Ministro-Relator em relação ao art. 538 do CPC e divergindo no principal, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Castro Meira."

Aguarda o Sr. Ministro Humberto Martins.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon, nos termos do Art. 162, § 2º, do RISTJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.314.033 - RJ (2012/0051597-3)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA E OUTRO**
ADVOGADO : **CARLOS SOARES ANTUNES E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADOR : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: No ano de 1990, Golden Cross Assistência Internacional de Saúde (hoje Associação para Investimento Social - AIS) transferiu de forma onerosa à Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda parte de seus direitos sobre contratos de planos de saúde.

A parcela restante foi transferida no ano de 1996, também de forma onerosa, a partir de quando a cedente esvaziou por completo seu objeto comercial, passando a desempenhar funções filantrópicas e de consultoria na área de saúde.

Posteriormente, o Fisco afastou o caráter filantrópico da entidade, que foi autuada para recolher os tributos supostamente devidos, com juros, multa e correção, nos cinco anos anteriores à autuação, o que explica a dívida elevada.

O débito foi incluído no REFIS no ano de 2002, tendo a empresa arrolado bens do seu patrimônio, à época, suficientes para cobrir o montante da dívida.

Nos termos do art. 2º da Lei 9.964/00, dispositivo em que se baseou o acordo, o valor de cada parcela é determinado em função da receita bruta do mês imediatamente anterior, o que implica valores pequenos, recolhidos mês a mês, em razão do esvaziamento das atividades da AIS, já conhecida pela ora recorrida quando do ingresso da empresa no regime de parcelamento fiscal.

Assustada com o crescimento da dívida, e com a ineficácia do parcelamento, incapaz de amortizar os juros que vencem mês a mês, a Fazenda Nacional propôs ação cautelar fiscal contra a AIS e, também, contra a Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda, cessionária de sua carteira de planos de saúde.

Relativamente à AIS, a medida baseou-se no art. 2º, incisos V, VI, VII e IX, da Lei 8.397/92, com redação dada pela Lei 9.532/97, *verbis*:

Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal;

b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros;

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido;

VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei;

IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo entende, "as circunstâncias narradas põem em risco o sucesso da cobrança dos créditos tributários devidos, e têm o condão de tornar potencialmente inanes as medidas judiciais a serem então ordenadas (...) ao visio de satisfazer o crédito da exequente". (e-STJ fl. 7)

Quanto à Golden Cross, sustenta que "tal situação de insolvabilidade constitui um dos motivos que, *ex vi legis*, justifica a decretação da indisponibilidade dos bens do devedor, podendo ser elastecida, no caso de pessoas jurídicas, ao cabedal do acionista controlador e aos do que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais". (e-STJ fl. 8)

Fundamenta o pedido de indisponibilidade de bens da cessionária (Golden Cross) no art. 4º da Lei 8.397/92, assim redigido:

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:

- a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício;
- b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

§ 2º A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1º), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.

Por fim, argumenta que as empresas fazem parte de um mesmo grupo econômico e que "é evidente o vínculo jurídico existente entre a primeira e a segunda demandadas, ensejando-se, assim, a formação do litisconsórcio passivo defluente da comunhão de interesses e da solidariedade alvitrada". (e-STJ fl. 9)

A sentença julgou improcedente o pedido quanto à requerida Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. Relativamente à AIS, julgou procedente o pedido, "para, com fundamento no art. 2º, VI, da Lei 8.397/92, declarar a indisponibilidade de todos os bens, integrantes de seu ativo permanente. Sem custas. Sem honorários, diante da sucumbência recíproca". (e-STJ fl. 520)

Houve apelação de ambas as partes.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu provimento ao apelo fazendário e à remessa oficial e negou provimento ao recurso da AIS nos termos do seguinte voto vencedor, que transcrevo integralmente:

A sentença bem decidiu quanto à questão da responsabilidade solidária entre a Apelante (AIS) e a GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA no que se refere à questão da transferência do fundo de comércio (sucessão tributária), nesse fundamento:

“(…)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em, decorrência do que acima foi verificado, não se vislumbra intuito fraudulento, ao menos a priori, na transferência dos ativos operada, sendo inoportuna a referência às disposições legais fundadas na doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. Independentemente desse aspecto, todavia, pode ser, em tese, imputada à primeira requerida a responsabilidade decorrente do art. 133, do CTN, em função da pura e simples transferência do fundo de comércio. Essa providência, todavia, não pode ser tomada no âmbito do presente feito, pois dita responsabilidade seria de caráter integral e por sucessão, com a exclusão da segunda requerida, já que está claro que a mesma não continuou no desempenho da atividade comercial transferida (hipótese do inciso I daquele dispositivo). De toda sorte, não foi sequer previamente constituído o crédito em face da primeira requerida, o que faria de uma eventual concessão da presente medida uma violência insuportável e sem qualquer suporte no ordenamento jurídico. O mínimo que se exige para o manejo da cautelar fiscal é, sem dúvida, que o requerido tenha sido ao menos notificado quanto ao débito, sem o que ele não pode sequer ser tido por inadimplente (grifo nosso).
(...)”.

Em tese, o argumento central no ponto posto (inoportunidade de apreciar a desconsideração da pessoa jurídica, a ausência de constituição do crédito e mesmo de notificação de lançamento) se revela consistente.

Sucedem que tais questões não têm relevo em sede de cautelar fiscal que se reveste de pressupostos outros, como um idêntico processo de outra natureza (não tributária), quais sejam, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e relevância do direito alegado.

No caso dos autos, ambos os requisitos se revelam presentes, ante o montante da dívida apontada (independentemente da configuração do lançamento tributário) e o regime de imunidade previsto para a sociedade cedente (que passou a se dedicar à atividade filantrópica).

A transferência da carteira de planos de saúde se fez de forma por em risco o direito da Fazenda Pública, como exposto na peça inicial, *in verbis*:

"(...)

2) À época da transferência da carteira de planos de saúde, ocorrida em 20 de novembro de 1996, era a segunda ré denominada "GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE", devedora da Fazenda Nacional, por créditos inscritos na Dívida Ativa da União, de valores constituídos em montante superior a 10 milhões de reais, oriundos de 150 apontamentos em Dívida Ativa, conforme resultado de consulta em anexo.

3) Registre-se, por oportuno, que a despeito da cessão de direitos dos planos de saúde ter sido ultimada na data acima indicada, tendo a empresa cedente passado supostamente a se dedicar à "filantropia", continuava esta sociedade, já com a nova denominação de AIS ASSOCIAÇÃO PARA INVESTIMENTO SOCIAL, a atuar como sócia-gerente da primeira ré (doc. anexo).

4) Faz-se mister ressaltar que a Secretaria da Receita Federal ultimou fiscalizações na segunda ré, tendo sido examinados os anos entre 1989 e 1996, e, em todos eles, foi suspensa a imunidade/isenção do contribuinte, apurando-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

créditos tributários de valores significativos, levando-se à conclusão inequívoca de que a lógica filantrópica não se aplica à sociedade (doc- anexo).

5) O que agrava sobremaneira o risco do não recebimento dos créditos aqui mencionados, que chega a impressionante cifra de 1 bilhão e 800 mil reais, é o fato de estar a segunda ré inscrita no Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, recolhendo aos cofres públicos valores quase simbólicos, em decorrência de sua suposta redução de atividades. Cabe registrar que a sociedade, contrariando disposição legal, não ofertou garantias para o REFIS, o que por si só autoriza a sua exclusão do programa.

(...)”.

Nesse contexto, o que a cautelar objetiva é salvaguardar o direito aos créditos já constituídos e em curso de ser formalizados, não se definindo, nessa sede cautelar, o mérito da exigibilidade em relação as cedentes e cessionárias.

Assim sendo, dou provimento ao apelo da UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL e a remessa, negando-o quanto ao da Ré.

É como voto.

No recurso especial, a par da alegada violação dos arts. 535, II, e 538, ambos do CPC, os recorrentes apontam, no mérito, além de dissídio jurisprudencial, contrariedade aos artigos 3º c/c art. 796 e 798 do CPC e 1º a 3º da Lei nº 8.397/92, especialmente o art. 2º, VI, desta lei c/c art. 64, § 4º da Lei nº 9.532/97. Afirmam que a Corte de origem não fixou a hipótese legal de cabimento da medida cautelar fiscal em nenhum dos dispositivos da Lei nº 8.397/92, havendo omissão o que também afasta a multa aplicada. Entendem que, em relação à Associação para Investimento Social - AIS, não haveria porque subsistir interesse em medida cautelar quando os créditos tributários estão parcelados no REFIS (exigibilidade suspensa) acompanhados de arrolamento de bens e a cautelar foi deferida exclusivamente com base no art. 2º, VI, da Lei nº 8.397/92. Já em relação à empresa Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda., menciona que não há contra ela crédito tributário constituído, tendo sido a cautelar deferida em violação aos art. 1º e 3º, I, da Lei nº 8.397/92.

O Relator Min. Mauro Campbell Marques deu provimento em parte a ambos os recursos especiais, afastando a alegada violação do art. 535, II, do CPC, mas provendo o recurso quanto ao mérito, para decretar a extinção da medida cautelar fiscal em benefício dos dois recorrentes.

Divergiu Sua Excelência o Min. Herman Benjamin, que proveu os recursos em menor extensão, somente quanto ao afastamento da multa do art. 538 do CPC.

Pedi vista para melhor examinar a controvérsia e cheguei a mesma conclusão do relator, nada obstante o brilhantismo do voto com divergência parcial.

Com efeito, do breve relato aqui desenhado, é possível extrair as seguintes premissas:

(a) a transferência da carteira de planos de saúde da AIS para a Golden Cross ocorreu nos anos de 1990 e 1996, bem antes de sua inclusão no REFIS e do ajuizamento da cautelar fiscal (ambas do ano de 2002);

(b) quando a empresa ingressou no REFIS, passando a recolher as parcelas mensais com base em percentual de sua receita bruta do mês imediatamente anterior, a União já tinha ciência, há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo menos cinco anos, de que as suas atividades comerciais haviam sido reduzidas em razão da transferência de sua carteira de planos de saúde para a Golden Cross;

(c) as parcelas do REFIS estão rigorosamente em dia;

(d) o arrolamento de bens, realizado como condição para ingresso no parcelamento fiscal, era, à época, superior ao valor total da dívida, não tendo a AIS praticado qualquer ato para alterar a realidade patrimonial então vigente (não fez qualquer alienação de bens que pudesse comprometer a solvabilidade e eficácia do arrolamento);

(e) se hoje o arrolamento de bens já não cobre o passivo da dívida, nenhum ato pode ser imputado à AIS – que sempre cumpriu e honrou os termos do parcelamento –, mas apenas ao elevado valor dos juros que vencem mês a mês, realidade conhecida pela União quando deferiu o ingresso da empresa no REFIS;

(f) a cautelar fiscal foi deferida contra a AIS com base no art. 2º, VI, da Lei 8.397, segundo o qual "a medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor (...) possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido";

(g) a Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. foi também incluída no decreto de indisponibilidade de bens com base no art. 4º, § 1º, da Lei 8.397/92, segundo o qual "a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais";

(h) o débito tributário objeto do parcelamento não foi inscrito em Dívida Ativa contra a Golden Cross, mas apenas contra a AIS.

Examinemos cada um dos casos em separado.

(A) Indisponibilidade de bens da empresa AIS:

São três as razões que impõem a extinção da medida cautelar fiscal relativamente à empresa AIS.

Em primeiro lugar, o deferimento da medida cautelar fiscal, e consequentemente o decreto de indisponibilidade de bens, disciplinados pela Lei 8.397/92, exige, como condição de procedibilidade, que o crédito tributário não esteja com sua exigibilidade suspensa (nos termos do art. 151 do CTN), sob pena de não estar presente o *fumus boni iuris* necessário à concessão de tão drástica medida.

Ao examinar a temática, Vicente Greco Filho afirma o seguinte:

O "fumus boni iuris" decorre da existência de prova literal da constituição do crédito fiscal e prova documental de algum dos casos mencionados no art. 2º, como dispõe o art. 3º da Lei n.º 8.397/92. Mas não só: depende, também, de ter sido o crédito fazendário regularmente constituído em procedimento administrativo e, também, que o fundamento do crédito afirmado seja juridicamente possível e consistente. Assim, não há "fumus boni iuris" se o crédito, ainda que regularmente constituído em procedimento administrativo, esteja fundado em norma jurídica manifestamente inconstitucional ou, por exemplo, sem qualquer base em ordem fática.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entendo, também, inexistir "fumus boni iuris" se a exigibilidade do crédito estiver suspensa nas hipóteses do art. 151 do Código Tributário Nacional ou se foi proposta ação anulatória do débito fiscal com depósito preparatório nos termos do art. 38 da Lei n.º 6.830/80. Com maior razão se o débito estiver extinto ou excluído.

.....
.....
No caso de suspensão da exigibilidade do crédito tributário a administração fazendária nada pode fazer quanto à sua cobrança e desnaturaria a própria essência da cautela, que se assenta na transitoriedade, entender que a medida pudesse persistir por tempo indeterminado enquanto a administração, por exemplo, decide recurso administrativo.

Os arts. 11 e 12 da Lei n.º 8.397/92 estabelecem o prazo de 60 dias para a propositura da execução fiscal contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa, sob pena da caducidade da medida, e, salvo decisão em contrário, a conservação de sua eficácia durante o período de suspensão do crédito.

Há algumas alternativas a considerar, conciliando a posição acima assumida e os dispositivos citados:

1ª- Foi interposto recurso ou outra providência que provoque a suspensão da exigibilidade do crédito fazendário antes da concessão da medida cautelar fiscal. Nesse caso, a medida não deverá ser concedida por falta de "fumus boni iuris".

2ª- Foi interposto recurso ou outra providência que provoque a suspensão de exigibilidade do crédito após a concessão da medida cautelar fiscal. Caberá ao juiz, em cada caso, decidir sobre a conservação da eficácia, ou não, da medida, levando em consideração os seguintes fatores: a) se o fundamento do recurso ou da providência exclui, ainda que temporariamente, o "fumus boni iuris" para a manutenção da medida, porque os pressupostos das medidas cautelares podem sempre ser reexaminados se novas circunstâncias surgirem; b) se a conservação da medida não causará onerosidade injusta ou excessiva para o devedor. Se entender o juiz de manter a eficácia da medida, então aplica-se o prazo do art. 11, ou seja, a Fazenda Pública tem até 60 dias após a irrecurribilidade da exigência do crédito na esfera administrativa para a propositura da execução judicial. É de observar-se, porém, que a conservação da medida se torna imediatamente injusta se a administração não cumpre os prazos legais ou regulamentares no exame dos recursos. Se a administração cumpre os prazos, tendo entendido o juiz de continuar presente o "fumus boni iuris", mantendo a cautela, o devedor poderá precipitar o decurso do prazo do art. 11 desistindo do recurso administrativo. (Medida Cautelar Fiscal e Cautelares contra o Poder Público *in* Revista da Procuradoria-geral do Município de São Paulo. São Paulo: CEJUR-Centro de Estudos Jurídicos, 1995, pp. 87-89).

O ilustre processualista, com razão e autoridade, afirma que não há *fumus boni iuris*, necessário ao deferimento da medida cautelar fiscal, quando o crédito tributário está com sua exigibilidade suspensa por enquadrar-se em um dos incisos do art. 151 do CTN, dentre os quais o parcelamento fiscal.

Em seu juízo, a regra do parágrafo único do art. 12 da Lei 8.397/92 ("Salvo decisão em contrário, a medida cautelar fiscal conservará sua eficácia durante o período de suspensão do crédito tributário ou não tributário"), não prejudica o raciocínio proposto. Para o autor, a norma só se aplica se a causa de suspensão de exigibilidade do crédito é posterior ao deferimento da medida cautelar fiscal, quando então deverá o juiz, examinando o caso concreto, decidir se persistem, ou não, os efeitos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medida. Mas, se a causa de suspensão de exigibilidade é anterior ao ajuizamento da ação cautelar fiscal, estará o juiz impedido de concedê-la, por faltar-lhe plausibilidade jurídica ou, para utilizar os mesmos termos do autor, por ausência de *fumus boni iuris*.

No caso, o ingresso da AIS no regime de parcelamento fiscal (REFIS) é anterior ao ajuizamento da ação cautelar fiscal, não havendo, portanto, fundamento jurídico (*fumus boni iuris*) para o deferimento do decreto de indisponibilidade de bens.

Da mesma opinião comunga Rogério Pires da Silva em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, *verbis*:

A despeito disso, acredito que as modalidades legais de suspensão da exigibilidade do crédito, exatamente porque lhe impedem a própria satisfação, desautorizam o prosseguimento da medida cautelar fiscal em quaisquer dos demais casos do art. 2º da citada Lei 8.397/92. Assim, é obstáculo intransponível para a medida cautelar fiscal, a meu ver, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário que decorra de moratória, das reclamações e recursos administrativos e da concessão de qualquer provimento judicial que assim determine (art. 151 do CTN), além do oferecimento de fiança bancária e da indicação de bens à penhora, no âmbito da execução fiscal (lei 6.830/80, art. 9º, II, III e IV). (Arrolamento Fiscal: Algumas Reflexões sobre a Lei 9.532/97) in Revista Dialética de Direito Tributário n.º 73, outubro de 2001, p. 125)

A jurisprudência do STJ não tardou a trilhar o mesmo caminho, entendendo que a suspensão de exigibilidade do crédito tributário impede o deferimento da cautelar fiscal, à exceção dos casos previstos no art. 2º, V, "b" e VII, da Lei 8.397/92, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. FALTA DE INDICAÇÃO CLARA DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. ARTIGOS DE LEI MENCIONADOS DE PASSAGEM NA PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. TEMAS CONSTITUCIONAIS. NEGATIVA DE CONHECIMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL NO CURSO DE EXECUÇÃO FISCAL. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DA JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA RELATIVA NÃO ARGUÍDA EM EXCEÇÃO (ART. 112, DO CPC). OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. PRESENÇA DE INTERESSE DE AGIR.

1. Muito embora interpostos embargos de declaração, o art. 64, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.532/97, não foi prequestionado. Incide, na espécie o enunciado n. 211, da Súmula do STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo".

2. Quanto à Lei n. 11.941/2009, a falta da indicação do dispositivo legal violado atrai a incidência da Súmula n. 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

3. Quanto à Lei n. 8.397/92, a citação de passagem de artigos de lei não é suficiente para caracterizar e demonstrar a contrariedade a lei federal, já que impossível identificar se o foram citados meramente a título argumentativo ou invocados como núcleo do recurso especial interposto. Nova incidência da Súmula n. 284/STF.

4. O recurso especial não é o meio adequado à apreciação de questões



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionais levantadas pela Corte de Origem em razão da competência entregue constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal. Negativa de conhecimento do recurso especial quanto ao art. 5º, LIV (devido processo legal) e XXII (direito à propriedade), da CF e ao princípio da proporcionalidade.

5. A discussão a respeito do juízo competente para julgar medida cautelar fiscal e execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional em Vara da Justiça Federal quando o domicílio do devedor é em Comarca do interior onde não há Vara da Justiça Federal - havendo que ter sido proposta a execução perante a Justiça Estadual no exercício de delegação federal - art. 15, I, da Lei n. 5.010/66 - é sobre competência territorial e não sobre competência material, funcional ou pessoal, visto que ambos os juízos são absolutamente competentes para tratar do tema, posto que ambos exercem jurisdição federal seja direta, seja delegada.

6. Sendo assim, não havendo a exceção de incompetência relativa, a matéria se encontra preclusa, tendo sido perpetuada a jurisdição do Juízo da Vara Federal de Jaraguá do Sul - SC, onde já em andamento as execuções fiscais e a medida cautelar fiscal.

7. O fato de os embargos à execução fiscal não mais suspenderem o feito executivo (art. 739-A, do CPC) em nada interfere no interesse de agir da medida cautelar fiscal, já que esta antecipa a penhora e os bens ali constritos passam a sê-lo de forma específica no bojo da execução fiscal, sem ultrapassar, em ambos os casos, o limite da obrigação em execução (art. 4º, da Lei n. 8.397/92).

8. O interesse de agir só estaria ausente acaso se tratasse de medida cautelar fiscal preparatória (ver REsp. n. 1.186.252/MG; REsp. n. 279.209/RS) ou se fosse comprovada a realização de penhora no bojo da execução fiscal que garantisse o débito em questão. Na primeira situação, a suspensão da exigibilidade do crédito por parcelamento impediria o ajuizamento da ação principal (execução fiscal). Na segunda, seria desnecessária a constrição cautelar já que suficientemente garantido o crédito na ação principal. Não é o caso dos autos.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1.272.414/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 11.05.2012);

RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL PREPARATÓRIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS DECRETADA.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário determina a extinção da medida cautelar fiscal preparatória e, por consequência, da constrição de bens nela decretada.

2. Recurso especial improvido. (REsp 1.186.252/MG, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Turma, DJe 13.04.11);

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO CAUTELAR DE BLOQUEIO DE SUBSÍDIOS DECORRENTES DO PROGRAMA DE EQUALIZAÇÃO DOS CUSTOS DA CANA-DE-AÇÚCAR. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Primeira Turma/STJ, com fundamento no art. 4º, caput e § 2º, da Lei 8.397/92, c/c as disposições contidas na Lei 10.453/2002 e no Decreto 4.267/2002, tem admitido o bloqueio de recursos provenientes do Programa de Equalização dos Custos da Cana-de-Açúcar, porquanto tais subvenções equivalem a dinheiro, que figura em primeiro lugar na ordem de bens sujeitos a penhora ou arresto (art. 11, I, da Lei 6.830/80).

2. Contudo, no caso dos autos, dois motivos obstam a concessão da medida. Em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relação ao primeiro, verifica-se que o acórdão recorrido origina-se de decisão liminar proferida em sede de ação cautelar. Nesse contexto, a reforma do aresto está atrelada à cognição acerca da existência ou não dos pressupostos cautelares específicos — o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* —, providência que demanda o reexame dos aspectos fático-probatórios da causa, o que se mostra inviável em sede de recurso especial, tendo em vista a circunstância obstativa decorrente do disposto na Súmula 7/STJ. Quanto ao segundo, **é incontroverso que a exigibilidade dos débitos que originaram a presente medida encontra-se suspensa**. Nos termos do art. 2º, V, a, da Lei 8.397/92 (com redação dada pela Lei 9.532/97), "a medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor (...) notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal (...) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade". **Assim, há expressa vedação legal para a utilização da medida cautelar fiscal na hipótese de débitos tributários com exigibilidade suspensa**.

3. Por outro lado, ainda que se acolha o argumento da Fazenda Nacional no sentido de que a presente medida não é regida pela Lei 8.397/92, porquanto se trata de medida cautelar inominada, tal circunstância, por si só, não enseja a concessão da medida, tendo em vista que **a suspensão da exigibilidade do crédito tributário implica a impossibilidade jurídica de se efetuar a cobrança judicial desse crédito. Assim, sem embargo de a suspensão da exigibilidade não obstar o lançamento do tributo, "impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora"** (REsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005).

4. Recurso especial desprovido. (REsp 781.200/PE, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJ 07.02.08);

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS Nº 282 E 356/STF. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CAUTELAR FISCAL. LEI Nº 8.397/92. PRESSUPOSTOS.

I - A matéria federal objurgada não foi apreciada pelo Tribunal a quo e não foram opostos embargos declaratórios, buscando pronunciamento acerca da questão suscitada. incidem, na hipótese vertente, as Súmulas nºs 2852 e 356 do STF.

II - Inocorrente, na hipótese, a alegada violação ao artigo 535, II, do CPC, uma vez que o Egrégio Colegiado a quo examinou detidamente a lide posta à apreciação. O julgador não está obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes. As proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub judice e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.

III - À exceção das hipóteses disciplinadas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.397/92, não é cabível medida cautelar fiscal, por ausência de um de seus pressupostos, quando o crédito tributário ainda não está definitivamente constituído, pendente discussão na esfera administrativa. Precedente da Turma (REsp 279.209/RS).

IV - Recurso especial da fazenda não conhecido. Recurso especial do contribuinte conhecido apenas em parte e, nesse particular, provido. (REsp 577.395/PE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ 17.12.04);

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos que têm o propósito infringente.

2. **Consoante se depreende da Lei n. 8.397/92, a verossimilhança (ou *fumus boni juris*) deve ser preenchida com a existência de crédito fiscal líquido, certo e exigível, interpretando-se conjuntamente o art. 1º e o art. 2º, V, "a", da Lei n. 8.397/92, que pode ser excepcionado pelas situações dos incisos V, "b" e VII, do art. 2º e art. 12, parágrafo único, da mesma lei. Trata-se apenas de exercício hermenêutico, não havendo aqui qualquer declaração de inconstitucionalidade a chamar a incidência do art. 97, da CF/88.**

3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl nos EDcl no REsp 1.163.392/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 11.12.2012, sem grifos no original).

Nesse precedente, o Relator assim argumentou de forma didática:

A interpretação que esta Corte vem dando à Lei n. 8.397/92 está de acordo com uma Teoria Geral do Processo Cautelar. Nesses moldes, toda a cautelar está submetida, salvo exceção legal expressa, **cumulativamente** aos requisitos da verossimilhança e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Consoante se depreende da Lei n. 8.397/92, a verossimilhança (ou *fumus boni juris*) está na constituição do crédito fiscal, a teor dos arts. 1º e 3º, I, da referida lei. De ver que o modo de constituição do crédito fiscal por excelência é a notificação para pagamento. Nesse ponto, percebe-se a má colocação topográfica do art. 2º, V, "a", pois também pertence ao campo da verossimilhança, já que é em si a própria constituição do crédito fiscal. O mencionado art. 2º, V, "a" refere-se também ao crédito exigível, ou seja, o crédito vencido e não pago e que não esteja submetido a qualquer das hipóteses de suspensão da exigibilidade do art. 151, do CTN. Tem-se portanto que **a verossimilhança deve ser preenchida com a existência de crédito fiscal líquido, certo e exigível**, interpretando-se conjuntamente o art. 1º e o art. 2º, V, "a", da Lei n. 8.397/92. Trata-se apenas de exercício hermenêutico, não havendo aqui qualquer declaração de inconstitucionalidade a chamar a incidência do art. 97, da CF/88.

Já o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação está nos diversos outros incisos do art. 2º e no art. 3º, II da mesma lei que apontam situações que prejudicam a satisfação do crédito fiscal e a forma de prová-las.

Excepcionalmente admite-se a medida cautelar fiscal em situações onde o perigo de dano se sobrepõe ao *fumus*, tornando desnecessária sua comprovação. É o que ocorre no art. 1º, parágrafo único da Lei n. 8.397/92 - que remete às situações dos incisos V, "b" e VII, do art. 2º - e art. 12, parágrafo único da mesma lei.

Como se vê, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário impede a concessão de medida cautelar fiscal preparatória, a menos que a situação esteja enquadrada nas hipóteses do art. 2º, V, "b" e VII, da Lei 8.397/92, que, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da mesa lei, prescindem da constituição definitiva do crédito.

Art. 1º - Parágrafo único. O requerimento da medida cautelar, na hipótese dos incisos V, alínea "b", e VII, do art. 2º, independe da prévia constituição do crédito tributário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal:

b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros;

VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei;

Assim, quando o contribuinte ou responsável tributário, notificado, põe ou tenta por seus bens em nome de terceiro, ou quando aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão fazendário competente, pode a Fazenda Pública, por força do permissivo do parágrafo único do art. 1º da Lei 8.397/92, propor ação cautelar fiscal antes mesmo da constituição prévia do crédito.

São essas, segundo a doutrina e a jurisprudência colacionada, as únicas hipóteses em que se autoriza o manejo da cautelar fiscal quando o crédito ainda estiver com sua exigibilidade suspensa.

No caso, a cautelar fiscal foi deferida com base no art. 2º, VI, da Lei 8.397/92, vale dizer, quando o devedor "possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido", hipótese que não está excepcionada da regra geral, que exige que o crédito a ser acautelado seja além de líquido e certo, exigível.

Ainda que se possa admitir tenha sido a cautelar proposta com base no art. 2º, V, "b" e VII, da Lei 8.397/92, normas que admitem, em tese, o deferimento da cautelar mesmo que os débitos estejam com exigibilidade suspensa, não haveria espaço para a medida, tomando por base os pressupostos de fato declinados no processo e até aqui incontroversos.

A medida cautelar fiscal não pode ser deferida com base no art. 2º, V, "b", e VII da Lei 8.397/92, porque a **única transferência de bens de que se tem notícia nos autos foi realizada nos anos de 1990 e 1996, portanto, bem antes da autuação, do ajuizamento da medida cautelar fiscal e, mesmo, do REFIS, que só veio a lume no ano de 2000, com a edição da Lei 9.964/00.**

Nesses termos posta a controvérsia, não há razão jurídica para deferir medida cautelar fiscal contra a empresa AIS, já que ausente qualquer um de seus incisos (que estabelecem, taxativamente, as hipóteses de cabimento dessa medida gaxe e excepcional).

A jurisprudência desta Corte é torrencial no reconhecimento de que a suspensão de exigibilidade do crédito tributário impede o ajuizamento da execução fiscal da Dívida Ativa. É o que se comprova dos seguintes julgados que colaciono:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - DÉBITO PARCELADO ANTES DA PROPOSITURA DE EXECUÇÃO FISCAL - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO.

1. Concedido o parcelamento antes da propositura da execução fiscal, tem-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, por consequência, a ausência de título executivo apto a embasar a execução fiscal. Precedentes.

2. Recurso especial provido. (REsp 1.086.881/PE, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 16.04.09);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. PARCELAMENTO. ART. 151, VI, DO CTN. AFERIÇÃO DO MOMENTO EM QUE O CRÉDITO TEVE SUA EXIGIBILIDADE SUSPensa. ADESÃO AO REFIS. LEI N. 9.964/2000. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. ACLARATÓRIOS ACOLHIDOS, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. O acórdão embargado deixou de se manifestar sobre questões relevantes para o correto deslinde da controvérsia, pelo que faz-se necessário o acolhimento dos presentes aclaratórios para integralizar o decisor.

2. **Nos termos do art. 151, VI, do CTN, o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário, o que permite concluir que, uma vez parcelado o débito, o Fisco está impedido de executar o contribuinte.** Assim, a execução eventualmente proposta após a adesão ao parcelamento deve ser extinta por ausência de interesse processual, diferentemente do que ocorre quando o parcelamento é firmado após o ajuizamento do feito executivo, caso em que a execução apenas ficará suspensa.

3. Em se tratando do REFIS, a jurisprudência desta Corte entende que, se o valor consolidado do débito, nos termos do art. 3º, § 5º, da Lei n. 9.964/2000, for superior a R\$ 500,000 (quinhentos mil reais), a suspensão de sua exigibilidade somente ocorrerá após a homologação da opção pelo Comitê Gestor do programa. Por outro lado, ocorre a homologação tácita da opção em relação às empresas optantes do SIMPLES e, também, quando o montante for inferior à referida quantia.

4. No caso em análise, o débito exequendo, segundo consta da CDA de fl. 9, monta o valor de R\$ 1.751.938,94 (um milhão, setecentos e cinquenta e um mil, novecentos e trinta e oito reais e noventa e quatro centavos), razão pela qual somente poderia ser suspensa a exigibilidade do crédito tributário após a prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, o arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio e, ainda, após a homologação da opção pelo Comitê Gestor do programa. O Tribunal de origem entendeu que o débito somente ingressou no parcelamento após o ajuizamento da execução.

Dessa forma, não é possível infirmar a precisa fática firmada na origem quanto à data da suspensão da exigibilidade do crédito - que se deu após o ajuizamento do feito executivo -, haja vista o óbice da Súmula n. 7/STJ.

5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos. (EDcl no REsp 1.200.199/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 25.11.2010, sem grifos no original);

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO DEFERIDO ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DESPROVIDO. (REsp 1.001.049/PE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 04.02.09)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO. IMPOSSIBILIDADE ANTE A EXISTÊNCIA DE CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REFIS. EXCLUSÃO. COMPETÊNCIA. COMITÊ GESTOR DO PROGRAMA. ÔNUS DA PROVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O art. 5º da Lei 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, dispõe sobre a competência para determinar a exclusão do contribuinte é do Comitê Gestor do Programa.

2. O deferimento administrativo do parcelamento do débito tributário é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, considerado o termo a quo o momento em que é homologada a inclusão do contribuinte no Programa de Recuperação Fiscal.

3. **A suspensão da exigibilidade obsta Fazenda de promover Execução Fiscal para sua cobrança.**

4. Deveras, descumpridas as regras previstas na legislação de regência, o contribuinte fica sujeito a exclusão do Programa, a cargo do Comitê Gestor do REFIS, facultando-se, a partir de então, à Fazenda ajuizar Executivo Fiscal em face do contribuinte.

5. Recurso Especial desprovido. (REsp 608.149/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ de 29.11.04, original sem grifos);

TRIBUTÁRIO. REFIS. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO.

1. Esta Corte tem entendimento pacífico de que a opção do executado pelo Programa de Recuperação Fiscal - REFIS acarreta a suspensão da execução durante o prazo concedido pelo credor. Impossibilidade de extinção da execução.

2. Recurso especial improvido. (REsp 430.585/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 20.09.04);

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - DÉBITO PARCELADO ANTES DA PROPOSITURA DE EXECUÇÃO FISCAL - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 151, I DO CTN) - IMPOSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO.

1. Se o parcelamento foi concedido antes da propositura da execução fiscal, como restou suspensa a exigibilidade do crédito tributário, impedido estava o Fisco de ajuizar a ação.

2. Recurso especial provido. (REsp 279.033/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 06.05.02).

Ora, se é pacífico que a Fazenda Pública está impedida de ajuizar a execução fiscal quando o crédito tributário está com a exigibilidade suspensa, pelo caráter instrumental e acessório da cautelar, que deve seguir a sorte do principal, deve a ela se apor o mesmo raciocínio, excetuando-se nas hipóteses expressamente previstas na Lei 8.397/92 (art. 2º, V, "b" e VII).

Em segundo lugar, se o valor pago mensalmente no REFIS é insuficiente para amortizar sequer os juros elevados que vencem mês a mês, a solução não está no âmbito de medida cautelar fora dos estritos limites autorizados na Lei 8.397/92. Se a Fazenda Pública deferiu o parcelamento e depois se arrependeu, deve buscar a solução no próprio regime de parcelamento fiscal, na sua lei de regência, e não constranger o patrimônio do contribuinte sem embasamento legal para tanto.

Essa situação, aliás, não passou despercebida à Desembargadora Lana Regueira, que asseverou, com propriedade, o seguinte:

No que diz respeito à AIS – Associação para Investimento Social, o ponto central



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da questão é saber em primeiro lugar se, estando o passivo tributário do contribuinte sendo objeto de parcelamento, de que é modalidade ou espécie o REFIS, é cabível ou não a concessão de uma medida cautelar fiscal e, se positiva a resposta, em que hipótese o seu deferimento é possível.

Pois bem. Como dito acima, como toda medida cautelar, na de natureza fiscal também, é necessária a presença dos pressupostos do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora".

Convenci-me, do exame dos autos, de que, em uma primeira análise, estando o passivo, ainda que de elevado valor, com sua exigibilidade suspensa por força do parcelamento, nos termos do art. 151, VI, do CTN, não é possível, enquanto vigente o parcelamento e adimplidas as obrigações, o manejo de uma medida cautelar que pressupõe a existência de um crédito tributário que possa vir a ser cobrado por meio de execução fiscal.

Assim é que, o instituto do arrolamento de bens, previsto no art. 64, da Lei nº 9.532/97, constitui-se em uma medida preventiva do fisco, mediante a qual sempre que os valores exigidos através das autuações fiscais seja superior a 30% do patrimônio conhecido do contribuinte, a autoridade fiscal deverá proceder à confecção de um Termo de Arrolamento de Bens e Direitos (o qual será encaminhado aos respectivos órgãos de registro para fins de averbação), sendo que ao contribuinte e aos respectivos órgãos de registro foi atribuída a responsabilidade de comunicar ao fisco qualquer transferência, alienação ou oneração destes bens ou direitos arrolados.

Na hipótese de descumprimento desta obrigação, ao lado das punições administrativas internas dos órgãos de registro, as autoridades fiscais vinculadas ao crédito tributário em questão estão autorizadas a propor judicialmente uma Medida Cautelar Fiscal, disciplinada pela Lei nº 8.397/92, visando o resguardo desta garantia.

Esse instituto é anterior à decisão de primeira instância nos órgãos da Administração Tributária, sendo aplicado no momento das ações fiscais propriamente ditas, ou seja, no momento em que a fiscalização formal é aberta, apurando-se deveres tributários passíveis de cobrança, quando da mensuração destes créditos, é hora de confrontar o montante encontrado e o patrimônio conhecido do contribuinte; ultrapassando 30%, obrigatoriamente deverá ser procedido ao arrolamento "preventivo" de bens.

Entendo, portanto, que a alegação da União Federal/Fazenda Nacional de que as parcelas pagas por AIS – Associação para Investimento Social são ínfimas em razão do seu faturamento, não se sustenta posto que tal se deve, em princípio, às regras estabelecidas pelo legislador que definiu as regras do programa, em cuja questão de política legislativa não é dado ao julgador imiscuir-se.

O certo é: o contribuinte que desistindo e renunciando em caráter irrevogável às discussões administrativas e judiciais que poderiam ser travadas com o fisco para sustentação de seu direito, o faz para aderir às regras de um parcelamento ou de um programa fiscal, no caso o REFIS, não pode (desde que esteja seguindo pontualmente as regras estabelecidas) dele ser excluído e executado pelo total da dívida consolidada, na medida em que o débito apenas se constitui definitivamente naquele dado momento por força da confissão formulada pelo contribuinte para o único efeito de adesão ao programa disponibilizado pelo governo.

Discordo do ponto da sentença que dispôs que, estando contemplado na própria Lei do REFIS (art. 5º, VI, da Lei nº 9.964/2000) que uma das hipóteses de exclusão do programa seria a concessão de cautelar fiscal, estaria tal medida cautelar autorizada mesmo em relação ao contribuinte optante, uma vez que a causa de exclusão prevista no referido artigo 5º da Lei 9.964/200 – Lei do REFIS, só pode referir-se a duas hipóteses. A primeira é a concessão de cautelar fiscal que verse outros débitos que não os parcelados sob pena de constituir tal medida em causa e efeito em si mesma, o que levaria à consequência perversa e incompatível com a lei que criou o programa (a empresa confessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

irreversivelmente um débito, entra no programa e em seguida é dele excluída e executada pelo total sem chance de reabrir as defesas porque a elas renunciou exatamente para aderir ao parcelamento); a segunda é a que se refere ao contribuinte optante que desrespeite o arrolamento a que se obrigou no ato da adesão.

Ao ingressar no REFIS, a pessoa jurídica, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.964/2000, se, de um lado, obtém os benefícios do referido programa, se submete, de outro lado, a uma série de obrigações e restrições, como se lê do dispositivo:

"Art. 3º. A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:

I – confissão irrevogável e irretratável dos débitos referidos no art. 2º;

II – autorização de acesso irrestrito, pela Secretaria da Receita Federal, às informações relativas à sua movimentação financeira, ocorrida a partir da data de opção pelo Refis;

III – acompanhamento fiscal específico, com fornecimento periódico, em meio magnético, de dados, inclusive os indiciários de receitas;

IV – aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas;

V – cumprimento regular das obrigações para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e para com o ITR;

VI – pagamento regular das parcelas do débito consolidado, bem assim dos tributos e das contribuições com vencimento posterior a 29 de fevereiro de 2000.

§ 1º A opção pelo Refis exclui qualquer outra forma de parcelamento de débitos relativos aos tributos e às contribuições referidos no art. 1º.

§ 2º O disposto nos incisos II e III do *caput* aplica-se, exclusivamente, ao período em que a pessoa jurídica permanecer no Refis.

§ 3º A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 3º, a homologação da opção pelo Refis é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do .

§ 5º São dispensadas das exigências referidas no § 4º as pessoas jurídicas optantes pelo Simples e aquelas cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

A hipótese de cabimento da cautelar fiscal nos termos do art. 2º, VI, da Lei nº 8.397/92 ("*possuir débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido*") foi inserida na referida lei pelo art. 65 da Lei nº 9.532/97, cujo antecedente art. 64 já previa que, em caso de déficit patrimonial, se procedesse ao arrolamento dos bens e direito do sujeito passivo:

"Art. 64 – A autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido".

Os §§ 3º e 4º desse mesmo art. 64 prevêem em seguida que:

"§ 3º - A partir da data da notificação do ato de arrolamento, mediante entrega de cópia do respectivo termo, o proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los, aliená-los ou onera-los, deve comunicar o fato à unidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo."

"§ 4º - A alienação, oneração ou transferência, a qualquer título, dos bens e direitos arrolados, sem o cumprimento da formalidade prevista no parágrafo anterior, autoriza o requerimento de medida cautelar fiscal contra o sujeito passivo".

A esse dispositivo também remete o próprio art. 3º, § 4º, da Lei do REFIS:

§ 4º Ressalvado o disposto no § 3º, a homologação da opção pelo Refis é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio (...).

Da conjugação desses dispositivos se chega a conclusão de que a medida cautelar fiscal pode, sim, ser deferida contra o contribuinte cujo débito esteja parcelado no REFIS, mas desde que, uma vez procedido o arrolamento de seus bens, venha o sujeito passivo a feri-lo ou desrespeita-lo.

Entendo, portanto, a teor da interpretação sistemática da legislação pertinente, que a medida cautelar fiscal é cabível contra o contribuinte que aderiu ao REFIS nas hipóteses em que versar outros débitos que não aqueles incluídos no programa ou, com relação aos débitos parcelados, se o optante vier desrespeitar o arrolamento a que se obrigou, na forma do art. 64 e seu § 4º da Lei 9.532/97 c/c art. 3º, § 4º, da Lei do REFIS, o que no caso em tela, não ocorreu.

Tal se dá, porque à época da adesão, momento em que foram arrolados os bens da optante do REFIS - AIS – Associação para Investimento Social, tais bens eram suficientes para garantia da dívida confessada, nos termos do art. 3º, § 4º da Lei 9.964/00.

Ora, se o débito se avolumou, e as parcelas do pagamento se tornaram ínfimas, tal fato se deu em consequência dos critérios da própria lei que criou o Programa, não tendo a empresa dado causa o aumento da dívida. Ao contrário, vem cumprindo, religiosamente, com o compromisso assumido. (e-STJ fls. 1945-1949, sem grifos no original).

A nobre Desembargadora Federal – embora tenha acompanhado o Relator por entender que a questão da exigibilidade dos créditos e da regularidade do REFIS não se põe em discussão no processo cautelar fiscal, que busca apenas acautelar os interesses e créditos fazendários –, fez uma perfeita digressão sobre a situação dos autos, afirmando, mesmo, que a medida cautelar não pode ser deferida quando os créditos a serem acautelados estão com sua exigibilidade suspensa, a menos que existam outros créditos exigíveis em aberto (fora do parcelamento) ou deixe o devedor de respeitar o arrolamento de bens a que se submeteu para ingressar no REFIS, o que, reconhece, não ocorreu nos autos.

A Desembargadora chega a afirmar, com acuidade impressionante, que o aumento significativo da dívida, que tornou as parcelas ínfimas, não pode ser imputada à AIS, mas aos critérios da própria Lei que criou o programa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, todavia, acompanha o Relator para manter o decreto de indisponibilidade de bens contra a AIS e a Golden Cross.

Data maxima venia, creio que os argumentos lançados por Sua Excelência, de precisão incensurável, conduzem a desfecho distinto, vale dizer, impõe a extinção da cautelar, com o consequente indeferimento do decreto de indisponibilidade contra as recorrentes.

Com todo o respeito que merecem suas observações, penso que a medida cautelar fiscal deve encerrar toda a discussão sobre a situação do crédito, já que a certeza, liquidez e exigibilidade da dívida constitui, justamente, o "fumus boni iuris" necessário ao deferimento da cautela.

Ademais, a cautelar prevista na Lei 8.397/92 serve de instrumento à execução fiscal da Dívida Ativa, portanto, processo que não comporta juízo cognitivo, a não ser excepcionalmente, por meio de embargos à execução, que constituem processo autônomo, ainda que incidental.

Assim, entendo que cabe ao requerido, contra quem se propõe a cautelar fiscal, deduzir em juízo toda a matéria de defesa pertinente ao "fumus boni iuris" e ao "periculum in mora", aí incluído, obviamente, o fato de estar o crédito fiscal com sua exigibilidade suspensa, fora das hipóteses do art. 2º, V, "b" e VII, da Lei 8.317/92.

Assim, tomando de empréstimo os valiosos argumentos da nobre Desembargadora, e reconhecendo que a questão em torno da exigibilidade do crédito compõe o núcleo do "fumus boni iuris", um dos requisitos da ação cautelar, creio que não há outra alternativa, a não ser acompanhar o Relator, para extinguir a cautelar proposta contra a AIS.

Por fim, mas não menos importante, a medida cautelar fiscal de que ora se cuida carece de interesse jurídico.

Com efeito, há anos o parcelamento vem sendo pago em dia, o que afasta a exigibilidade do crédito fiscal, estando o Fisco impedido de ajuizar a ação de execução fiscal, a que se deve vincular, necessariamente, a cautelar.

Estabelece a Lei 8.397/92, no seu art. 11: "Quando a medida cautelar fiscal for concedida em procedimento preparatório, deverá a Fazenda Pública propor a execução judicial da Dívida Ativa no prazo de sessenta dias, contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa".

Como se vê, tratando-se de medida cautelar preparatória, que é o caso, deve a execução fiscal ser proposta em até 60 dias a contar da data em que a exigência se tornar definitiva na esfera administrativa.

No caso, a exigência é definitiva, já que amparada em confissão de dívida, exigida por lei para ingresso no REFIS. Mas a Fazenda Pública, enquanto estiver sendo honrado o parcelamento, não poderá ajuizar a execução, extrapolando o prazo a que alude o art. 11 da Lei 8.397/92.

Não é justo, legítimo e muito menos legal que se defira medida cautelar *ad eternum*, sem previsão alguma de que a Fazenda Pública venha a ajuizar a respectiva execução fiscal. A medida cautelar tem eficácia instrumental, de servir de garantia para uma futura, mas próxima, execução da Dívida Ativa. Não se pode admitir que perca essa nota de instrumentalidade, passando a exercer função punitiva, de que não dispõe e, o que é pior, adquirindo um fim em si mesmo, com caráter de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitividade.

(B) Indisponibilidade de bens da empresa Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda:

O mesmo resultado deve ser aplicado à recorrente Golden Cross, porque contra ela sequer foi lavrado auto de infração, vale dizer, não foi constituído qualquer crédito tributário.

A medida cautelar fiscal deve ser inicialmente requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, alcançando os bens de terceiro apenas por extensão prevista no art. 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/92, *verbis*:

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 2º A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1º), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.

Nesse ponto, endosso as palavras do Relator quando afirma que "a medida cautelar fiscal contra terceiro somente é cabível quando cabível contra o próprio devedor. Fora essa hipótese, não há porque falar em extensão para atingir os bens de terceiro adquiridos do devedor".

Como no caso concreto os créditos tributários que se pretende resguardar estão com a exigibilidade suspensa em razão de ingresso no REFIS, não se justifica a constrição de bens de terceiro para proteger créditos tributários contra o devedor que estão suspensos e em pagamento parcelado no REFIS.

Com essas breves e desalinhas considerações, **acompanho Relator para dar provimento em parte aos recursos especiais, rogando vênias à divergência inaugurada pelo Min. Herman Benjamin.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.314.033 - RJ (2012/0051597-3)

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Li o voto do Min. Herman e, com todas as vênias, mantenho o que decidi.

Inicialmente, apenas a título de esclarecimento, observo que o aumento dos valores da dívida da empresa decorre do fato de que em casos que tais, onde a entidade filantrópica deixa de sê-lo, a Secretaria da Receita Federal efetua o lançamento referente aos tributos devidos nos últimos 5 (cinco) anos desconsiderando retroativamente a imunidade e a isenção próprias das entidades filantrópicas. Por essa razão o valor do crédito tributário sofre forte majoração já que os tributos são recalculados como se a entidade não tivesse sido imune ou isenta no período.

Outrossim, rememoro que no caso concreto a Corte de Origem concedeu cautelar fiscal, inclusive contra terceiro não devedor, ao fundamento exclusivo de que "*a transferência da carteira de planos de saúde se fez de forma por (sic) em risco o direito da Fazenda Pública [...]*" (e-STJ fl. 1926).

Voltando ao debate, o cerne de nossas divergências está em que o Min. Herman considera suficientes para a concessão da medida cautelar fiscal o atendimento de forma isolada dos requisitos constantes de cada inciso do art. 2º, da Lei n. 8.397/92, enquanto que pela leitura que faço, ancorada nos precedentes do STJ, o requisito do art. 2º, V, "a", *in fine*, da mesma lei (exigibilidade não suspensa do crédito) diz respeito ao *fumus boni juris* e, portanto, deve ser sempre exigido cumulativamente com os demais requisitos (já que esses dizem respeito ao *periculum in mora*), à exceção dos casos onde a cautelar é requerida com fulcro no art. 2º, V, "b", e VII, da Lei n. 8.397/92, que dispensa o *fumus boni juris* quando dispensa a própria constituição do crédito tributário como condicionante da cautelar fiscal.

Decerto, uma medida cautelar fiscal tem por objetivo evidente proteger a satisfação do crédito fiscal. Também é certo que, salvo a exceção legal (art. 1º, parágrafo único, c/c art. 2º, V, "b", e VII, da Lei n. 8.397/92), se não houver ainda o referido crédito fiscal a ser satisfeito, não há sequer interesse de agir na cautelar, por absoluta ausência do *fumus boni juris* que é a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência do próprio crédito tributário a ser satisfeito. Ou seja, **tudo o que pertine à vida do crédito fiscal diz respeito ao juízo de verossimilhança da medida cautelar.**

Nessa toada é que, **se o crédito fiscal estiver com sua exigibilidade suspensa, também não há, em regra, *fumus boni juris*.** Isto porque, a exemplo da própria inexistência do crédito fiscal, a sua existência com exigibilidade suspensa impede o ajuizamento da execução fiscal a que a cautelar visa proteger. Em sendo assim, o interesse de agir da cautelar resta abalado, pois não há necessidade e utilidade imediata. Não é por outro motivo que todos os incisos do art. 2º, da Lei n. 8.397/92, à exceção daqueles mencionados no art. 1º, parágrafo único da mesma lei, fazem menção expressa ou implícita à existência de crédito tributário já constituído. O próprio *caput* do art. 2º traz a expressão "crédito tributário" a incorporar a necessidade de sua existência como a existência do próprio *fumus boni juris* a ser combinada com o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação constante em todos os seus incisos. A este respeito, de ver que o inciso I menciona o "pagamento da obrigação" referente ao crédito tributário do *caput*; o inciso II fala em "adimplemento da obrigação"; o inciso V menciona que o devedor foi "notificado pela fazenda pública", o que significa a constituição do crédito; e o inciso VI se refere a débitos inscritos em dívida ativa, o que remete à constituição prévia do crédito fiscal.

Explicitamente nessa linha evidencio a existência do seguinte precedente desta Segunda Turma:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos que têm o propósito infringente.

2. **Consoante se depreende da Lei n. 8.397/92, a verossimilhança (ou *fumus boni juris*) deve ser preenchida com a existência de crédito fiscal líquido, certo e exigível, interpretando-se conjuntamente o art. 1º e o art. 2º, V, "a", da Lei n. 8.397/92, que pode ser excepcionado pelas situações dos incisos V, "b" e VII, do art. 2º e art. 12, parágrafo único, da mesma lei. Trata-se apenas de exercício hermenêutico, não havendo aqui qualquer declaração de inconstitucionalidade a chamar a incidência do art. 97, da CF/88.**

3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.163.392 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 11.12.2012).

No precedente suso mencionado, de minha relatoria, assim explicitiei de forma didática:

A interpretação que esta Corte vem dando à Lei n. 8.397/92 está de acordo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com uma Teoria Geral do Processo Cautelar. Nesses moldes, toda a cautelar está submetida, salvo exceção legal expressa, **cumulativamente** aos requisitos da **verossimilhança e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação**.

Consoante se depreende da Lei n. 8.397/92, a verossimilhança (ou *fumus boni juris*) está na constituição do crédito fiscal, a teor dos arts. 1º e 3º, I, da referida lei. De ver que o modo de constituição do crédito fiscal por excelência é a notificação para pagamento. Nesse ponto, percebe-se a má colocação topográfica do art. 2º, V, "a", pois também pertence ao campo da verossimilhança, já que é em si a própria constituição do crédito fiscal. O mencionado art. 2º, V, "a" refere-se também ao crédito exigível, ou seja, o crédito vencido e não pago e que não esteja submetido a qualquer das hipóteses de suspensão da exigibilidade do art. 151, do CTN. Tem-se portanto que **a verossimilhança deve ser preenchida com a existência de crédito fiscal líquido, certo e exigível**, interpretando-se conjuntamente o art. 1º e o art. 2º, V, "a", da Lei n. 8.397/92. Trata-se apenas de exercício hermenêutico, não havendo aqui qualquer declaração de inconstitucionalidade a chamar a incidência do art. 97, da CF/88.

Já o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação está nos diversos outros incisos do art. 2º e no art. 3º, II da mesma lei que apontam situações que prejudicam a satisfação do crédito fiscal e a forma de prová-las.

Excepcionalmente admite-se a medida cautelar fiscal em situações onde o perigo de dano se sobrepõe ao *fumus*, tornando desnecessária sua comprovação. É o que ocorre no art. 1º, parágrafo único da Lei n. 8.397/92 - que remete às situações dos incisos V, "b" e VII, do art. 2º - e art. 12, parágrafo único da mesma lei.

Esse tema foi julgado duas vezes pela Segunda Turma já que, além de ter sido enfrentado nos embargos de declaração, o foi enfrentado no julgamento do próprio recurso especial consoante ementa já colacionada no meu voto aditado.

Por fidelidade, observo que o Min. Herman Benjamin não participou da votação do precedente em razão de impedimento.

Com efeito, não se pode confundir as noções de *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Colocar "em risco do direito da Fazenda pública", situação que foi por várias vezes realçada pelo Min. Herman Benjamin, é caso de *periculum in mora*, pois evidencia perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito da Fazenda Pública e não de *fumus boni juris* (juízo de verossimilhança). Repito, o risco de a Fazenda Pública ter ou não seu crédito satisfeito pertence ao campo do perigo de dano e não ao *fumus*.

Decerto, a boa técnica de qualquer medida cautelar, seja fiscal ou não, remete aos dois requisitos. Faltante um, impossível a medida. No caso da cautelar fiscal, os requisitos são mais estreitos ainda porque de cognição sumária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, no caso concreto, consideramos não haver *fumus*, porque *fumus* não há na constatação de perigo, de risco patrimonial.

De outro lado, possuir débitos inscritos em dívida ativa que ultrapassem 30% do patrimônio conhecido na forma do art. 2º, VI, não impressiona diante do fato de que todos estão com exigibilidade suspensa e a cautelar fiscal (a meu ver) não é admissível nessa situação, salvo se invocados também o art. 2º, V, “b”, e VII, da Lei n. 8.397/92, o que não foi feito. Aliás, a Corte de Origem sequer explicita os artigos de lei utilizados em seu acórdão, o que por si só já seria suficiente para a sua reforma.

Reitero que a posição do Min. Herman de relativizar a aplicação do art. 2º, V, “a”, segunda parte, da Lei n. 8.397/92 (o artigo veda a concessão de cautelar fiscal para resguardar crédito com exigibilidade suspensa) somente é aceita pela jurisprudência do STJ quando a hipótese e daquelas previstas no art. 1º, parágrafo único da mesma lei, ou seja, quando o devedor notificado põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros (art. 2º, V, “b”, da Lei n. 8.397/92) ou quando aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda (art. 2º, VII, da Lei n. 8.397/92). Isto porque exclusivamente nessas duas hipóteses a lei dispensa o *fumus boni juris* já que não exige sequer a constituição do crédito tributário, quando muito que sua exigibilidade não esteja suspensa (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.397/92).

No caso, o problema foi que a Fazenda Nacional não propôs e a Corte de Origem não concedeu a cautelar fiscal com base nas situações que excepcionam a necessidade do *fumus* (art. 2º, V, “b” e VII, da Lei n. 8.397/92). A cautelar foi concedida de forma atécnica (data vênua) com base somente no “*risco do direito da Fazenda Pública*”. Observo que **sequer foram mencionados de forma clara e expressa os dispositivos legais que fundamentariam a cautelar**, de modo que a ilação do Min. Herman de que a cautelar está calcada no art. 2º, VI e IX não encontra amparo no acórdão da Corte de Origem.

O argumento de que a cedente do patrimônio controla a cessionária também não tem relevo. Isto porque, para admitir uma cautelar fiscal contra a cessionária com base nesse argumento seria necessário desconsiderar sua personalidade jurídica. Tal não foi feito nos autos pela Corte de Origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, observo que a notícia veiculada na imprensa de que a empresa está prestes a ser vendida é fato novo que diz respeito também somente ao perigo de dano. Mais uma vez, não afeta o *fumus boni juris*.

Por fim, observo que o raciocínio por mim desenvolvido não se incompatibiliza com o art. 5º, VI, da Lei n. 9.964/2000 (Refis) que permite a exclusão do Refis de pessoa jurídica que tem contra si concedida medida cautelar fiscal. Isso porque essa cautelar fiscal a que se refere a lei é justamente aquela que pode ser concedida quando o crédito tributário está com exigibilidade suspensa, ou seja, é aquela cautelar fiscal requerida e concedida com espeque no art. 2º, V, “b” e VII, da Lei n. 8.397/92, o que não é o caso dos presentes autos.

Em *obiter dictum*, registro que, se o adquirente seguir na mesma atividade incidirá o art. 133, do CTN, a viabilizar a cobrança do crédito contra a sucessora.

Com estas considerações MANTENHO O VOTO no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao presente recurso especial para julgar extinta/improcedente a medida cautelar fiscal decretada contra ambas as recorrentes e, conseqüentemente, afastar a multa prevista no art.538, parágrafo único, do CPC, vez que evidente o intuito não procrastinatório do recurso interposto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0051597-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.314.033 / RJ

Números Origem: 200251015118892 5118895120024025101

PAUTA: 27/08/2013

JULGADO: 27/08/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA E
OUTRO
ADVOGADO : CARLOS SOARES ANTUNES E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Procedimentos Fiscais

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques e o voto do Sr. Ministro Humberto Martins no mesmo sentido, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Os Srs. Ministros Castro Meira (voto-vista) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon, nos termos do Art. 162, § 2º, do RISTJ..