# RECURSO ESPECIAL Nº 1.815.066 - RJ (2019/0064419-5)

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES** |
| RECORRENTE | : | FAZENDA NACIONAL |
| RECORRIDO | : | OLEO E GAS PARTICIPACOES S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL EM RECUPERACAO JUDICIAL |
| RECORRIDO | : | DOMMO ENERGIA S.A |
| ADVOGADOS | : | GUSTAVO DO AMARAL MARTINS - RJ072167<br>FLÁVIO SOARES ARAUJO DOS SANTOS - RJ167240<br>MANUELY KASALI PEREIRA - RJ197168 |

## EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 942 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. REPETRO. DISCUSSÃO SOBRE A GARANTIA DADA. GRUPO ECONÔMICO. PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

## DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:

> TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REPETRO. RECUSA DA GARANTIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL A QUE A EMPRESA GARANTIDORA SEJA SÓCIA MAJORITÁRIA DA EMPRESA GARANTIDA. GARANTIA IDÔNEA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA O REGIME ESPECIAL E SUSPENSÃO DOS TRIBUTOS. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FATO COM A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS EMPRESAS E PULVERIZAÇÃO DAS AÇÕES. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE MAIS FAVORÁVEL. REVISÃO DO ATO COATOR. MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA.
>
> 1 - Trata-se de remessa necessária e de apelação cível interposta pela União Federal contra sentença que concedeu a segurança, reconhecendo a ilegalidade do ato atacado, para determinar que a autoridade coatora aceite a OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S/A como garantidora dos tributos federais em suspenso pelo regime de admissão temporária da plataforma FPSO OSX-3, com a consequente ultimação do desembaraço aduaneiro, desde que não haja nenhum outro impedimento não deduzido na ação.
>
> 2 - Não há que se falar em nulidade da sentença. Nenhum dos vícios apontados pela recorrente encontra-se presente, nem mesmo o vício de representação processual, que foi expressamente afastado no julgamento do agravo de instrumento n° 0000122-30.2014.4.02.0000.
>
> 3 - O regime aduaneiro especial de exportação e de importação de bens destinados às atividades de pesquisa e de lavra das jazidas de petróleo e de

gás natural - REPETRO está regulado no Decreto n° 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro), do art. 458 ao 462, que estabelecem a possibilidade aplicação do regime especial de admissão temporária na importação, sob regime de drawback, na modalidade de suspensão, de matérias-primas, de produtos semielaborados ou acabados e de partes ou peças para a utilização na pesquisa e lavra de petróleo e gás. A regras para a habilitação e concessão ao regime especial estão previstas na IN RFB n° 1.415/2013, dentre elas as da garantia.

4 - Para fazer jus ao regime de admissão temporária do REPETRO, com a suspensão dos tributos que incidem sobre a importação dos equipamentos que permanecerão no pais, não há dúvida de que exigia-se a apresentação de garantia, na forma do que dispõe o Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759/2009), em seu art. 364, que, ao tempo do ato coator, era regulada pela IN SRF 1.361/2013, na forma de seu art. 10 e 11.

5 - As normas que regem o REPETRO, todas criadas para garantir o interesse público da pesquisa e prospecção de petróleo, não estabeleceram qualquer óbice a que uma empresa do mesmo grupo econômico ofereça garantia por outra, evidenciando que a natureza da atividade depende necessariamente do interesse comum de diversas empresas coligadas no cumprimento dos contratos de exploração, haja vista o alto custo envolvido nessa atividade. Nelas, ficou estabelecido que a fiança idônea, pode ser prestada por instituição financeira ou por qualquer outra pessoa jurídica que, neste caso, terá que cumprir apenas os requisitos de regularidade fiscal junto à Fazenda Nacional, bem como possuir patrimônio líquido, no mínimo, superior a cinco vezes o valor da garantia, ou superior a cinco milhões de reais (art. 11, § 5° da IN/SRF 1361/2013).

6 - Não há qualquer óbice legal no oferecimento da garantia por empresa coligada ou controladora, independentemente do percentual societário, de forma que o ato coator, tal como proferido é manifestamente ilegal. Exige-se para a idoneidade da garantia apenas o cumprimento dos requisitos de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional (com a apresentação de CPEN ou CND) e o atendimento do requisito do patrimônio líquido mínimo, conforme estabelece o art. 11, § 5°, da IN RFB n° 1.361/2013.

7 - A própria Receita Federal passou a editar gradativamente um manual de orientação aos contribuintes (Manual do REPETRO), que passou a tratar especificamente da garantia em sua versão 1.2, alteração introduzida em 11/02/2015, quando, em relação à fiança idônea, esclareceu que "não há restrição em relação ao fato de garantidor e beneficiário serem pessoas jurídicas vinculadas, nos termos do art. 23 da Lei n° 9.430, de 1996 ou do art. 243 da Lei n° 6.404, de 1976, independente do percentual de controle entre garantidor e beneficiário."

8 - A organização societária das Apeladas tem amparo no art. 2°, § 3° da Lei n° 6.404/76 (Lei das SA), que autoriza a constituição de grupos econômicos, nos quais uma sociedade pode ter como objeto social a mera participação em outras sociedades, donde surge o seu interesse em ser uma garantidora da outra, o que não implica, necessariamente em confusão patrimonial. No caso, à época do ato coator, os balanços patrimoniais apresentados (fls. 103 e 135) apontam um patrimônio líquido da OGX Petróleo e Gás Participações S/A de R$7.699.213.000,00 (sete bilhões, seiscentos e noventa e nove milhões, duzentos de treze mil reais), valor este que, por certo, reflete os ativos da empresa controlada. No entanto, ainda que se desconsidere desta conta o

total do ativo da OGX Petróleo e Gás S/A, o patrimônio restante da OGX Petróleo e Gás Participações S/A ainda seria suficiente para cumprir os requisitos legais do REPETRO, pois estaria em torno, aproximadamente, de 1,7 bilhões de reais, bastando simples operação aritmética de subtração entre os totais do ativo da OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S/A e da OGX PETRÓLEO E GÁS S/A para, a grosso modo, aferir a capacidade da garantidora.

9 - A garantia era e continua sendo idônea e capaz de cumprir as condições do regime à época e hoje, inexistindo qualquer restrição quanto ao percentual de participação de uma empresa na outra, como claramente apontado pela própria autoridade coatora, em seu Manual do REPETRO, a indicar, até mesmo incoerência no ato coator, que deveria ter sido revisto e cuja continuidade implica quebra da confiança legítima do contribuinte.

10 - Acresça-se a isto, a alteração da situação fática evidenciada nos autos pelo cumprimento do plano de recuperação judicial, quando a OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S/A pulverizou as ações que detinha, passando a deter apenas 25,89% das ações da subsidiária, jogando por terra qualquer argumento relacionado à participação societária majoritária da garantidora na empresa garantida, como óbice à garantia.

11 - Graças à decisão liminar proferida nestes autos, pôde ser preservada a atividade de pesquisa, exploração e lavra de petróleo, essencial à economia e desenvolvimento do país, bem como, foi possível a recuperação judicial da empresa, com o cumprimento sua função social, gerando postos de trabalho e riquezas para a sociedade brasileira, já que a atividade desenvolvida gerou mais de R$196 milhões a título de Royalties, como evidenciado nos memoriais das apeladas.

12 - A revisão do ato coator impõe-se, não só pelo ato em si, desprovido de previsão legal expressa, extrapolando o estabelecido na IN 1.361/2013, como pela alteração da própria situação de fato, que afastou o suposto óbice - o percentual de cotas pertencentes à controladora. Além da publicação de Instrução Normativa superveniente, a IN RFB 1.600/2015, que flexibilizou expressamente a questão relativa à garantia.

13 - Remessa necessária e recurso de apelação desprovidos. Sentença mantida.

No especial, fundamentado no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, a recorrente aponta contrariedade (a) ao art. 942 do CPC/2015, alegando em síntese que, o acórdão recorrido é nulo, pois não respeitou a regra de quórum ampliado, em caso de julgamento não unânime, (b) o art. 14, § 3° c/c art. 7°, § 2° da Lei n° 12.016/2009, o art. 75, § 1°, I do Decreto-Lei n° 37/66, o art. 364 e o parágrafo único do art. 759 do Decreto n° 6.759/2009, os arts. 818, 825 do Código Civil, e o art. 11 e §§ da IN 1.361/2013, na medida em que, a fiança oferecida pela empresa é inidônea, o que já está comprovado nos autos, e não foi aceita pela Fazenda Pública.

Foram apresentadas contrarrazões.

Inadmitido o apelo nobre na origem, foi dado provimento ao agravo para a sua conversão em recurso especial.

É o relatório. Decido.

Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 3/STJ: "*aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os*

*requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC*".

A pretensão não merece conhecimento.

Inicialmente, constata-se que o artigo 942 do CPC/2015, bem como a tese a ele vinculada, não foi objeto de debate na Corte de origem e eventual omissão não foi suscitada em embargos de declaração, razão pela qual é inviável o conhecimento da questão, ante a ausência do indispensável prequestionamento, nos termos da Súmula 282/STF: *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"* e da Súmula 356/STF*: "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."*

Com efeito, o conhecimento da matéria trazida a esta Corte por meio de recurso especial pressupõe a ocorrência de prévio questionamento realizado na origem pelo órgão colegiado, isto é, efetivo juízo de valor sobre o tema objeto das razões recursais.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> [...]
> 3. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 282 e 356/STF.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1.447.951/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 13/11/2014).

No mérito, o Tribunal *a quo*, soberano na análise fático-probatória dos autos, concluiu ser idônea a garantia prestada por OGX Petróleo e Gás Participações S/A à OGX Petróleo e Gás S/A, a fim desta fazer jus ao regime de admissão temporária do REPETRO, com a suspensão dos tributos que incidem sobre a importação dos equipamentos que permanecerão no país. Confira-se o seguinte excerto do acórdão recorrido, *in verbis*:

> No caso dos autos, trata-se a garantidora de uma empresa brasileira, cujo objetivo é o desenvolvimento de atividades vinculadas à produção de energia. Como se verifica de sua página na *internet*, iniciou suas atividades em novembro de 2007 com investimentos na 1ª Impetrante e posterior abertura de seu capital no ano de 2008, alocando recursos à subsidiária integral para projetos no setor de petróleo e gás. A companhia é uma *holding* pura, que tem por objeto social a mera participação no capital de outra sociedade. Ambas

> as empresas iniciaram o processo de Recuperação Judicial em 2013 e cumpriram seus planos de recuperação, de forma que a participação inicial da controladora na empresa controlada, que era quase 100%, reduziu para 25,87%.
> A sociedade controladora e a subsidiária são pessoas jurídicas distintas, sendo certo que não há que se falar que o controle acionário de uma quanto à outra importa necessariamente em confusão patrimonial a ensejar a aplicação do instituto de fiança previsto no Código Civil, tal como entendeu a i. Relatora.
> Isto porque, em 31/12/2012, os balanços patrimoniais apresentados (fls. 103 e 135) apontam um patrimônio líquido da OGX Petróleo e Gás Participações S/A de R$7.699.213.000,00 (sete bilhões, seiscentos e noventa e nove milhões, duzentos de treze mil reais), valor este que, por certo, reflete os ativos da empresa controlada. No entanto, ainda que se desconsidere desta conta o total do ativo da OGX Petróleo e Gás S/A, o patrimônio restante da OGX Petróleo e Gás Participações S/A ainda seria suficiente para cumprir os requisitos legais do REPETRO, pois estaria em torno, aproximadamente, de 1,7 bilhões de reais, bastando simples operação aritmética de subtração entre os totais do ativo da OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S/A e da OGX PETRÓLEO E GÁS S/A para, a grosso modo, aferir a capacidade da garantidora.
> [...]
> Repise-se, mais uma vez, que a *holding* e a subsidiária são pessoas jurídicas distintas, de forma que não há que se falar em confusão entre a devedora e sua fiadora, em especial porque suficientemente comprovado que a *holding* tem patrimônio desvinculado da subsidiária, suficiente para cumprir os requisitos do REPETRO, à larga.

Nesse contexto, a modificação do aresto atacado atrela-se ao reexame de matéria de fato, o que é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o disposto na Súmula 7/STJ, que dispõe: "*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*".

Ilustrativamente:

> EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITO DE NEGATIVA. DISCUSSÃO ACERCA DA GARANTIA INTEGRAL DA DÍVIDA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO PARA CHEGAR-SE A CONCLUSÃO DIVERSA DA DO ARESTO IMPUGNADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ.
> 1. Inicialmente, afasta-se a apontada ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC/1973. A questão foi dirimida pela Corte Regional em sua integralidade, não se constatando mácula no julgado que justifique o acolhimento da pretensão da recorrente sob este fundamento.
> 2. A argumentação exposta nas razões do Recurso Especial quanto à inexistência de garantia idônea ou de causa suspensiva da exigibilidade do crédito controverte a questão fática da causa, cuja investigação é obstada pela incidência da Súmula 7 do STJ.
> 3. Recurso Especial não conhecido.
> (REsp 1.676.487/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA

TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 17/10/2017)

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015 c/c o art. 255, § 4º, I, do RISTJ, não conheço do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro Mauro Campbell Marques
Relator