

RECURSO ESPECIAL Nº 1.730.218 - SP (2018/0059380-3)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
RECORRENTE : **FAZENDA NACIONAL**
RECORRIDO : **ANIELLO MIRALDI - ESPÓLIO**
REPR. POR : **ANGELA APARECIDA MIRALDI - INVENTARIANTE**
RECORRIDO : **ADILSON MIRALDI**
RECORRIDO : **ADEMIR MIRALDI**
ADVOGADOS : **SÉRGIO JOSÉ SCALASSARA - PR019268**
 JOAO HERMES PIGNATARI JUNIOR E OUTRO(S) - SP073603
INTERES. : **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL**
INTERES. : **MELITO CALCADOS LTDA**

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, interposto pela FAZENDA NACIONAL, em 31/08/2016, por meio do qual se impugna acórdão, proferido do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DO §1º DO ART. 557, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO. EMPRESA COM FALÊNCIA DECRETADA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NOS AUTOS QUE COMPROVEM GESTÃO IRREGULAR OU FRAUDULENTA. IMPOSSIBILIDADE. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO OU AÇÃO PARA APURAR A EXISTÊNCIA DE CONDUTA CRIMINOSA POR PARTE DOS DIRIGENTES DA SOCIEDADE.

I. A teor do disposto no artigo 557, 'caput', do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente improcedente, inadmissível ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal respectivo ou de Tribunal Superior.

II. Na hipótese, verifica-se que a parte recorrente não logrou demonstrar a inexistência da invocada jurisprudência dominante, no sentido de que se encontrando a executada em processo falimentar e inexistindo nos autos indicação ou conclusão acerca de eventual ocorrência de gestão irregular ou fraudulenta por parte dos dirigentes da executada, afigura-se impertinente a inclusão dos mesmos no polo passivo.

III. Por outro lado, a despeito de constar da Certidão de Dívida Ativa que o débito tem por base legal o disposto nos artigos 12, I e VI, artigo 20, art. 28, I, 30, I, 'a' e 'b', e art. 95, 'd', todos da Lei nº

8.212/91, não prescinde de demonstração pela exequente de apuração de eventual delito de apropriação indébita previdenciária prevista no artigo 168-A do Código Penal.

IV. Na hipótese dos autos, inexistente qualquer notícia acerca de eventual instauração de procedimento ou ação tendente a apurar a existência de conduta delituosa por parte dos dirigentes da sociedade.

V. Assim sendo, à míngua de demais elementos de prova, tem-se por indevida a manutenção dos agravados no polo passivo da execução nos termos do artigo 135, III, do CTN.

VI. Agravo desprovido" (fls. 786/787e).

Embargos de Declaração rejeitados (fls. 798/803e).

No Recurso Especial, interposto com base na alínea **a** do permissivo constitucional, alega-se violação ao disposto nos arts. 535, II, do CPC/73, 4º, § 2º, da Lei 6.830/80, 124, II, 135, III, e 204, parágrafo único, do CTN, 168-A do Código Penal e 30, I, **b**, da Lei 8.212/91.

Sustenta-se, no que ora importa, sucintamente, o seguinte:

"É FUNDAMENTAL CONSIGNAR QUE, CONFORME EXPRESSADO NA INICIAL e NA CDA, O PRESENTE CASO CUIDA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DOS EMPREGADOS E NÃO REPASSADAS AO INSS, CONFIGURANDO NÃO APENAS INFRAÇÃO À LEI, MAS CRIME PREVISTO NO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL, SUFICIENTE À PLENA APLICABILIDADE DO ART. 135, III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL" (fl. 809e).

Requer-se, por fim, "a admissão do presente Recurso Especial e, após seu processamento regular, o provimento da pretensão recursal perante o Colendo Superior Tribunal de Justiça de modo a se reformar o Acórdão recorrido" (fl. 814e).

Contrarrazões às fls. 818/835e.

Recurso Especial admitido (fls. 866/868e).

O presente recurso merece prosperar.

Orienta-se a atual jurisprudência do STJ no sentido de que, uma vez havendo, em princípio, apropriação indébita de contribuição previdenciária, tem-se por praticado o ato ilícito, requerido no art. 135, III, do CTN, para a responsabilização pessoal dos administradores da sociedade empresária.

Senão, vejamos:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DESCONTO. RETENÇÃO. INFRAÇÃO À LEI.

CONFIGURAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS SÓCIOS. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTOS RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Primeira Turma do STJ firmou entendimento de que constitui infração à lei prevista no art. 135 do CTN, e não mero inadimplemento da obrigação tributária, a conduta praticada pelo sócio-gerente que recolhe as contribuições previdenciárias dos salários dos empregados da empresa executada (art. 20 da Lei n. 8.212/91) e não as repassa ao INSS, o que respalda a legitimidade passiva dos sócios para o executivo fiscal em tela. Precedente: REsp 989.724/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 03/03/2008.

2. As razões de agravo interno indevidamente inovam a fundamentação recursal ao sustentar a ilegitimidade dos sócios com base na alegação de que teriam deixado o quadro societário antes da dissolução irregular da sociedade empresária e o excesso da execução, questões não trazidas no recurso especial.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no REsp 1.371.547/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/09/2014).

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO. DÉBITOS PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL. TESE DA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO DOS SALÁRIOS DOS EMPREGADOS NÃO REPASSADA AO INSS. INFRAÇÃO À LEI. ART. 135, DO CTN.

1. O Tribunal 'a quo' excluiu a responsabilidade tributária do sócio em relação aos tributos inadimplidos e a manteve em relação à contribuição previdenciária descontada (retida) no salário dos empregados e não repassada ao INSS.

2. A tese suscitada pelo agravante – de que, com a decretação da falência da empresa, em 1991, o redirecionamento deveria ser feito à Massa Falida – não foi analisada pela Corte local, tampouco foi suscitada ofensa ao art. 535 do CPC/1973. Sendo assim, é inviável a sua análise no STJ, por ausência de

prequestionamento, e pela impossibilidade de supressão de instância e de revolvimento do acervo fático-probatório.

3. A orientação do STJ é pacífica no sentido de que constitui ilícito, para fins de viabilizar o redirecionamento, o ato omissivo consistente na ausência de repasse das contribuições previdenciárias descontadas no salário dos empregados, o que ocorreu no caso dos autos.

4. Agravo Interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 938101/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/11/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao Recurso Especial fazendário, de modo a determinar a inclusão dos ora recorridos no polo passivo da execução fiscal.

Sem honorários. Decisão interlocutória.

I.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora