



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022227-81.2016.4.03.6182/SP

2016.61.82.022227-3/SP

D.E.

Publicado em 18/03/2019

RELATORA : Desembargadora Federal MARLI FERREIRA
 APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 PROCURADOR : SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF
 VIANNA
 APELANTE : STECO INCORPORACOES LTDA
 ADVOGADO : SP095111 LUIS EDUARDO SCHOUERI e outro(a)
 APELANTE : GABRIEL GANANIAN
 ADVOGADO : SP040396 NORTON ASTOLFO SEVERO BATISTA JR e
 outro(a)
 APELADO(A) : OS MESMOS
 APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 PROCURADOR : SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF
 VIANNA
 APELADO(A) : STECO INCORPORACOES LTDA
 ADVOGADO : SP095111 LUIS EDUARDO SCHOUERI e outro(a)
 APELADO(A) : GABRIEL GANANIAN
 ADVOGADO : SP040396 NORTON ASTOLFO SEVERO BATISTA JR e
 outro(a)
 No. ORIG. : 00222278120164036182 6F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR FISCAL PREPARATÓRIA. LEI Nº 8.397/92. DÉBITOS SUPERIORES A 30% DO PATRIMÔNIO. ESVAZIAMENTO PATRIMONIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE. POSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA.

A medida cautelar fiscal se destina tão somente a preservar a higidez do crédito tributário. Assim como as demais cautelares, pretende apenas resguardar o direito do credor, não sendo ato expropriatório de bens, não violando o direito de propriedade, o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, XXII, LIV e LV da CF), e quaisquer outros preceitos da Constituição Federal.

A existência de débito em montante superior a 30% do patrimônio do devedor (art. 2º, VI, da Lei 8.397, de 1992), aliada à constatação de indícios que apontam a intenção de inadimplemento do débito, autoriza a cautelar fiscal.

Pelos elementos de prova trazidos aos autos, há fortes indícios que indicam a ocorrência de fato graves, quais sejam, desvio de finalidade, confusão patrimonial e abuso de direito.

O §1º do artigo 4º da Lei nº 8.397/92 autoriza a extensão da indisponibilidade aos bens dos sócios administradores da empresa em débito, já que em última análise são eles que acabam tirando proveito econômico à custa do Erário Público.

O E. Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o pressuposto processual da "constituição do crédito tributário" (art. 3º, I, da Lei nº 8.397/92), que possibilita o ajuizamento da medida cautelar fiscal e consequente decreto de indisponibilidade de bens, direitos e valores do requerido resta atendido se havido o lançamento (art. 142 do CTN), exigência caracterizada pela lavratura do auto de

infração, não se exigindo, portanto, a constituição definitiva do crédito tributário, sendo despropositado, portanto, levar-se em consideração se o processo administrativo decorrente está ou não pendente de recurso.

O art. 4º, §2º, da Lei n. 8.397/92, autoriza o requerimento da medida cautelar fiscal contra terceiros, desde que tenham adquirido bens do sujeito passivo (contribuinte ou responsável) em condições que sejam capazes de frustrar a satisfação do crédito excutido.

Considerando que o valor total liberado é mínimo em relação ao montante da dívida na época do ajuizamento da cautelar fiscal, representando menos de 2,5% do total devido, resta caracterizada a sucumbência mínima da Fazenda Pública, devendo os réus responder, por inteiro, pelas despesas e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à causa, consoante o art. 85, §§2º e 3º c/c art. 86, parágrafo único, ambos do CPC.

Apelações dos réus improvida.

Apelação da União Federal (Fazenda Nacional) provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações dos réus e dar provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2019.

MARLI FERREIRA
Desembargadora Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): MARLI MARQUES FERREIRA:24

Nº de Série do Certificado: 11DE18040360FF75

Data e Hora: 26/02/2019 16:15:38

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022227-81.2016.4.03.6182/SP

2016.61.82.022227-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARLI FERREIRA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
PROCURADOR : SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELANTE : STECO INCORPORACOES LTDA
ADVOGADO : SP095111 LUIS EDUARDO SCHOUERI e outro(a)
APELANTE : GABRIEL GANANIAN
ADVOGADO : SP040396 NORTON ASTOLFO SEVERO BATISTA JR e outro(a)
APELADO(A) : OS MESMOS
APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
PROCURADOR : SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO(A) : STECO INCORPORACOES LTDA
ADVOGADO : SP095111 LUIS EDUARDO SCHOUERI e outro(a)
APELADO(A) : GABRIEL GANANIAN
ADVOGADO : SP040396 NORTON ASTOLFO SEVERO BATISTA JR e outro(a)
No. ORIG. : 00222278120164036182 6F Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de medida cautelar fiscal, com pedido de liminar, ajuizada pela União Federal (Fazenda Nacional), com fulcro no art. 2º, incisos VI e IX da Lei 8.397, de 1992, objetivando a decretação da indisponibilidade dos bens de GABRIEL GANANIAN e STECO INCORPORAÇÕES LTDA.

A liminar foi deferida em parte, decretando-se a indisponibilidade dos bens dos responsáveis identificados até o limite do crédito fiscal constituído, na ordem de R\$ 302.879.705,54, à exceção dos ativos financeiros da STECO INCORPORAÇÕES LTDA. (fls.210/214 vº)

Processado regularmente o feito, foi proferida sentença julgando parcialmente procedente a medida cautelar, para excluir do decreto de indisponibilidade os imóveis objeto das incorporações registradas nas matrículas nºs 103.941 e 2.155 por estarem incluídos no Regime Especial Tributário do Patrimônio de Afetação. Em consequência, arbitrou honorários no mínimo legal, equivalente a 10% (dez por cento) até o valor de 200 salários mínimos; 8% (oito por cento) a partir daí e até 2.000 salários mínimos; 5% (cinco por cento), acima daí e até 20.000 salários mínimos; 3% (três por cento), acima daí e até 100.000 salários mínimos; e 1% (um por cento), no que superar 100.000 salários mínimos (artigo 85, §3º e §5º do CPC). Esclareceu que os réus responderão em partes iguais perante a União Federal (Fazenda Nacional) (artigo 87 do CPC) e esta, por metade do valor arbitrado em face de cada requerido. (fls.850/870 vº)

Dessa sentença, todas as partes recorreram.

Em suas razões recursais alega a STECO INCORPORAÇÕES LTDA que não há fundamento legal para a propositura da presente medida cautelar fiscal, à míngua de débitos definitivamente constituídos em face dessa apelante cuja soma ultrapasse 30% (trinta por cento) do total do seu patrimônio e ainda de prova do cometimento de qualquer ato que justificasse o ajuizamento desta.

Aduz que não se confunde com a pessoa jurídica Steck Investimentos, em face da qual foi apurado débito no valor de R\$290.000.000,00, constituindo, pois, terceira pessoa que não figura como devedora dos supostos débitos que ensejaram o ajuizamento desta cautelar fiscal.

Acresce que, de acordo com entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça, ainda que o terceiro tenha adquirido bens do sujeito passivo, deve estar caracterizada a fraude à execução ou o ajuizamento de ação pauliana para a desconstituição de negócios jurídicos realizados pelo sujeito passivo, sob pena de falta de interesse de agir para o ingresso de medida cautelar fiscal.

Defende que não restou demonstrado pela União Federal (Fazenda Nacional) o esvaziamento do patrimônio do Sr. Gabriel Gananim bem assim o aumento injustificado do patrimônio da recorrente. Pede, portanto, a exclusão da polaridade passiva do feito.

No mérito, sustenta que a transferência de parte do patrimônio do Sr. Gabriel Gananian para o nome da ora apelante, Steco Incorporações Ltda, ocorreu muito antes de qualquer notificação da Receita Federal para que ele recolhesse o crédito tributário discutido no bojo dos processos administrativos 10880.724028/2015-16 e 15504.724024/2015-49.

Insiste a STECO que os créditos tributários que motivaram o ajuizamento da presente cautelar fiscal não foram definitivamente constituídos tal como exigido pela Lei nº 8.397/92, e se encontram todos com a exigibilidade suspensa em razão da pendência de julgamento de defesas administrativas, *ex vi* do artigo 151, inciso III do CTN.

Defende, ainda, a inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso VI da Lei nº 8.397/92, diante da violação ao direito de propriedade sem o devido processo legal, nos termos do assegurado no artigo 5º, caput e incisos XXII e LIV c/c artigo 170, inciso II da CF.

Alega finalmente, que o Sr. Gabriel Gananian detém 83% das cotas societárias de participação no capital social da ora apelante STECO, na qual exerce o cargo de administrador, razões pelas quais os aportes por ele realizados não teriam o escopo de blindar seu patrimônio, mas mera integralização do capital social da empresa com vistas à otimização das atividades operacionais.

Pede, por fim, a extinção do feito por ausência de previsão legal, com a exclusão da STECO INCORPORAÇÕES LTDA da polaridade passiva do feito e, em decorrência, a imediata liberação de todos os bens bloqueados.

Às fls.930/932 a União Federal (Fazenda Nacional) em seu apelo volta-se única e tão somente contra a sua condenação em honorários advocatícios, na medida em que o pedido de indisponibilidade de bens formulado na inicial foi deferido, ainda que determinados bens tenham sido excluídos da indisponibilidade, fato que não representa improcedência, ou, quando muito, sucumbência mínima, a atrair a incidência do artigo 86, parágrafo único do CPC.

Contrarrazões da STECO INCORPORAÇÕES LTDA às fls.1065/1078.

GABRIEL GANANIAN, por seu turno, apresenta seu recurso às fls. 1111/1117.

Alega que a origem dos autos de infração reside na venda de sua participação societária na Steck Indústria Elétrica Ltda, a qual, segundo entende a autoridade fiscal são de baixíssima liquidez e, portanto comprometeria a futura execução do débito. Refuta, por sua vez, tal constatação, uma vez que a lei não condiciona que os bens do devedor sejam de alta liquidez.

A par dessas alegações, sustenta que o patrimônio do recorrente Gabriel Gananian é superior ao valor de sua pretensa dívida, razão pela qual a sentença merece reforma ou a anulação, para avaliação dos bens de acordo com o valor de mercado.

No mais, reportou-se às alegações da primeira recorrente STECO INCORPORAÇÕES LTDA.

Com contrarrazões da União Federal (Fazenda Nacional) às fls.1122/1127, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de medida cautelar fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional, em caráter preparatório, em desfavor de GABRIEL GANANIAN e STECO INCORPORAÇÕES LTDA, objetivando a indisponibilidade dos bens integrantes do patrimônio dos requeridos a fim de assegurar o resultado útil de futura execução fiscal.

As preliminares suscitadas pela STECO INCORPORAÇÕES LTDA entrosam-se com o mérito e com este serão analisadas.

A Lei nº 8.397/92 instituiu a medida cautelar fiscal para que a Fazenda Pública, ante a possibilidade de ver frustrado o pagamento de seus créditos fiscais, dela se utilize com a finalidade de resguardar o patrimônio do devedor.

Em outras palavras, a medida cautelar fiscal se destina tão somente a preservar a higidez do crédito tributário. Assim como as demais cautelares, pretende apenas resguardar o direito do credor, não sendo ato expropriatório de bens, não violando o direito de propriedade, o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, XXII, LIV e LV da CF), e quaisquer outros preceitos da Constituição Federal.

Como visto, o presente procedimento cautelar é proposto nos termos da Lei nº 8.397/92:

"Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado;

II - tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação;

III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

IV - contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Art. 3º Para a concessão da medida cautelar fiscal é essencial:

I - prova literal da constituição do crédito fiscal;

II - prova documental de algum dos casos mencionados no artigo antecedente."

Desde logo ressalte-se que a medida cautelar fiscal pode ser proposta após a constituição do crédito e previamente ou no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias (art. 1º da Lei nº 8.397/92).

Quanto à questão, o E. Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o pressuposto processual da "constituição do crédito tributário" (art. 3º, I, da Lei nº 8.397/92), que possibilita o ajuizamento da medida cautelar fiscal e consequente decreto de indisponibilidade de bens, direitos e valores dos requeridos resta atendido se havido o lançamento (art. 142 do CTN), exigência caracterizada pela lavratura do auto de infração, não se exigindo, portanto, a constituição definitiva do crédito tributário, sendo despropositado, portanto, levar-se em consideração, como no caso, se o processo administrativo decorrente está ou não pendente de recurso.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUPERIOR A 30% DO PATRIMÔNIO CONHECIDO DO DEVEDOR. ART. 2º, VI, DA LEI N. 8.397/1992. CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE PARA A INDISPONIBILIDADE DE BENS.

1. O Superior tribunal de Justiça firmou entendimento de que é possível o deferimento da medida cautelar fiscal, mesmo que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, quando o devedor busca indevidamente alienar bens como forma de esvaziar seu patrimônio e frustrar o adimplemento do crédito tributário, nos termos do art. 2º, V, 'b' e VII, da Lei n. 8.397/1992.

2. Porém, enquanto suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não se pode pretender a indisponibilidade dos bens do contribuinte/responsável com base no inciso VI do art. 2º da Lei n. 8.397/1992. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.597.284/PE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/12/2016; AgRg no AREsp 571.765/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14/11/2014; AgRg no AREsp 534.740/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 29/5/2015; AgRg no REsp 1.443.285/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/10/2015.

3. Agravo interno não provido."

(AgInt no REsp 1426090/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 10/11/2017)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE MONOCRÁTICA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA

284/STF. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. REQUISITOS PARA CONCESSÃO. SÚMULA 7/STJ. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO DEFINITIVO. PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Não enseja conhecimento a alegação de que o recurso não comporta julgamento monocrático, visto que as alegações são genéricas, sem que o agravante desenvolvesse qualquer tese que efetivamente demonstrasse em que o decisum violou as disposições do art. 557 do CPC. Súmula 284/STF.

2. Ademais, a eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo regimental, consoante pacífica jurisprudência do STJ.

3. As alegações de violação dos arts. 267, § 3º, 301, § 4º, 295, inciso III, 333, inciso I, 535, incisos I e II, do CPC, dos arts. 124, incisos I e II, e 185 do CTN e do art. 155 do CPP não ensejam conhecimento por deficiência na fundamentação. Com efeito, o recorrente não desenvolve nenhuma tese jurídica que demonstre clara e precisamente em que consistiria a suposta ofensa à apontada legislação federal, pois a simples irresignação com a tese firmada no acórdão recorrido não enseja, por si só, o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF.

4. O provimento da cautelar fiscal decorreu da análise dos fatos comprovados nos autos, onde foi constatado, conforme se infere dos autos, a real situação de sócio do recorrente, com poderes de gestão, bem como a utilização de 'laranjas' para ocultar tal situação, além de promover a alienação de bens sem salvaguardar bens suficientes à garantia do crédito tributário, de modo que a modificação do julgado demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

5. A alegação do recorrente de que a ausência de crédito tributário definitivamente constituído, porquanto pendente a análise de recurso administrativo, inviabilizaria o ajuizamento da medida cautelar fiscal não encontra amparo na jurisprudência do STJ, a qual reconhece no auto de infração forma de constituição tal crédito, cujo recurso administrativo não é óbice à efetivação da cautelar. Precedentes.

Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1497290/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 20/02/2015)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. CABIMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. DECISÃO LIMINAR DEFERIDA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Recurso especial que ataca a concessão de medida liminar em ação cautelar fiscal.

2. No caso dos autos, a propositura da ação cautelar fiscal mostra-se justificada, pois, além de ter sido ajuizada depois de constituído o crédito tributário pelo lançamento (REsp 466.723/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 22/06/2006), ostenta como causa de pedir o risco de esvaziamento do patrimônio do devedor, circunstância essa que possibilitaria a medida urgente antes mesmo da constituição do crédito tributário e até nos casos em que estivesse com a exigibilidade suspensa (REsp 1.163.392/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/08/2012).

3. Constatado que o acórdão recorrido, proferido em sede de juízo provisório, encontra-se razoavelmente fundamentado, não há como se afastar o óbice de conhecimento do apelo raro contido na Súmula 735/STF: 'não cabe recurso extraordinário contra acórdão que deferir medida liminar'.

4. A revisão do acórdão recorrido quanto à existência de indícios suficientes para deferir a liminar postulada na ação cautelar fiscal exige o reexame de matéria fática, inviável nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1453963/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 16/09/2014)

"MEDIDA CAUTELAR FISCAL. PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO. CONSTITUIÇÃO REGULAR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CABIMENTO.

1. Da interpretação dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 11 e 12, da Lei 8.397/92, em sua redação original, conclui-se que, tanto à época da propositura da ação cautelar fiscal (fevereiro de 1995), quanto por ocasião do julgamento do processo no primeiro grau de jurisdição (maio de 1997), a citada lei não excepcionava, ainda, qualquer hipótese em que pudesse ser decretada, antes da constituição regular do crédito tributário, a indisponibilidade dos bens do devedor, ou de seus co-responsáveis. Tais hipóteses excepcionais somente vieram a existir com a edição da Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997, que deu nova redação aos arts. 1º e 2º da Lei 8.397/92. Todavia, no caso concreto, é fato incontroverso que os créditos tributários já haviam sido regularmente constituídos quando do requerimento da medida cautelar fiscal, sendo cabível, por isso, o decreto de indisponibilidade dos bens dos sócios-gerentes da empresa devedora, assim como dos bens que, após a lavratura dos autos de infração, foram transferidos por esses sócios a outra empresa. Ademais, em setembro de 1995,

aproximadamente seis meses após a decretação liminar da indisponibilidade dos bens, mas bem antes de ter sido proferida a sentença que julgou parcialmente procedente a medida cautelar fiscal, foram inscritos em dívida ativa os créditos tributários constituídos através dos autos de infração e ajuizadas, também, as respectivas execuções fiscais, o que torna inócua a discussão de que a concessão da medida cautelar pressupõe a definitividade na constituição dos créditos fiscais.

2. *Consoante doutrina o eminente Ministro José Delgado: 'Há entre os pressupostos enumerados um que é básico: a prova de constituição do crédito fiscal. O inciso I do art. 3º da Lei nº 8.397/92 não exige constituição definitiva do crédito fiscal; exige, apenas, que ele encontre-se constituído. Por crédito tributário constituído deve ser entendido aquele materializado pela via do lançamento. A respeito do momento em que o crédito tributário deve ser considerado para o devedor como constituído, há de ser lembrado que, por orientação jurisprudencial, este momento é fixado quando da lavratura do auto de infração comunicado ao contribuinte.'* (Artigo Aspectos doutrinários e jurisprudenciais da medida cautelar fiscal, na obra coletiva *Medida cautelar fiscal*. Coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins, Rogério Gandra Martins e André Elali. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 79)

3. *De acordo com a disciplina dos arts. 2º e 4º, da Lei 8.397/92, o decreto de indisponibilidade não alcança os bens alienados antes da constituição dos créditos tributários, consubstanciados nos autos de infração.*

4. *Recursos especiais desprovidos."*

(REsp 466723/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 22/06/2006,p. 178)

Aliás, depreende-se do artigo 12, parágrafo único da Lei nº 8.397/92, segundo o qual "...a medida cautelar fiscal conservará sua eficácia durante o período de suspensão do crédito tributário ou não tributário" que para o ajuizamento de medida cautelar fiscal, é necessária a **constituição** do crédito tributário, mas não a sua constituição **definitiva**.

No mais, no caso concreto a propositura da ação cautelar fiscal em face dos requeridos mostra-se justificada.

Mister salientar, primeiramente, que o patrimônio conhecido do Sr. Gabriel Gananian, de acordo com a Declaração de Ajuste Anual do exercício de 2015 (ano-base 2014), correspondia a R\$473.722.904,25, sendo que o débito apurado pela Fazenda Nacional alcançava à época, o montante de R\$302.879.705,44, isto é, superior ao percentual de 30% do seu patrimônio conhecido.

Outrossim, a cautelar fiscal além de ter sido ajuizada depois de constituído o crédito tributário pelo lançamento (REsp 466.723/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 22/06/2006), ostenta como causa de pedir o risco de esvaziamento do patrimônio do devedor, circunstância essa que possibilitaria a medida urgente antes mesmo da constituição do crédito tributário e até nos casos em que estivesse com a exigibilidade suspensa.

Com efeito, na Proposta de Requerimento de Medida Cautelar Fiscal, demonstrou a autoridade fiscal (fls.14/19vº):

"(...)

A Steco Administração e Participações Ltda foi transformada na empresa Steco Incorporações Ltda, conforme se comprova pela 7ª Alteração do Contrato Social arquivado na Junta Comercial do Estado de São Paulo em 2012 (ver documentos no item 'Contrato Social Steco' anexo). Portanto, a dívida da

Steco Incorporação para com o contribuinte, registrada na sua DAA, montava em 31/2012/2-14 o valor de R\$153.645.465,08.

O inciso VI, do artigo 2º da Lei nº 8.397/92, com a redação dada pela Lei nº 9.532/97, impõe a propositura de medida cautelar para aqueles contribuintes que possuem débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento de seu patrimônio conhecido.

Já o parágrafo 3º, do artigo 15, da Instrução Normativa RFB nº 1.565/15, determina que, no caso em que a recomendação se basear no inciso VI, do artigo 2º da Lei nº 8.397/92, a solicitação de propositura de medida cautelar fiscal somente ocorrerá quando presentes circunstâncias que justifiquem tal medida.

A transferência de boa parte de seu patrimônio para a empresa Steco Incorporações, ainda que feita em data anterior ao início do presente procedimento fiscal, inviabiliza a obtenção de garantias para fazer face ao pagamento do crédito tributário constituído, já que boa parte de seu patrimônio é constituído de aplicações financeiras. Foi possível arrolar as quotas de capital da empresa Steco, requisitando a sua indisponibilidade junto à JUCESP. No entanto, conforme visto acima, a riqueza do contribuinte foi em grande parte incorporada ao ativo da empresa quando das transferências de seus imóveis, ou, por meio de entrega de recursos, transformados em empréstimos à companhia.

É de se constatar que, da forma como está aplicado, o retorno desses recursos da Steco Incorporações para a sua pessoa física jamais ocorrerá, tornando improvável que tais disponibilidades venham a fazer face à liquidação do crédito tributário ora constituído. Isto porque não há meios de alcançar o patrimônio da Steco, a não ser por medida cautelar que vincule os bens de seu ativo ao adimplemento da obrigação tributária.

Aliado ao que se expôs acima, temos que o Sr. Gabriel Gananian possui diversos contatos fora do Brasil. No decorrer de sua vida empresarial abriu diversos negócios e investimentos fora do país.

...

O contribuinte mantém ou manteve recursos no exterior ou em moeda estrangeira, o que facilitaria, caso for este seu objetivo, o envio de riqueza para fora do país, portanto, longe do alcance das autoridades tributárias.

(...)"

Bem de se ver pois, que a Steco Incorporações Ltda, ainda que não ostente a condição de sujeito passivo direto do crédito tributário constituído, deve permanecer na polaridade passiva do feito vez que a autoridade fiscal apurou que diversos imóveis de propriedade do Sr. Gabriel Gananian foram a ela cedidos por meio de transmissão de domínio, além do repasse de recursos.

Em acréscimo, pontue-se que o art. 4º, §2º, da Lei n. 8.397/92, autoriza o requerimento da medida cautelar fiscal contra terceiros, desde que tenham adquirido bens do sujeito passivo (contribuinte ou responsável) em condições que sejam capazes de frustrar a satisfação do crédito executado.

Essa assertiva deriva da interpretação literal do art. 4º, §2º, da Lei n. 8.397/92 e da necessidade de ser garantido o direito de defesa daquele que sofrerá a indisponibilidade patrimonial.

Desse sentir, o seguinte julgado:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR FISCAL AJUIZADA PELA FAZENDA NACIONAL. APLICABILIDADE. LIMINAR DEFERIDA PARA DETERMINAR O BLOQUEIO DE BENS. INDÍCIOS CONCRETOS DE QUE O DEVEDOR ESTARIA A DISSIPAR SEU PATRIMÔNIO E OUTRAS MANOBRAS TENDENTES A DIFICULTAR A SATISFAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. RECORRENTE NÃO LOGRA COMPROVAR QUE A TOTALIDADE DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS ESTÁ COM A EXIGIBILIDADE SUSPensa. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuida-se de Ação Cautelar deferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região com a finalidade de assegurar possível ressarcimento aos cofres públicos, pois indícios trazidos pela Procuradoria da Fazenda permitem concluir pela existência do fumus boni iuris e do periculum in mora, porquanto presentes indícios de fraude, diante da verossimilhança das alegações da parte autora, o que justifica manutenção da medida liminar.

2. O Tribunal a quo consignou que a concessão da medida foi fundada, ainda, na existência de créditos em vias de apuração, à vista dos indícios de fraude apontados na decisão singular. O periculum in mora faz-se igualmente presente, seja pelas razões de decidir constantes da decisão proferida no agravo relacionado, supratranscrito, seja em razão dos fatos aqui narrados, quais sejam, a presença de indícios de que foram realizadas transferências vultosas aos sócios das requeridas, transferência de cotas entre as empresas, além de outras manobras tendentes a dificultar a satisfação dos débitos tributários.

3. Nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei 8.397/1992, a Medida Cautelar pode atingir bens adquiridos por terceiros, em condições de frustrar o pagamento do tributo.

4. É possível o deferimento da Medida Cautelar fiscal para acautelar crédito tributário com a exigibilidade anteriormente suspensa, quando o devedor busca indevidamente a alienação de seus bens como forma de esvaziar patrimônio que poderia responder pela dívida.

5. In casu, afigura-se irrelevante a tese de que a medida não poderia alcançar débitos com exigibilidade suspensa, uma vez que ela está fundamentada em atos voltados à dilapidação do patrimônio do devedor, com a finalidade de frustrar o adimplemento do crédito tributário, hipótese em que a jurisprudência do STJ admite a indisponibilidade, independentemente de possível caracterização das situações previstas no art. 151 do CTN.

6. Vale ressaltar ter o Tribunal a quo assentado que 'a recorrente não logra comprovar que a totalidade dos débitos tributários está com a exigibilidade suspensa', de modo que seria necessário revolver fatos e provas para conhecer das alegações atinentes à inclusão no parcelamento da Lei 11.941/2009 (Súmula 7/STJ).

7. Nego provimento ao Agravo Interno."

(AgInt no REsp 1527064/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 28/10/2016)

E como bem alertou o d. Juízo a quo na r. sentença monocrática "...é de bom aviso lembrar que a exordial, embora tenha feito referência aos incisos VI e IX do referido art. 2º, narrou clara e expressamente fatos que poderiam, em tese, ser compreendidos nos incisos V ou VII, art. 2º, da Lei n. 8.397: 'No presente caso, restou claramente demonstrada a ocorrência de três ilícitos: desvio de finalidade, confusão patrimonial e abuso de direito. De fato, o contribuinte transferiu parte de seus bens para pessoa jurídica sobre a qual detém controle. Noutra passo, certamente continua a usufruir deles, apesar de não mais serem de sua propriedade formal'. Essa descrição refere-se a atos de esvaziamento patrimonial, daí a cabida, em tese, da MC fiscal. Se de fato se comprovaram, é matéria a ser analisada em tópico específico." (fl.863 vº)

Os elementos acima descritos são suficientes para embasar o juízo positivo quanto à presença dos requisitos legais para a imposição da medida cautelar fiscal, como reconhecido pelo d. Juízo a quo.

Pelos elementos de prova trazidos aos autos, há fortes indícios que indicam a ocorrência de fato graves, quais sejam, desvio de finalidade, confusão patrimonial e abuso de direito.

Outrossim, o §1º do artigo 4º da Lei nº 8.397/92 autoriza a extensão da indisponibilidade aos bens do sócio administrador da empresa em débito, já que em última análise é ele que acaba tirando proveito econômico à custa do Erário Público.

De toda sorte, as questões levantadas pelos apelantes constituem matéria de defesa do devedor, e poderão ser arguidas em sede de embargos à execução fiscal. Com efeito, a medida cautelar, ainda que deferida por sentença, tem caráter precário, não fazendo coisa julgada material. Assim, toda e qualquer matéria de defesa assegurada aos requeridos poderá ser arguida em cada executivo fiscal, cuja decisão prevalecerá.

Por derradeiro, tenho que assiste razão a União Federal (Fazenda Nacional) em seu apelo quanto à sucumbência mínima.

Nada obstante tenha, inicialmente, autorizado a indisponibilidade dos bens dos requeridos até o limite do crédito fiscal constituído, na ordem de R\$ 302.879.705,54, posteriormente o d. Juízo *a quo* determinou o desbloqueio dos ativos financeiros da Steco Incorporações Ltda indisponibilizados via BACENJUD e os imóveis de matrículas 2.155 e 103.941.

Como argumentou a Fazenda Pública, *"...foram liberados R\$67.185,58 em favor da Steco Incorporações Ltda. O imóvel de matrícula nº 2.155, por sua vez, foi alienado à Steco pelo valor de R\$5.775.000,00 (fl.680) e o imóvel de matrícula nº 103.941 tem valor venal declarado de R\$1.555.690,50 (fls.692/693)"*.

Vê-se que o valor total liberado, R\$7.397.876,08, é mínimo em relação ao montante da dívida na época do ajuizamento desta cautelar fiscal, representando menos de 2,5% do total devido.

Considerando, pois, a sucumbência mínima da Fazenda Pública, de rigor que os réus respondam, por inteiro, pelas despesas e honorários advocatícios que ora arbitro em 10% sobre o valor atribuído à causa, consoante o art. 85, §§2º e 3º c/c art. 86, parágrafo único, ambos do CPC.

Ante o exposto, nego provimento às apelações dos réus e dou provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional).

É como voto.

MARLI FERREIRA
Desembargadora Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): MARLI MARQUES FERREIRA:24

Nº de Série do Certificado: 11DE18040360FF75

Data e Hora: 26/02/2019 16:15:35
