



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl na AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.419.104 - SP (2013/0382587-9)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL -
PR0000000
EMBARGADO : KAZUO ASADA
ADVOGADOS : LEINA NAGASSE E OUTRO(S) - SP169514
LISANDRA FLYNN PETTI E OUTRO(S) - SP257441
EMBARGADO : COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE
COOPERPAS-9 - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E
OUTROS
ADVOGADO : WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR - SP041830
INTERES. : NAJAT AL ASSAL MULKY

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. Os embargos declaratórios, nos termos do art. 1.022, e seus incisos, do CPC/2015, são cabíveis quando houver: a) obscuridade; b) contradição; c) omissão no julgado, incluindo-se nesta última as condutas descritas no art. 489, § 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida; ou d) erro material. No caso dos autos, tais hipóteses não estão presentes.

2. Ao contrário do que afirma a parte embargante, não se observa no julgado a alegada carência de fundamentação, uma vez que ficou devidamente consignado na decisão embargada que os comandos constantes dos arts. 124, 128 e 135 do CTN não impedem o reconhecimento de que o art. 8º do Decreto-Lei n. 1.736/1979 se encontra em confronto com a Constituição vigente à época em que referido decreto foi editado, na medida em que tratou de matéria reservada à lei complementar.

3. Não há vício de fundamentação quando o aresto recorrido decide integralmente a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, tal qual se constata no caso concreto.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Marco Buzzi, Nancy Andrichi, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Luis Felipe Salomão.

Convocados os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi.
Brasília, 04 de outubro de 2017(Data do Julgamento).

Ministra Laurita Vaz
Presidente

Ministro Og Fernandes
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl na AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.419.104 - SP (2013/0382587-9)

EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL -
PR0000000
EMBARGADO : KAZUO ASADA
ADVOGADOS : LEINA NAGASSE E OUTRO(S) - SP169514
LISANDRA FLYNN PETTI E OUTRO(S) - SP257441
EMBARGADO : COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE
COOPERPAS-9 - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E
OUTROS
ADVOGADO : WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR - SP041830
INTERES. : NAJAT AL ASSAL MULKY

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional contra acórdão, proferido pela Corte Especial, que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 8º do Decreto-Lei n. 1.736/1979, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fls. 536/537):

RECURSO ESPECIAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESPONSABILIDADE DOS ACIONISTAS CONTROLADORES, DIRETORES, GERENTES OU REPRESENTANTES DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO FUNDADA NO ART. 8º DO DECRETO-LEI N. 1.736/1979. NORMA COM STATUS DE LEI ORDINÁRIA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL PRETÉRITA RECONHECIDA.

1. A controvérsia veiculada no presente recurso especial diz respeito ao reconhecimento da responsabilidade tributária solidária entre a sociedade empresária e os acionistas controladores, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de Direito Privado, por débitos relativos ao IRPJ-Fonte, com suporte no art. 8º do Decreto-Lei n. 1.736/1979, independentemente dos requisitos previstos no art. 135, III, do CTN, que exige a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

2. A ordem constitucional anterior (CF/67) à Constituição Federal de 1988 exigia lei complementar para dispor sobre normas gerais em matéria tributária, nas quais se inclui a responsabilidade de terceiros.

3. O Decreto-Lei n. 1.736/1979, na parte em que estabeleceu hipótese de responsabilidade tributária solidária entre a sociedade e os acionistas controladores, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de Direito Privado (art. 8º), incorreu em inconstitucionalidade formal na medida em que disciplinou matéria reservada à lei complementar.

4. Registre-se, ainda, que o fato de uma lei ordinária repetir ou reproduzir dispositivo de conteúdo já constante de lei complementar por força de previsão constitucional não afasta o vício a ponto de legitimar a aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

daquela norma às hipóteses nela previstas, tendo em vista o vício formal de inconstitucionalidade subsistente.

5. Declaração, *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade pretérita do art. 8º do Decreto-Lei n. 1.736/1979.

Sustenta a embargante, sem fazer alusão a omissões, contradições ou obscuridade, que "o art. 8º do Decreto-lei 1.736/79 deve ser interpretado em conjunto com o art. 135 do CTN, pois desse dispositivo extrai a sua validade, uma vez que define que são pessoalmente responsáveis pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social e estatutos os sócios, diretores, gerentes e representantes das pessoas jurídicas de direito privado" (e-STJ, fl. 574).

Alega que a norma constante do dispositivo supramencionado não possui caráter "geral de definição de responsabilidade tributária conforme exigido pelo art. 18 da Constituição Federal de 67/69, mas norma específica, definidora de hipóteses albergada pelas normas dos arts. 124 e 135 do CTN, bem como o art. 128 do mesmo código" (e-STJ, fl. 574).

Aduz que os arts. 124 e 128 do CTN são categóricos ao estabelecer, respectivamente, que os sócios são solidariamente responsáveis pela obrigação tributária e que a lei pode atribuir responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação.

Por fim, defende que (e-STJ, fl. 579):

A declaração de inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 norteou o reconhecimento, por essa Corte Especial do STJ, da inconstitucionalidade do art. 8º do Decreto-lei 1.736/79, nesse caso embargado, mas não se podem assemelhar as normas. A norma do art. 13 da Lei 8.620/93 tratou de uma norma genérica que atribuía ao sócio, pelo simples fato de ser sócio e ter inadimplido o tributo, a responsabilização direta por esse. No caso do art. 8º do Decreto-lei 1.736/79, foi definida uma situação específica. Ou seja, uma norma específica e não uma norma geral de responsabilidade tributária, cuja exigência de lei complementar se faz necessária.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl na AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.419.104 - SP (2013/0382587-9)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Registro, de início, que a decisão recorrida foi publicada após a entrada em vigor do CPC/2015 (e-STJ, fl. 569), estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do novo Código de Processo Civil, conforme o Enunciado Administrativo n. 2/2016 do Plenário do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIGÊNCIA DO NOVO CPC. 18/3/2016. LC 95/1998 E LEI N. 810/1949. DECISÃO IMPUGNADA PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DO NOVO CPC. APLICABILIDADE NA ESPÉCIE DO CPC DE 1973. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. RECURSO ASSINADO ELETRONICAMENTE POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO. SÚMULA 115/STJ.

1. Observando o disposto na Lei n. 810/1.949 c/c Lei Complementar 95/1.998, a vigência do novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, iniciou-se em 18 de março de 2016 (Enunciado Administrativo n. 1, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 2/3/2016).

2. À luz do princípio *tempus regit actum*, esta Corte Superior há muito pacificou o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, regra essa que veio a ser positivada no ordenamento jurídico no art. 14 do novo CPC.

3. Em homenagem ao referido princípio, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a lei a reger o recurso cabível e a forma de sua interposição é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Precedentes.

4. Esse entendimento foi cristalizado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça, na sessão realizada dia 9/3/2016 (ata publicada em 11/3/2016), em que, por unanimidade, aprovou a edição de enunciado administrativo com a seguinte redação: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9/3/2016).

5. Na espécie, o agravo regimental impugna decisão publicada na vigência do CPC de 1973, sendo exigidos, pois, os requisitos de admissibilidade na forma prevista naquele código de ritos, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. A interposição de agravo regimental assinado eletronicamente por advogado sem poderes nos autos atrai a incidência da Súmula 115/STJ. Ademais, a regularidade na representação processual da parte deve ser comprovada no ato da interposição do recurso. Precedentes.

7. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no AREsp 849.405/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 11/4/2016)

Dito isso, noto que o art. 1.022, e seus incisos, do CPC/2015 traz as seguintes hipóteses de cabimento dos embargos de declaração: a) obscuridade; b) contradição; c) omissão no julgado, incluindo-se nesta última as condutas descritas no art. 489, § 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida; e d) erro material.

Com efeito, ao contrário do que afirma a parte embargante, não verifico no julgado questionado qualquer omissão ou contradição, uma vez que se consignou devidamente:

Tem-se, de pronto, que essa alegação não merece prosperar, pois "o inciso II acima transcrito, ao se referir a 'pessoas expressamente designadas por lei' não há de ser interpretado fora do contexto do Código Tributário Nacional. Afinal, o art. 128, como será visto, limita a possibilidade de designação do responsável a alguém que esteja vinculado ao fato jurídico tributário. Assim, a solidariedade não poderá alcançar qualquer pessoa, mas apenas alguém que possa ser enquadrado como responsável" (SCHOURI, Luis Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 477). Ou seja, mesmo na hipótese do inciso II do art. 124 do CTN, a imposição de solidariedade requer a subsistência de vinculação daquele a quem se atribui responsabilidade ao fato gerador da respectiva obrigação, nos termos do art. 128 a seguir transcrito:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

No caso dos autos, a pessoa que se encontra vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária é a sociedade empresária, entidade que não se confunde com as pessoas que a integram ou a gerenciam. Registre-se, ainda, que a jurisprudência desta Corte e a do STF têm entendido que a aplicação do art. 124, II, CTN deve ser interpretada em consonância com o art. 135 desse código. A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO-GERENTE. IPI. SOLIDARIEDADE. ART. 124 DO CTN. APLICAÇÃO CONJUNTA COM O ART. 135 DO CTN. OBRIGATORIEDADE. PRESUNÇÃO DE IRREGULARIDADE AFASTADA. REDIRECIONAMENTO. DESCABIMENTO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

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

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do Ag 1.265.124/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

3. O STJ consolidou ainda o posicionamento de que a lei que atribui responsabilidade tributária, ainda que na forma do art. 124, II, do CTN, deve ser interpretada em consonância com o art. 135 do referido codex, visto que, nos termos do art. 146, inciso III, "b", da Constituição Federal, as normas sobre responsabilidade tributária deverão se revestir obrigatoriamente de lei complementar.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag 1.359.231/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/2/2011, DJe 28/4/2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. EXECUÇÃO FUNDADA EM CDA QUE INDICA O NOME DO SÓCIO. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA". ARTIGO 543-C, DO CPC

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

2. Precedentes da Corte: ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005.

2. Os débitos da sociedade para com a Seguridade Social, consoante entendimento pretérito, era o da responsabilidade solidária dos sócios, ainda que integrantes de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, em virtude do disposto em lei específica, qual seja, a Lei nº 8.620/93, segundo a qual "o titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social" (artigo 13).

3. A Lei 8.620/93, no seu artigo 13, restou inaplicado pela jurisprudência da Turma, nos seguintes termos: "TRIBUTÁRIO E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO (SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LTDA). SOLIDARIEDADE. PREVISÃO PELA LEI 8.620/93, ART. 13. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 146, 111, B). INTERPRETAÇÕES SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. CTN, ARTS. 124, 11, E 135, 111. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 1.016 E 1.052. VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA.

[...]

3. A solidariedade prevista no art. 124, 11, do CTN, é denominada de direito. Ela só tem validade e eficácia quando a lei que a estabelece for interpretada de acordo com os propósitos da Constituição Federal e do próprio Código Tributário Nacional.

4. Inteiramente desprovidas de validade são as disposições da Lei nº 8.620/93, ou de qualquer outra lei ordinária, que indevidamente pretenderam alargar a responsabilidade dos sócios e dirigentes das pessoas jurídicas. O art. 146, inciso III, b, da Constituição Federal, estabelece que as normas sobre responsabilidade tributária deverão se revestir obrigatoriamente de lei complementar.

5. O CTN, art. 135, III, estabelece que os sócios só respondem por dívidas tributárias quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador. O art. 13 da Lei nº 8.620/93, portanto, só pode ser aplicado quando presentes as condições do art. 135, III, do CTN, não podendo ser interpretado, exclusivamente, em combinação com o art. 124, II, do CTN.

6. O teor do art. 1.016 do Código Civil de 2002 é extensivo às Sociedades Limitadas por força do prescrito no art. 1.053, expressando hipótese em que os administradores respondem solidariamente somente por culpa quando no desempenho de suas funções, o que reforça o consignado no art. 135, III, do CTN.

7. A Lei 8.620/93, art. 13, também não se aplica às Sociedades Limitadas por encontrar-se esse tipo societário regulado pelo novo Código Civil, lei posterior, de igual hierarquia, que estabelece direito oposto ao nela estabelecido.

8. Não há como se aplicar à questão de tamanha complexidade e repercussão patrimonial, empresarial, fiscal e econômica, interpretação literal e dissociada do contexto legal no qual se insere o direito em debate. Deve-se, ao revés, buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as Sociedades Limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário." (REsp nº 717.717/SP, da relatoria do e. Ministro José Delgado, julgado em 28.09.2005).

4. A jurisprudência da Primeira Seção desta Corte Superior ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluir o julgamento do ERESP n.º 702.232/RS, da relatoria do e. Ministro Castro Meira, publicado no DJ de 26.09.2005, assentou que: a) se a execução fiscal foi ajuizada somente contra a pessoa jurídica e, após o ajuizamento, foi requerido o seu redirecionamento contra o sócio-gerente, incumbe ao Fisco a prova da ocorrência de alguns dos requisitos do art. 135, do CTN: a) quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa; b) constando o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário na CDA cabe a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN, independentemente se a ação executiva foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio ou somente contra a empresa, tendo em vista que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80.

5. Os fundamentos de referido aresto restaram sintetizados na seguinte ementa:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ART. 135 DO CTN. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. EXECUÇÃO FUNDADA EM CDA QUE INDICA O NOME DO SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISTINÇÃO.

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

2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80.

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

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

5. Embargos de divergência providos".

6. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 1104900/ES, sujeito ao regime dos "recursos repetitivos", reafirmou o entendimento de que "1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos" (REsp 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/3/2009, DJe 1º/4/2009).

7. *In casu*, o Tribunal *a quo* decidiu em sentido diverso ao entendimento pacificado nesta Egrégia Corte, haja vista que, apesar de reconhecer que o nome dos sócios constam da CDA, indeferiu o pedido de redirecionamento, *verbis*: "Cumpra, ainda, salientar que, embora a presunção de liquidez e certeza da CDA, o fato de esta trazer o nome dos sócios não é suficiente para ensejar o redirecionamento. Referida liquidez e certeza do título executivo, atribuída pelo art. 204 do CTN, pressupõe a ampla defesa do executado na esfera administrativa, fato que não ocorre com relação aos sócios, porquanto o titular do débito é a pessoa jurídica. Assim, a certidão de dívida ativa goza de presunção e certeza com relação à pessoa jurídica, mas não com relação a seus sócios."

8. Agravo regimental conhecido para dar provimento ao recurso especial.

(AgRg no AgRg no REsp 1.153.333/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/9/2010, DJe 5/10/2010)

DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS. 1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário. 2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128. 3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas "as pessoas expressamente designadas por lei", não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente. 4. A responsabilidade tributária pressupõe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter Persone*, *terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O "terceiro" só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte. 5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade. 6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF. 7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor descon sideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição. 8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. 9. Recurso extraordinário da União desprovido. 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC. (RE 562.276, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00419 RTJ VOL-00223-01 PP-00527 RDDDT n. 187, 2011, p. 186-193 RT v. 100, n. 907, 2011, p. 428-442)

Na presente demanda, a Fazenda Nacional, com base no art. 8º do Decreto-Lei n. 1.736/1979, pretende redirecionar a responsabilidade da sociedade empresária aos seus sócios-gerentes e demais pessoas com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderes de gestão, independentemente (a) da existência de "vinculação ao fato gerador da respectiva obrigação" – a pessoa que se encontra vinculada é a sociedade, e não os seus sócios ou gestores – ou (b) do cometimento de alguns dos atos previstos no art. 135 do CTN.

De acordo com a fundamentação supra, tal pretensão não encontra amparo na doutrina nem na jurisprudência desta Corte.

Mas não se pode desconsiderar a existência do art. 8º do Decreto-Lei n. 1.736/1979 em nosso ordenamento jurídico, que prevê, em sua literalidade, a responsabilidade solidária dos sócios-gestores na hipótese de não recolhimento do imposto de renda anteriormente retido na fonte, independentemente das exigências e requisitos previstos nos arts. 128 e 135 do CTN.

Tal assertiva leva à inevitável conclusão de que esse dispositivo possui vida autônoma, dando a entender que seu fundamento de validade foi extraído da própria Constituição vigente à época da edição do Decreto-Lei n. 1.736/1979, norma cuja aprovação seguiu o rito reservado às leis ordinárias.

Resta saber, no entanto, se o regime constitucional vigente à época da edição de referido decreto autorizava fosse definido responsabilidade tributária por ato normativo diverso de lei complementar.

Em análise da evolução legislativa constitucional sobre o tema, descobre-se que a resposta a essa indagação, salvo equívoco, é negativa, uma vez que em 1979, a Carta constitucional então vigente já exigia que as normas gerais em matéria tributária – entre elas as relacionadas à responsabilidade tributária – fossem definidas em lei complementar. É o que se infere da leitura de trecho da EC n. 1/1969, nos termos seguintes:

Art. 18. Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:

[...]

§ 1º Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar.

A responsabilidade tributária, diga-se de passagem, encontra-se incluída no conceito de normas gerais em matéria tributária, conforme se depreende da leitura de precedentes jurisprudenciais já mencionados.

Sobre a exigência de lei complementar, são trazidos à colação estudos realizados por Luciano Amaro (*in* Direito tributário brasileiro. 12 ed. São Paulo: Saraiva, p. 194-196), nos termos seguintes:

O Código Tributário Nacional foi estatuído pela Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, inicialmente designada "Lei do Sistema Tributário Nacional". Na época, foi veiculado como lei ordinária, editando normas gerais de direito tributário, regulando as limitações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional do poder de tributar, e dispendo sobre conflitos de competência em matéria tributária.

Vigorava, então, a Constituição de 1946, que não previa a figura de lei complementar, como modelo legislativo diferenciado da lei ordinária. Aquela Constituição (art. 5º, XV, *b*) inseria na competência da União a tarefa de criar *normas gerais de direito financeiro* (naquela época, abrangendo o direito tributário, que ainda não ganhara foros de ramo autônomo), e a União cumpria suas incumbências legislativas por meio de *lei ordinária*.

Com o advento da Constituição de 1967, em vigor a partir de 15 de março de 1967, definiu-se a figura da lei complementar, a que foi conferida, entre outras, a tarefa de veicular as matérias que então se encontravam disciplinadas pela Lei n. 5.172/66, já batizada de "Código Tributário Nacional" (pelo Ato Complementar n. 36/67, de 13-3-1967, na véspera de a Constituição de 1967 entrar em vigor).

Discutiu-se, na época, se o Código Tributário Nacional sobreviveria após a nova Constituição. A doutrina tributária relutava em negar vigência ao Código, pela "simples" razão formal de que ele não era uma lei complementar.

Esse tipo de problema, na verdade, é resolvido pelo *princípio da recepção*: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição são recepcionadas pela nova ordem constitucional, salvo no que contrariarem preceitos *substantivos* do novo ordenamento jurídico. Quanto à *forma* de elaboração da norma, obviamente não se aplica a Constituição nova; ter-se-á aplicado a velha, e a lei ou terá nascido formalmente perfeita sob a antiga Constituição, ou desde então já não se legitimaria e padeceria de inconstitucionalidade formal. Se a lei nasceu formalmente válida, atendendo ao processo legislativo na época de sua criação, é irrelevante que, posteriormente, a nova Constituição reclame, para a matéria de que aquela lei tratava, um diferente ritual de aprovação.

Ocorre, porém, que, exigindo a nova Constituição um modelo legislativo diferenciado, para cuidar das matérias reguladas na lei anterior, a alteração da disciplina legal dessas matérias passa a só poder ser tratada nos moldes da nova forma constitucionalmente definida, o que põe a lei anterior *no mesmo nível de eficácia* da norma que a nova Constituição exige para cuidar daquelas matérias. Assim, se o Código Tributário Nacional (lei ordinária) regulava, por exemplo, a matéria de normas gerais de direito tributário, e se a Constituição de 1967 (como continua fazendo a atual) passou a exigir lei complementar para regular essa matéria, resulta que o *Código Tributário Nacional só pode ser alterado por lei complementar. Não porque ele seja uma lei complementar, mas porque a Constituição, agora (desde 15-1-1967) exige lei complementar para cuidar do assunto*".

Assim, considerando que à época em que se editou o Decreto-Lei n. 1.736/1979 a ordem constitucional já exigia lei complementar para tratar de responsabilidade tributária, o fenômeno da inconstitucionalidade formal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretérita é algo que se constata.

A inconstitucionalidade pretérita corresponde àquela que "afeta normas criadas sob a vigência de uma Constituição que deu lugar a outra, mas que se configura pelo fato de as normas infraconstitucionais serem incompatíveis com a Constituição não mais existente, e não com a atual" (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição*. 20 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 409).

Esclarece-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade pretérita tem sido admitido no âmbito do controle difuso-incidental, retroagindo os efeitos para tornar nulos os atos praticados em violação da Constituição anterior.

A propósito, lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (*in* Curso de direito constitucional. 7 ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.180-1.181):

De modo diverso do que se verifica com o controle abstrato de normas, que tem como parâmetro de controle a Constituição vigente, o controle incidental realiza-se em face da Constituição sob cujo império foi editada a lei ou ato normativo. Assim, não é raro constar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma editada sob a vigência e em face da Constituição de 1967/69.

No julgamento do Recurso Extraordinário 148.754, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 4-3-1994, o Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a constitucionalidade de normas jurídicas que foram promulgadas antes da entrada em vigor da Constituição de 1988 deve ser aferida, na via de controle difuso, de acordo com a Constituição vigente à sua época.

Sobre questões semelhantes à dos autos, citam-se precedentes desta Corte e do STF:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 2º, § 3º, E 8º, § 2º, DA LEI 6.830/80. PRESCRIÇÃO. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR.

1. Tanto no regime constitucional atual (CF/88, art. 146, III, b), quanto no regime constitucional anterior (art. 18, § 1º da EC 01/69), as normas sobre prescrição e decadência de crédito tributário estão sob reserva de lei complementar. Precedentes do STF e do STJ.

2. Assim, são ilegítimas, em relação aos créditos tributários, as normas estabelecidas no § 2º, do art. 8º e do § 3º do art. 2º da Lei 6.830/80, que, por decorrerem de lei ordinária, não podiam dispor em contrário às disposições anteriores, previstas em lei complementar.

3. Incidente acolhido.

(AI no Ag 1.037.765/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 2/3/2011, DJe 17/10/2011)

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.

(RE 556.664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886)

No caso dos autos, é o que se verifica, pois o Decreto-Lei n. 1.736/1979, na parte em que tratou da responsabilidade tributária de gestores, assim o fez em desobediência formal à Constituição vigente à época.

Registre-se, ainda, que a Fazenda Nacional, inovando na argumentação após a interposição do recurso especial (e-STJ, fls. 407/409), sustenta que, "sob qualquer prisma que se analise, o art. 8º do DL 1.736/79 está em consonância com o art. 135, III, do CTN, pois o ato ilegal não é o não recolhimento tributário, mas sim a apropriação indébita ou o descumprimento da obrigação legal de efetuar a retenção, conforme o caso concreto".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É certo que esse argumento não foi objeto de apreciação específica pelas instâncias de origem, o que, em tese, atrairia os óbices constantes das Súmulas 282 e 356 do STF.

No entanto, com vistas a aplicar o direito à espécie, adentra-se na questão apenas para infirmar referida tese, pois o art. 135 do CTN, em momento algum, reservou ao legislador ordinário a tarefa de especificar as hipóteses em que a responsabilidade tributária alcançaria os gestores da sociedade.

Ademais, cumpre esclarecer que o fato de uma lei ordinária repetir ou reproduzir dispositivo de conteúdo já constante de lei complementar por força de previsão constitucional não afasta o vício a ponto de legitimar a aplicação daquela norma às hipóteses nela previstas. Isso em razão do vício formal de inconstitucionalidade subsistente.

Desse modo, em atenção ao que alega a Fazenda Nacional em memoriais, bem como ao que sustenta Ministério Público em seu parecer de e-STJ, fls. 486/491, esclarece-se que:

a) **não se desconhece** que a apropriação indébita tributária corresponde a conduta definida como crime, nos termos da legislação penal (art. 11 da lei n. 4.357/64);

b) **não se desconhece** que o art. 124, I e II, do CTN (*norma com status de lei complementar*) traz regra sobre a responsabilidade solidária tributária;

c) **não se desconhece** que o art. 128 do CTN (*norma com status de lei complementar*) prevê que "sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação";

d) **não se desconhece** que o art. 135 do CTN (*norma com status de lei complementar*) estabelece que "são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado"; e

e) **não se desconhece** que, com base em tais normas, aquele que praticar atos que se amoldem a suas respectivas descrições será considerado responsável penalmente ou sob o ponto de vista tributário.

MAS somente se for com base nas referidas normas, já que, em princípio, encontram-se válidas em decorrência da harmonia com o texto constitucional vigente quando de suas edições.

Atente-se, como sinalizado no item 'e' supramencionado, que a identificação de validade de uma norma (ordinária, complementar etc.) deve levar em consideração regras procedimentais (processo legislativo) e materiais constantes da Constituição Federal vigente à época de sua edição. Ou seja, o parâmetro de validade de uma lei deve corresponder à Constituição vigente ao tempo em que referida norma foi editada, e não a outros atos normativos infraconstitucionais de mesma envergadura (No ponto, registre-se que a doutrina orienta pela inexistência de hierarquia entre leis ordinárias e complementares), como busca justificar a Fazenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nacional.

No caso, como demonstrado acima, é cristalino que o art. 8º do Decreto-Lei n. 1.736/1979, ao definir hipótese de responsabilidade tributária, deveria ser submetido ao rito de aprovação das leis complementares, conforme exigido pela Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 1/1969). E assim não ocorrendo, encontra-se referido decreto desprovido de validade, já que incompatível com a Constituição da época em que editado.

Volta-se a dizer e enfatizar que: o parâmetro de validade da lei não corresponde a outras leis (penais ou tributárias), mas à Constituição vigente à época em referida lei foi editada.

Assim, a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 8º do Decreto-Lei n. 1.736/79, penso, é medida necessária ao deslinde da controvérsia no caso concreto.

De outra parte, sobre essa possibilidade – controle **incidental** de constitucionalidade –, tem-se o magistério de Luís Roberto Barroso (*in* O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 120), nos termos seguintes:

A matéria é regida pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. A declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal é feita em duas etapas: a primeira perante o órgão fracionário e a segunda perante o pleno ou órgão especial. De fato, argüida a inconstitucionalidade – por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pelo juízo de 1º grau, **pelo relator** ou por um de seus pares –, o relator submeterá a questão à turma, câmara, grupo de câmaras, seção ou qualquer outro órgão do tribunal ao qual incuba proceder ao julgamento do caso. Se a argüição for rejeitada, o processo prosseguirá regularmente, com a aplicação da norma questionada, cuja eficácia não terá sido afetada.

Se, todavia, o órgão fracionário acolher a argüição de inconstitucionalidade – isto é, se considerar que a norma indigitada é inconstitucional –, lavrará acórdão nesse sentido e encaminhará a questão para ser submetida ao tribunal pleno ou ao órgão especial, ficando o processo suspenso no órgão fracionário. O tribunal, então, deliberará a respeito, observado o *quorum* de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade (DF, art. 97). Declarada ou não a inconstitucionalidade, o julgamento será retomado no órgão fracionário, tendo como premissa lógica a decisão proferida pelo tribunal: se a norma tiver sido declarada inconstitucional, não será aplicada. Na hipótese contrária, incidirá regularmente sobre o caso concreto.

[...] No controle incidental realizado perante tribunal, opera-se a *cisão funcional* da competência, pela qual o pleno (ou órgão especial) decide a questão constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, fundando na premissa estabelecida no julgamento da questão prejudicial.

E quanto à legitimidade do STJ para desempenhar esse controle



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidental (difuso) de constitucionalidade, leciona referido autor (*in* O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122-123):

O Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais do país, pode desempenhar o controle incidental de constitucionalidade, deixando de aplicar as leis e atos normativos que repute incompatíveis com a Constituição. É certo, contudo, que tal faculdade será, como regra, exercida nas causas de sua competência originária (DF, art. 105, I) ou naquelas em que lhe caiba julgar mediante recurso ordinário (CF, art. 105, II). E dessas decisões, quando envolverem questão constitucional, caberá recurso extraordinário. No normal das circunstâncias, não haverá discussão de matéria constitucional em recurso especial, cujo objeto, como visto, cinge-se às questões infraconstitucionais. **A menos que a questão constitucional tenha surgido posteriormente ao julgamento pelo tribunal de origem.**

Na linha dessa orientação doutrinária, citam-se Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitiediero (*in* Curso de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 971-973):

Numa análise cegamento apegada à função do STJ, de tutelar a unidade do direito federal, uniformizando a sua interpretação, seria possível argumentar que este tribunal superior não pode controlar a constitucionalidade das leis. Ocorre que, se a razão de ser do STJ não é tutelar a força normativa da Constituição, mas guardar a coerência da interpretação da legislação infraconstitucional, isso não quer dizer, evidentemente, que o STJ não tenha poder para realizar o controle incidental de constitucionalidade, como todo e qualquer juiz e tribunal do País.

O fato de o recurso especial se fundar na necessidade de definição da interpretação da lei federal não quer dizer que o STJ não possa, como antecedente lógico à análise do direito, federal, aferir a constitucionalidade da lei em discussão. O recurso especial, fundamentando-se no art. 105, III, da CF, obviamente não elimina a possibilidade e a necessidade de o STJ controlar a constitucionalidade da norma federal questionada.

O que não é possível ao STJ é conhecer de questão constitucional decidida pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal. Quando o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal decide com base em fundamento constitucional e, ao mesmo tempo, com lastro em fundamento infraconstitucional que abre ensejo a recurso especial, a admissibilidade do último não dá ao STJ poder para analisar a questão constitucional. Num caso como este, o acórdão do tribunal de origem desafia recurso especial e extraordinário, de modo que o interessado em discutir a questão constitucional deve, desde logo, interpor recurso extraordinário ao STF. [...].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O STJ não pode tratar de questão constitucional **decidida** por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional federal, já que isto é da incumbência do STF. **Porém, ao deparar-se com questão até então não tratada, mas prejudicial à solução do recurso especial, deve analisá-la, cabendo à Turma, preliminarmente, após acolher arguição de inconstitucionalidade, remeter os autos à definição da Corte Especial – já que igualmente no STJ, como acontece em outros tribunais, a decisão de inconstitucionalidade depende da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial.**

Conclui-se, portanto, que, em recurso especial, somente não é dado ao STJ declarar a inconstitucionalidade na via difusa se a mesma questão (controvérsia sobre a constitucionalidade da norma) já fora objeto de análise pelo tribunal inferior. Do contrário, não há impedimento para tanto. Essa, inclusive, é a orientação que se extrai do seguinte precedente do STF:

Recurso extraordinário: interposição de decisão do STJ em recurso especial: inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa. 1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. 2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é **rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior**; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa. 3. Ademais, na hipótese, que é a do caso – em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, constitui fundamento bastante da decisão da causa e não foi impugnada mediante recurso extraordinário, antes que a preclusão da matéria, e a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial.

(AI 145.589 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/1993, DJ 24-06-1994 PP-16652 EMENT VOL-01750-03 PP-00593)

No caso dos autos e na presente abordagem não se revisa análise de controvérsia constitucional realizada pelo "tribunal inferior", pois a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

questão da invalidade (inconstitucionalidade) do art. 8º do Decreto-Lei n. 1.736/1979 com base na Constituição de 1967/1969 **tem-se por inaugurada somente agora**, na medida em que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia apenas sob o enfoque da legislação infraconstitucional, conforme demonstrado, pontualmente, no início desta decisão.

Desse modo, na hipótese em análise, é perfeitamente cabível o controle incidental (difuso) por esta Corte Superior, pois a inconstitucionalidade que ora se suscita baseia-se em questão constitucional que surgiu somente agora, por ocasião da apreciação deste recurso especial.

Dessa forma, não são cabíveis os presentes embargos, haja vista que a real intenção da parte embargante não é sanar alguma omissão, contradição ou obscuridade no acórdão impugnado, e, sim, rediscutir o que aqui ficou claro e coerentemente decidido, buscando efeitos infringentes em situação na qual não são cabíveis.

Registro, por fim, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2013/0382587-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl na AI no**
REsp 1.419.104 / SP

Números Origem: 00290847520104030000 00399296020044036182 201003000290844 290847520104030000
399296020044036182

PAUTA: 04/10/2017

JULGADO: 04/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR0000000
RECORRIDO : KAZUO ASADA
ADVOGADOS : LEINA NAGASSE E OUTRO(S) - SP169514
LISANDRA FLYNN PETTI E OUTRO(S) - SP257441
RECORRIDO : COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE COOPERPAS-9 - EM
LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E OUTROS
ADVOGADO : WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR - SP041830
INTERES. : NAJAT AL ASSAL MULKY

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Obrigação Tributária - Responsabilidade tributária

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR0000000
EMBARGADO : KAZUO ASADA
ADVOGADOS : LEINA NAGASSE E OUTRO(S) - SP169514
LISANDRA FLYNN PETTI E OUTRO(S) - SP257441
EMBARGADO : COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE COOPERPAS-9 - EM
LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E OUTROS
ADVOGADO : WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR - SP041830
INTERES. : NAJAT AL ASSAL MULKY

CERTIDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte Especial, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Marco Buzzi, Nancy Andrigli, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Luis Felipe Salomão.

Convocados os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi.