

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1232468 - RS (2011/0000958-1)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : MARCOS ANTÔNIO MIOLA E OUTRO(S) - RS028984
AGRAVADO : JAMEL ALI EL BACHA E OUTRO
ADVOGADO : CÉSAR PEREIRA DE SOUZA E OUTRO(S) - RS036993

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL, NOS QUAIS OS EMBARGANTES, PESSOA JURÍDICA CONTRIBUINTE E RESPECTIVO SÓCIO-GERENTE, IMPUGNAM AUTO DE LANÇAMENTO LAVRADO, CONTRA AMBOS, POR SUPOSTAS INFRAÇÕES DE SUPERFATURAMENTO, INEXISTÊNCIA DE PRIMEIRA VIA DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE MERCADORIAS, APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO FISCAL DE ICMS DESTACADO EM NOTAS FISCAIS DESTINADAS A OUTROS CONTRIBUINTEES OU QUE NÃO SE REFEREM A EFETIVAS OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, E, AINDA, FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS, NOS LIVROS, E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE ESSAS OPERAÇÕES. OMISSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM SOBRE QUESTÕES RELEVANTES, EM TESE, PARA O JULGAMENTO DA CAUSA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO REFERENTE AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, POR AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC/53. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão que julgou Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na forma do posicionamento desta Corte, ocorre violação ao art. 535, II, do CPC/73, quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar, expressamente, questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas, oportunamente, pela parte recorrente. Nesse sentido: STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 372.836/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 14/04/2014; AgRg no REsp 1.355.898/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2014.

III. Nos presentes autos de Embargos à Execução Fiscal, a despeito da oposição dos Embargos de Declaração, o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre as seguintes questões suscitadas, oportunamente, na petição inicial e nas razões de Apelação: a) alegação de retirada do sócio embargante da sociedade e de configuração da responsabilidade tributária, segundo esse

embargante, como subsidiária, argumentos que fundamentam a arguição de ilegitimidade **ad causam** do referido sócio para figurar, como responsável tributário, no polo passivo da Execução Fiscal. Tal omissão persiste, na medida em que o Tribunal de origem, sem se pronunciar sobre os pressupostos fáticos para imputação de responsabilidade tributária, previstos no art. 135, III, do CTN, limitou-se a consignar que "afasto, também, a alegada ilegitimidade passiva do sócio, considerando que este era sócio e administrador da empresa, no período apurado pelo auto de lançamento n° 001733486, conforme cópia da alteração contratual da empresa, em 15-12-03, mesmo que esta alteração não tenha constado no registro perante a Junta Comercial"; b) arguição de nulidade do título executivo, por ausência dos requisitos essenciais à lavratura do Auto de Lançamento, omissão que persiste, ainda que a ementa do acórdão contenha os vocábulos "CDA. VALIDADE" e o item 2 da mencionada ementa também enuncie o entendimento de que "a Certidão de Dívida Ativa, por força do art. 3º da Lei 6.830/80, goza de presunção de certeza e liquidez. De tal modo, é documento bastante em si mesmo para o fim de instruir a inicial da demanda executória"; c) alegação de insubsistência do Item II do Auto de Lançamento, referente à glosa de créditos de notas, motivada pela suposição fazendária de "ausência de efetiva operação de circulação de mercadorias"; d) suposta impossibilidade de apresentação da primeira via das notas fiscais solicitadas, em função de sinistro (incêndio) alegadamente registrado e noticiado no processo administrativo; e) alegação de impossibilidade da glosa de créditos, sob pena de afronta ao princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, e ao disposto no art. 155, II, § 2º, I, desta Constituição; f) alegada impossibilidade da glosa de créditos, sob pena de ofensa ao parágrafo único do art. 116 do CTN, incluído pela Lei Complementar 104/2001, cuja disposição estaria sendo aplicada, na espécie, de forma retroativa.

IV. Assim, deve ser mantida a decisão ora impugnada, que reconheceu a afronta ao art. 535, II, do CPC/73, especialmente porque, além de ser vedada, ao STJ, a incursão nos elementos fático-probatórios dos autos, quando do exame do Recurso Especial, a matéria suscitada pela parte recorrente, no particular, necessita ter sido devidamente prequestionada, para que se viabilize o conhecimento do Recurso Especial.

V. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas,

acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 08 de junho de 2020 (Data do Julgamento)

Ministra Assusete Magalhães
Relatora

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.232.468 - RS (2011/0000958-1)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, em 27/02/2020, contra decisão de minha lavra, publicada em 05/02/2020, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Recurso Especial, interposto por JAMEL ALI EL BACHA e FIGO BLUE MODAS LTDA, com fundamento no art. 105, III, **a e c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Na origem, trata-se de Embargos à Execução Fiscal, nos quais se postulou a desconstituição do crédito tributário, a título de ICMS e acréscimos legais, constituído através da lavratura, em 01/12/1997, do Auto de Lançamento nº 001733486.

Na petição inicial os embargantes, ora recorrentes, apresentaram as seguintes teses: a) ilegitimidade **ad causam** do sócio-gerente para figurar, como responsável tributário, no polo passivo da Execução Fiscal; b) nulidade da CDA; c) prescrição da pretensão executória, ao argumento de que decorreu mais de 5 (cinco) anos, desde a constituição **definitiva** do crédito tributário, alegadamente ocorrida em 06/01/1998, até a citação na Execução Fiscal, em agosto de 2003; d) decadência parcial; e) indevida glosa de créditos por 'superfaturamento'; f) indevida glosa de créditos por 'ausência de efetiva operação de circulação de mercadorias'; g) impossibilidade de apresentação das primeiras vias das notas fiscais solicitadas, em função de sinistro de incêndio devidamente registrado e noticiado no processo administrativo; h) irregularidade no procedimento de arbitramento, **in casu**; i) caráter confiscatório da multa aplicada; j) inconstitucionalidade dos juros de mora aplicados e impossibilidade de incidência de tais juros sobre a correção monetária.

Após o regular processamento do feito e a produção de prova pericial, sobreveio a sentença, na qual o Juízo de 1º Grau julgou improcedente a demanda.

Interposta Apelação, nas respectivas razões recursais os recorrentes reiteraram as razões do Agravo retido, bem como as teses constantes da petição inicial, e ainda pugnaram pela redução dos honorários de advogado, caso mantida a condenação.

O Tribunal de origem negou provimento ao Agravo retido e à Apelação, nos seguintes termos:

'DES^a. LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO (RELATORA) –

A princípio, não procede a preliminar de cerceamento de defesa. Segundo o art. 130 do CPC, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento

da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

No caso, entendeu o eminente julgador de primeiro grau, desnecessária a produção de prova, porque presentes elementos indispensáveis à sua convicção.

Assim:

'Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização' (Theotônio Negrão, CPC e Legislação processual em vigor, nota 1 ao art. 130, 27ª edição, 1996).

Não trouxeram, ademais, os apelantes nenhum argumento convincente, em suas razões, que ensejassem a autorização de produção de outras provas.

Neste sentido:

(...)

Assim, nego provimento ao agravo retido.

Afasto, ainda, a alegação de nulidade da sentença. Cuidando-se de execução, é possível aceitar a simplicidade do ato decisório, pois, segundo Araken de Assis:

'Parecerá estranho às partes mais desatentas o Juiz relatar os longos trâmites da execução, fundamentar o seu resultado na vitoriosa operação dos meios executórios e, por fim, 'declarar' extinto o processo. Essas operações lógicas, no caso, se afeiçoam a outra espécie de sentença. Por conseguinte, quanto à forma, o pronunciamento previsto no art. 795 não se acomoda, perfeitamente, ao art. 458 e talvez se amoldasse melhor à segunda parte do art. 165, recebendo breve fundamentação.'

Em relação à Certidão de Dívida Ativa, por força do art. 3º da Lei 6.830/80, goza de presunção de certeza e liquidez. De tal modo, é documento bastante em si mesmo para o fim de instruir a inicial da demanda executória.

Aliás, está-se diante de documentos informatizados, padronizados, utilizados pelo Estado, e raríssimos são os que se propõe a questionar tais aspectos formais, sabidamente descabidos.

Afasto, também, a alegada ilegitimidade passiva do sócio, considerando que este era sócio e administrador da empresa, no período apurado pelo Auto de Lançamento 001733486, conforme cópia da alteração contratual da empresa, em 15-12-03, mesmo que esta alteração não tenha constado no registro perante a Junta Comercial.

Quanto ao mérito, como ressaltado pelo magistrado **a quo**, em relação às bonificações glosadas, em torno de 50% do crédito

adjudicado, em decorrência de superfaturamento, ausente prova de que os valores considerados como reais das mercadorias, pela fazenda, não correspondessem aos preços de mercado, devendo, por isso, ser aplicado o art. 7º, I, da Lei estadual 6.537/73. Como esclarece o perito, na fl. 287, ademais, o item V do auto de lançamento questionado versa sobre a apropriação de crédito fiscal de ICMS destacado em notas fiscais destinadas a outros contribuintes, e não arbitramento.

Em relação aos juros moratórios, estes são calculados, segundo o art. 69 da Lei 6.537/73, ou seja, 1% ao mês, a contar da data de inscrição do crédito em dívida ativa sobre o valor atualizado desta, não capitalizados, sem qualquer relação com a taxa SELIC.

Inexiste capitalização dos juros (ausente qualquer previsão para tal ou, ao menos, tentativa do Estado em assim o fazer) e, outrossim, não se aplica aqui a limitação constitucional do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, podendo a lei local impor determinados percentuais de juros que, de resto, viu-se acima, estão definidos em 1% ao mês. Os itens 5 e 8 das certidões expurgem qualquer dúvida a respeito, sendo que a certidão bem orienta sobre o termo inicial de fluência dos juros ('a partir da data da inscrição', campo 8).

Quanto à multa, no caso, está prevista nos arts. 9º, I, e 72 da Lei 6.537/73, sendo calculada sobre o valor do tributo devido. Incide sobre as operações efetivadas, mostrando-se proporcional ao volume de operações realizadas.

Além disso, esta não se configura abusiva, pois é sanção da conduta da empresa, que informou o imposto sem efetuar o respectivo pagamento. José dos Santos Carvalho Filho afirma: 'Sanção administrativa é o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administrativa, suscetível de ser aplicado por órgão da Administração'.

Por outro lado, 'a multa moratória tem caráter de pena administrativa', de acordo com a Súmula 565 do STF. Não substitui a obrigação principal, não tendo caráter indenizatório, como no direito privado, nem guarda proporcionalidade com eventual dano, mas é imposta **ex lege**, em face do interesse estatal de desestimular a mora e de estimular o pagamento, é sancionatória e punitiva.

Alegam os apelantes que a multa seria confiscatória. A multa tem a finalidade de inibir a inadimplência, por isso pode ser elevada. A disposição é antiga e deve ser levada em conta quando o particular decide desenvolver atividade mercantil. Faz parte da administração do negócio a previsão de riscos e despesas, inclusive as destinadas à Fazenda, assim como os consectários do descumprimento das obrigações de comerciante, não havendo caracterização de confisco, nem se enquadrando no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Conforme Hugo de Brito Machado, 'a vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime

jurídico do tributo não se aplica à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto essencial desta, e não daquele. [...] a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte a que as condutas que ensejam sua cobrança resem efefivamente desestimuladas'.

No mesmo sentido, as seguintes decisões:

(...)

Quanto à decadência, na forma do art. 173 do Código Tributário Nacional, 'o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.'

In casu, ocorrida a notificação em 06-01-98 (fl. 124), foi interposto recurso administrativo, cuja intimação da decisão ocorreu em 06-08-01 (fl. 230), citada a empresa em 20-08-03 (fl. 41v.), dentro do prazo, portanto.

Por fim, os honorários de advogado devem ser mantidos, observados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Ademais, conforme lição de Plácido e Silva, 'equidade é a que se funda na circunstância especial de cada caso concreto, concernente ao que foi justo e razoável' (in Vocabulário jurídico, volume II, Forense, 1ª edição, p. 609).

Do exposto, nego provimentos aos recursos.

DES. GENARO JOSÉ BARONI BORGES (REVISOR)

Pedi vista para melhor exame, o que fiz e de onde tirei convencimento de que a razão está com a Em. Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, que deu pelo desprovimento.

A preocupação maior era de que o tributo tivesse sido apurado por arbitramento, sem que oportunizado o contraditório. A perícia, todavia, informa que 'não foi realizado nenhum tipo de arbitramento', tendo o fisco considerado 'como valor real das mercadorias remetidas para a autuada a partir de junho de 1993, o valor destacado nas notas fiscais menos os 50% (cinquenta por cento) de bonificações concedidas pela ocasião dos pagamentos, (...).'

Pelo exposto, estou acompanhando a Nobre Relatora.

É como voto.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE)

Acompanho a nobre Relatora para negar provimento ao agravo retido e à apelação.

Esclareço que estava inclinado a reconhecer a decadência com relação à parte do débito, cujos fatos geradores se deram em 1992. Contudo, o laudo pericial, à fl. 286, afirma que tal já se deu na seara administrativa e a sentença inclusive reconhece a ausência de interesse de agir do autor no tópico.

Ainda, diga-se que a perícia respondeu a quesito de fl. 287,

asseverando que o lançamento não se deu por arbitramento, tendo sido glosados créditos. Tais créditos, segundo o auto de lançamento, teriam sido 'criados' em etapas anteriores por empresas componentes do grupo societário da executada.

Assim, estou acompanhando a nobre Relatora, para negar provimento a ambos os recursos' (fls. 558/566e).

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

'APELAÇÃO. AGRAVO RETIDO. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. BONIFICAÇÕES. PROVA.

1. Desnecessária, no caso, a produção de outras provas, suficiente a documentação juntada.
 2. A Certidão de Dívida Ativa, por força do art. 3º da Lei 6.830/80, goza de presunção de certeza e liquidez. De tal modo, é documento bastante em si mesmo para o fim de instruir a inicial da demanda executória.
 3. Nos termos do art. 173, I, do CTN, a Fazenda Pública tem 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, para constituir seus créditos tributários. Hipótese em que o lançamento ocorreu dentro do prazo legal.
 4. Honorários de advogado mantidos, de acordo com o disposto no art. 20 do CPC.
- RECURSOS DESPROVIDOS.'

Opostos Embargos de Declaração, foram eles rejeitados, nos termos do voto condutor do acórdão integrativo, do qual se destacam os seguintes fundamentos:

'A princípio, como consta, expressamente, no acórdão, foi afastada a alegada nulidade da sentença (fl. 587).

Quanto à responsabilidade do sócio, também sem razão, entendendo o Colegiado ser ele responsável pelo débito, por se tratar do administrador da empresa à época (fl. 588).

Já no que se refere à indevida glosa, conforme a decisão, não há prova de que os valores considerados como reais das mercadorias, pela Fazenda, não correspondessem aos preços de mercado, devendo, por isso, ser aplicado o art. 7º, I, da Lei estadual 6.537/73. Como esclarece o perito, ademais, o item V do auto de lançamento questionado versa sobre a apropriação de crédito fiscal de ICMS destacado em notas fiscais destinadas e outros contribuintes, e não arbitramento. Ainda, segundo a perícia que o lançamento não se deu por arbitramento, tendo sido glosados créditos 'criados' em etapas anteriores por empresas componentes do grupo societário da

executada' (fl. 584e).

No Recurso Especial, além de divergência jurisprudencial, **os recorrentes apontaram violação aos arts. 165, 397, 399, II, 458, II, 535, II, e 618, I, do CPC/73, 2º, §§ 5º, VI, e 6º, da Lei 6.830/80, 116, parágrafo único, 134, 135, III, 148, 174 e 202, V, do CTN, e 1.003, parágrafo único, e 1.058 do Código Civil:**

Inicialmente, **sob a alegada violação e interpretação divergente dos arts. 165, 458, II, e 535, II, do CPC/73, foram apresentadas as seguintes razões recursais:**

'No caso específico dos autos, a manifestação sobre os diversos temas travados na autuação era imprescindível para outorga da coisa julgada, sob pena de se configurar um ato arbitrário da autoridade fiscal.

E de fato esta apreciação que a lei federal estabelece, deixou de ser observado no processo em todo o seu curso, senão vejamos.

Quando da oposição da presente ação incidental no executivo, a autora demonstrou sua insurgência quanto:

- a) Ilegitimidade passiva do sócio;
- b) Nulidade da CDA;
- c) Prescrição;
- d) Decadência quinquenal;
- e) Indevida glosa de créditos por suposto 'superfaturamento';
- f) Indevida glosa por ausência de circulação de mercadorias;
- g) Impossibilidade de apresentação das 1^{as} Vias por Caso fortuito;
- h) Arbitramento irregular;
- i) Multa de 120% afronta Confisco;
- j) Juros de mora ilegais.

Já na sentença, a matéria deixou lacunas, quando se aviou Aclaratórios:

- (i) que o embargante JAMEL **se retirou da Sociedade**, e que tal responsabilidade é **subsidiária** e não solidária como dito pelo embargado;
- (ii) que o **auto de infração** afrontou o Art. 17 § 1º, inciso III e IV da Lei 6.537/73, **ausente os requisitos essenciais**;
- (iii) que **não há no auto de infração** qualquer descrição de fato previsto no **Art. 7º e 8º da Lei 6.537/73**;
- (iv) **Prescrição** levando-se em conta os dados da CDA;
- (v) que autuação afrontou **a capacidade contributiva**, mesmo

porque desconsiderou que **o destaque de crédito em notas de compras implicam em recolhimento do ICMS por parte do vendedor;**

(vi) que houve desconsideração de operações regulamente efetuadas por empresas do mesmo grupo econômico, sendo que tal permissivo legal (**art. 116, § único do CTN**) encontra-se carente de regulamentação;

(vi) que houve irregularidade do arbitramento.

Mas as questões suscitadas restaram ao largo, pelo desacolhimento dos Embargos no 1º Grau.

Daí no acórdão, a matéria (69 laudas do auto de infração foram resumidas em 11 folhas do voto, quando novamente, matérias relevantes ao deslinde do feito deixaram de ser abordadas.

Novos Embargos Declaratórios foram apresentados, e desacolhidos, em que pese claramente versando sobre temas indispensáveis a conclusão do feito.

Ou seja, a matéria de fundo passou ao largo da decisão do Tribunal.

As matérias apontadas, evidentemente mereciam apreciação, especialmente quanto aos temas de cunho constitucional, que restaram sem uma única linha no acórdão hostilizado.

E veja-se Eminentíssimo Ministro que a parte se valeu dos Embargos de Declaração, remédio processual que dispõe para salientar a salvaguarda de seus direitos junto aos Tribunais Superiores, no intuito de obter o prequestionamento necessário ao conhecimento recursal.

E na apreciação, os ilustres Julgadores limitaram-se a afirmar que não havia nenhuma omissão no julgado, que o recurso em voga não se prestava ao rejugamento.

(...)

No caso dos autos, de nada adiantou a oposição dos Embargos, pois manteve o Tribunal as omissões existentes, mesmo que tenha sido expressamente mencionado que com os Embargos Declaratórios tinham intuito de se ter como prequestionado os artigos mencionados, de forma a viabilizar o acesso aos recursos constitucionais, citando o embargante inclusive a posição firmada por este colendo Superior Tribunal de Justiça.

Nesses casos, tem sim o Tribunal a obrigação de se manifestar sobre os fundamentos e artigos de lei mencionados pelo Embargante, afirmando, expressamente, se e porque entendem pela aplicabilidade ou não destes ao caso dos autos.

E veja-se Excelência que em sua linha de decisão, em nenhum momento o julgador enquadrou as posições por ele defendidas com o texto legal que rege a matéria, o que significa clara e inafastável ofensa ao artigo 535, II do Código de Processo Civil, bem como aos artigos 165 e 458, II, deste mesmo diploma legal.

E assim não fazendo a colenda Câmara Cível do egrégio Tribunal de

Superior Tribunal de Justiça

Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do julgamento dos Embargos de Declaração, acabou por ofender, de modo indubitável, o quanto disposto nos artigos 165, 458, II e 535 II do Código de Processo Civil.'

No tocante aos arts. 397 e 399, II, do CPC/73, os recorrentes sustentaram a tese de cerceamento de defesa, ao argumento de que, ao negar provimento ao Agravo retido, o Tribunal de origem, sem qualquer motivação, confirmou a decisão do Juízo de 1º Grau, que, ao considerar que os documentos 'deveriam acompanhar a inicial', indeferira o requerimento para a juntada de novos documentos que seriam objeto de perícia.

Sob a alegação de ofensa aos arts. 134 e 135, III, do CTN, e 1.003, parágrafo único, do Código Civil, houve, uma vez mais, arguição de ilegitimidade **ad causam** do recorrente Jamel para figurar, como responsável tributário, no polo passivo da Execução Fiscal.

No tópico relativo à alegada afronta aos arts. 618, I, do CPC/73, 202, V, do CTN, e 2º, §§ 5º, VI, e 6º, da Lei 6.830/80, os recorrentes defenderam a nulidade do título executivo (CDA), por suposta ausência dos requisitos formais para a lavratura do auto de lançamento tributário.

Em relação à alegada negativa de vigência ao art. 174 do CTN, os recorrentes renovaram a arguição de prescrição, ao argumento de que decorreu mais de 5 (cinco) anos, desde a constituição **definitiva** do crédito tributário, supostamente em 06/01/1998, até a citação na Execução Fiscal, em agosto de 2003.

Quanto à alegação de afronta ao parágrafo único do art. 116 do CTN, incluído pela Lei Complementar 104/2001, consta do Recurso Especial que 'não merece mantida a exação também por afronta a legislação ordinária, porquanto aplicou retroativamente a previsão legal do art. 116 § único do CTN, anteriormente a sua vigência, que no art. 2º da Lei Complementar 104/2001 impôs sua vigência a partir da data de sua publicação, em 10 de janeiro de 2001'.

Sob a alegação de negativa de vigência ao art. 1.058 do Código Civil, os recorrentes argumentaram que 'parte do auto glosou créditos fiscais pela não apresentação das vias do documento, em que pese se ter provado a consunção das primeiras vias no incêndio ocorrido em junho de 1996, como noticiado no processo administrativo, pela certidão de 191/97, não revela o desatendimento a intimação ou inexistência do direito de crédito, mas tão somente a impossibilidade fática por conta da ocorrência de caso fortuito', e requereram, assim, que 'seja reconhecida a exoneração da responsabilidade pela inimputabilidade prevista no art. 1.058 do Código Civil, para que se cancele a exigência quanto a não apresentação das primeiras vias dos documentos'.

Por último, no que diz respeito à alegada violação ao art. 148 do CTN, defenderam os recorrentes o 'cancelamento do auto em questão, no quanto aplicado o arbitramento por saídas sem identificação exata do fato gerador'.

Assiste razão aos recorrentes, no que diz respeito à alegada violação

ao art. 535, II, do CPC/73, segundo o qual cabem embargos de declaração quando for omitido ponto sobre que se deve pronunciar o juiz ou tribunal.

Sobre o referido dispositivo processual, pertinente a lição doutrinária do saudoso processualista JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

(...)

Em conformidade com o art. 535, II, do CPC/73, a Segunda Turma do STJ, ao julgar o REsp 302.669/SP (DJ de 7.4.2003, p. 257) e o REsp 462.449/SP (DJ de 10.3.2003, p. 176), ambos da relatoria da Ministra ELIANA CALMON, deixou assentado que, em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, aplicando o magistrado, ao caso concreto, a legislação por ele considerada pertinente. Entretanto, consoante anotado pela Ministra ELIANA CALMON, há que se identificar as questões levantadas pelas partes, potencialmente influentes, cuja apreciação, em tese, poderia modificar o resultado do julgamento da causa. Nesse diapasão, **deve o tribunal pronunciar-se sobre as questões devolvidas nas razões ou nas contrarrazões do recurso**, bem como sobre as questões surgidas no acórdão, **sob pena de se obstaculizar o acesso à instância extraordinária.**

Acrescente-se que – a partir da interpretação sistemática dos arts. 131 e 535, II, do CPC/73, vigentes à época da interposição do Recurso Especial – a Terceira Turma do STJ, ao julgar o REsp 521.851/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 29/03/2004), fez constar da ementa que 'o livre convencimento judicial só é legítimo à base de motivação racional, não podendo o juiz alhear-se das provas contidas nos autos para decidir com fundamento em outro contexto; se desviar-se desse reto procedimento, afronta o artigo 131 do Código de Processo Civil. O tema, para os efeitos do Recurso Especial, deve ser prequestionado na instância ordinária; se esta, provocada por Embargos de Declaração, deixar de enfrentá-lo, a parte deve indicar como violado o artigo 535, II, do Código de Processo Civil, e não o aludido artigo 131'.

Ainda sobre o art. 131 do CPC/73 (correspondente ao art. 371 do CPC/2015), são pertinentes os seguintes comentários de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: 'Adotou o Código, como se vê, o sistema da persuasão racional, ou 'livre convencimento motivado', pois: a) **embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos**; b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 366) nem as regras sobre presunções legais; c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas, isto é, os dados científicos e culturais do alcance do magistrado são úteis e não podem ser desprezados na decisão da lide; d) **as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários ou divorciados da prova dos autos**' (Curso de Direito

Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, 47ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 476; texto original sem destaques em negrito!).

Numa interpretação do art. 535, II, do CPC/73 harmonizada com o art. 131 do mesmo diploma legal, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que resta caracterizada a ofensa ao aludido art. 535, II, quando o Tribunal de origem deixa de se pronunciar sobre questões relevantes, em tese, para a solução da causa, oportunamente devolvidas à sua apreciação, nas razões ou nas contrarrazões do recurso. Nesse sentido: (...)

Impende salientar que a eventual atribuição de efeitos infringentes aos Embargos de Declaração é possível, excepcionalmente, nas hipóteses em que, ao sanar os vícios neles apontados, a alteração da decisão embargada surja como consequência natural, lógica e necessária da integração do julgamento embargado.

No caso concreto, a despeito da oposição dos Embargos de Declaração, o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre as seguintes questões suscitadas, oportunamente, nas razões recursais de Apelação:

- a) retirada do sócio embargante da sociedade e configuração da responsabilidade tributária, segundo o embargante, como subsidiária, argumentos que fundamentam a arguição de ilegitimidade **ad causam** do referido sócio para figurar, como responsável tributário, no polo passivo da Execução Fiscal;
- b) nulidade do título executivo (CDA), por ausência dos requisitos essenciais à lavratura do Auto de Lançamento [omissão que persiste, ainda que a cabeça da ementa do acórdão contenha os vocábulos 'CDA. VALIDADE' e o item 2 da mencionada ementa também enuncie o seguinte entendimento: '2. A Certidão de Dívida Ativa, por força do art. 3º da Lei 6.830/80, goza de presunção de certeza e liquidez. De tal modo, é documento bastante em si mesmo para o fim de instruir a inicial da demanda executória'];
- c) ocorrência de prescrição para o Fisco cobrar o crédito tributário [é certo que o acórdão recorrido – no item 3 da ementa, no voto da Relatora e também em um dos votos vogais –, referiu-se ao instituto da decadência, de que trata o art. 173, I, do CTN; porém, o Tribunal de origem não se pronunciou acerca da prescrição, disciplinada no art. 174 do CTN];
- d) Item II do Auto de Lançamento, referente à glosa de créditos de notas, motivada por suposta 'ausência de efetiva operação de circulação de mercadorias';
- e) impossibilidade de apresentação da primeira via das notas fiscais solicitadas, em função de sinistro (incêndio) devidamente registrado e noticiado no processo administrativo;
- f) impossibilidade da glosa de créditos, sob pena de afronta ao princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal,

e ao disposto no art. 155, II, § 2º, I, desta Constituição;

g) impossibilidade da glosa de créditos, sob pena de ofensa ao parágrafo único do art. 116 do CTN, incluído pela Lei Complementar 104/2001, cuja disposição estaria sendo aplicada, na espécie, de forma retroativa.

Desta feita, impõe-se o reconhecimento da afronta ao art. 535, II, do CPC/73, especialmente porque, além de ser vedada, ao STJ, a incursão em matéria fática, quando do exame do Recurso Especial, a matéria de direito federal suscitada pela parte recorrente há de ter sido devidamente prequestionada, para que se viabilize o conhecimento do Recurso Especial.

Com efeito, caberá ao Tribunal de origem, soberano no exame de matéria fática, ao proceder a um novo julgamento dos Embargos de Declaração, pronunciar-se sobre as questões neles suscitadas como omissas, sendo certo, outrossim, que a constatação, pelo STJ, da omissão do acórdão recorrido, especificamente sobre questões suscitadas em sede de Declaratórios, não se confunde com simples reexame de provas, de modo que não se aplicam as Súmulas 7 e 211 do STJ, quanto à alegada ofensa ao art. 535, II, do CPC/73. Nesse sentido:

(...)

Registre-se que não se considera fundamentada a decisão judicial que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XXV, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento ao Recurso Especial, para anular o acórdão dos Embargos de Declaração, a fim de que o Tribunal de origem se pronuncie – de maneira motivada e atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos – sobre as questões neles suscitadas, ainda que para indicar os motivos pelos quais porventura venha considerar tais questões impertinentes ou irrelevantes, na espécie**" (fls. 780/793e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"Com todo o respeito, aludida decisão comporta reconsideração ou reforma, mormente porque há nela patente equívoco quanto a que teria havido na origem a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional.

De acordo com as transcrições acima, em resumo o discutido vício de fundamentação decorreria da hipotética ausência de manifestação do TJRS sobre a **ilegitimidade do sócio, nulidade da CDA, ocorrência de prescrição e impossibilidade da glosa de créditos**.

Segundo se colhe do acórdão estadual, porém, foram justamente essas, dentre outras, as questões examinadas pela Corte **a quo**, sobretudo conforme evidenciam os seguintes recortes do voto condutor do julgado (e-fls. 559-565, com grifos nossos):

(...)

Logo, não poderia a monocrática recorrida estar mais equivocada quanto ao

vislumbrando **error in procedendo**, já que, na verdade, o TJRS de fato examinou todas as questões sobre as quais era necessário pronunciamento, tendo o feito de forma clara, completa e coerente, na medida da pretensão deduzida pelos ora Agravados.

Aliás, especificamente no que diz respeito aos Declaratórios de e-fls. 574-579, é de se ver que eles **não** trouxeram em seu bojo fundadas omissão, contradição, obscuridade ou erro material que pudessem justificar integração ou modificação do veredicto embargado.

Longe disso, a insurgência articulou-se com argumentos em tudo assemelhados àqueles registrados na apelação, na medida em que buscaram a reforma do decreto sentencial, a partir da alteração das conclusões a que chegou o TJRS.

Tratou-se, daí, a toda evidência, de descabida tentativa de **rejulgamento** da causa, o que, segundo a remansosa jurisprudência do Tribunal da Cidadania, entretanto, **não** autoriza a oposição de embargos de declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua reforma ou modificação, só admitida em situações excepcionalíssimas.

Daí que o acórdão dos embargos rejeitou a peça integrativa simplesmente porque de fato **não havia nenhum vício na decisão embargada**, uma vez que, repita-se, examinadas todas as particularidades bastantes a que o TJRS chegasse à solução da causa.

Ainda que assim não tivesse se dado, ressalte-se que os Ínclitos Julgadores não estavam obrigados a responder, enumeradamente, cada uma das teses elaboradas pelos Agravados, consoante exemplificam estes julgados da Corte Superior (com grifos nossos):

(...)

Então, o que se deu foi que a Corte gaúcha decidiu de forma contrária aos interesses da parte **ex adversa**, aplicando orientação que desacolheu suas teses, e que, por óbvio, não enseja a nulificação do julgado, até porque, de acordo com a jurisprudência do Tribunal da Cidadania, o provimento do especial por negativa de prestação jurisdicional pressupõe a demonstração fundamentada de motivos cumulativos diversos, a saber (com grifos nossos):

(...)

Assim, não se vislumbrando na hipótese o preenchimento dos citados requisitos, inexistem razões para se acolher o pleito de nulidade formulado pelos Agravados, pois, repita-se, a prestação jurisdicional do TJRS foi dada na medida da pretensão deduzida pelas partes" (fls. 798/804e).

Assim, "requer a reconsideração ou reforma da monocrática agravada, a fim de que seja negado provimento ao Recurso Especial da parte contrária" (fl. 804e).

Impugnação da parte agravada, a fls. 809/813e, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.232.468 - RS (2011/0000958-1)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : MARCOS ANTÔNIO MIOLA E OUTRO(S) - RS028984
AGRAVADO : JAMEL ALI EL BACHA E OUTRO
ADVOGADO : CÉSAR PEREIRA DE SOUZA E OUTRO(S) - RS036993

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL, NOS QUAIS OS EMBARGANTES, PESSOA JURÍDICA CONTRIBUINTE E RESPECTIVO SÓCIO-GERENTE, IMPUGNAM AUTO DE LANÇAMENTO LAVRADO, CONTRA AMBOS, POR SUPOSTAS INFRAÇÕES DE SUPERFATURAMENTO, INEXISTÊNCIA DE PRIMEIRA VIA DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE MERCADORIAS, APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO FISCAL DE ICMS DESTACADO EM NOTAS FISCAIS DESTINADAS A OUTROS CONTRIBUINTEES OU QUE NÃO SE REFEREM A EFETIVAS OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, E, AINDA, FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS, NOS LIVROS, E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE ESSAS OPERAÇÕES. OMISSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM SOBRE QUESTÕES RELEVANTES, EM TESE, PARA O JULGAMENTO DA CAUSA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO REFERENTE AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, POR AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC/53. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão que julgou Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na forma do posicionamento desta Corte, ocorre violação ao art. 535, II, do CPC/73, quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar, expressamente, questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas, oportunamente, pela parte recorrente. Nesse sentido: STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 372.836/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 14/04/2014; AgRg no REsp 1.355.898/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2014.

III. Nos presentes autos de Embargos à Execução Fiscal, a despeito da oposição dos Embargos de Declaração, o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre as seguintes questões suscitadas, oportunamente, na petição inicial e nas razões de Apelação: a) alegação de retirada do sócio embargante da sociedade e de configuração da responsabilidade tributária, segundo esse embargante, como subsidiária, argumentos que fundamentam a arguição de ilegitimidade **ad causam** do referido sócio para figurar, como responsável tributário, no polo passivo da Execução Fiscal. Tal omissão persiste, na medida em que o Tribunal de origem, sem se pronunciar sobre os pressupostos fáticos para imputação de responsabilidade tributária, previstos no art. 135, III, do CTN, limitou-se a consignar que "afasto, também, a alegada ilegitimidade passiva do sócio, considerando que este era sócio e administrador da empresa, no período apurado pelo auto de

lançamento n° 001733486, conforme cópia da alteração contratual da empresa, em 15-12-03, mesmo que esta alteração não tenha constado no registro perante a Junta Comercial"; b) arguição de nulidade do título executivo, por ausência dos requisitos essenciais à lavratura do Auto de Lançamento, omissão que persiste, ainda que a ementa do acórdão contenha os vocábulos "CDA. VALIDADE" e o item 2 da mencionada ementa também enuncie o entendimento de que "a Certidão de Dívida Ativa, por força do art. 3º da Lei 6.830/80, goza de presunção de certeza e liquidez. De tal modo, é documento bastante em si mesmo para o fim de instruir a inicial da demanda executória"; c) alegação de insubsistência do Item II do Auto de Lançamento, referente à glosa de créditos de notas, motivada pela suposição fazendária de "ausência de efetiva operação de circulação de mercadorias"; d) suposta impossibilidade de apresentação da primeira via das notas fiscais solicitadas, em função de sinistro (incêndio) alegadamente registrado e noticiado no processo administrativo; e) alegação de impossibilidade da glosa de créditos, sob pena de afronta ao princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, e ao disposto no art. 155, II, § 2º, I, desta Constituição; f) alegada impossibilidade da glosa de créditos, sob pena de ofensa ao parágrafo único do art. 116 do CTN, incluído pela Lei Complementar 104/2001, cuja disposição estaria sendo aplicada, na espécie, de forma retroativa.

IV. Assim, deve ser mantida a decisão ora impugnada, que reconheceu a afronta ao art. 535, II, do CPC/73, especialmente porque, além de ser vedada, ao STJ, a incursão nos elementos fático-probatórios dos autos, quando do exame do Recurso Especial, a matéria suscitada pela parte recorrente, no particular, necessita ter sido devidamente prequestionada, para que se viabilize o conhecimento do Recurso Especial.

V. Agravo interno improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os argumentos da impetrante, ora agravante, as razões deduzidas neste recurso não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Com efeito, é firme o posicionamento desta Corte no sentido de que ocorre violação ao art. 535, II, do CPC/73, quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar, expressamente, questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas, oportunamente, pela parte recorrente.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1 - Há omissão, com ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, no julgado que deixa de examinar questão versada no recurso que lhe foi submetido, cuja apreciação era relevante para o deslinde da controvérsia.

2 - No caso, o Tribunal de origem foi omissivo ao não se pronunciar acerca da prescrição da pretensão indenizatória, que teve por fundamento a alegação de que não podem ser chamados, em 2007, a indenizar valores relativos aos débitos listados na inicial, que dizem respeito ao período de 1982 e 1994.

3 - A nulidade do julgamento, por omissão, tem por pressuposto a necessidade de pronunciamento do juiz ou do Órgão colegiado sobre determinada questão relevante ao deslinde da controvérsia.

4 - Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 372.836/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 14/04/2014).

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS PARA NOVO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, quando os temas suscitados nos embargos de declaração são indispensáveis ao deslinde da controvérsia e o Tribunal de origem não se pronuncia acerca de tais questões, mister a anulação do acórdão para que outro seja proferido, ante a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem, apesar da oposição de embargos de declaração, não se manifestou sobre a alegada violação do art. 10, inciso I, da Lei 10.833/2003. Retorno dos autos para novo julgamento dos

embargos de declaração.

Agravo regimental provido" (STJ, AgRg no REsp 1.355.898/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2014).

Nos presentes autos, para demonstrar a relevância, em tese, das questões suscitadas nos Embargos de Declaração, cumpre anotar que, na origem, trata-se de Embargos à Execução Fiscal, nos quais se postulou a desconstituição do crédito tributário, a título de ICMS e acréscimos legais, constituído através da lavratura do Auto de Lançamento nº 001733486, em 01/12/1997.

Na petição inicial os embargantes apresentaram as seguintes teses: a) ilegitimidade **ad causam** do sócio-gerente para figurar, como responsável tributário, no polo passivo da Execução Fiscal; b) nulidade da CDA, por ausência de requisitos formais do auto de lançamento, bem como nulidade do título executivo, por ausência de requisito essencial, liquidez e certeza; c) prescrição da pretensão executória, ao argumento de que decorreram mais de 5 (cinco) anos, desde a constituição **definitiva** do crédito tributário, alegadamente ocorrida com a notificação da lavratura do auto de lançamento, em 06/01/1998, até a citação na Execução Fiscal, em agosto de 2003; d) decadência parcial; e) indevida glosa de créditos por "superfaturamento"; f) indevida glosa de créditos por "ausência de efetiva operação de circulação de mercadorias"; g) impossibilidade de apresentação das primeiras vias das notas fiscais solicitadas, em função de sinistro de incêndio alegadamente registrado e noticiado no processo administrativo; h) irregularidade no alegado procedimento de arbitramento, **in casu**; i) caráter confiscatório da multa aplicada; j) inconstitucionalidade dos juros de mora aplicados e impossibilidade de incidência de tais juros sobre a correção monetária.

Após o regular processamento do feito e a produção de prova pericial, sobreveio a sentença de improcedência dos Embargos à Execução Fiscal.

Opostos Embargos de Declaração, em 1º Grau, foram eles rejeitados.

Interposta Apelação, nas respectivas razões recursais os embargantes reiteraram as razões do Agravo retido, bem como as teses constantes da petição inicial, e ainda pugnaram pela redução dos honorários de advogado, caso mantida a condenação.

No acórdão recorrido o Tribunal de origem negou provimento ao Agravo retido e à Apelação, nos termos dos votos que compõem referido acórdão, a seguir reproduzidos:

"DES^a. LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO (RELATORA) –

A princípio, não procede a preliminar de cerceamento de defesa. Segundo o art. 130 do CPC, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

No caso, entendeu o eminente julgador de primeiro grau, desnecessária a produção de prova, porque presentes elementos indispensáveis à sua convicção.

Assim:

'Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização' (Theotônio Negrão, CPC e Legislação processual em vigor, nota 1 ao art. 130, 27a edição, 1996).

Não trouxeram, ademais, os apelantes nenhum argumento convincente, em suas razões, que ensejassem a autorização de produção de outras provas.

Neste sentido:

(...)

Assim, nego provimento ao agravo retido.

Afasto, ainda, a alegação de nulidade da sentença. Cuidando-se de execução, é possível aceitar a simplicidade do ato decisório, pois, segundo Araken de Assis:

'Parecerá estranho às partes mais desatentas o Juiz relatar os longos trâmites da execução, fundamentar o seu resultado na vitoriosa operação dos meios executórios e, por fim, 'declarar' extinto o processo. Essas operações lógicas, no caso, se afeiçoam a outra espécie de sentença. Por conseguinte, quanto à forma, o pronunciamento previsto no art. 795 não se acomoda, perfeitamente, ao art. 458 e talvez se amoldasse melhor à segunda parte do art. 165, recebendo breve fundamentação.'

Em relação à Certidão de Dívida Ativa, por força do art. 3º da Lei 6.830/80, goza de presunção de certeza e liquidez. De tal modo, é documento bastante em si mesmo para o fim de instruir a inicial da demanda executória. Aliás, está-se diante de documentos informatizados, padronizados, utilizados pelo Estado, e raríssimos são os que se propõe a questionar tais aspectos formais, sabidamente descabidos.

Afasto, também, a alegada ilegitimidade passiva do sócio, considerando que este era sócio e administrador da empresa, no período apurado pelo Auto de Lançamento 001733486, conforme cópia da alteração contratual da empresa, em 15-12-03, mesmo que esta alteração não tenha constado no registro perante a Junta Comercial.

Quanto ao mérito, como ressaltado pelo magistrado **a quo**, em relação às bonificações glosadas, em torno de 50% do crédito adjudicado, em decorrência de superfaturamento, ausente prova de que os valores considerados como reais das mercadorias, pela fazenda, não correspondessem aos preços de mercado, devendo, por isso, ser aplicado o art. 7º, I, da Lei estadual 6.537/73. Como esclarece o perito, na fl. 287, ademais, o item V do auto de lançamento questionado versa sobre a apropriação de crédito fiscal de ICMS destacado em notas fiscais destinadas a outros contribuintes, e não arbitramento.

Em relação aos juros moratórios, estes são calculados, segundo o art. 69 da

Lei 6.537/73, ou seja, 1% ao mês, a contar da data de inscrição do crédito em dívida ativa sobre o valor atualizado desta, não capitalizados, sem qualquer relação com a taxa SELIC.

Inexiste capitalização dos juros (ausente qualquer previsão para tal ou, ao menos, tentativa do Estado em assim o fazer) e, outrossim, não se aplica aqui a limitação constitucional do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, podendo a lei local impor determinados percentuais de juros que, de resto, viu-se acima, estão definidos em 1% ao mês. Os itens 5 e 8 das certidões expurgem qualquer dúvida a respeito, sendo que a certidão bem orienta sobre o termo inicial de fluência dos juros ('a partir da data da inscrição', campo 8).

Quanto à multa, no caso, está prevista nos arts. 9º, I, e 72 da Lei 6.537/73, sendo calculada sobre o valor do tributo devido. Incide sobre as operações efetivadas, mostrando-se proporcional ao volume de operações realizadas.

Além disso, esta não se configura abusiva, pois é sanção da conduta da empresa, que informou o imposto sem efetuar o respectivo pagamento. José dos Santos Carvalho Filho afirma: 'Sanção administrativa é o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administrativa, suscetível de ser aplicado por órgão da Administração'.

Por outro lado, 'a multa moratória tem caráter de pena administrativa', de acordo com a Súmula 565 do STF. Não substitui a obrigação principal, não tendo caráter indenizatório, como no direito privado, nem guarda proporcionalidade com eventual dano, mas é imposta **ex lege**, em face do interesse estatal de desestimular a mora e de estimular o pagamento, é sancionatória e punitiva.

Alegam os apelantes que a multa seria confiscatória. A multa tem a finalidade de inibir a inadimplência, por isso pode ser elevada. A disposição é antiga e deve ser levada em conta quando o particular decide desenvolver atividade mercantil. Faz parte da administração do negócio a previsão de riscos e despesas, inclusive as destinadas à Fazenda, assim como os consectários do descumprimento das obrigações de comerciante, não havendo caracterização de confisco, nem se enquadrando no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Conforme Hugo de Brito Machado, 'A vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime jurídico do tributo não se aplica à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto essencial desta, e não daquele. [...] a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte a que as condutas que ensejam sua cobrança resem efetivamente desestimuladas'.

No mesmo sentido, as seguintes decisões:

(...)

Quanto à decadência, na forma do art. 173 do Código Tributário Nacional, 'O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.'

In casu, ocorrida a notificação em 06-01-98 (fl. 124), foi interposto recurso administrativo, cuja intimação da decisão ocorreu em 06-08-01 (fl. 230), citada a empresa em 20-08-03 (fl. 41v.), dentro do prazo, portanto.

Por fim, os honorários de advogado devem ser mantidos, observados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Ademais, conforme lição de Plácido e Silva, 'equidade é a que se funda na circunstância especial de cada caso concreto, concernente ao que foi justo e razoável' (in Vocabulário jurídico, volume II, Forense, 1ª edição, p. 609).

Do exposto, nego provimentos aos recursos.

DES. GENARO JOSÉ BARONI BORGES (REVISOR)

Pedi vista para melhor exame, o que fiz e de onde tirei convencimento de que a razão está com a Em. Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, que deu pelo desprovimento.

A preocupação maior era de que o tributo tivesse sido apurado por arbitramento, sem que oportunizado o contraditório. A perícia, todavia, informa que 'não foi realizado nenhum tipo de arbitramento', tendo o fisco considerado 'como valor real das mercadorias remetidas para a autuada a partir de junho de 1993, o valor destacado nas notas fiscais menos os 50% (cinquenta por cento) de bonificações concedidas pela ocasião dos pagamentos, (...)'.
Pelo exposto, estou acompanhando a Nobre Relatora.

É como voto.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE)

Acompanho a nobre Relatora para negar provimento ao agravo retido e à apelação.

Esclareço que estava inclinado a reconhecer a decadência com relação à parte do débito, cujos fatos geradores se deram em 1992. Contudo, o laudo pericial, à fl. 286, afirma que tal já se deu na seara administrativa e a sentença inclusive reconhece a ausência de interesse de agir do autor no tópico.

Ainda, diga-se que a perícia respondeu a quesito de fl. 287, asseverando que o lançamento não se deu por arbitramento, tendo sido glosados créditos. Tais créditos, segundo o auto de lançamento, teriam sido 'criados' em etapas anteriores por empresas componentes do grupo societário da executada.

Assim, estou acompanhando a nobre Relatora, para negar provimento a ambos os recursos" (fls. 558/566e).

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

"APELAÇÃO. AGRAVO RETIDO. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. BONIFICAÇÕES. PROVA.

1. Desnecessária, no caso, a produção de outras provas, suficiente a

documentação juntada.

2. A Certidão de Dívida Ativa, por força do art. 3º da Lei 6.830/80, goza de presunção de certeza e liquidez. De tal modo, é documento bastante em si mesmo para o fim de instruir a inicial da demanda executória.

3. Nos termos do art. 173, I, do CTN, a Fazenda Pública tem 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, para constituir seus créditos tributários. Hipótese em que o lançamento ocorreu dentro do prazo legal.

4. Honorários de advogado mantidos, de acordo com o disposto no art. 20 do CPC.

RECURSOS DESPROVIDOS." (fl. 555e).

Os Embargos de Declaração, opostos em 2º Grau, foram rejeitados, nos termos do voto condutor do acórdão integrativo, do qual se destacam os seguintes fundamentos:

"A princípio, como consta, expressamente, no acórdão, foi afastada a alegada nulidade da sentença (fl. 587).

Quanto à responsabilidade do sócio, também sem razão, entendendo o Colegiado ser ele responsável pelo débito, por se tratar do administrador da empresa à época (fl. 588).

Já no que se refere à indevida glosa, conforme a decisão, não há prova de que os valores considerados como reais das mercadorias, pela Fazenda, não correspondessem aos preços de mercado, devendo, por isso, ser aplicado o art. 7º, I, da Lei estadual 6.537/73. Como esclarece o perito, ademais, o item V do auto de lançamento questionado versa sobre a apropriação de crédito fiscal de ICMS destacado em notas fiscais destinadas e outros contribuintes, e não arbitramento. Ainda, segundo a perícia que o lançamento não se deu por arbitramento, tendo sido glosados créditos 'criados' em etapas anteriores por empresas componentes do grupo societário da executada" (fl. 584e).

No Recurso Especial, além de divergência jurisprudencial, os embargantes apontaram violação aos arts. 165, 397, 399, II, 458, II, 535, II, e 618, I, do CPC/73, 2º, §§ 5º, VI, e 6º, da Lei 6.830/80, 116, parágrafo único, 134, 135, III, 148, 174 e 202, V, do CTN, e 1.003, parágrafo único, e 1.058 do Código Civil, e sustentaram as seguintes teses: a) nulidade do acórdão recorrido, por omissões não supridas, a despeito da oposição dos Embargos de Declaração; b) cerceamento do direito de defesa e violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, em razão do indeferimento do pedido de produção de prova consistente na juntada de documentos que seriam objeto de perícia; c) ilegitimidade do embargante Jamel Ali El Bacha para figurar, na qualidade de sócio-gerente, no polo passivo da Execução Fiscal; d) nulidade da CDA, por ausência de requisitos formais do auto de lançamento, bem como nulidade do título executivo, por falta de requisito essencial, liquidez e certeza; e) ocorrência de prescrição, considerando o dia

06/01/1998 como termo inicial do prazo prescricional quinquenal; f) impossibilidade das glosas realizadas pelo Fisco; g) impossibilidade de apresentação das primeiras vias das notas fiscais solicitadas, em razão de caso fortuito (sinistro de incêndio alegadamente registrado e noticiado no processo administrativo); h) irregularidade no alegado procedimento de arbitramento, **in casu**.

Particularmente quanto à alegada violação e interpretação divergente dos arts. 165, 458, II, e 535, II, do CPC/73, foram apresentadas as razões recursais a seguir:

"No caso específico dos autos, a manifestação sobre os diversos temas travados na autuação era imprescindível para outorga da coisa julgada, sob pena de se configurar um ato arbitrário da autoridade fiscal.

E de fato esta apreciação que a lei federal estabelece, deixou de ser observado no processo em todo o seu curso, senão vejamos.

Quando da oposição da presente ação incidental no executivo, a autora demonstrou sua insurgência quanto:

- a) Ilegitimidade passiva do sócio;
- b) Nulidade da CDA;
- c) Prescrição;
- d) Decadência quinquenal;
- e) Indevida glosa de créditos por suposto 'superfaturamento';
- f) Indevida glosa por ausência de circulação de mercadorias;
- g) Impossibilidade de apresentação das 1^{as} Vias por Caso fortuito;
- h) Arbitramento irregular;
- i) Multa de 120% afronta Confisco;
- j) Juros de mora ilegais.

Já na sentença, a matéria deixou lacunas, quando se aviou Aclaratórios:

- (i) que o embargante JAMEL **se retirou da Sociedade**, e que tal responsabilidade é **subsidiária** e não solidária como dito pelo embargado;
- (ii) que o **auto de infração** afrontou o Art. 17 § 1º, inciso III e IV da Lei 6.537/73, **ausente os requisitos essenciais**;
- (iii) que **não há no auto de infração** qualquer descrição de fato previsto no **Art. 7º e 8º da Lei 6.537/73**;
- (iv) **Prescrição** levando-se em conta os dados da CDA;
- (v) que autuação afrontou **a capacidade contributiva**, mesmo porque desconsiderou que **o destaque de crédito em notas de compras implicam em recolhimento do ICMS por parte do vendedor**;
- (vi) que houve desconsideração de operações regulamente efetuadas por empresas do mesmo grupo econômico, sendo que tal permissivo legal (**art. 116, § único do CTN**) encontra-se carente de regulamentação;
- (vi) que houve irregularidade do arbitramento.

Mas as questões suscitadas restaram ao largo, pelo desacolhimento dos

Superior Tribunal de Justiça

Embargos no 1º Grau.

Daí no acórdão, a matéria (69 laudas do auto de infração foram resumidas em 11 folhas do voto, quando novamente, matérias relevantes ao deslinde do feito deixaram de ser abordadas.

Novos Embargos Declaratórios foram apresentados, e desacolhidos, em que pese claramente versando sobre temas indispensáveis a conclusão do feito.

Ou seja, a matéria de fundo passou ao largo da decisão do Tribunal.

As matérias apontadas, evidentemente mereciam apreciação, especialmente quanto aos temas de cunho constitucional, que restaram sem uma única linha no acórdão hostilizado.

E veja-se Eminentíssimo Ministro que a parte se valeu dos Embargos de Declaração, remédio processual que dispõe para salientar a salvaguarda de seus direitos junto aos Tribunais Superiores, no intuito de obter o prequestionamento necessário ao conhecimento recursal.

E na apreciação, os ilustres Julgadores limitaram-se a afirmar que não havia nenhuma omissão no julgado, que o recurso em voga não se prestava ao reexame.

(...)

No caso dos autos, de nada adiantou a oposição dos Embargos, pois manteve o Tribunal as omissões existentes, mesmo que tenha sido expressamente mencionado que com os Embargos Declaratórios tinham intuito de se ter como prequestionado os artigos mencionados, de forma a viabilizar o acesso aos recursos constitucionais, citando o embargante inclusive a posição firmada por este colendo Superior Tribunal de Justiça.

Nesses casos, tem sim o Tribunal a obrigação de se manifestar sobre os fundamentos e artigos de lei mencionados pelo Embargante, afirmando, expressamente, se e porque entendem pela aplicabilidade ou não destes ao caso dos autos.

E veja-se Excelência que em sua linha de decisão, em nenhum momento o julgador enquadrou as posições por ele defendidas com o texto legal que rege a matéria, o que significa clara e inafastável ofensa ao artigo 535, II do Código de Processo Civil, bem como aos artigos 165 e 458, II, deste mesmo diploma legal.

E assim não fazendo a colenda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do julgamento dos Embargos de Declaração, acabou por ofender, de modo indubitável, o quanto disposto nos artigos 165, 458, II e 535 II do Código de Processo Civil" (fls. 598/601e).

Com efeito, por simples cotejo entre os fundamentos do acórdão recorrido e os argumentos do supracitado tópico do Recurso Especial, constata-se que, a despeito da oposição dos Embargos de Declaração, o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre as seguintes questões suscitadas, oportunamente, na petição inicial e nas razões de Apelação:

a) alegação de retirada do sócio embargante da sociedade e de

configuração da responsabilidade tributária, segundo esse embargante, como subsidiária, argumentos que fundamentam a arguição de ilegitimidade **ad causam** do referido sócio para figurar, como responsável tributário, no polo passivo da Execução Fiscal. Tal omissão persiste, na medida em que o Tribunal de origem, sem se pronunciar sobre os pressupostos fáticos para imputação de responsabilidade tributária, previstos no art. 135, III, do CTN, limitou-se a consignar que "afasto, também, a alegada ilegitimidade passiva do sócio, considerando que este era sócio e administrador da empresa, no período apurado pelo auto de lançamento nº 001733486, conforme cópia da alteração contratual da empresa, em 15-12-03, mesmo que esta alteração não tenha constado no registro perante a Junta Comercial";

b) arguição de nulidade do título executivo, **por ausência dos requisitos essenciais à lavratura do Auto de Lançamento**, omissão que persiste, ainda que a ementa do acórdão contenha os vocábulos "CDA. VALIDADE" e o item 2 da mencionada ementa também enuncie o entendimento de que "a Certidão de Dívida Ativa, por força do art. 3º da Lei 6.830/80, goza de presunção de certeza e liquidez. De tal modo, é documento bastante em si mesmo para o fim de instruir a inicial da demanda executória";

c) alegação de insubsistência do Item II do Auto de Lançamento, referente à glosa de créditos de notas, motivada pela suposição fazendária de "ausência de efetiva operação de circulação de mercadorias";

d) suposta impossibilidade de apresentação da primeira via das notas fiscais solicitadas, em função de sinistro (incêndio) alegadamente registrado e noticiado no processo administrativo;

e) alegação de impossibilidade da glosa de créditos, sob pena de afronta ao princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, e ao disposto no art. 155, II, § 2º, I, desta Constituição;

f) alegada impossibilidade da glosa de créditos, sob pena de ofensa ao parágrafo único do art. 116 do CTN, incluído pela Lei Complementar 104/2001, cuja disposição estaria sendo aplicada, na espécie, de forma retroativa.

Destarte, merece ser mantida a decisão ora agravada, que reconheceu a afronta ao art. 535, II, do CPC/73, especialmente porque, além de ser vedada, ao STJ, a incursão em matéria fática, quando do exame do Recurso Especial, a matéria de direito federal suscitada pela parte recorrente há de ter sido devidamente prequestionada, para que se viabilize o conhecimento do Recurso Especial.

Assim, não tendo a parte agravante logrado êxito em infirmar os fundamentos que nortearam a decisão agravada, impõe-se a sua manutenção, em todos os seus termos.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgInt no REsp 1.232.468 / RS
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2011/0000958-1

Número de Origem:

70029709029 70028497071 70026786251 110601353386

Sessão Virtual de 02/06/2020 a 08/06/2020

Relator do AgInt

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JAMEL ALI EL BACHA E OUTRO

ADVOGADO : CÉSAR PEREIRA DE SOUZA E OUTRO(S) - RS036993

RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR : MARCOS ANTÔNIO MIOLA E OUTRO(S) - RS028984

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS - IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : MARCOS ANTÔNIO MIOLA E OUTRO(S) - RS028984

AGRAVADO : JAMEL ALI EL BACHA E OUTRO

ADVOGADO : CÉSAR PEREIRA DE SOUZA E OUTRO(S) - RS036993

TERMO

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 08 de junho de 2020

