



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 917.802 - SE
(2016/0122882-6)**

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : **PHARMÁCIA BIOLÓGICA MANIPULAÇÕES**
FARMACÊUTICAS LTDA - EPP
ADVOGADO : **ADERNOEL ALMEIDA DA CRUZ FILHO - SE003182**
AGRAVADO : **ESTADO DE SERGIPE**
PROCURADOR : **MAURO FERNANDO DOS SANTOS - SE002330**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VIABILIDADE. SÚMULA 393/STJ. DISCUSSÃO REFERENTE À NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. *"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória"* (Súmula 393/STJ).
2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).
3. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 917.802 - SE
(2016/0122882-6)**

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : PHARMÁCIA BIOLÓGICA MANIPULAÇÕES
FARMACÊUTICAS LTDA - EPP
ADVOGADO : ADERNOEL ALMEIDA DA CRUZ FILHO - SE003182
AGRAVADO : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : MAURO FERNANDO DOS SANTOS - SE002330

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de agravo interno (fls. 214/222) apresentado contra decisão monocrática sintetizada na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. DISPOSITIVO APONTADO COMO VIOLADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SÚMULA 393/STJ. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

A agravante sustenta, em suma, que:

A matéria é de ordem pública, cabendo apenas a declaração, com base legal apresentada na peça de exceção, e abaixo demonstrada, de que NÃO cabe a incidência de ICMS sobre manipulação de medicamentos. Uma vez reconhecida a não incidência, resta inexigível o título executado.

(...) "Desse modo, por expressa previsão legal, a Agravante, na qualidade de farmácia que fornece medicamentos manipulados, é contribuinte do ISSQN e não do ICMS. Assim, a execução fiscal lastreada em parcelamento de débito por não-recolhimento do ICMS não merece prosseguir, tendo em vista a inexigibilidade da cobrança, impondo-se, por conseguinte, o acolhimento da exceção de pré-executividade." Cumpre esclarecer que o Agravado ingressou com duas execuções idênticas, feitos tombados sob nº. 201112201100 e 201112201105, tendo sido ambas rechaçadas através de Exceções de Pré-Executividade idênticas, gerando decisões idênticas na mesma data, sendo também interpostos Agravos de Instrumento iguais, o sendo o primeiro tombado sob nº. 2012202051 e o segundo, o Agravo que ora abriga os presentes empachos.

A matéria trazida foi apreciada nos autos de nº. 2012202051, nos moldes acima, pela Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho, que deu provimento monocraticamente ao Agravo de Instrumento idêntico ao que abriga o presente Agravo Interno, também interposto pela ora Agravante, conforme decisão acima, cabendo esclarecer que uma vez declarada naqueles autos a inexigibilidade não apenas do crédito exequendo, mas da própria cobrança de ICMS sobre o fornecimento de medicamentos manipulados, em favor da ora Agravante, a decisão deverá abranger todas as execuções no mesmo sentido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer seja provido o recurso.

O Estado de Sergipe pugna pelo não provimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 917.802 - SE
(2016/0122882-6)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VIABILIDADE. SÚMULA 393/STJ. DISCUSSÃO REFERENTE À NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

- 1. "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" (Súmula 393/STJ).**
- 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).**
- 3. Agravo interno não provido.**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

O recurso não merece prosperar.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente recurso submete-se à regra prevista no Enunciado Administrativo n. 3/STJ, *in verbis*: "*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*".

Extrai-se da decisão agravada:

De início, resta evidente que não houve pronunciamento do Tribunal de origem sobre a suposta violação aos artigos 8º, §1º do DL 406/1968 e artigo 1º e 2º da Lei Complementar 116/2003, e eventual omissão nem sequer foi suscitada por meio de embargos de declaração, razão pela qual é inviável o conhecimento da questão, ante a ausência do indispensável prequestionamento, aplicando-se, por analogia, o óbice previsto na Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

Cumpre registrar que é imprescindível o prequestionamento, ainda que se trate de matéria de ordem de pública.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaca-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. REAJUSTE DE VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA 85/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DESPROVIDO. ART. 21 DA LEI COMPLEMENTAR 101/00. AS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA SUBMETEM-SE AO REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO. 1. Todas as questões postas em debate foram efetivamente decididas, não tendo havido vício algum que justificasse o manejo dos Embargos Declaratórios. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada. 2. É firme a orientação desta Corte Superior de que não ocorre a prescrição do fundo de direito no caso de inexistir manifestação expressa da Administração negando o direito reclamado, estando prescritas apenas as prestações vencidas no quinquênio que precedeu à propositura da ação, nos termos da Súmula 85/STJ. 3. **Mesmo as chamadas questões de ordem pública, apreciáveis de ofício nas instâncias ordinárias, devem estar prequestionadas, a fim de viabilizar sua análise nesta Instância Especial.** 4. Agravo Regimental do ESTADO DO RIO DE JANEIRO desprovido. (AgRg no AREsp 426.171/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014) (grifou-se)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

1. A questão atinente à prescrição dos créditos tributários não foi objeto de análise pelo Tribunal a quo, o que impede o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, conforme a orientação das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Em verdade, o acórdão recorrido, reiterando a sentença que denegou a segurança, obistou o exame da matéria na sede mandamental por já haver execução fiscal em trâmite, fundamento que não foi impugnado no apelo nobre.

3. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, mesmo as matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelas instâncias ordinárias, devem ser prequestionadas de modo a viabilizar o acesso à via especial.**

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1434804/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 29/06/2015) (grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. QUESTÃO NÃO DECIDIDA. PRESCRIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL QUANTO AOS TEMAS NÃO DEMONSTRADA.

1. **As matérias de ordem pública necessitam estar prequestionadas para**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

serem analisadas em recurso especial. A respeito: AgRg no REsp 1192851/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 04/03/2015; AgRg no REsp 1079409/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 19/02/2015; AgRg no REsp 1416289/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 19/05/2015; AgRg no AREsp 681.659/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 19/05/2015; AgRg no AREsp 113.743/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 12/05/2015.

2. Nessa linha, se o Tribunal de origem não se manifesta sobre a existência de nulidade absoluta em razão da ausência de nomeação de curador especial, não pode o Superior Tribunal de Justiça emitir pronunciamento sobre o tema.

3. A exceção de pré-executividade poderá ser apresentada com a finalidade de extinguir a ação executiva em razão da prescrição da pretensão, desde que não seja necessária dilação probatória. Caso o seja, a parte executada deverá opor embargos do devedor, nos termos da Lei n. 6.830/1980.

4. No caso, o órgão julgador a quo consignou não ter, nos autos, informação sobre as datas de constituição dos créditos tributários, a qual teria-se dado por declaração do próprio contribuinte, sendo, por isso, inviável a análise da pretensão, à luz da Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1368606/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 15/06/2015)

Por outro lado, o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com o entendimento firmado por meio da Súmula 393 do STJ, *in verbis*: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.”

No caso dos autos, o Tribunal de origem consignou que a questão relativa à incidência de ISS e ICMS demandaria dilação probatória, ao se manifestar nos seguintes termos (e-STJ fl. 94):

Volvendo ao caso dos autos, cumpre registrar que aqui se discute a incidência de dois impostos, o ICMS e o ISS sobre produtos e serviços comercializados pela executada. Verifica-se, outrossim, que o próprio agravante, em sua peça recursal, alega que existir dificuldade de se distinguir quais produtos incidem um ou outro imposto, o que daria ensejo à iliquidez do título executivo, na ótica do executado.

Ora, se o próprio recorrente admite que existe dúvida quanto a aplicabilidade dos impostos, outra conclusão não há que se chegar pela inadmissão da exceção de pré-executividade como meio de defesa para o caso, haja vista a necessidade de dilação probatória.

Nesse contexto, para se adotar qualquer conclusão em sentido contrário ao que ficou expressamente consignado no acórdão atacado é necessário o reexame de matéria de fato, o que é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o disposto na Súmula 7/STJ.

A corroborar esse entendimento, destacam-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 535/CPC. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 131/CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 393/STJ. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. INVIABILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. Não ocorreu ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos.
2. Com relação ao art. 131 do CPC, cumpre registrar que a mera indicação do dispositivo legal tido por violado, sem que haja demonstração clara e objetiva de como o acórdão recorrido teria malferido a legislação federal, não enseja a abertura da via especial. A deficiência na fundamentação recursal atrai a incidência da Súmula 284/STF. Precedentes: AgRg no AREsp 83.629/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 3/4/2012; AgRg no AREsp 80.124/PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 25/5/2012.
3. "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" (Súmula 393/STJ).
4. A alteração da conclusão adotada pelo Tribunal de origem, no sentido de que a exceção de pré-executividade não seria o meio adequado para questionar a legitimidade passiva do sócio-gerente e a prescrição, diante da necessidade de dilação probatória, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme a Súmula 7/STJ. Precedente: AgRg no AREsp 224.233/PA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/10/13, DJe 24/10/13.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no Ag 1344529/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 14/04/2014) (grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DO RESP 1.104.900/ES, MEDIANTE UTILIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO 08/2008 do STJ.

[...]

3. Rever o entendimento do acórdão recorrido - de que, "In casu, não verifico, prima facie, a presença de tal espécie de prova" e descabe Exceção de Pré-Executividade por entender imprescindível dilação probatória - implica, como regra, reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.
4. O reconhecimento, pelo Tribunal de origem, de que a resolução da controvérsia necessita de produção de prova impossibilita a utilização da defesa por Exceção de Pré-Executividade. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.104.900/ES, sob o regime do art. 543-C do CPC.
5. Agravo Regimental não provido.
(AgRg no REsp 1421897/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÚMULA 393/STJ. ILEGALIDADE DE MULTA ADMINISTRATIVA QUE ORIGINOU A CDA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Dispõe a Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

2. Atestar se as provas pré-constituídas são, ou não, suficientes para embasar o prosseguimento da exceção de pré-executividade é tarefa que não pode ser realizada em recurso especial, pois demandaria análise fático-probatória, providência que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 414.684/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA RECONHECIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - DESCABIMENTO - SÚMULA 7/STJ.

1. Inviável análise de pretensão que demanda revolvimento da matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" (Súmula 393/STJ).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 176.988/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 24/09/2013)

Ressalte-se que tais questões, que demandem dilação probatória, podem ser enfrentadas em sede de embargos à execução.

Não havendo desacerto nesses fundamentos, impõe-se a manutenção da decisão agravada.

Ressalte-se que, conforme constou da decisão de fls. 207/210 (que rejeitou os embargos de declaração de fls. 198/202), o exame dos autos revela que "não há contradição na decisão vergastada, uma vez que a decisão foi clara ao concluir que somente matérias que não demandem dilação probatória são apreciáveis em sede de exceção de pré-executividade" e, no caso, "o Tribunal de origem, soberano na análise de provas e fatos, entendeu que a questão relativa à incidência de ISS e ICMS demandaria dilação probatória, sendo inviável em sede de recurso especial a conclusão em sentido contrário tendo em vista o disposto na Súmula 7/STJ".

Cumpra esclarecer que a decisão agravada contém fundamentação adequada e analisa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a controvérsia levando em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0122882-6

**AgInt nos EDcl no
AREsp 917.802 / SE**

Números Origem: 00041659820158250000 201500714277 201500720204

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : PHARMÁCIA BIOLÓGICA MANIPULAÇÕES FARMACÊUTICAS LTDA -
EPP
ADVOGADO : ADERNOEL ALMEIDA DA CRUZ FILHO - SE003182
AGRAVADO : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : MAURO FERNANDO DOS SANTOS - SE002330

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : PHARMÁCIA BIOLÓGICA MANIPULAÇÕES FARMACÊUTICAS LTDA -
EPP
ADVOGADO : ADERNOEL ALMEIDA DA CRUZ FILHO - SE003182
AGRAVADO : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : MAURO FERNANDO DOS SANTOS - SE002330

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.