AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1641968 - RJ (2015/0305433-7)

RELATORA	:	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A.
ADVOGADOS	:	ANNA MARIA DA TRINDADE DOS REIS - DF006811
		GUSTAVO PERSCH HOLZBACH - DF021403
		ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO - SP196655
AGRAVADO	:	UNIÃO

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 463, I, E 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. INCONFORMISMO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 460 E 530 DO CPC/73 NÃO CARACTERIZADA. NÃO-OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO **ULTRA PETITA**. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DO EFEITO DEVOLUTIVO DOS EMBARGOS INFRINGENTES, NA ESPÉCIE, EM QUE RESTOU CONFIGURADA A HIPÓTESE DE DESACORDO TOTAL. ALEGADA VIOLAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DO ART. 97 DO CTN. SÚMULA 211 DO STJ. SUPOSTA VIOLAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DOS ARTS. 150, § 4º, 156, VII, E 168, I, DO CTN. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. SUPOSTA VIOLAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DO ART. 3º DO CTN. SÚMULA 283 DO STF. ALEGADA AFRONTA AO ART. 333, I, DO CPC/73. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Ação Ordinária de Repetição de Indébito, ajuizada, em 25/04/2005, pela distribuidora de combustíveis, ora agravante, em face da União, visando a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da parcela adicional ao preço do óleo diesel denominada Fupinha e, em consequência, a condenação da parte ré à restituição dos valores recolhidos, alegadamente de modo indevido, no período compreendido entre janeiro de 1998 e dezembro de 2001, quando foi revogada a portaria que a instituiu. O Juízo de 1º Grau julgou improcedente a demanda. Interposta Apelação, pela parte autora, a Quarta Turma Especializada do TRF/2ª Região, por maioria, "deu provimento ao recurso nos termos do voto da Desembargadora Federal LANA REGUEIRA", para "julgar procedente o pedido na sua totalidade", vencido o Relator originário, Desembargador Federal LUIZ ANTÔNIO SOARES, que, por entender aplicável o art. 166 do CTN, negava provimento ao recurso. Interpostos Embargos Infringentes, pela União, a Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região, em preliminar, por maioria, conheceu do recurso, nos termos do voto do Relator, à época Juiz Federal convocado e atualmente Desembargador Federal THEOPHILO MIGUEL, vencida a Desembargadora Federal LANA REGUEIRA, e, no mérito, por maioria, deu provimento ao recurso, para julgar improcedente a demanda, nos termos do voto do Relator, vencidos os Desembargadores Federais LANA REGUEIRA e JOSÉ FERREIRA NEVES NETO. Opostos Embargos Declaratórios, pela parte autora, em 2º Grau, foram eles parcialmente acolhidos, apenas para a correção de erro material no

Documento eletrônico VDA36892156 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 24/05/2023 19:59:23
Código de Controle do Documento: 6ed1f55d-0d41-4c6e-a245-4eafab7e916d

dispositivo do acórdão dos Embargos Infringentes. Na sequência foram opostos novos Embargos Declaratórios, pela parte autora, os quais restaram rejeitados, pelo Tribunal de origem. Interpostos Recursos Especial e Extraordinário, a parte autora, no Especial, além de divergência jurisprudencial, indicou contrariedade aos arts. 333, I, 334, 460, 463, I, 530 e 535 do CPC/73, bem como aos arts. 3º, 97, 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. Nesta Corte a decisão ora agravada conheceu parcialmente do Recurso Especial, tão somente no tocante à alegada violação aos arts. 460, 463, I, 530 e 535 do CPC/73, e, nessa extensão, negou-lhe provimento, não conhecendo do Especial, quanto à alegada violação aos arts. 333, I, do CPC/73 e 3º, 97, 150, § 4º, 156, VII, e 168, I do CTN, bem como em relação à suscitada divergência jurisprudencial, por incidência dos óbices das Súmulas 7 e 211 do STJ e 282, 283 e 356 do STF, ensejando a interposição do Agravo interno.

III. Na forma da jurisprudência, "a expressão 'erro material' possui sentido técnico e consiste na existência de flagrante equívoco na utilização de sinais gráficos relacionados com vocábulos referentes ao nome das partes ou do recurso, ou, ainda, a expressões numéricas como datas, valores monetários, etc. Cuida-se, como se vê, de equívoco flagrante, de imediata percepção, consistente na manifesta incompatibilidade entre o que o órgão julgador entendeu ou quis dizer, e, por outro lado, os sinais gráficos para expressar o julgamento. Tal defeito pode ser corrigido de ofício pela autoridade judicial ou mediante a oposição dos Embargos Declaratórios. Não se enquadra no conceito de erro material aquele relacionado com critérios ou elementos do julgamento" (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1.340.444/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, DJe de 15/12/2021).

IV. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 463, I, e 535 do CPC/73, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão dos Embargos Infringentes e dos acórdãos proferidos em sede de Embargos de Declaração apreciaram, de modo claro, coerente e fundamentado, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, tendo o Tribunal de origem decidido com acerto, ao deixar de reconhecer o apontado erro material consubstanciado no suposto descompasso entre a fundamentação do voto vencido e a parte dispositiva do acórdão da Apelação, consignando que "a postulada declaração de ilegalidade ou de inconstitucionalidade da 'Fupinha', neste caso, era, claramente, subjacente e vinculada à pretensão principal desconstitutiva, veiculada por meio da presente Ação Ordinária de Repetição de Indébito".

V. Acerca dos limites do efeito devolutivo dos Embargos Infringentes, nos termos da jurisprudência do STJ, "estabelecida a divergência quanto ao acolhimento ou rejeição do pedido, caso em que, então, o desacordo é total, as questões suscitadas e discutidas no acórdão podem ser devolvidas nos embargos, à semelhança do que, a teor do art. 515, verifica-se com a apelação" (STJ, REsp 43.301/MG, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, DJU de 12/12/1994). De acordo, ainda, com a jurisprudência desta Corte, na interpretação assente do art. 530 do CPC/73, "apura-se a divergência, para efeito do cabimento de embargos infringentes, levando-se em conta a conclusão do acórdão e dos votos proferidos e não da motivação" (STJ, REsp 1.100.945/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 04/08/2009). Com efeito, "o art. 530 do CPC/1973 dispõe que 'se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência', permitindo a interpretação em sentido contrário de que, em caso de desacordo total, não há restrição à cognição das matérias devolvidas no recurso" (STJ, AgInt no REsp 1.943.706/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/11/2022).

VI. Sobre a possibilidade de conhecimento, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, de matérias de ordem pública, apreciáveis de ofício, tais como prescrição e legitimidade **ad causam**, "a posição adotada pelo acórdão embargado – consistente na possibilidade de reconhecimento de matéria de ordem pública no julgamento dos embargos infringentes – não destoa da orientação firmada em outros julgados desta Corte Superior. Precedentes: AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.258.627/PE, 6ª Turma, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada

do TJ/SE), DJe de 27/06/2014 e REsp 304.629/SP, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 16/03/2009" (STJ, AgRg nos EREsp 1.375.609/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, DJe de 02/02/2015).

VII. No tocante à alegada violação ao art. 460 do CPC/73, alegou-se, no Recurso Especial, que "o reexame da legalidade e da natureza tributária da Fupinha não foi objeto de impugnação nos Embargos Infringentes, razão pela qual, ao julgar matéria não devolvida por meio de impugnação recursal, o Tribunal decidiu fora dos limites do pedido e da impugnação (**ultra petita**)". No entanto, aplicam-se, aqui, pela suficiente semelhança com o caso dos autos, as mesmas razões adotadas pela Primeira Turma do STJ, no julgamento do AgRg no REsp 1.028.031/RJ, no sentido de que "não ocorreu o alegado julgamento **extra petita**. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que, em se tratando de embargos infringentes, o desacordo entre os votos vencedores e vencido é estabelecido pela conclusão dos votos, não havendo qualquer vinculação do Tribunal ou do recorrente aos fundamentos do acórdão recorrido. (...) No caso, tendo havido divergência total (a maioria julgando procedente o pedido e o voto vencido julgando-o improcedente), abriu-se à parte vencida a faculdade de invocar, em embargos, todo e qualquer fundamento que pudesse conduzir a um juízo de improcedência, mesmo que não enfrentado pelo voto vencido" (STJ, AgRg no REsp 1.028.031/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/09/2012).

VIII. No tocante à alegada violação e interpretação divergente do art. 97 do CTN, o qual foi invocado pela parte autora, tardiamente, apenas a partir dos segundos Embargos de Declaração opostos em 2º Grau, o Recurso Especial é inadmissível, por falta de prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ, sendo certo que, em consonância com a jurisprudência do STJ, "os fundamentos utilizados no julgamento da apelação não se prestam para aferir o cumprimento do requisito do prequestionamento pois, com a interposição dos embargos infringentes em relação ao tema, o acórdão proferido neste último recurso substituiu o julgado anterior" (STJ, AgRg no Ag 1.255.260/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 19/03/2013).

IX. No que se refere à violação e interpretação divergente dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN, os quais somente foram invocados, pela parte autora, a partir da interposição do Recurso Especial, a pretensão recursal mostra-se inadmissível, no particular, por falta de prequestionamento, o que atrai a incidência analógica das Súmulas 282 e 356 do STF.

X. Com relação à alegada violação e interpretação divergente do art. 3º do CTN, o Recurso Especial não deve ser conhecido, por quaisquer das alíneas do permissivo constitucional, em face da incidência analógica do óbice da Súmula 283/STF, pois o acórdão recorrido restou assentado em mais de um fundamento suficiente e a parte autora, nas razões do Especial, basicamente sustentou que a Fupinha possuiria natureza jurídica de tributo, e não de preço político, deixando, contudo, de impugnar, especificamente, os demais fundamentos suficientes, por si sós, para manter o referido acórdão.

XI. No tocante à alegada violação ao art. 333, I, do CPC/73, o Recurso Especial é inadmissível, pois o Tribunal de origem, soberano no exame do conjunto fático-probatório dos autos, deixou consignado que "a presente demanda não está lastreada em um mínimo de prova, já que a documentação carreada aos autos pela autora, ora embargada – em especial, aqueles de fls. 103/107 – não tem, sequer potencialmente, a aptidão de demonstrar o fato constitutivo do alegado direito (art. 333, I, CPC). Em síntese, não há nos autos prova de que, no período de janeiro de 1998 a dezembro de 2001, a autora tenha efetuado quaisquer recolhimentos, a título de 'Fupinha', em favor da União Federal". Nesse contexto, para chegar a conclusão em sentido diverso, esta Corte Superior teria que reexaminar as provas produzidas no processo, providência vedada, em sede de Recurso Especial.

XII. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Documento eletrônico VDA36892156 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 24/05/2023 19:59:23
Código de Controle do Documento: 6ed1f55d-0d41-4c6e-a245-4eafab7e916d

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 16/05/2023 a 22/05/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 22 de maio de 2023.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

Documento eletrônico VDA36892156 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 24/05/2023 19:59:23
Código de Controle do Documento: 6ed1f55d-0d41-4c6e-a245-4eafab7e916d

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.641.968 - RJ (2015/0305433-7)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, aviado por COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S/A, contra decisão de minha lavra, que conheceu parcialmente do Recurso Especial, tão somente no tocante à alegada violação aos arts. 460, 463, I, 530 e 535 do CPC/73, e, nessa extensão, negou-lhe provimento, não conhecendo do Especial, quanto à alegada violação aos arts. 333, I, do CPC/73 e 3º, 97, 150, § 4º, 156, VII, e 168, I do CTN, bem como em relação à suscitada divergência jurisprudencial, por incidência dos óbices das Súmulas 7 e 211 do STJ e 282, 283 e 356 do STF.

Trata-se, na origem, de Ação Ordinária de Repetição de Indébito, **ajuizada, em 25/04/2005**, pela distribuidora de combustíveis, ora agravante, em face da União, **visando a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da** parcela adicional ao preço do óleo diesel **denominada Fupinha** e, **em consequencia, a condenação da parte ré à restituição dos valores recolhidos, alegadamente de modo indevido, no período compreendido entre janeiro de 1998 e dezembro de 2001**, quando foi revogada a portaria que a instituiu.

O Juízo de 1º Grau julgou improcedente a demanda.

Interposta Apelação, pela parte autora, a Quarta Turma Especializada do TRF/2ª Região, por maioria, "**deu provimento ao recurso** nos termos do voto da Desembargadora Federal LANA REGUEIRA" (fl. 474e), **para** "**julgar procedente o pedido *na sua totalidade***" (fl. 485e), **vencido o Relator originário**, Desembargador Federal LUIZ ANTÔNIO SOARES, **que, por entender aplicável o art. 166 do CTN, negava provimento ao recurso** (fl. 472e e fl. 483e).

Interpostos Embargos Infringentes, pela União, a Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região, em preliminar, por maioria, conheceu do recurso, nos termos do voto do Relator, à época Juiz Federal convocado e atualmente Desembargador Federal THEOPHILO MIGUEL, vencida a Desembargadora Federal LANA REGUEIRA, **e, no mérito, por maioria, deu provimento ao recurso, para julgar improcedente a demanda**, nos termos do voto do Relator, vencidos os Desembargadores Federais LANA REGUEIRA e JOSÉ FERREIRA NEVES NETO.

Opostos Embargos Declaratórios, pela parte autora, em 2º Grau, foram eles parcialmente acolhidos, apenas para a correção de erro material verificado no dispositivo do acórdão dos Embargos Infringentes, a fim de que, em substituição ao trecho "Decide a Egrégia Segunda Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso (...)", passasse a constar "Decide a Egrégia Segunda Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, conhecer e dar provimento ao recurso (...)".

Na sequencia foram opostos novos Embargos Declaratórios, pela parte

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

autora, os quais restaram rejeitados, pelo Tribunal de origem.

Interpostos Recursos Especial e Extraordinário, a parte autora, no Especial, além de divergência jurisprudencial, indicou contrariedade aos arts. 333, I, 460, 463, I, 530 e 535 do CPC/73, bem como aos arts. 3º, 97, 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN, e assim sintetizou suas razões recursais:

- "O acórdão recorrido, integrado pelos acórdãos que julgaram os 2 (dois) Embargos de Declaração, **deixou de corrigir erro material** consistente em **descompasso entre a fundamentação e o dispositivo do acórdão que julgou a Apelação**, o que redundou em um reexame, em sede de Embargos Infringentes, de pedido declaratório julgado procedente por unanimidade. Sendo assim, ao deixar de corrigir o erro material no dispositivo do acórdão da Apelação e do voto vencido, **d.v.**, **violou o art. 463, I, do CPC**, uma vez que o citado dispositivo legal é expresso ao determinar que o Juiz deverá alterar a decisão judicial 'para lhe corrigir, **de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais**, ou lhe retificar erros de cálculo'" (fl. 818e), sendo que "as 'inexatidões materiais' podem ser revistas (...) em qualquer tempo não estando, portanto, sujeitas à preclusão **pro judicato** (463, I, do CPC)" (fl. 833e);

- "Violou também os limites do efeito devolutivo dos Embargos Infringentes ao reexaminar matéria sobre a qual não houve divergência (natureza tributária e ilegalidade da Fupinha). Sendo assim, **d.v.**, **violou o art. 530 do CPC**, segundo o qual 'cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. **Se o desacordo for *parcial*, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência**'" (fl. 819e);

- "Ademais, o reexame da legalidade e da natureza tributária da Fupinha não foi objeto de impugnação nos Embargos Infringentes, razão pela qual, ao julgar matéria não devolvida por meio de impugnação recursal, o Tribunal decidiu fora dos limites do pedido e da impugnação (**ultra petita**). Sendo assim, **d.v.**, **violou o art. 460 do CPC**, segundo o qual 'é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, **de natureza diversa da pedida**, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em **objeto diverso do que lhe foi demandado**'. Isto porque **na Apelação o efeito devolutivo é amplo, enquanto que nos Embargos Infringentes é restrito**" (fl. 819e);

- "Ademais, ao exigir que a recorrente (autora) fizesse prova de que recolheu a Fupinha aos cofres da União, o acórdão recorrido imputou a ela a obrigação de produzir prova impossível (diabólica), tendo em vista que o recolhimento não era efetuado diretamente à União, por guias de pagamento (fato inexistente), e sim lançado como débito na 'Conta Petróleo' por meio de despachos publicados no Diário Oficial. Desta forma, **d.v.**, ao exigir da autora, ora recorrente, que produzisse prova diabólica (impossível) e não apenas a prova constitutiva de seu direito, o acórdão recorrido **violou o art. 333, I, do CPC**, segundo o qual 'o ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito'. Ressalte-se que **o recolhimento do tributo não foi contestado nos autos pela União, sendo, portanto, fato incontroverso (art. 334 do**

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

CPC), razão pela qual o acórdão recorrido **violou o art. 333, I, do CPC**, ao exigir que se fizesse prova de fato incontroverso para atender a exigência de provar o fato constitutivo de seu direito" (fls. 819/820e);

- "Por outro lado, ao negar a natureza compulsória e tributária da Fupinha (CIDE), afirmando que ela tem natureza de 'preço político', o acórdão recorrido **negou vigência ao art. 3º do Código Tributário Nacional**, segundo o qual 'tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada'" (fl. 821e);

- "Ao considerar que foi lícita a instituição da Fupinha (tributo) por portarias, sob o argumento de que a sua instituição não dependia de lei ordinária (...), **d.v.**, contrariou e **negou vigência ao art. 97 do Código Tributário Nacional**, tendo em vista que o dispositivo é expresso ao determinar que 'somente a lei pode estabelecer: I - a instituição de tributos, ou a sua extinção'" (fl. 821e);

- "O acórdão recorrido também **violou o art. 168 c/c art. 156, VII, do CTN**, ao declarar parcialmente prescrita a pretensão de repetição da Fupinha, afirmando que a referida pretensão prescreveu em cinco e não em dez anos (rejeitando a pacífica tese dos cinco mais cinco), como ocorre nos tributos sujeitos a lançamento por homologação" (fl. 821e);

- "O acórdão recorrido também **violou o art. 535 do CPC** ao desprover os segundos Embargos Declaratórios, na medida em que este Superior Tribunal de Justiça é pacífico no sentido que o **erro material** consistente em descompasso entre a fundamentação e o dispositivo do acórdão deve ser corrigido em sede de Embargos de Declaração como postulou a recorrente" (fl. 823e);

- "Subsidiariamente, **ad argumentandum tantum**, caso esta egrégia Turma entenda que o Tribunal **a quo** não examinou a demanda à luz da violação dos arts. 163, I, 530, 460, 331, I, 535 do Código de Processo Civil e arts 3º, 97, 150, § 4º, c/c 156, VII e 168, I, todos do Código Tributário Nacional, pede a recorrente seja conhecido e provido o presente Recurso Especial para anular os acórdãos que julgaram os dois Embargos de Declaração, por **violação ao artigo 535, II, do CPC**" (fl. 873e);

- "(...) o acórdão paradigma decidiu que a Fupinha: a) é um tributo (art. 3º do CTN); b) é ilegal por ter sido instituída por portaria e não por lei federal, desrespeitando, portanto, o princípio da reserva legal, positivado no art. 97 do CTN e finalmente, c) que a pretensão de repetição de indébito prescreve em 10 anos, uma vez que se trata de tributo sujeito ao regime do lançamento por homologação, na forma dos arts. 150, § 4º, c/c 156, VII e 168, I, do Código Tributário Nacional. Em total divergência com o acórdão paradigma, o acórdão recorrido decidiu: a) que a Fupinha não é tributo, mas sim 'preço político'; b) que sua cobrança era lícita mesmo sem que ela tenha sido instituída por lei federal; c) que parte da pretensão de repetição de indébito da Fupinha estava prescrita pelo decurso do prazo de cinco anos e não no de dez como se dá nos tributos sujeitos ao regimento de lançamento por homologação. Desta forma, verificada a **divergência**

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

expressa entre os acórdãos quanto à interpretação dos arts. 3º, 97,150, § 4º, c/c 156, VII e 168, I, todos do Código Tributário Nacional, a recorrente pede a V. Exas. que prevaleça a solução dada pelo acórdão paradigma, que está em consonância com a jurisprudência deste c. Superior Tribunal de Justiça. Quanto à natureza jurídica da Fupinha, inúmeros precedentes desse c. Superior Tribunal de Justiça têm reconhecido que a Fupinha tem natureza tributária, uma vez que aplicam a ela as normas e princípios de Direito Tributário" (fls. 884/885e).

Ao final, requereu o provimento do Recurso Especial, "para condenar a recorrida a devolver a recorrente os valores por ela pagos a título de Fupinha, nos termos do pedido formulado na petição inicial, restabelecendo os efeitos e a vigência da lei federal no caso concreto" (fl. 888e).

Nesta Corte, como antes anotado, a decisão ora agravada conheceu parcialmente do Recurso Especial, tão somente no tocante à alegada violação aos arts. 460, 463, I, 530 e 535 do CPC/73, e, nessa extensão, negou-lhe provimento, não conhecendo do Especial, quanto à alegada violação aos arts. 333, I, do CPC/73 e 3º, 97, 150, § 4º, 156, VII, e 168, I do CTN, bem como em relação à suscitada divergência jurisprudencial, por incidência dos óbices das Súmulas 7 e 211 do STJ e 282, 283 e 356 do STF, pelos seguintes fundamentos:

> "Inicialmente, **não procede a alegação de contrariedade aos arts. 463, I, e 535 do CPC/73, porquanto não se verificam os vícios de embargabilidade apontados nos Declaratórios e reiterados no Recurso Especial, de vez que o Tribunal de origem apreciou, de modo claro, coerente e suficientemente fundamentado, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente**.
>
> No acórdão dos primeiros Embargos de Declaração, **a Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região deixou consignado que, 'quanto à preliminar arguida pela recorrente de que o v. acórdão embargado seria *ultra petita*, restou, devidamente, afastada quando do debate por este órgão colegiado acerca dos limites da devolutividade dos Embargos Infringentes da União Federal, ocasião em que prevaleceu o disposto no r. voto condutor**, às fls. 645/646 – operando-se, consequentemente, a preclusão **pro judicato** (art. 471, **caput**, CPC) –, (...) **Também não se verifica a existência de contradição, omissão ou sequer obscuridade nem, consequentemente, violação ao disposto no art. 535, incisos I e II, CPC, e nos arts. 149 e 150, da CF de 1988, 121 e 166, do CTN, e 2º, das Portarias DNC 55 e 67/1997, uma vez que o v. acórdão embargado enfrentou todas as questões postas em discussão, ainda que com desfecho distinto do ora postulado pela embargante, em seus Embargos de Declaração**, restando desnecessária eventual complementação ou qualquer espécie de esclarecimento' (fls.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

765/766e).

Já no acórdão dos segundos Embargos de Declaração, **a Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região consignou que 'a arguição acerca da existência de erro material no r. voto vencido (art. 463, I, CPC), ora formulada pela embargante, consiste em mera repetição da preliminar deduzida nos primeiros Aclaratórios de que o v. acórdão de julgamento dos Embargos Infringentes seria *ultra petita*.** (....) **Inadmissível**, portanto, **a tese de que o r. voto vencido teria, em sua fundamentação, dado provimento parcial ao recurso de Apelação da ora embargante, na medida em que – além de preclusa – a postulada declaração de ilegalidade ou de inconstitucionalidade da 'Fupinha', neste caso, era, claramente, subjacente e vinculada à pretensão principal desconstitutiva**, veiculada por meio da presente Ação Ordinária de Repetição de Indébito. **Considerando que somente o *dispositivo* faz coisa julgada (arts. 468 e 469, I, CPC), a divergência entre voto vencedor (que dava provimento ao apelo autoral) e voto vencido (que negava provimento ao apelo autoral), para fins de admissibilidade dos Embargos Infringentes, deveria ser aferida a partir daquele (*dispositivo*) – como, de fato, ocorreu – e não a partir da correspondente fundamentação**' (fls. 794/796e).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 408.492/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/10/2013; STJ, AgRg no AREsp 406.332/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/11/2013; STJ, AgRg no REsp 1.360.762/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2013.

Ao contrário do que pretende fazer crer a parte autora, **não há falar em que, 'no recurso de apelação, a apelante, ora recorrente, formulou pedido declaratório independente dos pedidos condenatórios'** (fl. 824e). Isso porque, **segundo a jurisprudência do STJ, o pedido de declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade da cobrança é apenas antecedente lógico do pedido de restituição dos valores cobrados supostamente de modo indevido, sendo certo que toda sentença condenatória possui necessariamente conteúdo declaratório do alegado direito, como ilustram os seguintes precedentes**:

> 'PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. PEDIDO CONDENATÓRIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DO DEC. 20.910/32.
> **Consoante entendimento jurisprudencial assente no âmbito**

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

desta Turma, não há que se falar em ação declaratória pura, quando o pedido inicial veicula, concomitantemente, não só a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e o INSS, **mas, também, o reconhecimento da ilegalidade do pagamento** relativo às categorias dos trabalhadores rurais, **bem como o reconhecimento do direito à compensação dos valores indevidamente pagos**.

Em casos que tais, tem-se que a ação declaratória cumulada com pedido condenatório sujeita-se aos efeitos da prescrição quinquenal.

Agravo a que se nega provimento' (STJ, AgRg no REsp 165.379/AL, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA TURMA, DJU de 17/09/2001).

'PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CREDITAMENTO DE ICMS. CARÁTER CONDENATÓRIO. PROCESSO SINCRÉTICO. REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA.

1. **Na atual sistemática Processual Civil Brasileira, que preza pela celeridade e a utilidade da jurisdição, não há como em uma ação que visa a declaração do direito ao creditamento de ICMS apenas declarar tal direito sem haver uma condenação, no caso, repetição ou compensação do débito.**

2. Nessa concepção, na hipótese dos autos **o pedido realizado de cunho declaratório tem, de fato, caráter condenatório, uma vez que a sentença conterá juízo de certeza e de definição a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada, reconhecendo ou não em favor do contribuinte o direito de haver a repetição ou compensação de valor indevidamente recolhido**. Daí, necessária a juntada, na inicial, dos documentos essenciais os quais embasam a pretensão ao direito, *in casu*, a planilha demonstrando quais foram os bens de ativo fixo e materiais de uso e consumo adquiridos.

3. Assim, como a indeterminação versa sobre o *an debeatur*, tratando-se de pedido incerto que impede a defesa da ré ou o próprio julgamento do mérito, a petição inicial deve cumprir os requisitos previstos nos artigos 282 e 283 do CPC, sendo necessária a juntada dos documentos indispensáveis para a análise do direito ao creditamento do ICMS, bem como a indicação do valor da causa.

4. Recurso especial não provido' (STJ, REsp 745.350/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/12/2009).

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. PIS/COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

> PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535, I E II, DO CPC E 165, I, DO CTN. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. O acórdão impugnado não padece de omissão ou contradição. **Não há falar em ação declaratória pura quando o pedido inicial veicula, concomitantemente, não só a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, bem como o reconhecimento do direito à compensação dos valores indevidamente pagos. Improcedente a pretensão ressarcitória, nada há a declarar**.
> 2. Acertado o decreto de prescrição, na medida em que a Primeira Seção firmou o entendimento de que a contagem do prazo prescricional, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, independe da data do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal. Precedente vinculativo: REsp 1.110.578/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 21/5/2010.
> 3. Recurso especial a que se nega provimento' (STJ, REsp 1.548.494/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/09/2015).

Nesse contexto, **o Tribunal de origem decidiu com acerto, ao deixar de reconhecer erro material ou descompasso entre a fundamentação do voto vencido e a parte dispositiva do acórdão da Apelação, na medida em que foi postulada a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade da 'Fupinha' como antecedente lógico da pretensão condenatória veiculada na presente Ação Ordinária de Repetição de Indébito. Considerando que somente o *dispositivo* faz coisa julgada (arts. 468 e 469, I, CPC/73), a divergência entre voto vencedor (que dava provimento ao apelo autoral) e voto vencido (que negava provimento ao apelo autoral), para fins de admissibilidade dos Embargos Infringentes, deveria ser aferida a partir daquele (*dispositivo*) – como, de fato, ocorreu – e não a partir da correspondente fundamentação**.

No que diz respeito à alegada violação ao art. 460 do CPC/73, razão não assiste à parte autora, pois, consoante assentado pela Primeira Turma do STJ, no AgRg no REsp 1.028.031/RJ, não ocorre decisão *extra petita* na hipótese em que, nos embargos infringentes interpostos contra acórdão em que houve desacordo *total* entre o julgamento da maioria e o voto vencido, foi prolatada decisão que implicou alteração de fundamento já adotado no acórdão recorrido e que não foi objeto de divergência, pois, conforme a jurisprudência do STJ, em se tratando de embargos infringentes, o desacordo entre os votos vencedores e vencido é estabelecido pela conclusão dos votos, não havendo qualquer vinculação do tribunal ou do recorrente aos

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

fundamentos do acórdão recorrido, podendo a parte vencida, no caso de divergência *total*, invocar todo e qualquer fundamento que conduza a um julgamento que lhe seja favorável, mesmo que não enfrentado pelo voto vencido (STJ, AgRg no REsp 1.028.031/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/09/2012).

Prosseguindo no julgamento do Recurso Especial, **não procede a alegada violação ao art. 530 do CPC/73, pois, na forma da jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ, sob o rito dos recursos repetitivos, 'o art. 530 do CPC condiciona o cabimento dos embargos infringentes a que exista sentença de mérito reformada por acórdão não unânime, e não que o objeto da divergência seja o próprio mérito tratado na sentença reformada. Se o dispositivo não restringiu o cabimento do recurso apenas à questão de fundo ou à matéria central da lide, não pode o aplicador do direito interpretar a norma a ponto de criar uma restrição nela não prevista**' (STJ, REsp 1.113.175/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, DJe de 07/08/2012). (...)

Sobre a possibilidade de conhecimento, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, de matérias de ordem pública, apreciáveis de ofício, tais como prescrição e legitimidade *ad causam*, '**a posição adotada** pelo acórdão embargado – **consistente na possibilidade de reconhecimento de matéria de ordem pública no julgamento dos embargos infringentes – não destoa da orientação firmada em outros julgados desta Corte Superior**. Precedentes: AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.258.627/PE, 6ª Turma, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), DJe de 27/06/2014 e REsp 304.629/SP, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 16/03/2009' (STJ, AgRg nos EREsp 1.375.609/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, DJe de 02/02/2015). Com efeito, '**a posição atual e dominante que vigora nesta Corte é no sentido de que é possível ao julgador conhecer de matéria de ordem pública no julgamento dos embargos infringentes.** Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.258.627/PE, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, DJe 2/9/2014; e AgInt no AREsp 569.059/PE, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/8/2018, DJe 23/8/2018' (STJ, AgInt nos EREsp 1.375.609/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 05/06/2020). No mesmo sentido: 'O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, **em sede de embargos infringentes, deve-se conhecer de ofício a matéria de ordem pública, ainda que esta não esteja inserida no âmbito devolutivo deste recurso, isto é, ainda que a questão de ordem pública não se inclua**

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

nos limites da divergência' (STJ, REsp 284.523/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJU de 25/06/2001). E mais: 'A jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido de que **as matérias de ordem pública podem ser conhecidas mesmo no julgamento dos embargos infringentes, por força do efeito translativo desse recurso**' (STJ, AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.258.627/PE, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE), SEXTA TURMA, DJe de 27/06/2014). E ainda: '**É possível o conhecimento de questões de ordem pública em embargos infringentes, por força do efeito translativo** (Precedente específico: REsp 304.629/SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 16/3/2009)' (STJ, AgRg no REsp 1.289.600/TO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 17/12/2014).

Continuando sobre o art. 530 do CPC/73, é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, '**estabelecida a divergência quanto ao acolhimento ou rejeição do pedido, caso em que, então, o desacordo é *total*, as questões suscitadas e discutidas no acórdão podem ser devolvidas nos embargos, à semelhança do que, a teor do art. 515, verifica-se com a apelação**' (STJ, REsp 43.301/MG, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, DJU de 12/12/1994). Vale ressaltar que, na forma da jurisprudência do STJ, '**a circunstância de os embargos deverem conter-se nos limites do voto vencido diz com a matéria que pode ser impugnada, com a parte do julgado que se expõe ao recurso. Não significa se haja de ater o julgamento aos mesmos fundamentos do voto dissidente**' (STJ, REsp 58.499/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJU de 16/02/1998). De fato, '**a amplitude dos embargos prende-se à conclusão do voto vencido, não a seus fundamentos. Havendo o voto dissidente, na parte conclusiva, divergido inteiramente dos vencedores, possível, no julgamento dos embargos, reformar-se o decidido, adotando-se razão unanimemente rejeitada ao ser apreciada a apelação**' (STJ, REsp 81.512/MG, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJU de 06/04/1998). Com efeito, '**os embargos infringentes devolvem toda a matéria, alvo de decisão majoritária, ao órgão competente. Se o voto dissidente concluiu pela improcedência *total* do pedido, o julgamento dos infringentes pode não acolher ou acolher *total* ou parcialmente sua conclusão**' (STJ, AgRg no Ag 143.599/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJU de 29/03/1999). Em semelhante sentido: '**Nos embargos infringentes, os limites da devolução são aferidos a partir da diferença havida entre os votos vencedores e o vencido no julgamento da apelação ou da ação rescisória. O órgão *ad quem*, no entanto, não fica adstrito às razões invocadas no voto**

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

ensejador do recurso' (STJ, REsp 201.699/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJU de 13/12/1999). E ainda: '**A amplitude dos embargos infringentes diz respeito à conclusão do julgamento, e não aos fundamentos dos votos dissidentes. Destarte, na apreciação do recurso, é possível a invocação de motivos distintos, seja para acolher ou rejeitar a conclusão dos votos majoritários ou minoritários**. Precedentes' (STJ, AgRg no Ag 819.402/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJU de 28/05/2007). E também: '**No julgamento dos Embargos Infringentes, o órgão julgador não está adstrito aos fundamentos adotados pelo voto-vencido, apenas às suas conclusões**' (STJ, REsp 473.838/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/09/2009). Na mesma senda: '**O órgão julgador dos embargos infringentes não fica adstrito aos fundamentos do voto minoritário, devendo apenas ater-se à diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e do vencido, no julgamento da apelação** ou da ação rescisória, **de forma que é facultada ao recorrente a utilização de razões diversas das expostas no voto vencido**' (STJ, REsp 1.095.840/TO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 15/09/2009). Em termos semelhantes: '**Em embargos infringentes (CPC, art. 530)**: (a) **o desacordo entre votos vencedores e vencido(s) é estabelecido pela conclusão dos votos e não pelos seus fundamentos (que até podem ser diferentes em cada voto)**; (b) **nos limites dessa divergência, o órgão julgador pode acolher uma das conclusões ou pode adotar solução intermediária; em qualquer caso** (c) **o tribunal não fica vinculado aos fundamentos do acórdão recorrido – seja dos votos vencedores, seja do(s) vencido(s) – podendo, se for o caso, adotar fundamentos novos**' (STJ, REsp 1.198.829/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/10/2010). Na mesma linha, '**a adoção de fundamentos diversos do voto vencido no julgamento dos embargos infringentes não viola os limites do recurso, conforme previsto no art. 530 do CPC**' (STJ, REsp 1.375.609/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/10/2013). Na mesma direção, '**o art. 530 do CPC disciplina o cabimento de embargos infringentes e seu efeito devolutivo, que deve ser restrito à matéria objeto da divergência apresentada pelo voto vencido, sem, contudo, impor limites à fundamentação do acórdão a ser neles proferido**' (STJ, AgInt no AREsp 952.044/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 09/03/2018). Com efeito, 'esta Corte tem o entendimento de que, **em sede de embargos infringentes (art. 530 do CPC/1973), o desacordo entre os votos vencedor e vencido é estabelecido pela suas conclusões, e não pelos**

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

seus fundamentos (que até podem ser diferentes em cada voto), sendo certo que, nos limites dessa divergência, o órgão julgador pode acolher uma das conclusões ou pode adotar solução intermediária, não ficando o tribunal vinculado aos argumentos do acórdão recorrido – seja do voto vencedor, seja do vencido – podendo até mesmo, se for o caso, adotar fundamentos novos' (STJ, REsp 1.686.060/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/04/2018). Outrossim, '**há divergência *total* se o voto vencido dava pela completa improcedência do pedido e o vencedor pela integral procedência**' (STJ, AgInt nos EDcl no AgRg no AREsp 253.035/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 19/12/2019). Mais recentemente, reafirmou-se que 'esta Corte possui o entendimento de que, **em sede de embargos infringentes (art. 530 do CPC/1973), o desacordo entre os votos vencedor e vencido é estabelecido pela suas conclusões, e não pelos seus fundamentos, sendo certo que, nos limites dessa divergência, o órgão julgador pode acolher uma das conclusões ou pode adotar solução intermediária, não ficando o tribunal vinculado aos argumentos do acórdão recorrido – seja do voto vencedor, seja do vencido – podendo até mesmo, se for o caso, adotar fundamentos novos, desde que submetidos à turma responsável pelo julgamento da apelação**' (STJ, AgInt no AREsp 1.232.875/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/12/2020). No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 137.021/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 29/04/2022.

Logo, o acórdão da Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região conferiu ao art. 530 do CPC/73 interpretação em harmonia com a jurisprudência dominante do STJ, na esteira dos múltiplos precedentes supracitados.

No tocante à alegada violação e interpretação divergente do art. 97 do CTN, o qual foi invocado pela parte autora apenas a partir dos segundos Embargos de Declaração, o Recurso Especial é inadmissível, por falta de prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ, sendo certo que, em consonância com a jurisprudência do STJ, 'os fundamentos utilizados no julgamento da apelação não se prestam para aferir o cumprimento do requisito do prequestionamento pois, com a interposição dos embargos infringentes em relação ao tema, o acórdão proferido neste último recurso substituiu o julgado anterior' (STJ, AgRg no Ag 1.255.260/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 19/03/2013).

Impende salientar que **inexiste contradição em afastar a alegada**

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

violação ao art. 535 do CPC/73 e, concomitantemente, não conhecer do Recurso Especial, no tocante à alegação de afronta ao art. 97 do CTN, por ausência de prequestionamento, uma vez que o acórdão recorrido se encontra devidamente fundamentado e a Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região não estava obrigada a se pronunciar sobre esse dispositivo legal tardiamente invocado pela parte recorrente, conforme vem decidindo o STJ, *in verbis*:

(...)

Em igual sentido: '**Inviável a acolhida da negativa de prestação jurisdicional se a matéria sequer foi devolvida para apreciação do Tribunal estadual, tratando-se de verdadeira inovação quando da oposição dos segundos embargos declaratórios em face do acórdão que rejeitou os embargos infringentes**' (STJ, AgRg no REsp 1.553.221/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 30/11/2016).

No que se refere à alegada violação ao art. 334 do CPC/73, assim como em relação à alegada violação e interpretação divergente dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN, os quais somente foram invocados pela parte autora a partir da interposição do Recurso Especial, a pretensão recursal mostra-se inadmissível, no particular, por falta de prequestionamento, o que atrai a incidência analógica das Súmulas 282 e 356 do STF, sendo oportuno reafirmar que, no tocante aos supracitados dispositivos do CTN, em consonância com a jurisprudência do STJ, '**os fundamentos utilizados no julgamento da apelação não se prestam para aferir o cumprimento do requisito do prequestionamento pois, com a interposição dos embargos infringentes em relação ao tema, o acórdão proferido neste último recurso substituiu o julgado anterior**' (STJ, AgRg no Ag 1.255.260/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 19/03/2013).

Convém ressaltar que, **na petição inicial desta Ação de Repetição de Indébito, ajuizada em 25/04/2005, a parte autora reconheceu que 'os pagamentos feitos pela Esso no período compreendido entre novembro de 1997 (início da incidência da Fupinha) até janeiro de 1998 têm sua pretensão de repetição fulminada pela prescrição' (fl. 14e), de modo que configura inovação recursal a apresentação da chamada tese dos 'cinco mais cinco'**, em sede de Recurso Especial.

Com relação à alegada violação e interpretação divergente do art. 3º do CTN, o Recurso Especial não deve ser conhecido, por quaisquer das alíneas do permissivo constitucional, em face da incidência analógica do óbice da Súmula 283/STF, pois o acórdão recorrido restou assentado em mais de um fundamento suficiente e a parte

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

autora, nas razões do Especial, basicamente sustentou que a Fupinha possuiria natureza jurídica de tributo, e não de preço político, deixando, contudo, de impugnar, especificamente, os demais fundamentos suficientes sintetizados no seguinte capítulo do acórdão recorrido:

> 'Mas, enfim, a que título era paga a 'Fupinha' e por que esta incidia somente nas operações de venda de óleo diesel realizadas pelas distribuidoras, diretamente, aos grandes consumidores?
> **Primeiro**, é importante deixar consignado que a 'Fupinha' decorria da atividade regulatória de preços pelo Estado e extraía seu fundamento de validade dos arts. 87, II, 170, incisos IV, V e VII, 173, 174 e 177, da CF de 1988, dos arts. 9°, 69 e 73, da Lei 9.478/1997, do art. 12, IX, do Decreto 507/1992 e da Portaria Interministerial 293/1997.
> (...)
> **Segundo**, a 'Fupinha' se caracterizava como parcela do preço tabelado pelo Poder Público, imposto à época às vendas de óleo diesel (Portaria Interministerial 293/1997), e ao qual, principalmente, as unidades produtoras ou de processamento ficavam subordinadas, em razão do disposto no art. 69, da Lei 9.478/1997.
> **Terceiro**, considerando que a Petrobrás era, no referido período de transição, a única unidade produtora e de processamento – já que detinha, de fato, o monopólio da execução destas atividades –, vendia o óleo diesel às distribuidoras pelo preço estipulado em conformidade com a Portaria Interministerial 293/1997 e as Portarias DNC 55/97 e 67/97; seguindo, portanto, rigorosamente, a política econômica governamental imposta ao referido setor, inclusive por se tratar de empresa controlada pela União Federal (arts. 61 e 62, da Lei 9.478/1997).
> Ou seja, concretamente, sempre que a distribuidora Esso (atual Cosan) comprava da Petrobrás óleo diesel, comprometia-se a pagar a esta o preço por esta fixado em conformidade com a Portaria Interministerial 293/1997 e com as Portarias DNC nos 55/97 e 67/97.
> **Quarto**, por questões de política econômica, calcada na defesa do consumidor e na garantia da livre iniciativa, toda vez que a distribuidora Esso (atual Cosan) optasse por vender óleo diesel, diretamente, aos grandes consumidores – suprimindo, portanto, a fase de revenda –, deveria pagar à refinaria – **in casu**, a Petrobrás – preço majorado (preço tabelado + R$ 0,0171/l); ao passo que se vendesse ao chamado TRR (transportador/revendedor/retalhista) pagaria somente o preço tabelado.
> A 'Fupinha', portanto, correspondia:
> - ao acréscimo de R$ 0,0171/l no preço do óleo diesel cobrado pela Petrobrás das distribuidoras;
> - sendo que o referido preço majorado se aplicava apenas às

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

operações de venda direta realizadas pelas distribuidoras aos grandes consumidores;

- e tinha por fundamento a política econômica imposta, à época, pelo Poder Público ao referido setor de combustíveis, dirigida à preservação de participação dos TRR's (transportadores/revendedores/retalhistas) no mercado de revenda de combustíveis e à garantia de tratamento isonômico de todos os consumidores (grandes, médios e pequenos) – que comprariam, a final, o óleo diesel por preço similar.

Nesse diapasão, é importante lembrar que as distribuidoras estavam autorizadas a vender, diretamente, somente para os grandes consumidores e para os TRR's, sendo que os demais consumidores (pequenos e médios) compravam o óleo diesel dos TRR's (varejistas). Consequentemente, os pequenos e médios consumidores pagariam preço superior àquele obtido pelos grandes consumidores no atacado, caso não tivesse sido adicionado a este a chamada 'Fupinha' – a revelar o seu caráter uniformizador.

Quinto, o dever de pagar o preço exigido pela Petrobrás tinha por fundamento negócio jurídico de compra e venda, celebrado entre esta e a referida distribuidora (Esso/Cosan), tendo, portanto, a 'Fupinha', na condição de parcela integrante do preço, natureza contratual.

Em razão disso, a 'Fupinha' era contabilizada na conta FUP, integrante da 'conta petróleo', por meio da qual a Petrobrás, a partir de informações prestadas, diretamente, pelas distribuidoras (Portaria CNP-DIPLAN 16/1989), procedia ao correspondente ajuste dos preços de venda dos combustíveis.

Sexto, o preço praticado pela refinaria (Petrobrás) era definido em razão das subsequentes fases da atividade petrolífera.

Assim, em se tratando de venda direta de óleo diesel por distribuidora (Esso/Cosan) a grande consumidor, o preço final (ajustado) a ser pago por esta (Esso/Cosan) à refinaria (Petrobrás) restaria majorado (preço tabelado/inicial + 'Fupinha') – o que, contabilmente, se traduziria em débito da distribuidora (Esso/Cosan) junto à refinaria (Petrobrás), conforme se infere pelos documentos de fls. 103/107.

Estabelecidas essas importantes premissas, é possível, em conclusão, afirmar que a 'Fupinha':

(1º) Não se tratava de prestação compulsória decorrente do poder de império do Estado, razão pela qual destituída de natureza tributária (art. 3º, CTN);

sendo paga, conforme visto, em razão de negócio jurídico de compra e venda celebrado entre a refinaria monopolista (Petrobrás) e as distribuidoras de combustíveis (**in casu**, a Esso/Cosan) – e somente na hipótese em que estas optassem por vender óleo diesel, diretamente, a grandes consumidores;

(2º) Tampouco a referida verba se enquadrava como preço público (ou tarifa), pois não correspondia, a toda evidência, à contraprestação

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

> paga pelas distribuidoras de combustíveis por serviço público prestado pela refinaria (Petrobrás);
> (3º) Consistia em parcela integrante do preço de venda de combustível (óleo diesel), praticado pela Petrobrás em conformidade com o regramento (tabelamento) estabelecido pelo Poder Público.
> A 'Fupinha' era, portanto, preço, enquadrando-se no conceito de 'preço político' que, nas palavras do saudoso mestre português Marcelo Caetano, em sua obra 'Princípios fundamentais do direito administrativo', se diferenciava do chamado 'preço econômico' ou 'preço de mercado' em razão do seguinte:
> (...)
> Por fim, é importante ressaltar que a 'Fupinha' somente subsistiu enquanto a Petrobrás atuou, com exclusividade, na atividade de exploração e refino do petróleo – cenário em que se legitimava a adoção de 'preço político' (consubstanciado no tabelamento do preço de venda do óleo diesel) –, sendo extinta, em dezembro de 2001, pela Portaria ANP 291/2001' (fls. 686/691e).

Por fim, **no tocante à alegada violação ao art. 333, I, do CPC/73, o Recurso Especial é inadmissível, pois o Tribunal de origem, soberano no exame do conjunto fático-probatório dos autos, deixou consignado que 'a presente demanda não está lastreada em um mínimo de prova, já que a documentação carreada aos autos pela autora, ora embargada – em especial, aqueles de fls. 103/107 – não tem, sequer potencialmente, a aptidão de demonstrar o fato constitutivo do alegado direito (art. 333, I, CPC)**. Em síntese, não há nos autos prova de que, no período de janeiro de 1998 a dezembro de 2001, a autora tenha efetuado quaisquer recolhimentos, a título de 'Fupinha', em favor da União Federal' (fl. 692e). **Nesse contexto, para chegar a conclusão em sentido diverso, esta Corte Superior teria que reexaminar as provas produzidas no processo, providência vedada, em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ**.

Ademais, **consideradas as premissas fáticas soberanamente delineadas no acórdão recorrido, insindicáveis, em sede de Recurso Especial, a teor da Súmula 7/STJ, impõe-se a conclusão de que, no tocante ao art. 333, I, do CPC/73, o Tribunal de origem decidiu em consonância com a jurisprudência do STJ aplicável às ações de repetição de indébito, quer possuam os valores supostamente recolhidos natureza tributária ou não, no sentido de que, 'em ação de repetição de indébito tributário – em que os fatos da causa não comportam confissão por parte da Fazenda Pública (CPC, art. 351) e nem estão sujeitos aos efeitos da revelia (CPC, art. 320, II) –, o juízo de procedência supõe a comprovação, pelo autor (CPC, art. 333, I), do fato constitutivo do direito, qual seja, o do recolhimento dos valores**

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

indevidos a serem restituídos. A sentença de procedência que delega à fase de liquidação a prova desse fato constitutivo é sentença condicional e, portanto, nula, pois fundada num pressuposto de fato cuja existência é incerta' (STJ, REsp 967.157/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJU de 22/10/2007).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, **conheço parcialmente do Recurso Especial, e, nessa extensão, nego-lhe provimento**" (fls. 1.129/1.141e).

Nas razões do Agravo interno a parte autora sustenta, em síntese:

"**III. MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL – ALÍNEA 'A'**

• NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 463, I, E 535 DO CPC/73

De início, a agravante suscitou na origem **violação ao art. 97 do CTN**, e embora tenha interposto Embargos de Declaração requerendo a expressa apreciação da matéria à luz daquele dispositivo (fls. 752/763) o acórdão recorrido manteve-se omisso, **razão pela qual ele viola o art. 535 do CP/73**.

A decisão ora impugnada buscou afastar a alegada violação ao art. 463, I, e 535 do CPC/73. Segundo afirma, não está presente a contrariedade a referidos artigos, porquanto não se verificam os vícios de embargabilidade apontados nos Declaratórios e reiterados no Recurso Especial, tendo, supostamente, o Tribunal apreciado, 'de modo claro, coerente e suficientemente fundamentado, todas as questões as questões necessárias à solução da controvérsia'.

Ao contrário. A agravante buscou, na origem, por meio de dois Embargos de Declaração, a aplicação do art. 463, I, do CPC **para corrigir flagrante erro material** contido no dispositivo do acórdão da Apelação, tendo em vista que deveria constar expressamente que o Desembargador Federal Luiz Antonio Soares, relator do recurso, **votou vencido apenas em parte**, pois dava provimento parcial ao recurso.

Entretanto, o dispositivo do acórdão declara somente que o recurso foi provido por maioria, nos termos do voto vencedor – quando, na verdade, deveria consignar que **a Apelação foi provida por maioria, tendo o relator ficado vencido apenas em parte**, pois dava provimento parcial ao recurso. É um erro crasso que, com a correta aplicação do art. 463, I, CPC/73 poderia ser sanado na origem, consoante a redação do citado artigo, '**publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais** (...)'.

Deve-se frisar que o relator do recurso de Apelação votou no sentido de prover integralmente o pedido objeto do item 75, 'iii', do referido apelo, ao decidir que a 'Fupinha' **é contribuição de intervenção no domínio econômico, tendo sido seguido nesse ponto pelos demais integrantes**

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

do colegiado.

Ou seja, resta evidente que **esse ponto do recurso de Apelação foi acolhido por unanimidade e, portanto, não poderia ter sido reapreciado por ocasião do julgamento dos Infringentes**.

Ultrapassada essa matéria, a decisão agravada, de forma absolutamente abstrata/genérica, com as vênias devidas, cita que 'também não se verifica a existência de contradição nem consequentemente, **violação ao disposto no art. 535**, incisos I e II, CPC, e aos arts. 149 e 150 da CF de 1988, 121 e 166, do CTN, e 2º das Portarias DNC 55 e 67/1997, uma vez que o acórdão embargado enfrentou todas as questões postas em discussão' (fl. 1.129).

Ao contrário do que fez constar na decisão agravada (fls. 1.129/1.130) infelizmente não houve mera insatisfação da parte, mas sim evidente omissão (especialmente quanto ao art. 436, I, do CPC/73), pois **mesmo com dois Embargos de Declaração interpostos pela ora agravante conseguiu-se demonstrar a existência de erro material no r. voto vencido**.

À fl. 1.130 (e-STJ) da decisão agravada fez-se constar que 'ao contrário do que pretende fazer crer a parte autora, não há que se falar em que no recurso de Apelação, a apelante, ora recorrente, formulou pedido declaratório independente dos pedidos condenatórios'.

Quanto ao trecho final da fl. 1.130 (e-STJ), a decisão objurgada afirmou que 'toda sentença condenatória possui necessariamente conteúdo declaratório do alegado direito', e cita alguns precedentes que, **d.v.**, não guardam qualquer semelhança com o caso dos autos. Nenhum trata, p. ex., acerca de Fupinha.

Não há absolutamente nada de extravagante em formular pedido declaratório independente dos pedidos condenatórios. Em bons termos processuais, trata-se de duas pretensões distintas, ainda que oriundas de uma mesma causa de pedir – poderiam, em tese, serem duas demandas separadas, inclusive.

Já no caso sob exame, buscou-se que o Tribunal **a quo** decidisse se a Fupinha era uma contribuição de intervenção no domínio econômico ou preço público. Veja-se:

> 'Pelas razões expostas, a apelante confia em que será dado integral provimento ao seu recurso, **reformando-se a r. sentença apelada para** (i) afastar a prescrição, (ii) julgar o pedido de restituição dos valores pagos a título de Fupinha no período compreendido entre abril de 2000 e julho de 2001, deixando para a fase de liquidação de sentença a apuração do *quantum* devido, **(iii) decidir se a Fupinha é tributo de intervenção no domínio econômico ou preço público** e, alternativamente, (...)' (fl. 824 e-STJ – g.n.).

Como se pode colher da leitura de trechos do voto vencido, o Em.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares (relator do recurso de Apelação) não negou provimento ao apelo, mas **lhe deu provimento em parte**, ao acolher integralmente o pedido objeto do item 75, 'iii', do recurso de Apelação e decidir expressamente que a Fupinha é contribuição de intervenção no domínio econômico – v. fls. 825-827 (e-STJ).
É de se lembrar que este C. STJ firmou inúmeros precedentes no mesmo sentido:

> 'Considerando que a **interpretação do dispositivo da sentença não deve ser realizada de forma isolada**, mas **de acordo com o contexto delineado em toda a sua fundamentação**, o **erro material**, no presente caso, em que **consta no título exequendo 'dou provimento ao recurso interposto pelo INSS', mas**, em seguida, **consta a expressão 'para restabelecer a sentença'**, a qual havia julgado procedente a ação da parte autora, **configura nítido erro material**, razão pela qual **deve ser sanado.**' (REsp 1.593.461/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 10/8/2016 – g.n.)
>
> '1. O **acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte** de que a **interpretação da parte dispositiva da sentença não pode ser feita de maneira isolada**, ao contrária, **deve ser feito em alinhamento ao contexto delineado em toda a fundamentação do julgado.**' (AgRg no REsp 1.337.068/RJ, Rel. Min. Napoleão Maia Filho, Primeira Turma, DJe 30/04/2015 – g.n.)
>
> '**a interpretação da parte dispositiva da sentença não deve ser feita isoladamente, mas conforme o contexto delineado em toda fundamentação do julgado**' (AgRg no Ag 1.135.889/MG, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Terceira Turma, DJe 04/11/2010 - g. n.)

Fica, como conclusão, que embora o acórdão não tenha mencionado que o relator votou vencido apenas em parte, a verdade é que **o pedido formulado no item 75, 'iii', do recurso de Apelação correspondente ao pedido declaratório formulado na petição inicial, foi integralmente provido por unanimidade, motivo pelo qual era impositiva a imediata correção do dispositivo do acórdão, para que nele passasse a constar que o relator votou vencido apenas em parte, e que isso não poderia ser revisto em sede de embargos infringentes, pois sobre isso não houve infringência**.

• VIOLAÇÃO AO ART. 460 DO CPC

Analisando o corpo dos Embargos Infringentes e os pedidos recursais,

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

nota-se que **o reexame da legalidade e da natureza tributária não foram objeto de impugnação e nem pedido recursal**, razão pela qual, ao julgar matéria não devolvida por meio de impugnação recursal, o Tribunal, inequivocamente, decidiu fora dos limites do pedido e da impugnação, de forma **ultra petita**.

A decisão agravada cometeu um equívoco, **d.v.**, citando precedentes que não se aplicam ao caso dos autos, além de lá se tratar de decisão **extra petita**, e não **ultra petita**, como aqui configurado.

Em outras palavras, ao formular o pedido recursal nos Embargos Infringentes, a ora agravada delimitou bem o pleito no sentido de fazer prevalecer o entendimento do voto vencido de que a agravante não teria apresentado provas de que suportou o encargo financeiro do tributo: 'desta feita, deve prevalecer o entendimento exposto no voto de fls. 439-459, em razão de que o demandante não apresentou provas de que suportou, de fato, o encargo do tributo' (fl. 506, e-STJ).

É nítido que o julgamento dos Embargos Infringentes apreciou matéria não deduzida no recurso, configurando, assim, violação ao comando do art. 460 do CPC, o que enseja a anulação do acórdão por essa C. Corte Especial.

• VIOLAÇÃO AO ART. 530 DO CPC/73

A lei adjetiva civil então vigente era absolutamente clara na redação do art. 530 ao assinalar que '**se o desacordo for *parcial*, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência**'. Não há como interpretar a dicção desse comando normativo senão de forma literal, dado a sua obviedade.

Ora, **se no julgamento da Apelação a unanimidade dos julgadores entendeu pela ilegalidade e inconstitucionalidade da 'Fupinha', definindo que a natureza jurídica era de contribuição de intervenção no domínio econômico, em hipótese alguma essa questão poderia ser rejulgada em sede de Embargos Infringentes. Esse rejulgamento de uma matéria tida como unânime no julgamento da Apelação fere, inevitavelmente, o preceito cristalino do art. 530 do CPC**.

Como se vê, o acórdão recorrido, **data venia**, não alterou simplesmente os fundamentos do voto vencido como afirmaram os d. desembargadores no julgamento dos Declaratórios. Em verdade, **rejulgaram um pedido que já havia sido provido por unanimidade na Apelação** (ilegalidade da 'Fupinha'). **Esse é o ponto mais sensível da discussão travada nestes autos, a merecer a máxima atenção**.

Essa Eg. Corte Superior, em julgamento da c. 2ª Turma, deixou expresso, restrito o cabimento do que pode ser reapreciado na hipótese de conhecimento dos Embargos Infringentes. Vejamos:

'(...) 4. O art. 530 do CPC/1973, após a reforma da Lei 10.352/2001,

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

assim dispõe: 'Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. **Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.**'

5. **O referido dispositivo estabelece o cabimento dos embargos infringentes** contra acórdão, proferido em julgamento não unânime, que houver reformado em grau de apelação a sentença de mérito, **bem como reconhece que o limite de cognição do referido recurso está restrito à matéria objeto da divergência no julgamento**. (...)' (g.n.) (REsp 1.559.224/GO, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/6/2019, DJe de 28/6/2019 – g.n.).

'(...) 1. **O art. 530 do CPC/1973**, com a redação da Lei 10.352/2001, dispõe que **cabem embargos infringentes** quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. **Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência**. (...)' (AgInt no AREsp 265.944/SC, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe de 17/11/2017).

'(...) O art. 530 do CPC dispõe que 'cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência'.

4. Logo, **são incabíveis embargos infringentes que tem por objeto a parte inalterada da sentença**, porquanto, **nos termos do art. 530 do CPC, se o desacordo for parcial, os embargos infringentes serão restritos à matéria objeto da divergência**. (...)' (g. n.) (AgRg no REsp 1.445.857/RS, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe de 23/9/2015).

Outros precedentes: AgRg no REsp 1.158.621/RS, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 24/02/2014; AgRg no REsp 1.367.175/PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 02/04/2013; AgRg no REsp 1.231.133/SP, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 27/09/2012; AgRg no Ag 1.134.764/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 21/05/2010.

E mais, os precedentes citados pela decisão agravada, como base para

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

afirmar que os embargos de divergência supostamente poderiam ser ampliados para tratar de tema unânime deliberado em acórdão anterior, são completamente inaplicáveis ao presente caso.

A hermenêutica deles diz que o órgão julgador não está adstrito aos fundamentos, 'podendo até mesmo, se for o caso, adotar fundamentos novos' (AgInt no AREsp 1.232.875/PE, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 1/12/2020), o que não significa, todavia, que pode o Tribunal rediscutir o tema já à unanimidade deliberado.

Por essa razão, o desacordo é dado pela conclusão dos votos, e não pela sua fundamentação – o que não significa dizer, repita-se, que se pode rejulgar o tema recursal, conforme a literalidade do art. 530, do CPC/73, exegese ratificada pelos inúmeros precedentes aqui citados e que versam exatamente sobre essa hipótese.

Imprescindível também observar que, sobre essa matéria, o c. STF já pacificou via **Súmula 354**: '**Em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação**'.

Já decisão agravada, por sua vez, cita que, com relação ao art. 530 do CPC/73, na forma da jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ, sob o rito dos recursos repetitivos, 'o art. 530 do CPC condiciona o cabimento dos infringentes a que exista sentença de mérito reformada por acórdão não unânime, e não que o objeto da divergência seja o próprio mérito tratado na sentença reformada. Se o dispositivo não restringiu o cabimento do recurso apenas à questão de fundo ou à matéria central da lide, não pode o aplicador do direito interpretar a norma a ponto de criar uma restrição nela não prevista' (REsp 1.113.175/DF, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, DJe de 07/08/2012).

Com facilidade observa-se tratar de matéria diferente da que está posta em discussão nos autos. E não é só... foram colacionados na decisão agravada outros precedentes que igualmente não guardam similitude com o caso dos autos.

Em outras palavras, **a decisão agravada, de forma furtiva, trouxe precedentes que inegavelmente não correspondem com a hipótese dos autos**. São outros temas, outros contextos, outras matérias (fl. 1.132 e ss.), que não se aplicam à hipótese dos autos.

Por essa razão, esse recurso merece provido posto que o **desacordo é dado pela conclusão dos votos, mas sim pela sua fundamentação**.

Por outro lado, **o acórdão recorrido igualmente violou o art. 530 do CPC ao reexaminar a prescrição, que havia sido afastada por unanimidade pelo colegiado**, não tendo sido objeto de divergência (tanto o voto vencedor quanto o vencido aplicaram a regra dos cinco mais cinco).

Necessário, portanto, nesse ponto o **provimento do presente recurso para anular o acórdão recorrido, delimitando a divergência apenas à legitimidade da agravante para repetir o tributo**.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

• VIOLAÇÃO AO ART. 97 DO CTN

O Código Tributário Nacional, por meio do **art. 97**, rege expressamente que **somente lei pode estabelecer a instituição de tributos ou a sua extinção**. Houve, nesse sentido, **frontal infringência ao referido artigo pelo acórdão do Tribunal *a quo*** ao considerar legal um **tributo que não foi criado por lei federal** e sim por portarias.

O **decisum** agravado, certamente por um infortúnio, não observou que às fls. 666 (e-STJ), o acórdão recorrido transcreve que a Fupinha foi criada por Portarias do DNC, declarando a sua legalidade e constitucionalidade por meio de disposições legais absolutamente genéricas, e não específica como garantido pelo citado dispositivo:

(...)

E mais, às fls. 866 (e-STJ – no Recurso Especial) a agravante relata a violação ao art. 97 já na petição de Recurso Especial, além dos dois Embargos de Declaração interpostos na sequência. Trata-se de um **nítido equívoco que espera-se ver revisto por ocasião da apreciação do presente recurso de Agravo**.

Não obstante, a agravante opôs Embargos de Declaração requerendo que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região se pronunciasse acerca do referido artigo, mas, por uma infelicidade, o silêncio persistiu na nova decisão.

Prosseguindo, **esta Eg. Corte Superior já deliberou no sentido de considerar ilegal contribuição por ausência de lei que a instituísse**, ressaltando que **as contribuições de intervenção no domínio econômico têm natureza tributária**, tendo, portanto, que respeitar **o princípio da legalidade** (art. 97, CTN). Nesse sentido há uma esteira de julgados nesse sentido, **v.g.**:

> '(...) 5. A natureza tributária das contribuições sobre as quais gravita o *thema iudicandum*, impõe ao aplicador da lei a obediência aos cânones constitucionais e complementares atinentes ao sistema tributário.
> 6. **O princípio da legalidade**, aplicável *in casu*, **indica que não há tributo sem lei que o institua**, bem como não há exclusão tributária sem obediência à legalidade (**art. 150, I da CF/1988 c.c art. 97 do CTN**). (...)' (REsp 977.058/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 10/11/2008 - g.n.)

> '(...) 6. **O princípio da legalidade**, aplicável *in casu*, **indica que não há tributo sem lei que o institua**, bem como não há exclusão tributária sem obediência à legalidade (art. 150, I da CF/1988 c.c art. 97 do CTN).(...)' (AgRg no REsp 933.600/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 21/9/2009 – g.n.)

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

Isto posto, conclui-se que **somente lei pode estabelecer a instituição de tributos ou a sua extinção**.

• VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO CPC

Por um lapso, acredita-se, a decisão agravada afirmou às fls. 1.138 (e- STJ) que a agravante teria, no seu Recurso Especial, alegado violação ao art. 334 do CPC/73. A ora agravante suscitou, na verdade, violação ao art. 333 do CPC/73, e por um mero erro digitação, colocou-se, somente nos pedidos recursais, a menção errônea ao art. 334, do CPC, razão pela qual deixa de rebater os argumentos da decisão agravada – nesse ponto.

Ao julgar improcedente a demanda por entender que a agravante não provou que recolheu o tributo à União, o acórdão violou o princípio do direito probatório (art. 333, I, do CPC) ao exigir que se fizesse **prova impossível** (diabólica) de um fato incontroverso nos autos (art. 334, CPC), público e notório.

A questão atinente ao **quantum** devido, pode ser relegado à liquidação de sentença, como definiu o Recurso Especial Repetitivo 1.336.026/PE.

> '(...) O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, no julgamento do REsp 1.336.026/PE, sob o rito dos recursos repetitivos, que a execução contra a Fazenda Pública não exige uma fase prévia destinada a juntada de documentos de que a administração tenha a posse. (...)' (AgInt no REsp 1.747.736/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 30/5/2022, DJe de 2/6/2022).

No curso da instrução processual **ficou claro que os valores relativos à 'Fupinha' eram descontados dos créditos das distribuidoras em face da Petrobrás** (que atuava como agente do Tesouro Nacional), **por meio de uma câmara de compensação chamada de 'conta petróleo'**.

Dessa forma, ao exigir que se produzisse prova de fato impossível de ser provado (recolhimento direto à União), mesmo considerando que o recolhimento do tributo não se dava desta forma, **o acórdão feriu frontalmente o art. 333, I, do CPC**, que veda expressamente a exigência de que se produza 'prova diabólica', ou impossível.

Também é possível perceber a não incidência da Súmula 7/STJ, pois se pretende tão somente a recapitulação jurídica da moldura trazida pelo acórdão às fls. 1.119-1.141 (e-STJ).

• NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO 3º DO CTN

A decisão agravada afirma que o Recuso Especial não pode ser conhecido pois o acórdão recorrido assentou em mais de um fundamento suficiente e a agravante basicamente sustentou que a Fupinha possuiria natureza jurídica de tributo, e não de preço político, deixando de impugnar os demais fundamentos do acórdão recorrido.

Ora, a agravante não é obrigada a impugnar trechos conceituais sobre a Fupinha, mas sim os artigos que realmente importam.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

O conceito legal de tributo está exposto no art. 3º do CTN: 'tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada'.

Já o acórdão recorrido, por sua vez, afirmou que uma verba que possui todas as características descritas no referido dispositivo legal não é tributo e inovou ao criar um novo enquadramento para a 'Fupinha'; qual seja, o de 'preço político' (?!).

Pois bem. A par de todas as discussões travadas neste processo, é fato incontroverso que, por meio da 'Fupinha' as distribuidoras estavam obrigadas a fazer pagamento ao Estado, configurando então prestação pecuniária compulsória, sendo o seu recolhimento devido sempre que as distribuidoras efetuassem venda de óleo diesel diretamente a consumidores – valor a ser apurado em liquidação de sentença.

Analisando o já transcrito conteúdo das Portarias 55 e 67 do DNC, nota-se que a 'Fupinha' tem todas as características de um tributo, pois se trata de: (i) prestação pecuniária; (ii) compulsória; (iii) que não tem natureza sancionatória de ilicitude; e (iv) de natureza vinculada a atividade administrativa para a qual é cobrada.

Desse modo, por ser a 'Fupinha' um tributo da espécie Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), o acórdão objurgado, ao negar a sua natureza tributária, contrariou e negou vigência ao art. 3º do CTN, motivo pelo qual a agravante espera a sua reforma por esta Corte Superior, declarando que a 'Fupinha' é um tributo inconstitucional.

• VIOLAÇÃO AOS ARTS. 150, § 4º, C/C 15, VII, E 168, I, DO CTN

O acórdão objeto do Recurso Especial, partindo do equivocado pressuposto de que a 'Fupinha' não é tributo e sim um 'preço político', violou os citados dispositivos do CTN ao declarar parcialmente prescrita a pretensão de repetição da 'Fupinha' sob a justificativa de prescrição em cinco e não em dez anos.

Rejeitou, portanto, a pacífica tese dos cinco mais cinco anos, como ocorre nos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Ao agir dessa forma, o acórdão dos Embargos Infringentes violou os arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN, tendo em vista que da análise conjunta desses dispositivos conclui-se que prescreve em dez anos (cinco mais cinco) a ação para repetir tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação. Essa tese, inclusive, já foi pacificada pelo regime dos recursos repetitivos por ocasião da apreciação do REsp 1.002.932 pela Primeira Seção:

(...)

Portanto, sob pena de preclusão, ao contrário da apontada inovação, restou necessária apontar no Recurso Especial a dissonância do acórdão recorrido com o entendimento pacificado desta C. Corte.

Incabível o óbice da Súmula 283 do STF, porquanto o Tribunal de origem, ao apontar a equivocada classificação jurídica da Fupinha como sendo tributo, impôs à parte trazer os necessários

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

esclarecimentos da ilegal classificação.

Nesse ponto convém lembrar o acertado acórdão da apelação que acolheu a pretensão por unanimidade no que se refere ao pleito declaratório: **a 'Fupinha' é um tributo (CIDE), ilegal e inconstitucional porque não foi instituído por lei**.

• VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC

Quando do desprovimento dos segundos Declaratórios, o Tribunal de origem acabou violando o art. 535 do CPC, tendo em vista o flagrante descompasso entre a fundamentação e o dispositivo do acórdão. Tentou-se extirpar o que se entende como contradição/erro material por meio dos embargos, mas o Tribunal **a quo** relutou em manter tais vícios.

Subsidiariamente, caso entenda esta C. Corte que o Tribunal de origem não examinou a demanda à luz dos artigos tidos como violados, o Recurso Especial pugna pela anulação dos acórdãos que julgaram os dois Embargos de Declaração por violação ao art. 535 do CPC, à exemplo do art. 97 do CTN.

IV. MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL – ALÍNEA 'C'

Insiste-se no dissídio suscitado com base na alínea 'c' do permissivo constitucional decorre da divergência entre o acórdão dos Embargos Infringentes e julgado do TRF da 4ª Região, especificamente quanto à aplicação das normas contidas nos arts. 3º e 97 do Código Tributário Nacional.

Ao passo que o acórdão recorrido (TRF2) deu provimento aos Embargos Infringentes para declarar que a 'Fupinha' não é tributo, não dependendo de lei específica para sua instituição, o acórdão paradigma (TRF4) assentou que a 'Fupinha' é um tribulo e ilegal por não ter sido instituído por lei federal.

A similitude fática entre os dois casos é incontestável. Vejamos:

(...)

Como visto, as decisões possuem similitude fática, pois ambas são decisões: (i) advindas de ações de repetição de indébito relativas à 'Fupinha'; (ii) que analisam e fixam a sua natureza jurídica; (iii) que decidem se a 'Fupinha' deveria ter sido instituída por lei (reserva de lei); (iv) se a sua cobrança e legal ou ilegal; (v) se a ação para repetir a Fupinha prescreve em cinco ou dez anos.

Portanto, em ambas as ações se discute, mesmo que implicitamente, a interpretação dos arts. 3º, 97, 150, § 4º, c/c 156, VII e 168, I, todos do Código Tributário Nacional.

Quanto à natureza jurídica da 'Fupinha', inúmeros precedentes desse C. Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que a 'Fupinha' tem natureza tributária, uma vez que aplicam a ela as normas e princípios de Direito Tributário, a saber:

> 'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PORTARIAS DNC 55/1997 E 67/1997.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

> FRETE DE UNIFORMIZAÇÃO DE PREÇOS (FUPINHA). ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR FINAL.
> (...)
> 2. A aludida exação (Fupinha) foi instituída com o propósito de conferir melhores condições de competitividade para o Transportador-Revendedor- Retalhista (TRR), na disputa de mercado com as companhias distribuidoras.
> 3. Assim dispunham as mencionadas Portarias: 'Art. 2º As companhias distribuidoras ficam obrigadas a recolher à conta Frete de Uniformização de Preços - FUP o valor de R$ 0,017/l nas vendas efetuadas diretamente para consumidores'.
> 4. **Constata-se que a exação tem como sujeito passivo 'as companhias distribuidoras' e como fato gerador as 'vendas efetuadas diretamente para consumidores'.**
> 5. **Trata-se de incidência monofásica sem repercussão jurídica do encargo financeiro (art. 166 do CTN).**
> 6. A ilegitimidade ativa da empresa de transporte já foi reconhecida pela Primeira Turma do STJ, sob o fundamento de que 'é mera consumidora final e, portanto, não participa do ciclo econômico do combustível' (REsp 833.690/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 21/5/2007).
> 7. Recurso Especial não provido' (REsp 938.459/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 27/08/2009 - g. n.).

> **Por fim, a discussão travada nos autos é de extrema relevância e eminentemente jurídica, passando ao largo da Súmula 7/STJ. Todos os temas e artigos violados estão delineados no acórdão recorrido, confiando-se na apreciação do mérito, para que se dê provimento ao Recurso Especial**" (fls. 1.149/1.164e).

Por fim, requer "a reconsideração da decisão agravada ou, caso assim não entenda Vossa Excelência, requer seja o feito levado a julgamento pelo colegiado, confiando no seu provimento pelas violações apontadas, bem como pela divergência jurisprudencial" (fl. 1.164e).

Intimada, a parte agravada deixou transcorrer **in albis** o prazo para manifestação.

É o relatório.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.641.968 - RJ (2015/0305433-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A.
ADVOGADOS	:	ANNA MARIA DA TRINDADE DOS REIS - DF006811 GUSTAVO PERSCH HOLZBACH - DF021403 ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO - SP196655
AGRAVADO	:	UNIÃO

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 463, I, E 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. INCONFORMISMO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 460 E 530 DO CPC/73 NÃO CARACTERIZADA. NÃO-OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO **ULTRA PETITA**. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DO EFEITO DEVOLUTIVO DOS EMBARGOS INFRINGENTES, NA ESPÉCIE, EM QUE RESTOU CONFIGURADA A HIPÓTESE DE DESACORDO TOTAL. ALEGADA VIOLAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DO ART. 97 DO CTN. SÚMULA 211 DO STJ. SUPOSTA VIOLAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DOS ARTS. 150, § 4º, 156, VII, E 168, I, DO CTN. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. SUPOSTA VIOLAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DO ART. 3º DO CTN. SÚMULA 283 DO STF. ALEGADA AFRONTA AO ART. 333, I, DO CPC/73. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Ação Ordinária de Repetição de Indébito, ajuizada, em 25/04/2005, pela distribuidora de combustíveis, ora agravante, em face da União, visando a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da parcela adicional ao preço do óleo diesel denominada Fupinha e, em consequência, a condenação da parte ré à restituição dos valores recolhidos, alegadamente de modo indevido, no período compreendido entre janeiro de 1998 e dezembro de 2001, quando foi revogada a portaria que a instituiu. O Juízo de 1º Grau julgou improcedente a demanda. Interposta Apelação, pela parte autora, a Quarta Turma Especializada do TRF/2ª Região, por maioria, "deu provimento ao recurso nos termos do voto da Desembargadora Federal LANA REGUEIRA", para "julgar procedente o pedido na sua totalidade", vencido o Relator originário, Desembargador Federal LUIZ ANTÔNIO SOARES, que, por entender aplicável o art. 166 do CTN, negava provimento ao recurso. Interpostos Embargos Infringentes, pela União, a Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região, em preliminar, por maioria, conheceu do recurso, nos termos do voto do Relator, à época Juiz Federal convocado e atualmente Desembargador Federal THEOPHILO MIGUEL, vencida a Desembargadora Federal LANA REGUEIRA, e, no mérito, por maioria, deu provimento ao recurso, para julgar improcedente a demanda, nos termos do voto do Relator, vencidos os Desembargadores Federais LANA

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

REGUEIRA e JOSÉ FERREIRA NEVES NETO. Opostos Embargos Declaratórios, pela parte autora, em 2º Grau, foram eles parcialmente acolhidos, apenas para a correção de erro material no dispositivo do acórdão dos Embargos Infringentes. Na sequência foram opostos novos Embargos Declaratórios, pela parte autora, os quais restaram rejeitados, pelo Tribunal de origem. Interpostos Recursos Especial e Extraordinário, a parte autora, no Especial, além de divergência jurisprudencial, indicou contrariedade aos arts. 333, I, 334, 460, 463, I, 530 e 535 do CPC/73, bem como aos arts. 3º, 97, 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. Nesta Corte a decisão ora agravada conheceu parcialmente do Recurso Especial, tão somente no tocante à alegada violação aos arts. 460, 463, I, 530 e 535 do CPC/73, e, nessa extensão, negou-lhe provimento, não conhecendo do Especial, quanto à alegada violação aos arts. 333, I, do CPC/73 e 3º, 97, 150, § 4º, 156, VII, e 168, I do CTN, bem como em relação à suscitada divergência jurisprudencial, por incidência dos óbices das Súmulas 7 e 211 do STJ e 282, 283 e 356 do STF, ensejando a interposição do Agravo interno.

III. Na forma da jurisprudência, "a expressão 'erro material' possui sentido técnico e consiste na existência de flagrante equívoco na utilização de sinais gráficos relacionados com vocábulos referentes ao nome das partes ou do recurso, ou, ainda, a expressões numéricas como datas, valores monetários, etc. Cuida-se, como se vê, de equívoco flagrante, de imediata percepção, consistente na manifesta incompatibilidade entre o que o órgão julgador entendeu ou quis dizer, e, por outro lado, os sinais gráficos para expressar o julgamento. Tal defeito pode ser corrigido de ofício pela autoridade judicial ou mediante a oposição dos Embargos Declaratórios. Não se enquadra no conceito de erro material aquele relacionado com critérios ou elementos do julgamento" (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1.340.444/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, DJe de 15/12/2021).

IV. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 463, I, e 535 do CPC/73, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão dos Embargos Infringentes e dos acórdãos proferidos em sede de Embargos de Declaração apreciaram, de modo claro, coerente e fundamentado, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, tendo o Tribunal de origem decidido com acerto, ao deixar de reconhecer o apontado erro material consubstanciado no suposto descompasso entre a fundamentação do voto vencido e a parte dispositiva do acórdão da Apelação, consignando que "a postulada declaração de ilegalidade ou de inconstitucionalidade da 'Fupinha', neste caso, era, claramente, subjacente e vinculada à pretensão principal desconstitutiva, veiculada por meio da presente Ação Ordinária de Repetição de Indébito".

V. Acerca dos limites do efeito devolutivo dos Embargos Infringentes, nos termos da jurisprudência do STJ, "estabelecida a divergência quanto ao acolhimento ou rejeição do pedido, caso em que, então, o desacordo é total, as questões suscitadas e discutidas no acórdão podem ser devolvidas nos embargos, à semelhança do que, a teor do art. 515, verifica-se com a apelação" (STJ, REsp 43.301/MG, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, DJU de 12/12/1994). De acordo, ainda, com a jurisprudência desta

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

Corte, na interpretação assente do art. 530 do CPC/73, "apura-se a divergência, para efeito do cabimento de embargos infringentes, levando-se em conta a conclusão do acórdão e dos votos proferidos e não da motivação" (STJ, REsp 1.100.945/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 04/08/2009). Com efeito, "o art. 530 do CPC/1973 dispõe que 'se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência', permitindo a interpretação em sentido contrário de que, em caso de desacordo total, não há restrição à cognição das matérias devolvidas no recurso" (STJ, AgInt no REsp 1.943.706/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/11/2022).

VI. Sobre a possibilidade de conhecimento, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, de matérias de ordem pública, apreciáveis de ofício, tais como prescrição e legitimidade **ad causam**, "a posição adotada pelo acórdão embargado – consistente na possibilidade de reconhecimento de matéria de ordem pública no julgamento dos embargos infringentes – não destoa da orientação firmada em outros julgados desta Corte Superior. Precedentes: AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.258.627/PE, 6ª Turma, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), DJe de 27/06/2014 e REsp 304.629/SP, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 16/03/2009" (STJ, AgRg nos EREsp 1.375.609/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, DJe de 02/02/2015).

VII. No tocante à alegada violação ao art. 460 do CPC/73, alegou-se, no Recurso Especial, que "o reexame da legalidade e da natureza tributária da Fupinha não foi objeto de impugnação nos Embargos Infringentes, razão pela qual, ao julgar matéria não devolvida por meio de impugnação recursal, o Tribunal decidiu fora dos limites do pedido e da impugnação (**ultra petita**)". No entanto, aplicam-se, aqui, pela suficiente semelhança com o caso dos autos, as mesmas razões adotadas pela Primeira Turma do STJ, no julgamento do AgRg no REsp 1.028.031/RJ, no sentido de que "não ocorreu o alegado julgamento **extra petita**. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que, em se tratando de embargos infringentes, o desacordo entre os votos vencedores e vencido é estabelecido pela conclusão dos votos, não havendo qualquer vinculação do Tribunal ou do recorrente aos fundamentos do acórdão recorrido. (...) No caso, tendo havido divergência total (a maioria julgando procedente o pedido e o voto vencido julgando-o improcedente), abriu-se à parte vencida a faculdade de invocar, em embargos, todo e qualquer fundamento que pudesse conduzir a um juízo de improcedência, mesmo que não enfrentado pelo voto vencido" (STJ, AgRg no REsp 1.028.031/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/09/2012).

VIII. No tocante à alegada violação e interpretação divergente do art. 97 do CTN, o qual foi invocado pela parte autora, tardiamente, apenas a partir dos segundos Embargos de Declaração opostos em 2º Grau, o Recurso Especial é inadmissível, por falta de prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ, sendo certo que, em consonância com a jurisprudência do STJ, "os fundamentos utilizados no julgamento da apelação não se prestam para aferir o cumprimento do requisito do prequestionamento pois, com a interposição dos embargos infringentes em relação ao tema, o acórdão proferido neste

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

último recurso substituiu o julgado anterior" (STJ, AgRg no Ag 1.255.260/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 19/03/2013).

IX. No que se refere à violação e interpretação divergente dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN, os quais somente foram invocados, pela parte autora, a partir da interposição do Recurso Especial, a pretensão recursal mostra-se inadmissível, no particular, por falta de prequestionamento, o que atrai a incidência analógica das Súmulas 282 e 356 do STF.

X. Com relação à alegada violação e interpretação divergente do art. 3º do CTN, o Recurso Especial não deve ser conhecido, por quaisquer das alíneas do permissivo constitucional, em face da incidência analógica do óbice da Súmula 283/STF, pois o acórdão recorrido restou assentado em mais de um fundamento suficiente e a parte autora, nas razões do Especial, basicamente sustentou que a Fupinha possuiria natureza jurídica de tributo, e não de preço político, deixando, contudo, de impugnar, especificamente, os demais fundamentos suficientes, por si sós, para manter o referido acórdão.

XI. No tocante à alegada violação ao art. 333, I, do CPC/73, o Recurso Especial é inadmissível, pois o Tribunal de origem, soberano no exame do conjunto fático-probatório dos autos, deixou consignado que "a presente demanda não está lastreada em um mínimo de prova, já que a documentação carreada aos autos pela autora, ora embargada – em especial, aqueles de fls. 103/107 – não tem, sequer potencialmente, a aptidão de demonstrar o fato constitutivo do alegado direito (art. 333, I, CPC). Em síntese, não há nos autos prova de que, no período de janeiro de 1998 a dezembro de 2001, a autora tenha efetuado quaisquer recolhimentos, a título de 'Fupinha', em favor da União Federal". Nesse contexto, para chegar a conclusão em sentido diverso, esta Corte Superior teria que reexaminar as provas produzidas no processo, providência vedada, em sede de Recurso Especial.

XII. Agravo interno improvido.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os combativos argumentos da parte autora, ora agravante, as razões deduzidas no Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Na origem, como anotado no relatório, **trata-se de Ação Ordinária de Repetição de Indébito, ajuizada, em 25/04/2005**, pela distribuidora de combustíveis ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA., atualmente denominada COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S/A, em face da UNIÃO, **visando a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da** parcela adicional ao preço do óleo diesel **denominada Fupinha** e, **em consequencia, a condenação da parte ré à restituição dos valores recolhidos, alegadamente de modo indevido, no período compreendido entre janeiro de 1998 e dezembro de 2001**, quando foi revogada a portaria que a instituiu, constando da petição inicial, como causas de pedir, argumentos no sentido de que a Fupinha, instituída por meio de portaria, teria nítido caráter de contribuição de intervenção no domínio econômico e seria inconstitucional, à luz dos arts. 146, III, 149 e 150, I, da Constituição Federal, por suposta violação aos princípios da legalidade tributária e da indelegabilidade legislativa, e, após a liberação dos preços dos combustíveis, ocorrida em 27 de julho de 2001, também por falta de finalidade e destinação específica (fl. 4/27e).

No tópico da petição inicial intitulado "Da inocorrência de prescrição", a parte autora sustentou que "certamente a União alegará que os pagamentos anteriores a 2000 estão prescritos. Ocorre, entretanto, que a prescrição foi interrompida (art. 202, I, do Código Civil) pela propositura da ação cautelar inominada proposta pela Esso, ora autora, que tramitou perante 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal sob o nº 2003.34.00.000302-1, proposta em 7 de janeiro de 2003 e julgada extinta, sem julgamento do mérito, em 22.08.2003" (fl. 13e). Porém – sem sustentar oportunamente, na petição inicial, a chamada tese dos cinco anos mais cinco (tese aplicável às ações de repetição de tributos sujeitos a lançamento por homologação ajuizadas antes de 09/06/2005, data de início da vigência da Lei Complementar 118/2005) –, reconheceu que "os pagamentos feitos pela Esso no período compreendido entre novembro de 1997 (início da incidência da Fupinha) até janeiro de 1998 têm sua pretensão de repetição fulminada pela prescrição" (fl. 14e).

Após a emenda da petição inicial, o pedido, no que tange ao mérito, restou formulado nos seguintes termos, no item **(b)** e subitens **(b1)**, **(b2)**, **(b3)** e **(b4)**:

> "**(a)** determine a citação da ré, na pessoa de um dos procuradores, a ser efetuada em endereço conhecido por esse Juízo, para, querendo, contestar os termos da presente;
> **(b)** seja proferida sentença para:

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

> **(b1) *declarar* a inconstitucionalidade**, *incidenter tantum*, **e a ilegalidade da** retenção da contribuição denominada **Fupinha**, em relação à Esso; **e, em consequência**:
> **(b2) *condenar* a União a devolver à Esso os valores pagos a esse título, relativamente aos períodos de janeiro de 1998 a agosto de 2001, a serem apurados em liquidação de sentença**, na forma do art. 603 e segs. do CPC;
> **(b3) bem como os relativos aos períodos de setembro de 2001 a dezembro de 2001, desde já liquidados**, conforme demonstrativo e documentos anexos, no valor total de R$ 1.759.838,80 (um milhão, setecentos e cinquenta e nove mil, oitocentos e trinta e oito reais e oitenta centavos);
> **(b4)** condenar, ainda, a União a restituir todos os valores postulados nos itens (b3) e (b2) desta, devidamente atualizados pela variação do IGP-M/FGV e acrescidos de juros de 1% ao mês, ambos contados desde a data da compensação, incluindo-se custas e honorários advocatícios" (fls. 101/102e).

Na sentença – em relação aos pagamentos eventualmente realizados no período que antecede o quinquênio anterior à data da propositura desta Ação de Repetição de Indébito (25/04/2005) –, o Juízo acolheu a alegação da ré de não-interrupção da prescrição e, com base no Decreto 20.910/32, julgou improcedente o pedido, no que concerne a esse período, pronunciando a prescrição das parcelas anteriores a abril de 2000. Em relação aos pagamentos supostamente efetuados no período de abril de 2000 a julho de 2001, o pedido foi julgado improcedente, ao entendimento de que a pretensão repetitória não encontra amparo em qualquer documento idôneo ou hábil a comprovar os alegados pagamentos. Em relação ao período de agosto de 2001 a dezembro de 2001, o pedido foi julgado improcedente, ao fundamento de que a denominada Fupinha não possui natureza jurídica de tributo, mas de preço público (fls. 392/401e).

Interposta Apelação, nela a parte autora defendeu a não ocorrência de prescrição da sua pretensão de repetição das parcelas recolhidas a título de Fupinha, no tocante ao período de janeiro de 1998 a abril de 2000, insistindo na interrupção da prescrição, à luz dos arts. 196 e 202, V, do Código Civil e 219 do CPC/73. Com relação ao período compreendido entre abril de 2000 e julho de 2021, sustentou que os pagamentos a título de Fupinha são incontroversos nos autos, porquanto não negados pela União, de modo a permitir que a quantificação do valor a ser restituído fique para a fase de liquidação. Quanto ao mais, assim sintetizou suas razões recursais: "(a) se a Fupinha era contribuição de intervenção no domínio econômico, ela era inconstitucional porque não foi estabelecida por lei, mas por Portarias da Agência Reguladora, sem lei que a previsse e, após a desregulamentação, perdeu a sua finalidade e destinação; (b) se a Fupinha era preço, as Portarias que a instituíram padecem de inconstitucionalidade porque não declinam seu motivo e sua finalidade; (c) seja qual for a natureza da Fupinha, após a

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

liberação dos preços, não há fundamento para a cobrança dessa parcela" (fl. 427e).

Ao final, requereu fosse "dado **integral** provimento ao seu recurso, reformando-se a r. sentença apelada para **(i)** afastar a prescrição, **(ii)** julgar o pedido de restituição dos valores pagos a título de Fupinha no período compreendido entre abril de 2000 e julho de 2001, deixando para a fase de liquidação de sentença a apuração do **quantum** devido, **(iii)** decidir se a Fupinha é tributo de intervenção no domínio econômico ou preço público e, alternativamente, (iv.1) se esta Eg. Turma decidir que a Fupinha era tributo de intervenção, determinar a devolução de todos os valores pagos a esse título, ou (iv.2) se esta Turma decidir que a Fupinha era preço público, condenar a União a restituir os valores pagos a título de Fupinha após agosto de 2001, quando foram liberados os preços e inaugurado o regime de mercado livre" (fl. 428e).

No julgamento da Apelação, a Quarta Turma Especializada do TRF/2ª Região – por maioria (e não por unanimidade, como passou a ser sustentado, posteriormente, pela parte autora!) – "**deu provimento ao recurso** nos termos do voto da Desembargadora Federal LANA REGUEIRA" (fl. 474e), **para** "**julgar procedente o pedido *na sua totalidade***" (fl. 485e), **vencido o Relator originário**, Desembargador Federal LUIZ ANTÔNIO SOARES, **que, por entender aplicável o art. 166 do CTN, negava provimento ao recurso**.

O acórdão não-unânime da Apelação recebeu a seguinte ementa:

> "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. FUPINHA. LEGITIMIDADE DA DISTRIBUIDORA PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.
> 1. A Fupinha tem natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico e, por incidir sobre os valores das vendas realizadas diretamente para consumidores, tem como parte legítima para pleitear sua restituição os distribuidores de combustíveis (art. 2º da Portaria DNC 67/1997).
> 2. O prazo prescricional, em se tratando de fatos anteriores à Lei Complementar 118 e tributo lançado por homologação, é de cinco mais cinco anos.
> 3. A liquidação dos valores a serem restituídos deverá ser feita judicialmente.
> 4. Apelação provida" (fl. 489e).

Interpostos Embargos Infringentes, neles a União reiterou a arguição de prescrição das parcelas anteriores a abril de 2000, defendeu a prevalência do voto vencido, alegou a ausência de provas de que a parte autora teria suportado o encargo financeiro da Fupinha e pugnou pela manutenção da sentença de improcedência (fls. 495/507e).

Na impugnação dos Embargos Infringentes a parte autora apresentou as seguintes alegações, as quais evidenciam que, no âmbito da Quarta Turma Especializada

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

do TRF/2ª Região, **quanto aos *fundamentos***, **a divergência entre o voto vencido e os votos que formaram a maioria foi apenas *parcial*, mas, no que se refere às *conclusões*, houve desacordo *total* entre a *conclusão do voto minoritário***, que **negava provimento** à Apelação, **e a *conclusão da maioria***, que **dava provimento ao recurso**, para reformar **integralmente** a sentença, a fim de julgar procedentes os pedidos formulados na petição inicial **em sua totalidade**:

> "4. A 4ª Turma deste E. Tribunal, conduzida pelo voto da vogal, Desembargadora Federal LANA REGUEIRA, decidiu, **por maioria**, reformar **integralmente** a sentença, para julgar procedentes os pedidos autorais **em sua totalidade**" (fl. 517e).
>
> "6. Inconformada com **a decisão colegiada**, que **reformou, por maioria, a sentença de improcedência**, a ré-apelada interpôs esses embargos infringentes para ver prevalecer **o voto vencido**, que **negava provimento ao recurso de apelação**" (fl. 518e).
>
> "21. Isto é, **o voto vencido negou provimento à apelação, sob o argumento que a apelante**, ora embargada, **como distribuidora não tinha legitimidade para pleitear a repetição do tributo**.
> 22. Observe-se que **o voto vencedor reconheceu expressamente que divergia do voto vencido** justamente quanto à questão da legitimidade, **por considerar que a distribuidora de combustíveis é sim parte legítima para requerer a repetição do indébito**" (fl. 524e).

No acórdão dos Embargos Infringentes (fls. 663/734e), a Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região, em preliminar, por maioria, conheceu do recurso, nos termos do voto do Relator, à época Juiz Federal convocado e atualmente Desembargador Federal THEOPHILO MIGUEL, vencida a Desembargadora Federal LANA REGUEIRA, **e, no mérito, por maioria, deu provimento ao recurso, para julgar improcedente a demanda**, nos termos do voto do Relator, vencidos os Desembargadores Federais LANA REGUEIRA e JOSÉ FERREIRA NEVES NETO, consoante a ementa abaixo transcrita:

> "EMBARGOS INFRINGENTES – ACÓRDÃO DE JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO – REFORMA DE SENTENÇA **A QUO** POR VOTO DA MAIORIA – ADMISSIBILIDADE – DIVERGÊNCIA ENTRE O VOTO VENCIDO E O VOTO VENCEDOR ACERCA DA PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO – DISCUSSÃO ACERCA DA EXIGÊNCIA DA CHAMADA 'FUPINHA' (INSTITUÍDA PELAS PORTARIAS DNC 55 E 67, AMBAS DE 1997) – NATUREZA JURÍDICA CONTROVERTIDA – COMPETÊNCIA DO

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

ÓRGÃO COLEGIADO **AD QUEM** – AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO À FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO VENCIDO – LEGITIMIDADE ATIVA **AD CAUSAM** DAS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS – CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA REFERIDA VERBA – MONOPÓLIO ESTATAL DA EXECUÇÃO DAS ATIVIDADES DE EXPLORAÇÃO E REFINO DE PETRÓLEO – MAJORAÇÃO DO PREÇO DE VENDA DO ÓLEO DIESEL A GRANDES CONSUMIDORES – ENQUADRAMENTO COMO **PREÇO POLÍTICO** – PRESCRIÇÃO PARCIAL – RATIFICAÇÃO DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO.

I - O cabimento dos Embargos Infringentes é aferido a partir da divergência existente entre voto vencedor e voto vencido acerca do **meritum causae**, que, por consequência, venha a resultar em conclusões distintas. Verificado, portanto, o correspondente **desacordo** quanto à comprovação pela autora/embargada do fato constitutivo de seu direito, que conduziu à prolação, por um lado, de voto vencedor, no sentido de dar provimento ao recurso de Apelação, e, por outro, de voto vencido para o fim de desprovê-lo, impõe-se o conhecimento e processamento dos presentes Embargos Infringentes.

II - Quanto às preliminares de prescrição e de ilegitimidade ativa **ad causam** arguidas, por se tratarem de matéria de ordem pública, são passíveis de conhecimento, inclusive de ofício, por este órgão colegiado nesta esfera recursal, mesmo que sobre elas não tenha havido divergência nem prévio debate por ocasião do julgamento do recurso de Apelação.

III - O cerne da controvérsia, entretanto, reside na definição da natureza jurídica da chamada 'Fupinha', instituída pelas Portarias DNC 55 e 67, ambas de 1997, exigida das distribuidoras de combustíveis, no período de janeiro de 1998 a dezembro de 2001, nas hipóteses de venda de óleo diesel a grandes consumidores.

IV - Dada a existência de clara divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca da 'Fupinha' (se tributo direto ou indireto, se preço público ou **simples** preço), firma-se a competência desta Segunda Seção/TRF da 2ª Região para julgamento destes **Infringentes**, ainda que afastada, a final, a natureza tributária da citada verba (princípios da duração razoável do processo, da celeridade e economia processuais).

V - Ainda, é importante deixar consignado que, no julgamento dos Embargos Infringentes, o órgão **ad quem** não fica adstrito à fundamentação exposta no voto vencido, sendo os limites da **devolutividade** do referido recurso aferidos a partir da divergência havida entre a parte dispositiva deste e aquela do voto vencedor.

VI - Em preliminar, verifica-se, **in casu**, a legitimidade ativa **ad causam** de companhia distribuidora de combustíveis para discutir a chamada 'Fupinha', na medida em que, nos termos do art. 2º, das Portarias DNC 55 e 67/1997, era esta que ficava obrigada a recolher à conta Frete de Uniformização de Preços - FUP o valor de R$ 0,0171/l nas vendas efetuadas diretamente para consumidores.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

> VII - Sucessivamente, no exame do mérito, constatou-se que as distribuidoras de combustíveis, **autorizatárias** de atividade de utilidade pública (setor petrolífero), ficavam obrigadas a recolher a chamada 'Fupinha' apenas na hipótese de venda de óleo diesel, diretamente, a grandes consumidores; não se computando o referido **aditivo de preço** na hipótese de venda deste derivado aos TRR's (transportadores/revendedores/retalhistas).
> VIII - Tal exigência – de natureza contratual – decorria de atividade regulatória de preços pelo Estado e extraía seu fundamento de validade dos arts. 87, II, 170, incisos IV, V e VII, 173, 174 e 177, da CF de 1988, dos arts. 9º, 69 e 73, da Lei 9.478/1997, do art. 12, IX, do Decreto 507/1992 e da Portaria Interministerial 293/1997.
> IX - Caracterizava-se, portanto, como parcela do preço tabelado pelo Poder Público, imposto, no período de janeiro de 1998 a dezembro de 2001, às vendas de óleo diesel (Portaria Interministerial 293/1997), e ao qual, principalmente, as unidades produtoras ou de processamento ficavam subordinadas, em razão do disposto no art. 69 da Lei 9.478/1997.
> X - Desta forma, por questões de política econômica, calcada na defesa do consumidor e na garantia da livre iniciativa, toda vez que a distribuidora optasse por vender óleo diesel, diretamente, aos grandes consumidores – **suprimindo a fase de *revenda*** –, deveria pagar à refinaria – **in casu**, a Petrobrás – preço majorado (preço tabelado + *R$ 0,0171/l*); ao passo que se vendesse ao chamado TRR (transportador/revendedor/retalhista) pagaria somente o preço tabelado.
> XI - Em síntese, a 'Fupinha' era parcela integrante do preço de venda de combustível (óleo diesel), praticado pela Petrobrás – à época, monopolista da execução das atividades de exploração e de refino (produção e processamento) de petróleo – em conformidade com o regramento (tabelamento) estabelecido pelo Poder Público, ou seja, **preço político**.
> XII - Definida a natureza jurídica da 'Fupinha', aplica-se, no caso em análise, o disposto no art. 1º do Decreto 20.910/1932, restando fulminados pela prescrição eventuais créditos referentes ao período anterior a 25 de abril de 2000.
> XIII - Quanto aos períodos remanescentes, afigura-se improcedente o pleito autoral, dada a constitucionalidade e legalidade da chamada 'Fupinha'.
> XIV - Embargos Infringentes providos, nos termos da fundamentação" (fls. 732/734e).

Opostos Embargos Declaratórios, pela parte autora, em 2º Grau, foram eles parcialmente acolhidos, apenas para a correção de erro material no dispositivo do acórdão dos Embargos Infringentes, nos seguintes termos:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ERRO MATERIAL NO **DISPOSITIVO** – CORREÇÃO – DECISÃO **ULTRA PETITA** – PRELIMINAR AFASTADA QUANDO DO JULGAMENTO DOS

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

> EMBARGOS INFRINGENTES – PRECLUSÃO **PRO JUDICATO** – AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO E DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO – VIA RECURSAL INADEQUADA PARA MODIFICAÇÃO DO JULGADO.
> I - Considerando a existência de erro material no v. acórdão embargado, por ter constado no correspondente **dispositivo que** os Embargos Infringentes da União Federal foram providos por unanimidade de votos quando, em realidade, foram conhecidos e providos por voto da maioria, impõe-se a sua correção, em razão do disposto no art. 463, I, CPC.
> II - Sucessivamente, quanto à preliminar arguida pela embargante de que o v. acórdão embargado seria **ultra petita**, restou devidamente afastada quando do debate por este órgão colegiado acerca dos limites da devolutividade dos Embargos Infringentes da União Federal, operando-se **in casu** a preclusão **pro judicato** (art. 471, **caput**, CPC).
> III - Da mesma forma, não tendo sido verificadas contradições nem omissões no v. acórdão embargado, os Embargos de Declaração se afiguram como via inadequada para modificação do julgado.
> IV - A jurisprudência do STJ 'é pacífica no sentido de que não viola o art. 535 do CPC, nem nega prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia' (EDREsp 486.697, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 02/05/2005, p. 156); bem como, da mesma forma, 'os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória, afirmação que se depreende dos incisos do próprio art. 535 do CPC (...) [sendo] admissível essa espécie recursal quando destinada a atacar, especificamente, um desses vícios do ato decisório, e não para que se adeque a decisão ao entendimento do embargante, nem para o acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e menos ainda para rediscussão de matéria já resolvida' (EDcl no REsp 1.247.001/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011).
> V - Embargos de Declaração parcialmente providos apenas para correção de erro material, a fim de que, em substituição ao trecho 'Decide a Egrégia Segunda Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso, (...)' (fls. 713), passe a constar no dispositivo do v. acórdão embargado 'Decide a Egrégia Segunda Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, conhecer e dar provimento ao recurso, (...)'" (fl. 769e).

Na sequência foram opostos novos Embargos Declaratórios, também pela parte autora, os quais restaram rejeitados, pelo Tribunal de origem, por acórdão integrativo assim ementado:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE ERRO MATERIAL,

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. REPETIÇÃO DE ANTERIORES **ACLARATÓRIOS**. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO.

I - Em se tratando de **segundo** recurso de Embargos de Declaração, o âmbito de cognição desta Corte está restrito à verificação de eventual erro material, omissão, contradição ou obscuridade existentes no v. acórdão de julgamento dos primeiros **Aclaratórios**, sendo inadmissível, nesta fase processual, a análise de questões atinentes à admissibilidade ou ao mérito dos Embargos Infringentes, dada a ocorrência de preclusão consumativa.

II - Compulsando as razões explicitadas pela embargante neste **segundo** recurso de Embargos de Declaração, verifica-se que se limitam a impugnar o v. acórdão de julgamento dos Embargos Infringentes, não apontando qualquer erro material, omissão, contradição ou obscuridade no v. acórdão - ora embargado - de julgamento dos primeiros **Aclaratórios**, o que impõe a sua rejeição, por inobservância dos requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 535, I e II, CPC.

III - A despeito disso, é importante deixar consignado que a arguição acerca da existência de erro material no r. voto vencido (art. 463, I, CPC), ora formulada pela embargante, consiste em mera repetição da preliminar deduzida nos primeiros **Aclaratórios** de que o v. acórdão de julgamento dos Embargos Infringentes seria **ultra petita**.

IV - Conforme lançado no v. acórdão embargado, a citada preliminar restou afastada quando do debate por este órgão colegiado acerca dos limites da devolutividade dos Embargos Infringentes da União Federal, ocasião em que prevaleceu o disposto no r. voto condutor – operando-se, consequentemente, a preclusão **pro judicato** (art. 471, **caput**, CPC).

V - Inadmissível, portanto, a tese de que o r. voto vencido teria, em sua fundamentação, dado provimento parcial ao recurso de Apelação da ora embargante, na medida em que – além de preclusa –, a postulada declaração de ilegalidade ou de inconstitucionalidade da 'Fupinha', neste caso, era, claramente, subjacente e vinculada à pretensão principal desconstitutiva, veiculada por meio da presente Ação Ordinária de Repetição de Indébito.

VI - Ainda, considerando que somente o **dispositivo** faz coisa julgada (arts. 468 e 469, I, CPC), a divergência entre voto vencedor (que dava provimento ao apelo autoral) e voto vencido (que negava provimento ao apelo autoral), para fins de admissibilidade dos Embargos Infringentes, deveria ser aferida a partir daquele (**dispositivo**) – como, de fato, ocorreu – e não a partir da correspondente **fundamentação**.

VII - Por fim, conforme entendimento consolidado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, 'os segundos embargos de declaração devem apontar vícios supostamente surgidos no julgamento dos aclaratórios anteriores, não sendo devida a mera repetição de fundamentos por força da preclusão consumativa' (EDcl nos EDcl no REsp 869.963/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA,

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

julgado em 02/04/2009, DJe 04/05/2009).
VIII - Negar provimento aos Embargos de Declaração" (fls. 798/799e).

Interpostos Recursos Especial e Extraordinário, a parte autora, no Especial, além de divergência jurisprudencial, indicou contrariedade aos arts. 333, I, 334, 460, 463, I, 530 e 535 do CPC/73, bem como aos arts. 3º, 97, 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

Nesta Corte a decisão ora agravada conheceu parcialmente do Recurso Especial, tão somente no tocante à alegada violação aos arts. 460, 463, I, 530 e 535 do CPC/73, e, nessa extensão, negou-lhe provimento, não conhecendo do Especial, quanto à alegada violação aos arts. 333, I, e 334 do CPC/73 e 3º, 97, 150, § 4º, 156, VII, e 168, I do CTN, bem como em relação à suscitada divergência jurisprudencial, por incidência dos óbices das Súmulas 7 e 211 do STJ e 282, 283 e 356 do STF, ensejando a interposição do Agravo interno.

Sem razão, contudo.

DA ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 463, I, E 535 DO CPC/73

Na forma da jurisprudência, "a expressão 'erro material' possui sentido técnico e consiste na existência de flagrante equívoco na utilização de sinais gráficos relacionados com vocábulos referentes ao nome das partes ou do recurso, ou, ainda, a expressões numéricas como datas, valores monetários, etc. Cuida-se, como se vê, de equívoco flagrante, de imediata percepção, consistente na manifesta incompatibilidade entre o que o órgão julgador entendeu ou quis dizer, e, por outro lado, os sinais gráficos para expressar o julgamento. Tal defeito pode ser corrigido de ofício pela autoridade judicial ou mediante a oposição dos Embargos Declaratórios. Não se enquadra no conceito de erro material aquele relacionado com critérios ou elementos do julgamento" (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1.340.444/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, DJe de 15/12/2021).

Na hipótese dos autos, ao contrário do que ora se sustenta, não há falar em violação aos arts. 463, I, e 535 do CPC/73, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão dos Embargos Infringentes e dos acórdãos proferidos em sede de Embargos de Declaração apreciaram, de modo claro, coerente e fundamentado, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, tendo o Tribunal de origem decidido com acerto, ao deixar de reconhecer o apontado erro material consubstanciado no suposto descompasso entre a fundamentação do voto vencido e a parte dispositiva do acórdão da Apelação.

No acórdão dos primeiros Embargos de Declaração, a Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região deixou consignado que, "quanto à preliminar arguida pela recorrente de que o v. acórdão embargado seria **ultra petita**, restou, devidamente, afastada quando do debate por este órgão colegiado acerca dos limites da devolutividade dos Embargos Infringentes da União Federal, ocasião em que prevaleceu o disposto no r. voto condutor, às fls. 645/646 – operando-se, consequentemente, a preclusão **pro**

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

judicato (art. 471, **caput**, CPC) –, (...) Também não se verifica a existência de contradição, omissão ou sequer obscuridade nem, consequentemente, violação ao disposto no art. 535, incisos I e II, CPC, e nos arts. 149 e 150, da CF de 1988, 121 e 166, do CTN, e 2º, das Portarias DNC 55 e 67/1997, uma vez que o v. acórdão embargado enfrentou todas as questões postas em discussão, ainda que com desfecho distinto do ora postulado pela embargante, em seus embargos de declaração, restando desnecessária eventual complementação ou qualquer espécie de esclarecimento" (fls. 765/766e).

Já no acórdão dos segundos Embargos de Declaração, a Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região consignou que "a arguição acerca da existência de erro material no r. voto vencido (art. 463, I, CPC), ora formulada pela embargante, consiste em mera repetição da preliminar deduzida nos primeiros **aclaratórios** de que o v. acórdão de julgamento dos embargos infringentes seria **ultra petita**. (....) Inadmissível, portanto, a tese de que o r. voto vencido teria, em sua fundamentação, dado provimento parcial ao recurso de apelação da ora embargante, na medida em que – além de preclusa – a postulada declaração de ilegalidade ou de inconstitucionalidade da 'Fupinha', neste caso, era, claramente, subjacente e vinculada à pretensão principal desconstitutiva, veiculada por meio da presente Ação Ordinária de Repetição de Indébito. Considerando que somente o **dispositivo** faz coisa julgada (arts. 468 e 469, I, CPC), a divergência entre voto vencedor (que dava provimento ao apelo autoral) e voto vencido (que negava provimento ao apelo autoral), para fins de admissibilidade dos embargos infringentes, deveria ser aferida a partir daquele (**dispositivo**) – como, de fato, ocorreu – e não a partir da correspondente fundamentação" (fls. 794/796e).

Com relação à alegada omissão a respeito do art. 97 do CTN, tal omissão mostra-se irrelevante, pois o Tribunal de origem não estava obrigado a se pronunciar sobre esse dispositivo legal, porquanto foi ele invocado pela parte autora, tardiamente, apenas a partir dos segundos Embargos Declaratórios opostos em 2º Grau.

Da mesma forma, mostra-se irrelevante a alegação de que, "no recurso de apelação, a apelante, ora recorrente, formulou pedido declaratório independente dos pedidos condenatórios" (fl. 824e), não sendo pertinente, ainda, a afirmação de que, "em bons termos processuais, trata-se de duas pretensões distintas, ainda que oriundas de uma mesma causa de pedir – poderiam, em tese, serem duas demandas separadas, inclusive" (fl. 1.150e). Isso porque, segundo a jurisprudência do STJ, o pedido de declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade da cobrança é apenas antecedente lógico do pedido de restituição dos valores cobrados supostamente de modo indevido. Assim, improcedente a pretensão repetitória, nada há a declarar, sendo firme o entendimento desta Corte, outrossim, no sentido de que toda sentença condenatória possui necessariamente conteúdo declaratório do alegado direito, como ilustram os seguintes precedentes, os quais, embora não tratem especificamente da Fupinha, guardam suficiente semelhança com o caso dos autos, a impor a observância de seus fundamentos determinantes:

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

"PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. PEDIDO CONDENATÓRIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DO DEC. 20.910/32.

Consoante entendimento jurisprudencial assente no âmbito desta Turma, não há que se falar em ação declaratória pura, quando o pedido inicial veicula, concomitantemente, não só a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e o INSS, **mas, também, o reconhecimento da ilegalidade do pagamento** relativo às categorias dos trabalhadores rurais, **bem como o reconhecimento do direito à compensação dos valores indevidamente pagos.**

Em casos que tais, tem-se que a ação declaratória cumulada com pedido condenatório sujeita-se aos efeitos da prescrição quinquenal.

Agravo a que se nega provimento" (STJ, AgRg no REsp 165.379/AL, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA TURMA, DJU de 17/09/2001).

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CREDITAMENTO DE ICMS. CARÁTER CONDENATÓRIO. PROCESSO SINCRÉTICO. REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA.

1. **Na atual sistemática Processual Civil Brasileira, que preza pela celeridade e a utilidade da jurisdição, não há como em uma ação que visa a declaração do direito ao creditamento de ICMS apenas declarar tal direito sem haver uma condenação, no caso, repetição ou compensação do débito.**

2. Nessa concepção, na hipótese dos autos **o pedido realizado de cunho declaratório tem, de fato, caráter condenatório, uma vez que a sentença conterá juízo de certeza e de definição a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada, reconhecendo ou não em favor do contribuinte o direito de haver a repetição ou compensação de valor indevidamente recolhido**. Daí, necessária a juntada, na inicial, dos documentos essenciais os quais embasam a pretensão ao direito, *in casu*, a planilha demonstrando quais foram os bens de ativo fixo e materiais de uso e consumo adquiridos.

3. Assim, como a indeterminação versa sobre o *an debeatur*, tratando-se de pedido incerto que impede a defesa da ré ou o próprio julgamento do mérito, a petição inicial deve cumprir os requisitos previstos nos artigos 282 e 283 do CPC, sendo necessária a juntada dos documentos indispensáveis para a análise do direito ao creditamento do ICMS, bem como a indicação do valor da causa.

4. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 745.350/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/12/2009).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. PIS/COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

> INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535, I E II, DO CPC E 165, I, DO CTN. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. O acórdão impugnado não padece de omissão ou contradição. **Não há falar em ação declaratória pura quando o pedido inicial veicula, concomitantemente, não só a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, bem como o reconhecimento do direito à compensação dos valores indevidamente pagos. Improcedente a pretensão ressarcitória, nada há a declarar.**
> 2. Acertado o decreto de prescrição, na medida em que a Primeira Seção firmou o entendimento de que a contagem do prazo prescricional, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, independe da data do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal. Precedente vinculativo: REsp 1.110.578/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 21/5/2010.
> 3. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1.548.494/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/09/2015).

Nesse contexto, repita-se, o Tribunal de origem decidiu com acerto, ao deixar de reconhecer o apontado erro material consubstanciado no suposto descompasso entre a fundamentação do voto vencido e a parte dispositiva do acórdão da Apelação, consignando que "a postulada declaração de ilegalidade ou de inconstitucionalidade da 'Fupinha', neste caso, era, claramente, subjacente e vinculada à pretensão principal desconstitutiva, veiculada por meio da presente Ação Ordinária de Repetição de Indébito" (fl. 795e).

A interpretação lógico-sistemática da petição inicial e da emenda à inicial, bem como dos fundamentos dos votos em conjunto com suas conclusões, e não apenas de afirmações isoladas ou exclusivamente do pedido objeto do item 75, iii, da petição de Apelação, evidencia que foi postulada a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Fupinha como antecedente lógico da pretensão condenatória veiculada nesta Ação Ordinária de Repetição de Indébito, o que se confirma pela leitura, uma vez mais, do seguinte trecho da emenda à inicial: "(b.1) **declarar** a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, e a ilegalidade da retenção da contribuição denominada FUPINHA, em relação à Esso; **e, em conseqüência**: (b2) **condenar** a União a devolver (...)" (fl. 102e). Por conseguinte, os três precedentes persuasivos invocados a fls. 1.151/1.152e do Agravo interno não guardam similitude fático-jurídica com o caso dos autos.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 408.492/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/10/2013; STJ, AgRg no AREsp 406.332/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/11/2013; STJ, AgRg no REsp 1.360.762/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2013.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

No ponto, cabe ressaltar que, segundo entendimento desta Corte, "**não há violação do art. 535, II, do CPC/73 quando a Corte de origem utiliza-se de fundamentação suficiente para dirimir o litígio, ainda que não tenha feito expressa menção a todos os dispositivos legais suscitados pelas partes**" (STJ, REsp 1.512.361/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/09/2017).

Ademais, não cabem Declaratórios com objetivo de provocar prequestionamento, se ausentes omissão, contradição ou obscuridade no julgado (STJ, AgRg no REsp 1.235.316/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 12/05/2011).

Logo, ao contrário do que se sustenta no Recurso Especial e no Agravo interno, não há que se falar em negativa de vigência aos arts. 463, I, e 535 do CPC/73.

ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 530 DO CPC/73

No que diz respeito à alegada violação ao art. 530 do CPC/73, consta do Recurso Especial que o acórdão recorrido "violou também os limites do efeito devolutivo dos Embargos Infringentes ao reexaminar matéria sobre a qual não houve divergência (natureza tributária e ilegalidade da Fupinha). Sendo assim, *d.v.*, violou o art. 530 do CPC, segundo o qual 'cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for *parcial*, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência'", bem como que "o acórdão recorrido também violou o art. 530 do CPC ao reexaminar a prescrição, que havia sido afastada por unanimidade pelo Colegiado, não tendo sido objeto de divergência".

Todavia, como destacou a decisão agravada, é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, "estabelecida a divergência quanto ao acolhimento ou rejeição do pedido, caso em que, então, o desacordo é **total**, as questões suscitadas e discutidas no acórdão podem ser devolvidas nos embargos, à semelhança do que, a teor do art. 515, verifica-se com a apelação" (STJ, REsp 43.301/MG, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, DJU de 12/12/1994).

Vale ressaltar que, na forma da jurisprudência do STJ, "a circunstância de os embargos deverem conter-se nos limites do voto vencido diz com a matéria que pode ser impugnada, com a parte do julgado que se expõe ao recurso. Não significa se haja de ater o julgamento aos mesmos fundamentos do voto dissidente" (STJ, REsp 58.499/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJU de 16/02/1998).

De fato, "a amplitude dos embargos prende-se à conclusão do voto vencido, não a seus fundamentos. Havendo o voto dissidente, na parte conclusiva, divergido inteiramente dos vencedores, possível, no julgamento dos embargos, reformar-se o decidido, adotando-se razão unanimemente rejeitada ao ser apreciada a apelação" (STJ, REsp 81.512/MG, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJU de 06/04/1998).

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

Com efeito, "os embargos infringentes devolvem toda a matéria, alvo de decisão majoritária, ao órgão competente. Se o voto dissidente concluiu pela improcedência **total** do pedido, o julgamento dos infringentes pode não acolher ou acolher total ou parcialmente sua conclusão" (STJ, AgRg no Ag 143.599/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJU de 29/03/1999).

Em semelhante sentido: "Nos embargos infringentes, os limites da devolução são aferidos a partir da diferença havida entre os votos vencedores e o vencido no julgamento da apelação ou da ação rescisória. O órgão **ad quem**, no entanto, não fica adstrito às razões invocadas no voto ensejador do recurso" (STJ, REsp 201.699/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJU de 13/12/1999).

E ainda: "A amplitude dos embargos infringentes diz respeito à conclusão do julgamento, e não aos fundamentos dos votos dissidentes. Destarte, na apreciação do recurso, é possível a invocação de motivos distintos, seja para acolher ou rejeitar a conclusão dos votos majoritários ou minoritários. Precedentes" (STJ, AgRg no Ag 819.402/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJU de 28/05/2007).

E também: "No julgamento dos Embargos Infringentes, o órgão julgador não está adstrito aos fundamentos adotados pelo voto-vencido, apenas às suas conclusões" (STJ, REsp 473.838/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/09/2009).

Na mesma senda: "O órgão julgador dos embargos infringentes não fica adstrito aos fundamentos do voto minoritário, devendo apenas ater-se à diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e do vencido, no julgamento da apelação ou da ação rescisória, de forma que é facultada ao recorrente a utilização de razões diversas das expostas no voto vencido" (STJ, REsp 1.095.840/TO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 15/09/2009).

Em termos semelhantes: "Em embargos infringentes (CPC, art. 530): (a) o desacordo entre votos vencedores e vencido(s) é estabelecido pela conclusão dos votos e não pelos seus fundamentos (que até podem ser diferentes em cada voto); (b) nos limites dessa divergência, o órgão julgador pode acolher uma das conclusões ou pode adotar solução intermediária; em qualquer caso (c) o tribunal não fica vinculado aos fundamentos do acórdão recorrido – seja dos votos vencedores, seja do(s) vencido(s) – podendo, se for o caso, adotar fundamentos novos" (STJ, REsp 1.198.829/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/10/2010).

Na mesma linha, "a adoção de fundamentos diversos do voto vencido no julgamento dos embargos infringentes não viola os limites do recurso, conforme previsto no art. 530 do CPC" (STJ, REsp 1.375.609/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/10/2013).

Na mesma direção, "o art. 530 do CPC disciplina o cabimento de embargos infringentes e seu efeito devolutivo, que deve ser restrito à matéria objeto da divergência apresentada pelo voto vencido, sem, contudo, impor limites à fundamentação do acórdão a ser neles proferido" (STJ, AgInt no AREsp 952.044/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 09/03/2018).

Com efeito, "esta Corte tem o entendimento de que, em sede de embargos infringentes (art. 530 do CPC/1973), o desacordo entre os votos vencedor e vencido é estabelecido pela suas conclusões, e não pelos seus fundamentos (que até podem ser diferentes em cada voto), sendo certo que, nos limites dessa divergência, o órgão julgador pode acolher uma das conclusões ou pode adotar solução intermediária, não ficando o tribunal vinculado aos argumentos do acórdão recorrido – seja do voto vencedor, seja do vencido – podendo até mesmo, se for o caso, adotar fundamentos novos" (STJ, REsp 1.686.060/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/04/2018).

Outrossim, "há divergência **total** se o voto vencido dava pela completa improcedência do pedido e o vencedor pela **integral** procedência" (STJ, AgInt nos EDcl no AgRg no AREsp 253.035/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 19/12/2019).

Mais recentemente, reafirmou-se que "esta Corte possui o entendimento de que, em sede de embargos infringentes (art. 530 do CPC/1973), o desacordo entre os votos vencedor e vencido é estabelecido pela suas conclusões, e não pelos seus fundamentos, sendo certo que, nos limites dessa divergência, o órgão julgador pode acolher uma das conclusões ou pode adotar solução intermediária, não ficando o tribunal vinculado aos argumentos do acórdão recorrido – seja do voto vencedor, seja do vencido – podendo até mesmo, se for o caso, adotar fundamentos novos, desde que submetidos à turma responsável pelo julgamento da apelação" (STJ, AgInt no AREsp 1.232.875/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/12/2020). No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 137.021/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 29/04/2022.

Na interpretação assente do art. 530 do CPC/73, "apura-se a divergência, para efeito do cabimento de embargos infringentes, levando-se em conta a conclusão do acórdão e dos votos proferidos e não da motivação" (STJ, REsp 1.100.945/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 04/08/2009).

Com efeito, "o art. 530 do CPC/1973 dispõe que 'se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência', permitindo a interpretação em sentido contrário de que, em caso de desacordo **total**, não há restrição à cognição das matérias devolvidas no recurso" (STJ, AgInt no REsp 1.943.706/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/11/2022).

No caso concreto, considerando que somente o **dispositivo** do acórdão faz coisa julgada (arts. 468 e 469, I, CPC/73), o Tribunal de origem concluiu, acertadamente, que a divergência entre o voto vencedor (que dava provimento ao apelo autoral) e o voto vencido (que negava provimento ao apelo autoral), para fins de admissibilidade dos Embargos Infringentes, deveria ser aferida a partir daquele (**dispositivo**) – como, de fato, ocorreu – e não a partir dos fundamentos dos votos.

Sobre a possibilidade de conhecimento, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, de matérias de ordem pública, apreciáveis de ofício, tais como

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

prescrição e legitimidade **ad causam**, "a posição adotada pelo acórdão embargado – consistente na possibilidade de reconhecimento de matéria de ordem pública no julgamento dos embargos infringentes – não destoa da orientação firmada em outros julgados desta Corte Superior. Precedentes: AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.258.627/PE, 6ª Turma, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), DJe de 27/06/2014 e REsp 304.629/SP, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 16/03/2009" (STJ, AgRg nos EREsp 1.375.609/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, DJe de 02/02/2015).

Com efeito, "a posição atual e dominante que vigora nesta Corte é no sentido de que é possível ao julgador conhecer de matéria de ordem pública no julgamento dos embargos infringentes. Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.258.627/PE, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, DJe 2/9/2014; e AgInt no AREsp 569.059/PE, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/8/2018, DJe 23/8/2018" (STJ, AgInt nos EREsp 1.375.609/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 05/06/2020).

No mesmo sentido: "O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, em sede de embargos infringentes, deve-se conhecer de ofício a matéria de ordem pública, ainda que esta não esteja inserida no âmbito devolutivo deste recurso, isto é, ainda que a questão de ordem pública não se inclua nos limites da divergência" (STJ, REsp 284.523/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJU de 25/06/2001).

E mais: "A jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido de que as matérias de ordem pública podem ser conhecidas mesmo no julgamento dos embargos infringentes, por força do efeito translativo desse recurso" (STJ, AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.258.627/PE, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE), SEXTA TURMA, DJe de 27/06/2014).

E ainda: "É possível o conhecimento de questões de ordem pública em embargos infringentes, por força do efeito translativo (Precedente específico: REsp 304.629/SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 16/3/2009)" (STJ, AgRg no REsp 1.289.600/TO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 17/12/2014).

Portanto, o acórdão da Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região conferiu ao art. 530 do CPC/73 interpretação em harmonia com a jurisprudência dominante do STJ, na esteira dos múltiplos precedentes supracitados.

Sobre os oito precedentes persuasivos invocados a fls. 1.153/1.155e deste Agravo interno – AgRg no Ag 1.134.764/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/05/2010; AgRg no REsp 1.231.133/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 27/09/2012; AgRg no REsp 1.367.175/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/04/2013; AgRg no REsp 1.158.621/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 24/02/2014; AgRg no REsp 1.445.857/RS, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/9/2015; AgInt no AREsp 265.944/SC, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/11/2017; REsp 1.559.224/GO, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/6/2019; AgInt no AREsp 1.232.875/PE, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 1/12/2020 –, não guardam eles suficiente similitude fático-jurídica com o caso dos autos.

Com efeito, no presente caso trata-se de hipótese de desacordo **total**, com controvérsia sobre os limites do efeito devolutivo dos embargos infringentes, em relação a questões que foram decididas no julgamento não unânime da Apelação. Por sua vez, os cinco primeiros supracitados precedentes versam sobre a hipótese de desacordo *parcial*. O sexto e o sétimo precedentes acima tratam do próprio cabimento do recurso de embargos infringentes, sem controvérsia acerca dos limites do efeito devolutivo desse recurso previsto no art. 530 do CPC/73 (STJ, AgInt no AREsp 265.944/SC, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/11/2017; REsp 1.559.224/GO, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/6/2019). O oitavo e último precedente invocado versa sobre questão que não foi devolvida ao Tribunal de origem por ocasião da apelação, tendo sido suscitada pela primeira vez somente em sede de contrarrazões dos embargos infringentes, constituindo nítida inovação e ultrapassando os limites da devolutividade dos embargos infringentes (STJ, AgInt no AREsp 1.232.875/PE, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 1/12/2020).

Acrescente-se que, no caso, por se tratar de desacordo **total** entre o voto vencido e os votos vencedores, **relativamente ao dispositivo do acórdão da Apelação**, é inaplicável a Súmula 354 do STF ("Em caso de embargos infringentes **parciais**, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação").

DA ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 460 DO CPC/73

No tocante à alegada violação ao art. 460 do CPC/73, alegou-se, no Recurso Especial, que "o reexame da legalidade e da natureza tributária da Fupinha não foi objeto de impugnação nos Embargos Infringentes, razão pela qual, ao julgar matéria não devolvida por meio de impugnação recursal, o Tribunal decidiu fora dos limites do pedido e da impugnação (**ultra petita**)" (fl. 843e).

No entanto, aplicam-se, aqui, pela suficiente semelhança com o caso dos autos, as mesmas razões adotadas pela Primeira Turma do STJ, no julgamento do AgRg no REsp 1.028.031/RJ, no sentido de que "não ocorreu o alegado julgamento **extra petita**. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que, em se tratando de embargos infringentes, o desacordo entre os votos vencedores e vencido é estabelecido pela conclusão dos votos, não havendo qualquer vinculação do Tribunal ou do recorrente aos fundamentos do acórdão recorrido. (...) No caso, tendo havido divergência **total** (a

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

maioria julgando procedente o pedido e o voto vencido julgando-o improcedente), abriu-se à parte vencida a faculdade de invocar, em embargos, todo e qualquer fundamento que pudesse conduzir a um juízo de improcedência, mesmo que não enfrentado pelo voto vencido" (STJ, AgRg no REsp 1.028.031/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/09/2012).

Trata-se do clássico princípio **ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio** (onde existe a mesma razão fundamental, deve prevalecer a mesma regra de direito).

No presente caso, ao julgar os Embargos Infringentes, o Tribunal de origem consignou que, "quanto às preliminares de prescrição – reiterada pela embargante (fls. 484) –, e de ilegitimidade ativa **ad causam** – esta arguida, de modo superveniente, pelo Ministério Público Federal (fls. 567/571) – se referem a matéria de ordem pública e, portanto, são passíveis de conhecimento, inclusive, de ofício por este órgão colegiado nesta esfera recursal, mesmo que sobre elas não tenha havido divergência nem prévio debate por ocasião do julgamento do recurso de apelação" (fl. 663e); que "no julgamento dos embargos infringentes, o órgão **ad quem** não fica adstrito à fundamentação exposta no voto vencido, sendo os limites da devolutividade do referido recurso aferidos a partir da divergência havida entre a parte dispositiva deste e aquela do voto vencedor" (fl. 666e); e que "em que pese ambos os votos vencedor e vencido terem convergido, **em parte** da fundamentação, no tocante à natureza tributária da parcela Fupinha, é fato, pois, que, manifestamente, **divergiram no dispositivo**, na medida em que o primeiro (vencedor) dava provimento à apelação da COSAN (fls. 471 e 473) e o segundo (vencido) negava-lhe provimento, mantendo, consequentemente, a r. sentença de piso (fls. 458)" (fl. 667e).

E, por ocasião do julgamento dos primeiros Embargos Declaratórios, o Tribunal de origem ainda deixou assentado que, "quanto à preliminar arguida pela embargante de que o v. acórdão embargado seria **ultra petita**, restou, devidamente, afastada quando do debate por este órgão colegiado acerca dos limites da devolutividade dos Embargos Infringentes da União Federal, operando-se **in casu** a preclusão **pro judicato** (art. 471, **caput**, CPC)" (fl. 769e).

Tendo em vista que, no âmbito da Quarta Turma Especializada do Tribunal de origem, **houve desacordo *total* entre a *conclusão do voto minoritário***, que **negava provimento** à Apelação, **e a *conclusão da maioria***, que **dava provimento ao recurso**, para julgar procedentes os pedidos da petição inicial **em sua totalidade**, e levando-se em consideração que, em se tratando de embargos infringentes, a divergência entre os votos vencedores e vencido é estabelecida pela conclusão dos votos, não havendo qualquer vinculação do Tribunal ou do recorrente aos fundamentos do acórdão recorrido, podendo a parte vencida, em caso de **desacordo *total***, invocar todo e qualquer fundamento que conduza a um julgamento que lhe seja favorável, mesmo que não enfrentado pelo voto vencido, não restou configurado julgamento **ultra petita**, na espécie, de vez que o exame das questões em torno da legitimidade ativa **ad causam**, da prescrição e da natureza jurídica e legalidade da Fupinha encontrava-se inserido dentro dos limites do efeito

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

devolutivo dos Embargos Infringentes.

Portanto, sem razão a parte autora quando afirma, no Agravo interno, que "a decisão agravada cometeu um equívoco, **d.v.**, citando precedentes que não se aplicam ao caso dos autos, além de lá se tratar de decisão **extra petita**, e não **ultra petita**, como aqui configurado" (fl. 1.152e), e que "o julgamento dos Embargos Infringentes apreciou matéria não deduzida no recurso, configurando, assim, violação ao comando do art. 460 do CPC, o que enseja a anulação do acórdão por essa C. Corte Especial".

DA ALEGADA VIOLAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DO ART. 97 DO CTN

No tocante à alegada violação e interpretação divergente do art. 97 do CTN, o qual foi invocado pela parte autora, tardiamente, apenas a partir dos segundos Embargos de Declaração opostos em 2º Grau, o Recurso Especial é inadmissível, por falta de prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ, sendo certo que, em consonância com a jurisprudência do STJ, "os fundamentos utilizados no julgamento da apelação não se prestam para aferir o cumprimento do requisito do prequestionamento pois, com a interposição dos embargos infringentes em relação ao tema, o acórdão proferido neste último recurso substituiu o julgado anterior" (STJ, AgRg no Ag 1.255.260/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 19/03/2013).

Impende salientar que inexiste contradição em afastar a alegada violação ao art. 535 do CPC/73 e, concomitantemente, não conhecer do Recurso Especial – no tocante à alegada violação e interpretação divergente do art. 97 do CTN –, por ausência de prequestionamento, uma vez que o acórdão recorrido se encontra devidamente fundamentado e a Segunda Seção Especializada do TRF/2ª Região não estava obrigada a se pronunciar sobre esse dispositivo legal tardiamente invocado pela parte recorrente, conforme vem decidindo o STJ, **in verbis**:

> "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO LEGAL. FUNDAMENTOS COMPATÍVEIS ENTRE SI.
> 1. O provimento do recurso especial por acolhimento da preliminar de violação do art. 535 do CPC ocorre em casos de deficiência na prestação jurisdicional conferida na origem, tal qual a ausência de manifestação sobre questão relevante para o deslinde da controvérsia.
> 2. No caso dos autos, o Tribunal de manifestou de forma conclusiva e suficiente para por fim à demanda, ainda que não tenha se manifestado sobre o dispositivo legal alegado pela parte, eis que o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

> 3. Dessa forma, **é possível afastar a violação do art. 535 do CPC e, ainda assim, deixar de conhecer do recurso por ausência de prequestionamento do dispositivo legal, tendo em vista que ambos os fundamentos são autônomos e o não acolhimento de um não implica o acolhimento do outro.**
> 4. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.217.294/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/03/2013).

Em igual sentido: "Inviável a acolhida da negativa de prestação jurisdicional se a matéria sequer foi devolvida para apreciação do Tribunal estadual, tratando-se de verdadeira inovação quando da oposição dos segundos embargos declaratórios em face do acórdão que rejeitou os embargos infringentes" (STJ, AgRg no REsp 1.553.221/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 30/11/2016).

DA ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 150, § 4º, 156, VII, E 168, I, DO CTN

No que se refere à violação e interpretação divergente dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN, os quais somente foram invocados, pela parte autora, a partir da interposição do Recurso Especial, a pretensão recursal mostra-se inadmissível, no particular, por falta de prequestionamento, o que atrai a incidência analógica das Súmulas 282 e 356 do STF, sendo oportuno reafirmar que, no tocante aos supracitados dispositivos do CTN, em consonância com a jurisprudência do STJ, "os fundamentos utilizados no julgamento da apelação não se prestam para aferir o cumprimento do requisito do prequestionamento pois, com a interposição dos embargos infringentes em relação ao tema, o acórdão proferido neste último recurso substituiu o julgado anterior" (STJ, AgRg no Ag 1.255.260/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 19/03/2013).

Convém ressaltar que, nesta Ação Ordinária de Repetição de Indébito, ajuizada em 25/04/2005, a parte autora – sem sustentar oportunamente, na petição inicial, a chamada tese dos cinco anos mais cinco (tese aplicável às ações de repetição de tributos sujeitos a lançamento por homologação ajuizadas antes de 09/06/2005, data de início da vigência da Lei Complementar 118/2005) – reconheceu que "os pagamentos feitos pela Esso no período compreendido entre novembro de 1997 (início da incidência da FUPINHA) até janeiro de 1998 têm sua pretensão de repetição fulminada pela prescrição" (fl. 14e), de modo que configura inovação recursal a apresentação da chamada tese dos "cinco mais cinco", em sede de Recurso Especial.

DA ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 3º DO CTN

Com relação à alegada violação e interpretação divergente do art. 3º do CTN, o Recurso Especial não deve ser conhecido, por quaisquer das alíneas do

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

permissivo constitucional, em face da incidência analógica do óbice da Súmula 283/STF, pois o acórdão recorrido restou assentado em mais de um fundamento suficiente e a parte autora, nas razões do Especial, basicamente sustentou que a Fupinha possuiria natureza jurídica de tributo, e não de preço político, deixando, contudo, de impugnar, especificamente, os demais fundamentos suficientes sintetizados no seguinte capítulo do acórdão recorrido:

> "Mas, enfim, a que título era paga a 'Fupinha' e por que esta incidia somente nas operações de venda de óleo diesel realizadas pelas distribuidoras, diretamente, aos grandes consumidores?
> **Primeiro**, é importante deixar consignado que a 'Fupinha' decorria da atividade regulatória de preços pelo Estado e extraía seu fundamento de validade dos arts. 87, II, 170, incisos IV, V e VII, 173, 174 e 177, da CF de 1988, dos arts. 9°, 69 e 73, da Lei 9.478/1997, do art. 12, IX, do Decreto 507/1992 e da Portaria Interministerial 293/1997.
> (...)
> **Segundo**, a 'Fupinha' se caracterizava como parcela do preço tabelado pelo Poder Público, imposto à época às vendas de óleo diesel (Portaria Interministerial 293/1997), e ao qual, principalmente, as unidades produtoras ou de processamento ficavam subordinadas, em razão do disposto no art. 69, da Lei 9.478/1997.
> **Terceiro**, considerando que a Petrobrás era, no referido período de transição, a única unidade produtora e de processamento – já que detinha, de fato, o monopólio da execução destas atividades –, vendia o óleo diesel às distribuidoras pelo preço estipulado em conformidade com a Portaria Interministerial 293/1997 e as Portarias DNC 55/97 e 67/97; seguindo, portanto, rigorosamente, a política econômica governamental imposta ao referido setor, inclusive por se tratar de empresa controlada pela União Federal (arts. 61 e 62, da Lei 9.478/1997).
> Ou seja, concretamente, sempre que a distribuidora Esso (atual Cosan) comprava da Petrobrás óleo diesel, comprometia-se a pagar a esta o preço por esta fixado em conformidade com a Portaria Interministerial 293/1997 e com as Portarias DNC nos 55/97 e 67/97.
> **Quarto**, por questões de política econômica, calcada na defesa do consumidor e na garantia da livre iniciativa, toda vez que a distribuidora Esso (atual Cosan) optasse por vender óleo diesel, diretamente, aos grandes consumidores – suprimindo, portanto, a fase de revenda –, deveria pagar à refinaria – **in casu**, a Petrobrás – preço majorado (preço tabelado + R$ 0,0171/l); ao passo que se vendesse ao chamado TRR (transportador/revendedor/retalhista) pagaria somente o preço tabelado.
> A 'Fupinha', portanto, correspondia:
> - ao acréscimo de R$ 0,0171/l no preço do óleo diesel cobrado pela Petrobrás das distribuidoras;
> - sendo que o referido preço majorado se aplicava apenas às operações de venda direta realizadas pelas distribuidoras aos grandes consumidores;

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

- e tinha por fundamento a política econômica imposta, à época, pelo Poder Público ao referido setor de combustíveis, dirigida à preservação de participação dos TRR's (transportadores/revendedores/retalhistas) no mercado de revenda de combustíveis e à garantia de tratamento isonômico de todos os consumidores (grandes, médios e pequenos) – que comprariam, a final, o óleo diesel por preço similar.

Nesse diapasão, é importante lembrar que as distribuidoras estavam autorizadas a vender, diretamente, somente para os grandes consumidores e para os TRR's, sendo que os demais consumidores (pequenos e médios) compravam o óleo diesel dos TRR's (varejistas). Consequentemente, os pequenos e médios consumidores pagariam preço superior àquele obtido pelos grandes consumidores no atacado, caso não tivesse sido adicionado a este a chamada 'Fupinha' – a revelar o seu caráter uniformizador.

Quinto, o dever de pagar o preço exigido pela Petrobrás tinha por fundamento negócio jurídico de compra e venda, celebrado entre esta e a referida distribuidora (Esso/Cosan), tendo, portanto, a 'Fupinha', na condição de parcela integrante do preço, natureza contratual.

Em razão disso, a 'Fupinha' era contabilizada na conta FUP, integrante da 'conta petróleo', por meio da qual a Petrobrás, a partir de informações prestadas, diretamente, pelas distribuidoras (Portaria CNP-DIPLAN 16/1989), procedia ao correspondente ajuste dos preços de venda dos combustíveis.

Sexto, o preço praticado pela refinaria (Petrobrás) era definido em razão das subsequentes fases da atividade petrolífera.

Assim, em se tratando de venda direta de óleo diesel por distribuidora (Esso/Cosan) a grande consumidor, o preço final (ajustado) a ser pago por esta (Esso/Cosan) à refinaria (Petrobrás) restaria majorado (preço tabelado/inicial + 'Fupinha') – o que, contabilmente, se traduziria em débito da distribuidora (Esso/Cosan) junto à refinaria (Petrobrás), conforme se infere pelos documentos de fls. 103/107.

Estabelecidas essas importantes premissas, é possível, em conclusão, afirmar que a 'Fupinha':

(1º) Não se tratava de prestação compulsória decorrente do poder de império do Estado, razão pela qual destituída de natureza tributária (art. 3º, CTN);

sendo paga, conforme visto, em razão de negócio jurídico de compra e venda celebrado entre a refinaria monopolista (Petrobrás) e as distribuidoras de combustíveis (**in casu**, a Esso/Cosan) – e somente na hipótese em que estas optassem por vender óleo diesel, diretamente, a grandes consumidores;

(2º) Tampouco a referida verba se enquadrava como preço público (ou tarifa), pois não correspondia, a toda evidência, à contraprestação paga pelas distribuidoras de combustíveis por serviço público prestado pela refinaria (Petrobrás);

(3º) Consistia em parcela integrante do preço de venda de combustível (óleo diesel), praticado pela Petrobrás em conformidade com o regramento

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

> (tabelamento) estabelecido pelo Poder Público.
> A 'Fupinha' era, portanto, preço, enquadrando-se no conceito de 'preço político' que, nas palavras do saudoso mestre português Marcelo Caetano, em sua obra 'Princípios fundamentais do direito administrativo', se diferenciava do chamado 'preço econômico' ou 'preço de mercado' em razão do seguinte:
> (...)
> Por fim, é importante ressaltar que a 'Fupinha' somente subsistiu enquanto a Petrobrás atuou, com exclusividade, na atividade de exploração e refino do petróleo – cenário em que se legitimava a adoção de 'preço político' (consubstanciado no tabelamento do preço de venda do óleo diesel) –, sendo extinta, em dezembro de 2001, pela Portaria ANP 291/2001" (fls. 686/691e).

DA ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO CPC/73

No tocante à alegada violação ao art. 333, I, do CPC/73, o Recurso Especial é inadmissível, pois o Tribunal de origem, soberano no exame do conjunto fático-probatório dos autos, deixou consignado que "a presente demanda não está lastreada em um mínimo de prova, já que a documentação carreada aos autos pela autora, ora embargada – em especial, aqueles de fls. 103/107 – não tem, sequer potencialmente, a aptidão de demonstrar o fato constitutivo do alegado direito (art. 333, I, CPC). Em síntese, não há nos autos prova de que, no período de janeiro de 1998 a dezembro de 2001, a autora tenha efetuado quaisquer recolhimentos, a título de 'FUPINHA', em favor da União Federal" (fl. 692e). Nesse contexto, para chegar a conclusão em sentido diverso, esta Corte Superior teria que reexaminar as provas produzidas no processo, providência vedada, em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

DA SUSCITADA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

No tocante à hipótese de cabimento de Recurso Especial prevista na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal – quando o acórdão recorrido der, a dispositivo de lei federal, interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal –, é firme o entendimento desta Corte no sentido de que "os mesmos óbices impostos à admissão do recurso pela alínea **a** do permissivo constitucional impedem a análise recursal pela alínea **c**, ficando prejudicada a análise do dissídio jurisprudencial" (STJ, AgInt no REsp 1.503.880/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018).

Portanto, no que se refere à suscitada divergência jurisprudencial relacionada aos arts. 3º, 97, 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN, a irresignação não deve ser conhecida, como já demonstrado nos tópicos anteriores, em razão da incidência dos óbices das Súmulas 283 do STF (quanto ao art. 3º do CTN), 211 do STJ (no que tange ao

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

art. 97 do CTN) e 282 e 356 do STF (no tocante aos 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, com relação ao ponto do Agravo interno em que ficou consignado que, "quanto à natureza jurídica da 'Fupinha', inúmeros precedentes desse C. Superior Tribunal de Justiça têm reconhecido que a 'Fupinha' tem natureza tributária, uma vez que aplicam a ela as normas e princípios de Direito Tributário" (fl. 1.163e), embora a parte autora mencione um único precedente (fls. 1.163/1.164e), nele **o STJ não decidiu sobre a natureza jurídica da Fupinha, tampouco sobre sua legalidade e/ou constitucionalidade**, mas tão somente reconheceu a ilegitimidade ativa **ad causam** do consumidor final para ajuizar ação de repetição de indébito referente à Fupinha. Com efeito, do inteiro teor do acórdão do citado precedente do STJ, colhe-se que "**a questão da ilegitimidade ativa da empresa de transporte para pleitear a repetição de indébito relativo à Fupinha foi debatida, desde a petição inicial, à luz dos arts. 121 e 166 do CTN: partiu-se da premissa de que a exação teria natureza tributária. Sob esse aspecto o Tribunal de origem acolheu a preliminar, e o Recurso Especial funda-se, exclusivamente, na ofensa aos arts. 121 e 166 do CTN**. Portanto, **deve-se desde logo ressaltar que não estão em discussão, nesse momento, a natureza e a legalidade/constitucionalidade da exação**" (STJ, REsp 938.459/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/08/2009).

Por último, levando-se em conta a declaração de inadmissibilidade do Recurso Especial, especificamente em relação aos dispositivos do CTN e ao art. 333, I, do CPC/73, o pretendido pronunciamento do STJ sobre o mérito recursal relacionado a tais dispositivos é incompatível com o não conhecimento do Especial, no particular.

Quanto à incompatibilidade da decisão de não conhecimento do recurso com o pronunciamento do Tribunal sobre o mérito recursal, pertinente a lição doutrinária do saudoso processualista JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, segundo a qual "é evidentíssimo que não configura vício algum – muito ao contrário! – o silêncio do órgão judicial sobre matéria cuja apreciação seria incompatível com a decisão tomada. Assim, por exemplo, não têm como vingar embargos de declaração em que se alega a 'omissão' do acórdão no tocante a questões de mérito, se o tribunal não conheceu do recurso, por falta de requisitos de admissibilidade" (**in** Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 550).

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É o voto.

Documento eletrônico VDA36697034 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 15/05/2023 18:20:09
Código de Controle do Documento: 415E9289-C4AA-4A50-937F-04F1E6719A27

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

AgInt no REsp 1.641.968 / RJ

Número Registro: 2015/0305433-7 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
00077406420054025101 200551010077402

Sessão Virtual de 16/05/2023 a 22/05/2023

Relator do AgInt
Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A.
ADVOGADOS	: ANNA MARIA DA TRINDADE DOS REIS - DF006811
	GUSTAVO PERSCH HOLZBACH - DF021403
	ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO - SP196655
RECORRIDO	: UNIÃO

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES - CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE)

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	: COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A.
ADVOGADOS	: ANNA MARIA DA TRINDADE DOS REIS - DF006811
	GUSTAVO PERSCH HOLZBACH - DF021403
	ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO - SP196655
AGRAVADO	: UNIÃO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). GUSTAVO PERSCH HOLZBACH, pela parte: AGRAVANTE: COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A..

TERMO

Documento eletrônico VDA36864815 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 23/05/2023 00:27:02
Código de Controle do Documento: 2eaf144b-f15a-44b7-9b0c-20ce58ef8879

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 16/05/2023 a 22/05/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 23 de maio de 2023

Documento eletrônico VDA36864815 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 23/05/2023 00:27:02
Código de Controle do Documento: 2eaf144b-f15a-44b7-9b0c-20ce58ef8879