



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.130.314 - SP (2009/0146123-5)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CLÁUDIA CAVALLARI FERREIRA MARQUES E OUTRO(S)
AGRAVADO : CREAÇÕES MARVI CALÇADOS FINOS LTDA
ADVOGADO : JOSÉ LUIZ MATTHES E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL 6.556/89 (MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DO TRIBUTO DE 17% PARA 18%). QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA AFETA À CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO. NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO DE OFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRECEDENTES. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento ao recurso especial da contribuinte para determinar a remessa dos autos à origem a fim de que o Tribunal estadual se manifeste acerca da (in)constitucionalidade do imposto cobrado na execução fiscal.
2. Caso em que o Tribunal de origem, em apelação, deixou de analisar a questão relativa à inconstitucionalidade do tributo ao fundamento de que ela não foi levantada na inicial dos embargos à execução e nem ventilada na sentença.
3. "A inconstitucionalidade de tributo inscrito na Dívida Ativa fulmina pressuposto de validade da correspondente execução fiscal e deve ser conhecida de ofício" (EAg 724.888/MG, de minha relatoria, Primeira Seção, DJe 22/06/2009).
4. O enfrentamento da matéria concernente a (in)constitucionalidade do tributo pelo Tribunal de apelação não importa indevida supressão de instância nem tampouco subversão ao instituto da preclusão, na medida em que, na dicção do art. 267, § 3º, do CPC, as questões de ordem pública podem ser arguidas e acolhidas a qualquer tempo junto às instâncias ordinárias. Precedentes: EDcl no REsp 1.054.269/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/6/2010; REsp 1111976/DF, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 19/8/2009; EDcl no RMS 26.004/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 23/4/2009; REsp 818.453/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 02/10/2008.
5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.130.314 - SP (2009/0146123-5)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CLÁUDIA CAVALLARI FERREIRA MARQUES E OUTRO(S)
AGRAVADO : CREAÇÕES MARVI CALÇADOS FINOS LTDA
ADVOGADO : JOSÉ LUIZ MATTHES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão que conheceu parcialmente do recurso especial da contribuinte e, nessa extensão, deu-lhe provimento, assim ementada (fl. 162):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELO INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL 6.556/89 (MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DO TRIBUTO DE 17% PARA 18%). QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA AFETA À CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO. PRONUNCIAMENTO DE OFÍCIO. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

Nesta oportunidade, a Fazenda Pública assevera que a decisão agravada foi omissa quanto ao fundamento adotado pelo Tribunal "a quo" para não conhecer das alegações concernentes à inconstitucionalidade do tributo, qual seja, de que a apreciação de tal matéria configuraria supressão de instância, porquanto ela não foi levantada na inicial dos embargos à execução e nem ventilada na sentença.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.130.314 - SP (2009/0146123-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL 6.556/89 (MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DO TRIBUTO DE 17% PARA 18%). QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA AFETA À CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO. NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO DE OFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRECEDENTES. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento ao recurso especial da contribuinte para determinar a remessa dos autos à origem a fim de que o Tribunal estadual se manifeste acerca da (in)constitucionalidade do imposto cobrado na execução fiscal.
2. Caso em que o Tribunal de origem, em apelação, deixou de analisar a questão relativa à inconstitucionalidade do tributo ao fundamento de que ela não foi levantada na inicial dos embargos à execução e nem ventilada na sentença.
3. "A inconstitucionalidade de tributo inscrito na Dívida Ativa fulmina pressuposto de validade da correspondente execução fiscal e deve ser conhecida de ofício" (EAg 724.888/MG, de minha relatoria, Primeira Seção, DJe 22/06/2009).
4. O enfrentamento da matéria concernente a (in)constitucionalidade do tributo pelo Tribunal de apelação não importa indevida supressão de instância nem tampouco subversão ao instituto da preclusão, na medida em que, na dicção do art. 267, § 3º, do CPC, as questões de ordem pública podem ser arguidas e acolhidas a qualquer tempo junto às instâncias ordinárias. Precedentes: EDcl no REsp 1.054.269/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/6/2010; REsp 1111976/DF, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 19/8/2009; EDcl no RMS 26.004/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 23/4/2009; REsp 818.453/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 02/10/2008.
5. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Os argumentos ora ventilados não são capazes de modificar a decisão agravada, que deve ser mantida pelo seus próprios fundamentos, *in verbis*:

Quanto à necessidade de o Tribunal local apreciar a questão relativa à (in)constitucionalidade da Lei estadual Lei 6.556/89, melhor sorte assiste ao recorrente.

A esse respeito, decidiu o acórdão recorrido (fl. 90):

Exsurge necessário, inicialmente, observar que a questão relativa à majoração inconstitucional da alíquota do ICMS de 17% para 18% não pode ser apreciada nesta oportunidade, pois não foi levantada pela embargante na inicial dos embargos à execução e, portanto, não ventilada na sentença recorrida. O julgamento nesta instância deve ficar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

limitado à controvérsia que se estabeleceu em primeiro grau e que foi, por isso, equacionada e solucionada na sentença, sob pena de supressão de um grau de jurisdição (cf. RTJ. 126/813).

No julgamento dos aclaratórios também ficou registrado que (fl. 105):

O debate acerca da inconstitucionalidade da elevação de tributo estadual em determinado período é até descabido em sede de embargos, pois não é lícito confundir vinculação de programas à receita com majoração em si.

Entretanto, "A inconstitucionalidade de tributo inscrito na Dívida Ativa fulmina pressuposto de validade da correspondente execução fiscal e deve ser conhecida de ofício, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC". Assim me pronunciei por ocasião do julgamento do EAg 724.888/MG, de minha relatoria, Primeira Seção, DJe 22/06/2009.

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA INSTITUIDORA DO TRIBUTO APÓS O JULGAMENTO DOS EMBARGOS. INOVAÇÃO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC.

1. Cuida-se de recurso especial interposto por Kisolda Oxigênio Indústria e Comércio Ltda. contra acórdão do TRF da 4ª Região que, por unanimidade, reformou a decisão de primeiro grau, por entender: a) a alegação de que a contribuição exigida é inconstitucional não foi objeto de formulação no âmbito da inicial, constituindo inovação à lide; b) em face do que dispõe o art. 41, "caput", da Lei n. 6.830/80 a embargante tinha plenas condições de conhecer do conteúdo do processo administrativo referente à dívida executada; c) a CDA goza dos requisitos legais; d) a multa prevista no art. 35, III, "c", da Lei n. 9.528/97 deve ser reduzida para o patamar de 40% (quarenta por cento). Alega-se negativa de vigência dos artigos 16 da Lei n. 6.830/80, 126, 128, 245, 267, § 3º, 301, III, § 4º, 295, parágrafo único, 300, II, 535, II, do CPC e divergência jurisprudencial. Defende, em síntese, que: a) seja o acórdão atacado anulado por não haver sido suprido o vício da omissão; b) cabe ao juízo pronunciar-se de ofício acerca da inconstitucionalidade da exação cobrada; c) o tema pode ser ventilado em réplica ou mesmo em apelação, como no caso; d) este Tribunal já decidiu questão similar no julgamento do REsp 924.946/RR.

2. Se não houve omissão no acórdão a ser suprida pelo recurso integrativo, é inoportuna a alegação de ofensa do art. 535, II, do CPC.

3. A questão vertente à inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Lei n. 7.787/89, suscitada em réplica e na apelação interposta pela recorrente, deve ser enfrentada pelo TRF da 4ª Região, porquanto tal argumento não se trata de inovação do pedido e, se confirmado, fulmina a exigibilidade do crédito vindicado pela Autarquia Previdenciária.

4. Nesse sentido, o entendimento da Primeira Turma deste Tribunal: - **In casu, a inconstitucionalidade das exações argüidas na presente demanda infirma a exigibilidade do próprio título em que aquela se funda, autorizando-se que a referida matéria seja apreciada pelo Tribunal a quo, não obstante não tivesse sido articulada na exordial dos embargos à execução. Isto porque ao juiz é dado**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acatar o pedido do autor com base em fundamentos diversos dos veiculados pela parte, mas cognoscíveis de ofício consoante o brocardo latino *iura novit curia*.

- Nesse segmento, é cediço que as matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz, que versem sobre questão de viabilidade da execução - liquidez e exigibilidade do título, condições da ação e pressupostos processuais -, não são suscetíveis à ocorrência da preclusão. (REsp 868.819/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 20/09/2007).

- De acordo com a jurisprudência pacificada nesta Corte, a inconstitucionalidade da norma instituidora do tributo pode ser argüida em qualquer momento ou grau de jurisdição, inclusive por meio de exceção de pré-executividade, razão pela qual nada obsta que seja feita em sede de apelação. (AgRg no Ag. 841.774/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 07/05/2007).

4. Recurso especial parcialmente provido. Ausência de violação do art. 535, II, do CPC. (REsp 1016802/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. (LEI Nº 6.830/80. ART. 16, § 3º). EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA SELIC E IMPOSSIBILIDADE DE SUA INCIDÊNCIA. CDA REFERENTE A ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESNECESSÁRIA.

1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva.

2. A esfera de abrangência da exceção tem sido flexibilizada pela jurisprudência mais recente a qual admite, v.g. , a argüição de prescrição, de ilegitimidade passiva do executado, e demais matérias prima facie evidentes, por isso que não demandam dilação probatória. Precedentes: RESP 616528 / AL ; Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 18.10.2004; RESP 610660 / RS ; Rel.(a) Min.^a ELIANA CALMON DJ de 11.10.2004; AGRESP 626657 / RS ; Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 27.09.2004; RESP 576907 / RS ; deste relator, DJ de 23.08.2004.

3. A questão da suscitada impossibilidade de incidência da taxa SELIC para fins de correção do débito inscrito em dívida ativa, não demanda dilação probatória.

4. Recurso especial provido (REsp 885.785/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 02/04/2008).

Ante o exposto, **conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento** (art. 557, § 1º-A, do CPC) para determinar a remessa à origem a fim de que o Tribunal estadual se manifeste sobre a (in)constitucionalidade da majoração da alíquota do ICMS de 17% para 18% promovida pela Lei 6.556/89.

Cabe, ainda, por oportuno, acrescentar que o enfrentamento da matéria concernente à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(in)constitucionalidade do tributo pelo Tribunal de apelação não importa indevida supressão de instância nem tampouco subversão ao instituto da preclusão, na medida em que, na dicção do art. 267, § 3º, do CPC, as questões de ordem pública podem ser arguidas e acolhidas a qualquer tempo junto às instâncias ordinárias. Essa é a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. CONTRADIÇÃO INTERNA DO JULGADO. EXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO EFEITO TRANSLATIVO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO DE MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. INAPLICABILIDADE DA PRECLUSÃO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DE SÓCIO EM EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. EMBARGOS CONHECIDOS PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

[...]

4. No segundo ponto, relativo ao fenômeno processual da preclusão, é cediço que as matérias de ordem pública não se submetem a seus efeitos nas instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo juiz, enquanto estiver em curso a causa, *ex vi* do disposto no artigo 267, § 3º, do CPC.

[...] (EDcl no REsp 1.054.269/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/6/2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. FÉRIAS NÃO GOZADAS. LICENÇA-PRÊMIO CONVERTIDA EM PECÚNIA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO TAXA SELIC E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LITISPENDÊNCIA. OMISSÃO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 E 458 DO CPC CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Conquanto não esteja o magistrado obrigado a enfrentar todos os questionamentos das partes, ele não pode deixar de se manifestar sobre questão relevante para o deslinde da controvérsia.

2. Hipótese em que a recorrente opôs embargos de declaração nos quais alegou a ocorrência de litispendência com relação a alguns autores da presente demanda, requerendo a extinção do feito, com fundamento no artigo 267, V e VI do CPC.

3. Acórdão recorrido que se limitou a assentar que a decisão colegiada embargada havia apreciado todas as questões essenciais ao julgamento da lide, concluindo serem inexistentes os vícios ali apontados.

4. A litispendência e a coisa julgada constituem questões de ordem pública que podem ser alegadas, nas instâncias ordinárias, a qualquer tempo, podendo ser inclusive reconhecidas *ex officio*.

Precedentes.

5. O Tribunal local, a despeito da oposição de embargos de declaração, deixou de apreciar a questão neles aventada, razão pela qual está configurada a infringência aos artigos 535 e 458 do CPC.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para determinar a anulação do julgamento, com o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que seja sanada a omissão. Prejudicada a análise das demais questões discutidas no recurso especial (REsp 1111976/DF, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 19/8/2009).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OMISSÃO SUPRIDA. AUSÊNCIA DE EFEITOS INFRINGENTES.

[...]

3. Na instância ordinária, as questões envolvendo inépcia da inicial e condição da ação são de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado a qualquer tempo e grau de jurisdição, sobretudo quando alertado pela parte no julgamento dos embargos de declaração. Precedentes.

[...] (EDcl no RMS 26.004/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 23/4/2009).

PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO EXECUTADO (ANTIGO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL OBJETO DA TRIBUTAÇÃO). MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA SUSCITÁVEL EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. INOCORRÊNCIA. PENHORA DO BEM OBJETO DA EXAÇÃO. PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS (PAS DES NULLITÈS SANS GRIEF) E ECONOMIA PROCESSUAL. OBSERVÂNCIA.

1. As condições da ação e os pressupostos processuais, matérias de ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, *ex vi* do disposto no artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

[...] (REsp 818.453/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 02/10/2008).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0146123-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
REsp 1130314 / SP

Números Origem: 200801443435 2009575434 2538345 2538345500 2538345701 2538345902

EM MESA

JULGADO: 21/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CREAÇÕES MARVI CALÇADOS FINOS LTDA
ADVOGADO : JOSÉ LUIZ MATTHES E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CLÁUDIA CAVALLARI FERREIRA MARQUES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CLÁUDIA CAVALLARI FERREIRA MARQUES E OUTRO(S)
AGRAVADO : CREAÇÕES MARVI CALÇADOS FINOS LTDA
ADVOGADO : JOSÉ LUIZ MATTHES E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de setembro de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária