

RECURSO ESPECIAL Nº 1.386.229 - PE (2013/0170295-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : JAMBO PRODUÇÃO DE ALIMENTOS LTDA -
MICROEMPRESA
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – CDA. BASE LEGAL. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/1998. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. PRESUNÇÃO DE CERTEZA, DE LIQUIDEZ E DE EXIGIBILIDADE INALTERADA. APURAÇÃO DE POSSÍVEL EXCESSO POR MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ. JULGADO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. Cuida-se de Recurso Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973 para definição do seguinte tema: "se a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, pelo STF, afasta automaticamente a presunção de certeza e de liquidez da CDA, de modo a autorizar a extinção de ofício da Execução Fiscal".

2. O *leading case* do STJ sobre a matéria é o REsp 1.002.502/RS, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, ocasião em que Segunda Turma reconheceu que, a despeito da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, a CDA conserva seus atributos, uma vez que: a) existem casos em que a base de cálculo apurada do PIS e da Cofins é composta integralmente por receitas que se enquadram no conceito clássico de faturamento; b) ainda que haja outras receitas estranhas à atividade operacional da empresa, é possível expurgá-las do título mediante simples cálculos aritméticos; c) eventual excesso deve ser alegado como matéria de defesa, não cabendo ao juízo da Execução inverter a presunção de certeza, de liquidez e de exigibilidade do título executivo (REsp 1.002.502/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10/12/2009).

3. Essa orientação acabou prevalecendo e se tornou pacífica no âmbito do STJ: AgRg nos EREsp 1.192.764/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 15/2/2012; AgRg no REsp 1.307.548/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12/3/2014; AgRg no REsp 1.254.773/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/8/2011; REsp 1.196.342/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/12/2010; REsp 1.206.158/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/12/2010; AgRg no REsp 1.204.855/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 16/10/2012; AgRg no REsp 1.182.086/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 10/10/2011; AgRg no REsp 1.203.217/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.204.871/PE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011; AgRg no REsp 1.107.680/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/4/2010.

4. Embora alguns precedentes acima citados façam referência ao REsp 1.115.501/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, como representativo da tese ora

Superior Tribunal de Justiça

em debate, cumpre destacar que o tema afetado naquela oportunidade se referia genericamente à possibilidade de prosseguir a Execução Fiscal quando apurado excesso no conhecimento da defesa do devedor. É o que se verifica na decisão de afetação proferida por Sua Excelência: "O presente recurso especial versa a questão referente à possibilidade de alteração do valor constante na Certidão da Dívida Ativa, quando configurado o excesso de execução, desde que a operação importe meros cálculos aritméticos, sendo certa a inexistência de mácula à liquidez do título executivo".

5. De todo modo, os fundamentos nele assentados reforçam a posição ora confirmada, mormente a afirmação de que, "tendo em vista a desnecessidade de revisão do lançamento, subsiste a constituição do crédito tributário que teve por base a legislação ulteriormente declarada inconstitucional, exegese que, entretanto, não ilide a inexigibilidade do débito fiscal, encartado no título executivo extrajudicial, na parte referente ao *quantum* a maior cobrado com espeque na lei expurgada do ordenamento jurídico" (REsp 1.115.501/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 30/11/2010).

6. Firma-se a seguinte tese para efeito do art. 1.039 do CPC/2015: "A declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, pelo STF, não afasta automaticamente a presunção de certeza e de liquidez da CDA, motivo pelo qual é vedado extinguir de ofício, por esse motivo, a Execução Fiscal".

7. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 1.039 do CPC/2015 e da Resolução 8/2008 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: "A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Compareceu à sessão o Dr. CLÓVIS MONTEIRO FERREIRA DA SILVA NETO, pela FAZENDA NACIONAL"

Brasília, 10 de agosto de 2016(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2013/0170295-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.386.229 / PE

Números Origem: 200583000087930 200605000746210 20060500074621001 72368

PAUTA: 27/04/2016

JULGADO: 27/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO : JAMBO PRODUÇÃO DE ALIMENTOS LTDA - MICROEMPRESA

ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Processo retirado de pauta, por indicação do Sr. Ministro Relator."

RECURSO ESPECIAL Nº 1.386.229 - PE (2013/0170295-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

**RECORRIDO : JAMBO PRODUÇÃO DE ALIMENTOS LTDA -
MICROEMPRESA**

ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a", da CF) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim ementado:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA CUJO FUNDAMENTO LEGAL FOI DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PIS E COFINS. LEI 9718/98. ART. 195, I, DA CF, NA REDAÇÃO ORIGINAL.

1. Certidão da Dívida Ativa que tem fundamento legal declarado inconstitucional pela Suprema Corte prescinde dos requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade, sobre os quais repousam presunção de validade a dar ensejo ao executivo fiscal.

2. Incabível, em sede de execução, análise dos contratos sociais das firmas executadas com o fito de saber se a cobrança da COFINS e do PIS sob a égide da Lei 9.718/98, e do artigo 195, I, da Constituição Federal, na sua redação original, teria incidido sobre o faturamento ou sobre a receita bruta das empresas, pois tal exame importaria dilação probatória.

3. Agravo de Instrumento não provido (fl. 102).

A recorrente aponta violação dos arts. 2º e 535 do CPC; 2º, § 8º, 3º, e 16, § 2º, da Lei 6.830/1980; e 204 do CTN. Preliminarmente, afirma que houve omissão quanto ao reconhecimento da presunção de certeza e de liquidez da CDA. No tocante à questão principal, assevera que a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 pelo STF não elide a presunção de liquidez e de certeza do título executivo constituído com essa base legal. Aduz ainda que possível excesso de execução deve ser comprovado pela parte executada na via dos Embargos do Devedor.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

Sem contrarrazões.

Superior Tribunal de Justiça

O presente caso fora afetado como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC (fls. 163-164).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso (fls. 171-175).

É o **relatório**.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.386.229 - PE (2013/0170295-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cinge-se a controvérsia a definir se a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, pelo STF, afasta automaticamente a presunção de certeza e de liquidez da CDA constituída sobre essa base legal, de modo a autorizar a extinção de ofício da Execução Fiscal.

De acordo com o Tribunal *a quo*, a certidão de dívida ativa que apresenta como fundamento legal dispositivo declarado inconstitucional pelo STF carece dos requisitos de liquidez, de certeza e de exigibilidade.

De início, afasto a preliminar de ofensa ao art. 535 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem, com fundamentação suficiente, julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

No tocante ao tema principal, a irresignação merece acolhida.

O *leading case* do STJ sobre a questão jurídica controvertida é o REsp 1.002.502/RS, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, ocasião em que Segunda Turma reconheceu que, a despeito da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, a CDA conserva seus atributos, uma vez que: a) existem casos em que a base de cálculo apurada do PIS e da Cofins é composta integralmente por receitas que se enquadram no conceito clássico de faturamento; b) ainda que haja outras receitas estranhas à atividade operacional da empresa, é possível expurgá-las do título mediante simples cálculos aritméticos; c) eventual excesso deve ser alegado como matéria de defesa, não cabendo ao juízo da Execução inverter a presunção de certeza, de liquidez e de exigibilidade do título executivo.

Naquele julgado, a Ministra Eliana Calmon realinhou posição após judicioso voto-vista proferido pelo Ministro Castro Meira, o qual assentou os seguintes fundamentos:

A declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, por si só, não atinge a liquidez e certeza da CDA. Prova disso está no fato de que, se o faturamento e a receita bruta do contribuinte forem equivalentes - o que ocorre quando o sujeito passivo tributário possui apenas receitas operacionais -, a declaração de inconstitucionalidade não produzirá qualquer efeito

prático, nada havendo a retificar na certidão de dívida ativa, devendo a execução prosseguir normalmente.

Assim, a simples declaração de inconstitucionalidade não afeta, de modo apriorístico, a certeza e liquidez da CDA, podendo atingir, se muito, o *quantum* a ser executado em face da redução proporcional do valor do título.

Portanto, não poderia o juiz extinguir a execução de ofício, porque, ainda que inexigível parte da dívida, esse fato não configura condição da ação ou pressuposto de desenvolvimento válido do processo.

Inexigibilidade parcial do título e excesso de execução são típicas matérias de defesa, e não de ordem pública, que devem ser alegadas pelo executado ou pelo terceiro a quem aproveita.

Diferentemente do que entendeu o acórdão impugnado neste recurso especial, o ônus de provar que os valores sobre os quais incidiram o PIS e a COFINS é composto também, ou exclusivamente, por receitas não operacionais é do executado e não da Fazenda exequente por dois motivos muito simples:

(a) **primeiramente**, porque a CDA embasa-se em autolancamento, vale dizer, em declaração do próprio contribuinte, que pessoalmente preencheu os campos da DCTF. Assim, somente ele tem condições de esclarecer a composição da receita ali indicada, para se aferir o que é receita bruta e o que é faturamento;

(b) em **segundo lugar**, porque a CDA, nos termos do art. 3º da LEF e do art. 204 do CTN, goza de presunção de liquidez e certeza, que "pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite".

(...)

Esses dispositivos estabeleceram uma presunção relativa que milita em favor da Fazenda Pública e que pode ser ilidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo tributário.

O acórdão recorrido, ao manter a decisão extintiva da execução fiscal, acabou por atribuir à Fazenda Nacional o ônus de provar que as CDA'S eram compostas exclusivamente por receitas operacionais, em absoluta afronta a esses dispositivos.

Ora, é exatamente o contrário do que decidiu a Corte Regional: se o título executivo goza de presunção relativa de liquidez e certeza, e a simples declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 não a afeta por si só, cabe ao executado, sempre por meio de embargos, demonstrar a inexigibilidade, ainda que parcial, da CDA.

Transcrevo a respectiva ementa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – COFINS – CDA – FUNDAMENTO LEGAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF – REFAZIMENTO DA BASE DE CÁLCULO – POSSIBILIDADE SEGUNDO NOTA TÉCNICA – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO.

1. A declaração de inconstitucionalidade emanada do STF em controle difuso, considerando inconstitucional o art. 3º da Lei 9.718/98, não foi

Superior Tribunal de Justiça

capaz de inutilizar a exigibilidade do título extrajudicial.

2 A Nota Técnica 124, de 10 de junho de 23008 da Receita Federal demonstra ser possível o refazimento do título, expurgando-se a parcela declarada inconstitucional da base de cálculo, mediante simples operação aritmética.

3. Hipótese dos autos que em revisão da Receita, não apresentou expurgo algum em desfavor do fisco.

4. Situação fática que mantém a eficácia da Certidão de Dívida Ativa - CDA como título executivo extrajudicial, sem comprometer a sua liquidez e certeza.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.002.502/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 10/12/2009).

Essa orientação acabou prevalecendo e se tornou pacífica no âmbito deste Tribunal. Cito precedentes:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REEXAME DE REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO.

1. É firme nesta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que não existe divergência entre julgados que apreciam o mérito do recurso, e outros que não o fazem, por falta de preenchimento dos pressupostos de admissibilidade.

2. Precedentes: AgRg nos EREsp 957.118/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJe 24.5.2011; AgRg nos EAg 1.152.551/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 10.2.2011; EREsp 260.691/RS, Rel. Min. João Otávio DE Noronha, Corte Especial, DJ 18.2.2008.

3. Ademais, o acórdão embargado aplicou corretamente o tema consolidado no julgamento do REsp 1.115.501/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10.11.2010 pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ 8/08, segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, não é suficiente, por si só, para ilidir a presunção de liquidez e certeza da CDA fundamentada em preceito declarado inconstitucional, razão por que é incabível a extinção ex officio da execução fiscal.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EREsp 1.192.764/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 15/2/2012).

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CDA. NULIDADE. PIS E COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI N. 9.718/98. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DE OFÍCIO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INAPLICABILIDADE. FATURAMENTO OU RECEITA BRUTA. ÔNUS DA PROVA.

Superior Tribunal de Justiça

1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, ainda que se entenda aplicável também à execução fiscal, não autoriza o juiz a extinguir de ofício a execução, mas apenas faculta ao executado a possibilidade de defender-se, por meio de embargos, alegando a inexigibilidade do título em face de declaração de inconstitucionalidade emanada do Supremo.

2. A declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98, por si só, não atinge a liquidez e certeza da CDA. Prova disso está no fato de que, se o faturamento e a receita bruta do contribuinte forem equivalentes - o que ocorre quando o sujeito passivo tributário possui apenas receitas operacionais -, a declaração de inconstitucionalidade não produzirá qualquer efeito prático, nada havendo a retificar na certidão de dívida ativa, devendo a execução prosseguir normalmente.

3. Se o título executivo goza de presunção relativa de liquidez e certeza, e a simples declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98 não a contamina por si só, constitui ônus do executado, sempre por meio de embargos, demonstrar a inexigibilidade, ainda que parcial, da CDA.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.307.548/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 12/3/2014).

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PIS/COFINS. CDA. FUNDAMENTO LEGAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. CONFORMAÇÃO AO ENTENDIMENTO PROFERIDO PELO STJ NO ÂMBITO DE RECURSO REPETITIVO.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.115.501/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10.11.2010 pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ 8/08 consolidou entendimento segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, não é suficiente, por si só, para ilidir a presunção de liquidez e certeza da CDA fundamentada em preceito declarado inconstitucional, razão por que é incabível a extinção ex officio da execução fiscal.

2. Hipótese em que subsiste a presunção de liquidez e certeza do título executivo extrajudicial, cabendo ao contribuinte a demonstração de excesso de execução.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.254.773/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 17/8/2011).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DE OFÍCIO ANTES DA CITAÇÃO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INAPLICABILIDADE. FATURAMENTO OU RECEITA BRUTA. ÔNUS DA PROVA. RECURSO PROVIDO.

1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, ainda que se entenda aplicável também à execução fiscal, não autoriza o juiz a extinguir de ofício a execução, mas apenas faculta ao executado a possibilidade de defender-se, por meio de embargos, alegando a inexigibilidade do título em face de declaração de

inconstitucionalidade emanada do Supremo.

2. A declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, por si só, não atinge a liquidez e certeza da CDA. Prova disso está no fato de que, se o faturamento e a receita bruta do contribuinte forem equivalentes – o que ocorre quando o sujeito passivo tributário possui apenas receitas operacionais –, a declaração de inconstitucionalidade não produzirá qualquer efeito prático, nada havendo a retificar na certidão de dívida ativa, devendo a execução prosseguir normalmente.

3. A simples declaração de inconstitucionalidade não afeta, de modo apriorístico, a certeza e liquidez da CDA, podendo atingir, se muito, o quantum a ser executado em face da redução proporcional do valor do título. Portanto, não pode o juiz, nesse caso, extinguir a execução de ofício, porque, ainda que inexigível parte da dívida, esse fato não configura condição da ação ou pressuposto de desenvolvimento válido do processo.

4. A inexigibilidade parcial do título e excesso de execução são típicas matérias de defesa, e não de ordem pública, que devem ser alegadas pelo executado ou pelo terceiro a quem aproveita.

5. Se o título executivo goza de presunção relativa de liquidez e certeza, e a simples declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 não a contamina por si só, constitui ônus do executado, sempre por meio de embargos, demonstrar a inexigibilidade, ainda que parcial, da CDA.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1.196.342/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 10/12/2010).

TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PIS/COFINS. LEI N. 9.718/1998. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO LEGAL INDICADO NA CDA. EXTINÇÃO EX OFFICIO DA EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC, se o acórdão recorrido, ao solucionar a controvérsia, analisa as questões a ele submetidas, dando aos dispositivos de regência a interpretação que, sob sua ótica, se coaduna com a espécie. O fato de a interpretação não ser a que mais satisfaça a recorrente não tem a virtude de macular a decisão atacada, a ponto de determinar provimento jurisdicional desta Corte, no sentido de volver os autos à instância de origem, mesmo porque o órgão a quo, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes.

2. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei n. 9.718/98, emanada do STF em sede de controle difuso, não é suficiente, de per si, para ilidir a presunção de liquidez e certeza de CDA fundamentada no referido preceito infraconstitucional, razão por que é incabível a extinção ex officio da execução fiscal.

3. Precedente: REsp 1115501/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10.11.2010 pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n. 8/08.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.206.158/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL

MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 14/12/2010).

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. NULIDADE DA CDA. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da possibilidade de aproveitamento da CDA na hipótese de readequação da base de cálculo da Cofins e do PIS em face da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 pelo STF. Nesse contexto, a CDA não perderia os requisitos de liquidez e certeza, devendo apenas ser expurgado o eventual excesso.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.204.855/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/10/2012).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PIS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF DO ART. 3o., § 1o. DA LEI 9.718/98. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. DESCONSTITUIÇÃO. ÔNUS DO EXECUTADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual compete ao executado, via Embargos, ilidir a presunção de certeza e liquidez da CDA, a qual permanece incólume mesmo diante da declaração de inconstitucionalidade das normas que ampliavam o conceito de receita bruta considerado na base de cálculo do PIS, prosseguindo a execução, todavia, pelo quantum apurado em face da redução eventualmente necessária em razão dessa inconstitucionalidade. Precedentes: 2a. Turma, REsp. 1.196.342/PE, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 10.12.2010; 2a. Turma, AgRg no REsp. 1.201.627/PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 26.04.2011; 1a. Turma, AgRg no REsp. 1.203.217/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 11.02.2011; 1a. Turma, AgRg no REsp. 1.204.871/PE, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 02.02.2011.

2. Sendo assim, é ônus do executado provar que a execução fiscal incorre em excesso, do qual deverá desincumbir-se no momento oportuno, ou seja, com a oposição de Embargos à Execução, sob pena de preclusão.

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.182.086/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/10/2011).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PIS/COFINS. CDA. FUNDAMENTO LEGAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. REFAZIMENTO DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. RESP 1.115.501/SP, NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC.

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que, ao prover o recurso especial fazendário, aplicou jurisprudência no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98, por si só,

Superior Tribunal de Justiça

não atinge a liquidez e certeza da CDA, consignando que a simples declaração de inconstitucionalidade não afeta a certeza e liquidez da CDA, podendo atingir, quando muito, o quantum a ser executado em face da redução proporcional do valor do título executivo.

2. A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.115.501/SP, na sistemática do art. 543-C do CPC, reafirmou jurisprudência no sentido de que "remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição da CDA (cuja liquidez permanece incólume), máxime tendo em vista que a sentença proferida no âmbito dos embargos à execução, que reconhece o excesso, é título executivo passível, por si só, de ser liquidado para fins de prosseguimento da execução fiscal" (REsp 1.115.501/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 30/11/2010).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.203.217/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/2/2011).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGOS 2º, PARÁGRAFO 8º, E 16 DA LEI Nº 6.830/80. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. PIS E COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º, PARÁGRAFO 1º, DA LEI Nº 9.718/98. CDA. DECOTE. NECESSIDADE DE EXAME PERICIAL. MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. DESCONSTITUIÇÃO. ÔNUS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada." (Súmula do STF, Enunciado nº 282).

2. A declaração de inconstitucionalidade do tributo não invalida a Certidão de Dívida Ativa - CDA, salvo quando indeterminável o quantum a decotar por simples cálculo aritmético.

3. Analisar se a adequação da base de cálculo da CDA que embasa a execução fiscal demanda exame pericial ou meros cálculos aritméticos se insula no universo fático-probatório, consequencializando a necessária reapreciação da prova, o que é vedado pelo enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. É firme a jurisprudência desta Corte Superior em que o ônus de desconstituir a presunção de certeza e liquidez da CDA é do executado, salvo quando inobservados os seus requisitos legais, de modo a não permitir ao contribuinte o pleno exercício do direito à ampla defesa, cabendo à Fazenda exequente, em casos tais, a emenda ou substituição do título executivo.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.204.871/PE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe 2/2/2011).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. LEI 9.718/1998. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO LEGAL INDICADO NA CDA. REFAZIMENTO DA BASE DE CÁLCULO. SIMPLES OPERAÇÃO ARITMÉTICA. POSSIBILIDADE

SEGUNDO NOTA TÉCNICA. EXTINÇÃO EX OFFICIO DA EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O STF, em controle difuso, considerou inconstitucional o art. 3º da Lei 9.718/1998.

2. Trata-se de decisão que produz efeitos somente entre as partes, não atingindo, de forma automática, as Execuções Fiscais cuja CDA esteja lastreada na referida norma.

3. Subsiste, portanto, a presunção de liquidez e certeza do título executivo extrajudicial, razão pela qual cabe ao contribuinte a demonstração de excesso de execução.

4. Ademais, é possível o decote da CDA para exclusão de eventual quantia cobrada a maior, quando se tratar de operação que demanda apenas a realização de cálculos aritméticos. Precedentes do STJ.

5. Incorreta, nesse contexto, a extinção, ex officio, da Execução Fiscal.

6. Agravo Regimental provido.

(AgRg no REsp 1.107.680/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 6/4/2010).

Embora alguns precedentes acima citados façam referência ao REsp 1.115.501/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, como representativo da tese ora em debate, cumpre destacar que **o tema afetado na ocasião se referia genericamente à possibilidade de prosseguir a Execução Fiscal quando apurado excesso, no julgado da defesa do devedor.** É o que se verifica na decisão de afetação proferida por Sua Excelência: "O presente recurso especial versa a questão referente à possibilidade de alteração do valor constante na Certidão da Dívida Ativa, quando configurado o excesso de execução, desde que a operação importe meros cálculos aritméticos, sendo certa a inexistência de mácula à liquidez do título executivo".

De todo modo, os fundamentos nele assentados reforçam a posição ora confirmada. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA) ORIGINADA DE LANÇAMENTO FUNDADO EM LEI POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO (DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88). VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE NÃO PODE SER REVISTO. INEXIGIBILIDADE PARCIAL DO TÍTULO EXECUTIVO. ILIQUIDEZ AFASTADA ANTE A NECESSIDADE DE SIMPLES CÁLCULO

ARITMÉTICO PARA EXPURGO DA PARCELA INDEVIDA DA CDA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL POR FORÇA DA DECISÃO, PROFERIDA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO, QUE DECLAROU O EXCESSO E QUE OSTENTA FORÇA EXECUTIVA. DESNECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA.

1. O prosseguimento da execução fiscal (pelo valor remanescente daquele constante do lançamento tributário ou do ato de formalização do contribuinte fundado em legislação posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle difuso) revela-se forçoso em face da suficiência da liquidação do título executivo, consubstanciado na sentença proferida nos embargos à execução, que reconheceu o excesso cobrado pelo Fisco, sobressaindo a higidez do ato de constituição do crédito tributário, o que, a *fortiori*, dispensa a emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).

2. Deveras, é certo que a Fazenda Pública pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80), quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada, entre outras, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário (Precedente do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009).

3. *In casu*, contudo, não se cuida de correção de equívoco, uma vez que o ato de formalização do crédito tributário sujeito a lançamento por homologação (DCTF), encampado por desnecessário ato administrativo de lançamento (Súmula 436/STJ), precedeu à declaração incidental de inconstitucionalidade formal das normas que alteraram o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária, quais sejam, os Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88.

4. O princípio da imutabilidade do lançamento tributário, insculpido no artigo 145, do CTN, prenuncia que o poder-dever de autotutela da Administração Tributária, consubstanciado na possibilidade de revisão do ato administrativo constitutivo do crédito tributário, somente pode ser exercido nas hipóteses elencadas no artigo 149, do Codex Tributário, e desde que não ultimada a extinção do crédito pelo decurso do prazo decadencial quinquenal, em homenagem ao princípio da proteção à confiança do contribuinte (encartado no artigo 146) e no respeito ao ato jurídico perfeito.

5. O caso *sub judice* amolda-se no disposto no *caput* do artigo 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."), uma vez que a autoridade administrativa procedeu ao lançamento do crédito tributário formalizado pelo contribuinte (providência desnecessária por força da Súmula 436/STJ), utilizando-se da base de cálculo estipulada pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88, posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, tendo sido expedida a Resolução 49, pelo Senado Federal, em 19.10.1995.

6. Conseqüentemente, tendo em vista a desnecessidade de revisão do lançamento, subsiste a constituição do crédito tributário que

teve por base a legislação posteriormente declarada inconstitucional, exegese que, entretanto, não ilide a inexigibilidade do débito fiscal, encartado no título executivo extrajudicial, na parte referente ao *quantum* a maior cobrado com espeque na lei expurgada do ordenamento jurídico, o que, inclusive, encontra-se, atualmente, preceituado nos artigos 18 e 19, da Lei 10.522/2002, verbis: "Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente: (...) VIII - à parcela da contribuição ao Programa de Integração Social exigida na forma do Decreto-Lei no 2.445, de 29 de junho de 1988, e do Decreto-Lei no 2.449, de 21 de julho de 1988, na parte que exceda o valor devido com fulcro na Lei Complementar no 7, de 7 de setembro de 1970, e alterações posteriores; (...) § 2º Os autos das execuções fiscais dos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do juiz, ciente o Procurador da Fazenda Nacional, salvo a existência de valor remanescente relativo a débitos legalmente exigíveis. (...)" Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) I - matérias de que trata o art. 18; (...). § 5º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)".

7. Assim, ultrapassada a questão da nulidade do ato constitutivo do crédito tributário, remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição da CDA (cuja liquidez permanece incólume), **máxime tendo em vista que a sentença proferida no âmbito dos embargos à execução, que reconhece o excesso, é título executivo passível, por si só, de ser liquidado para fins de prosseguimento da execução fiscal** (artigos 475-B, 475-H, 475-N e 475-I, do CPC).

8. Consectariamente, dispensa-se novo lançamento tributário e, a fortiori, emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).

9. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1.115.501/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 30/11/2010).

Firma-se a seguinte tese para efeito do art. 1.039 do CPC/2015: "A declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, pelo STF, não afasta automaticamente a presunção de certeza e de liquidez da CDA constituída sobre essa base legal, motivo pelo qual é vedado extinguir de ofício, por esse motivo, a Execução Fiscal".

Diante do exposto, **dou provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2013/0170295-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.386.229 / PE**

Números Origem: 200583000087930 200605000746210 20060500074621001 72368

PAUTA: 10/08/2016

JULGADO: 10/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : JAMBO PRODUÇÃO DE ALIMENTOS LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

Compareceu à sessão o Dr. **CLÓVIS MONTEIRO FERREIRA DA SILVA NETO**, pela FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.