RECURSO ESPECIAL Nº 1.694.117 - PB (2017/0211449-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
RECORRENTE	:	ESTADO DA PARAÍBA
PROCURADOR	:	IGOR DE ROSALMEIDA DANTAS E OUTRO(S) - PB016663
RECORRIDO	:	CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
ADVOGADOS	:	DANIEL ARRUDA DE FARIAS - PB010961
		ANTÔNIO CABRAL DA SILVA JÚNIOR - PE021020
		ALEXANDRE GOIS DE VICTOR - PE016379
		LUIS JOSÉ MARANHÃO NETO - PE026333
		LUCIANA CARMÉLIO SILVA RODRIGUES MELO - PB012687
		GUSTAVO CESAR DE SOUTO RAMOS OLIVEIRA E OUTRO(S) - PB016754
		ITANA MOREIRA AMARAL OLIVEIRA - PE034598
		VITÓRIA CORDEIRO DIAS DE SOUZA - PE044045
AGRAVANTE	:	CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
ADVOGADOS	:	ALEXANDRE GOIS DE VICTOR - PE016379
		LUIS JOSÉ MARANHÃO NETO - PE026333
		GUSTAVO CESAR DE SOUTO RAMOS OLIVEIRA E OUTRO(S) - PB016754
AGRAVADO	:	ESTADO DA PARAÍBA
PROCURADOR	:	ALESSANDRA FERREIRA ARAGÃO E OUTRO(S)

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo ESTADO DA PARAÍBA, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, assim ementado:

> "APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - PROCEDÊNCIA PARCIAL - IRRESIGNAÇÃO - PRIMEIRO APELO (INTERPOSTO PELO ESTADO DA PARAÍBA) - ALEGADA A IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO - APLICAÇÃO DO ART. 106 DO CTN - LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORAÇÃO - SEGUNDO APELO - BIS IN IDEM - INOCORRÊNCIA - REITERAÇÃO DA CONDUTA OMISSIVA - DESOBEDIÊNCIA À LEGISLAÇÃO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - PROVIMENTO PARCIAL À PRIMEIRA APELAÇÃO E DESPROVIMENTO DO SEGUNDO RECURSO APELATÓRIO.
>
> - 'Enquanto não encerrada definitivamente a execução, é aplicável o art. 106, II, c, do CTN. que permite a redução da multa prevista na Lei mais nova, por ser mais benéfica ao contribuinte, mesmo a fatos

> anteriores à legislação aplicada' (TRF 2ª R.: AC 0527722-70.2006.4.02.5101; RJ; Terceira Turma Especializada; Relª Desª Fed. Cláudia Maria Pereira Bastos Neiva; Julg. 10/12/2013; DEJF 30/01/2014; Pág. 404).
>
> - 'Inexistência de vícios formais no auto de infração. Bis in idem. Não caracterização. Reiteração da multa em razão do comportamento omissivo da parte autuada' (TJSP; APL 0002119-62.2010.8.26.0428; Ac. 7725165; Campinas; Primeira Câmara Reservada ao Meio Ambiente: ReL. Des. João Negrini; Julg. 31/07/2014; DJESP 07/08/2014)" (fl. 505e).

No Recurso Especial, sob alegação de contrariedade aos arts. 106, II, e 144, do CTN, e 17 e 485, VI, do CPC/2015, a parte ora recorrente apresentou as seguintes razões recursais:

> "**IV - DA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 106, II, E 144 DO CTN**
>
> O acórdão recorrido manteve a sentença de primeiro grau sob o fundamento que a penalidade aplicada pela infração administrativa no Auto de Infração 933.00008.09.00000274/2008-00 teve seu fundamento legal (art. 85, IX, 'k' da Lei estadual 6.379/1996) revogado pelo art. 5º da Lei estadual 10.008/2013, de modo que a novel previsão legal teve efeito retroativo, nos termos do art. 106, II, 'c', do Código Tributário Nacional.
>
> Entretanto, o crédito tributário constituído através do Auto de Infração 933.00008.09.00000274/2008-00 jamais poderia ser declarada nula e extinta, especialmente pelo fato que embora a penalidade prevista no art. 85, IX, 'k' da Lei Estadual 6.379/1996 tenha sido revogada, não se aplica ao caso as exceções do art. 106 do CTN (art. 144 do CTN).
>
> Em verdade, quando da edição da Lei estadual 10 008/13 a imposição da penalidade já configurava ato definitivamente julgado na esfera administrativa, conforme ficha cadastral da dívida ativa em anexo que informa a inscrição do respectivo crédito tributário em dívida ativa em 18/03/2010, o que afasta a incidência do art. 106, II, 'a', 'b' e 'c', do CTN:
>
> (...)
>
> Com efeito, a retroatividade benéfica da lei tributária é autorizada somente quando o ato deixe de defini-lo como infração, não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo, o que não se subsume ao caso concreto, especialmente, pela mantença da infração.
>
> No mais, nos termos do art. 144 do CTN, 'o lançamento reporta-se à

data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada'.

Destarte, o acórdão recorrido violou o art. 144 do CTN na medida em que afastou a aplicação da lei vigente à época da ocorrência do fato gerador da obrigação, em hipótese não prevista no 106, II, do CTN, merecendo reforma.

V - DA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 17 e 485, VI, do CPC/15. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE DE AGIR, QUANTO AO PEDIDO DE ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO 93300008.09.00000274/2008-00.

Dentro do princípio da eventualidade, também aplicado na seara recursal, deve-se esclarecer que, na medida em que o acórdão recorrido aplicou o teor do art. 5º da Lei 10.008/13 de forma retroativa, superveio a falta de interesse processual da ação judicial, em relação à discussão da legalidade do Auto de Infração 93300008.09.00000274/2008-00, na medida em que passou a estar ausente o elemento necessidade.

(...)

Nesse sentido, o julgamento procedente para anulação do auto específico viola os supracitados dispositivos na medida em que, ante a perda do interesse de agir, a ação, neste ponto, deveria ser extinta sem resolução do mérito.

Ora, ao aplicar o advento de norma que automaticamente exclua a penalidade de outrora, passa a não haver interesse de questionar a legalidade do auto de infração, já que adveio no curso da ação, uma nova razão que em nada se refere a uma crise de legalidade da autuação.

A partir da superveniente prejudicialidade de um dos pedidos da ação judiciar o elemento necessidade esvai-se, desfigurando, por sua vez o interesse de agir. A doutrina segue nesse sentido:

(...)

Portanto, uma vez que estabelecida que a penalidade aplicada por meio do Auto de Infração 93300008.09.00000274/2008-00 foi atingida pela lei mais benéfica, a falta de interesse processual emerge em virtude da ausência do elemento necessidade e, por conseguinte, a decretação da carência da ação é de rigor, devendo-se o pedido para anular o mencionado auto de infração, e tão somente este restou prejudicado, de modo que a ação, neste capítulo, deveria ser extinta sem resolução do mérito por ausência de interesse processual, nos termos do art 485, VI, do CPC/15.

Por fim, uma vez extinto o processo sem resolução do mérito, o

> recorrente, na oportunidade, pugna pela conseqüente conversão a seu favor dos honorários advocatícios incidentes sobre a parte da ação que pede a anulação do Auto de Infração 93300008.09.00000274/2008-00.
> Dentro do princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da ação, na hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito, deve arcar com os honorários devidos.
> Outro não foi o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:
> (...)
> Desta feita, pugna-se pelo provimento do presente recurso para que o acórdão recorrido seja reformado, sem extinta a ação sem resolução do mérito quanto ao pedido de anulação do Auto de Infração 93300008.09.00000274/2008-00 com a conversão dos honorários fixados na sentença a favor da Fazenda Pública, na parte que resolveu o pedido de nulidade do Auto de Infração 93300008.09.00000274/2008-00, em consonância ao princípio da causalidade" (fls. 584/588e).

Assim, requereu "seja admitido e provido o presente Recurso Especial para que o acórdão recorrido seja reformado em razão da violação dos arts. 106, II e 144, do CTN e arts. 17 e 485, VI, do CPC/15, extinguindo-se a ação sem resolução do mérito quanto ao pedido de anulação do Auto de Infração 93300008.09.00000274/2008-00 com a conversão dos honorários fixados na sentença a favor da Fazenda Pública, na parte que resolveu o pedido de nulidade do Auto de Infração 93300008.09.00000274/2008-00, em consonância ao princípio da causalidade" (fl. 588e).

Pela petição juntada a fl. 786e, a parte recorrida assim se manifestou: "(...) tendo em conta a decisão que autorizou a substituição da garantia, pugnar pela juntada da apólice definitiva do seguro garantia, nos termos já aceitos pela parte adversa (Doc. 01). Ainda, em razão de o processo originário tramitar em via física no E. TJPB, requer a expedição de ofício eletrônico ao referido Tribunal a fim de autorizar a liberação física da carta de fiança bancária constante nos autos e ora substituída, eis que esta é a única forma de encerrar a garantia perante a instituição financeira responsável, evitando, assim, a sujeição do Recorrido a um duplo custo (pela manutenção da carta de fiança e do presente seguro garantia)".

O Recurso Especial não merece acolhida.

Com efeito, nos termos do art. 106, II, **c**, do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, em se tratando de ato não definitivamente julgado, quando deixe de defini-lo como infração, **in verbis**:

> "Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:
> (...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

(...)".

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS INATACADOS. PRECLUSÃO. TRIBUTÁRIO. **EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. ART. 44 DA LEI 8.541/92. PENALIDADE. REVOGAÇÃO PELA LEI 9.249/95. APLICAÇÃO DO ART. 106, II, DO CTN. RETROATIVIDADE BENIGNA.**

1. Os pontos não impugnados da decisão agravada tornam-se definitivos por força da preclusão.

2. A discussão relativa à retroatividade da Lei 9.249/95, nos termos do art. 106, II, do CTN, foi expressamente examinada no acórdão que julgou os embargos de declaração na origem, o que afasta a ausência de prequestionamento adotada como fundamento da decisão agravada. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial nessa parte.

3. O art. 44 da Lei 8.541/92 não estabeleceu critérios para o cálculo do imposto de renda, mas impôs penalidade ao contribuinte que omitiu receita. Essa conclusão fica ainda mais evidente quando se examina a própria estrutura da Lei 8.541/92, pois o dispositivo está inserido no Título IV ('Das Penalidades'), Capítulo II ('Da Omissão de Receitas').

4. **Se o art. 44 da Lei 8.541/92 impunha penalidade no caso de omissão de receita, e tendo sido o dispositivo revogado pelo art. 36 da Lei 9.249/95, deve ser obedecida a retroatividade benigna prevista no art. 106, II, do CTN.**

5. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial apenas em parte e dar-lhe provimento" (STJ, AgRg no REsp 716.208/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/02/2009).

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IRPJ. INCIDÊNCIA SOBRE OMISSÕES DE RECEITA. **REVOGAÇÃO DOS ARTS. 43 E 44 DA LEI 8.541/92, QUE IMPUNHAM PENALIDADES AO CONTRIBUINTE. APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE BENIGNA PREVISTA NO ART. 106 DO CTN.** PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL

> PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO" (STJ, REsp 801.447/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 26/10/2009).

Por "ato não definitivamente julgado" pode-se entender que se trata de **ato não transitado em julgado no âmbito administrativo ou jurisdicional**. Assim, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, o lançamento fiscal impugnado por Embargos à Execução não tem o condão de configurar ato definitivamente julgado, de forma a obstar a aplicação do art. 106, II, do CTN. Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. MULTA. REDUÇÃO. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. INAPLICABILIDADE. EXISTÊNCIA DE ATO ADMINISTRATIVO DEFINITIVAMENTE JULGADO. ARTIGO 106, II, 'C', DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. REVISÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA TAXA SELIC. LEI ESTADUAL. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.
>
> 1. A aferição de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa ou o preenchimento dos requisitos de sua validade demandaria a incursão na seara probatória, o que é vedado na via especial, a teor do disposto na Súmula 7 desta Corte.
>
> 2. Aplicam-se os efeitos retroativos de lei mais benéfica, quando ainda não definitivamente julgado o ato.
>
> 3. **'A expressão 'ato não definitivamente julgado' constante do artigo 106, II, letra 'c', do Código Tributário Nacional alcança o âmbito administrativo e também o judicial; constitui, portanto, ato não definitivamente julgado o lançamento fiscal impugnado por meio de embargos do devedor em execução fiscal'** (EDREsp 181.878-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 22.03.99).
>
> 4. Na repetição de indébito ou na compensação de tributos federais, com o advento da Lei n.º 9.250/95, a partir de 1º.01.96, há incidência da taxa Selic a partir do recolhimento indevido.
>
> 5. A Selic é composta de taxa de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização.
>
> 6. Em se tratando de tributo estadual e, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais, legítima a aplicação da taxa Selic a partir da entrada em vigor da correspondente lei.

> 7. Recurso especial do Estado do Paraná provido. Recurso especial das empresas improvido" (STJ, REsp 437.632/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ de 01/02/2006).
>
> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL MORATÓRIA. SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE. NÃO-OCORRÊNCIA.
> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que é plenamente aplicável a Lei Estadual n.10.532/97, que reduziu a multa moratória dos débitos tributários, mesmo que estes sejam pretéritos à sua vigência, conforme interpretação dada ao art. 106, II, 'c', do CTN.
> 2. No caso dos autos, o Tribunal de origem, ao se prender à orientação de que o ato não definitivamente julgado é apenas aquele sujeito à esfera administrativa, divergiu do **entendimento desta Corte, para quem o ato ainda não apreciado em caráter definitivo tem que ser entendido no âmbito do processo judicial. Desse modo, é cabível, portanto, a postulação de retroatividade da lei em sede de embargos à execução**.
> 3. A ausência de prequestionamento de dispositivos invocados como pretensamente malferidos não enseja o conhecimento do recurso.
> 4. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que as violações legais ocorridas no próprio acórdão devem ser argüidas por intermédio de embargos de declaração.
> 5. Precedentes iterativos.
> 6. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no REsp 457.378/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, DJ de 26/04/2004).

Nos termos, ainda, da jurisprudência desta Corte, "o interesse de agir deve ser aferido no momento do ajuizamento da ação" (STJ, REsp 200.534/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJU de 21/06/1999), sendo certo que, no presente caso, a posterior resistência da parte ré, ora recorrente, à aplicação retroativa da lei mais benéfica corrobora a subsistência do interesse processual da parte autora, ao tempo da prolação da sentença.

Por fim, no tocante à tese suscitada – à luz do princípio da causalidade – no sentido de que a parte autora deveria arcar com os ônus da sucumbência, o Recurso

Especial não deve ser conhecido, por deficiência na fundamentação recursal, nos termos da Súmula 284/STF, de vez que a parte recorrente deixou de apontar ofensa ao dispositivo de lei federal que disciplina a fixação dos honorários de advogado.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I e II, do Regimento Interno do STJ, conheço parcialmente do Recurso Especial, e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Defiro, outrossim, o requerimento formulado, pela parte recorrida, a fl. 786e, nos termos do art. 34 do Regimento Interno desta Corte.

I.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora