



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1600470 - RS (2016/0114817-7)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : TELCON - FIOS E CABOS TELECOMUNICACOES S/A
ADVOGADOS : MARCIA MALLMANN LIPPERT - RS035570
FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RENAN DE VARGAS BARRETO - RS081314
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984
MARIA BEATRIZ NUNES DE OLIVEIRA - RS011354
RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO E OUTRO(S) - RS032364
ROSELAINÉ ROCKENBACH - RS041756
HUMBERTO MATTOS DIAS - RS026588

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 530 DO CPC/73. DUPLA SUCUMBÊNCIA. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211 E 320/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Firmou-se no STJ o posicionamento de que "*o cabimento dos embargos infringentes está condicionado ao interesse de se fazer prevalecer o voto vencido que adote a mesma conclusão da sentença, ainda que por fundamentos diversos*" (AgInt nos EREsp 871.193/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 19/12/2016, DJe 07/02/2017; g.n.). Outrossim, há muito vigora o entendimento de que, "*Na sistemática do novo art. 530 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352/02, que adotou o critério da dupla sucumbência, 'contra acórdão proferido em apelação, só o apelado poderá ter direito aos embargos infringentes, o apelante jamais, não obstante a divergência de votos'*" (Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da Reforma*, 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 197)" (REsp 869.997/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 17/11/2008 - g.n.).

2. Hipótese em que o aresto recorrido não conheceu dos embargos infringentes opostos pela apelante, ora agravante, haja vista que, no tocante à questão neles debatida, a saber, a nulidade do auto de infração, a maioria dos julgadores se alinhou à conclusão estampada na r. sentença, que afastou a aludida pecha, não

satisfeitos, assim, os pressupostos legais para o cabimento do recurso.

3. O Tribunal de origem não se pronunciou sobre a tese recursal em torno do art. 142 do CTN, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração, nem houve indicação de ofensa ao art. 535 do CPC/73 no apelo raro. Incidem, pois, os óbices das Súmulas 211/STJ e 320/STJ.

4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/09/2022 a 26/09/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 26 de setembro de 2022.

Sérgio Kukina
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1600470 - RS (2016/0114817-7)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : TELCON - FIOS E CABOS TELECOMUNICACOES S/A
ADVOGADOS : MARCIA MALLMANN LIPPERT - RS035570
FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RENAN DE VARGAS BARRETO - RS081314
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984
MARIA BEATRIZ NUNES DE OLIVEIRA - RS011354
RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO E OUTRO(S) - RS032364
ROSELAINÉ ROCKENBACH - RS041756
HUMBERTO MATTOS DIAS - RS026588

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 530 DO CPC/73. DUPLA SUCUMBÊNCIA. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211 E 320/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Firmou-se no STJ o posicionamento de que "*o cabimento dos embargos infringentes está condicionado ao interesse de se fazer prevalecer o voto vencido que adote a mesma conclusão da sentença, ainda que por fundamentos diversos*" (AgInt nos EREsp 871.193/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 19/12/2016, DJe 07/02/2017; g.n.). Outrossim, há muito vigora o entendimento de que, "*Na sistemática do novo art. 530 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352/02, que adotou o critério da dupla sucumbência, 'contra acórdão proferido em apelação, só o apelado poderá ter direito aos embargos infringentes, o apelante jamais, não obstante a divergência de votos'* (Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da Reforma*, 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 197)" (REsp 869.997/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 17/11/2008 - g.n.).

2. Hipótese em que o aresto recorrido não conheceu dos embargos infringentes opostos pela apelante, ora agravante, haja vista que, no tocante à questão neles debatida, a saber, a nulidade do auto de infração, a maioria dos julgadores se alinhou à conclusão estampada na r. sentença, que afastou a aludida pecha, não satisfeitos, assim, os pressupostos legais para o cabimento do recurso.

3. O Tribunal de origem não se pronunciou sobre a tese recursal em torno do art. 142 do CTN, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração, nem houve indicação de ofensa ao art. 535 do CPC/73 no apelo raro. Incidem, pois, os óbices das Súmulas 211/STJ e 320/STJ.

4. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo interno manejado por **Telcon - Fios e Cabos para Telecomunicações Ltda.** desafiando decisão (fls. 715/721) que, reconsiderando anterior *decisum*, conheceu em parte do recurso especial e, nessa extensão, negou-lhe provimento, sob os fundamentos de que: **(I)** no tocante à apontada ofensa ao art. 530 do CPC/73, andou bem o Tribunal local ao não conhecer dos embargos infringentes opostos pela ora agravante, visto que não satisfeitos os pressupostos legais para o seu cabimento; **(II)** quanto à tese recursal relativa ao art. 142 do CTN, carece o ponto do indispensável requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ, sendo certo que, em se tratando de aresto proferido na vigência do CPC/73, a menção da questão no voto vencido não satisfaz o aludido requisito de admissibilidade recursal, conforme disposto na Súmula 320/STJ; e **(III)** pelos mesmos motivos, segue obstado o recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional, sendo certo que não foram atendidas as exigências dos arts. 541, parágrafo único, do CPC/73 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

O agravante, em suas razões, sustenta que: **(i)** "o acórdão de apelação conferiu menor extensão ao apelo da autora do que aquela atribuída pelo voto divergente, condição essa que enseja a oposição de embargos infringentes, os quais devem ser conhecidos, posto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade constantes no art. 530, do CPC/1973" (fl. 730) e que "a discussão nos embargos infringentes limita-se à conclusão da manifestação dissidente, que, *in casu*, é o reconhecimento da nulidade do auto de lançamento, por equívoco na tipificação legal da infração, com o integral provimento do recurso de apelação da autora" (fl. 734), sendo "absolutamente equivocado o fundamento decisório adotado pela r. decisão agravada, a qual deve ser reconsiderada, ajustando-se aos parâmetros da jurisprudência sedimentada deste e. Superior Tribunal de Justiça à época" (fl. 736); e **(ii)** "toda a matéria suscitada pelo Recorrente foi intensamente debatida no acórdão recorrido, cujo julgamento contrariou o art. 530, do CPC/1973, ao não conhecer os Embargos Infringentes com fundamento em requisito não previsto em lei e, no mérito e por maioria, violou o disposto no art. 142, do CTN ao

alterar o enquadramento descrito no auto de lançamento objurgado, conforme se depreende do seguinte excerto do voto do e. relator" (fl. 740), devendo ser afastadas as Súmulas 211/STJ e 320/STJ.

Impugnação às fls. 747/755.

É O RELATÓRIO.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

*Trata-se de agravo interno interposto por **Telcon Fios e Cabos Telecomunicações S/A** contra decisão que negou conhecimento ao recurso especial, em virtude dos seguintes fundamentos: (I) aplicação da Súmula 284/STF, porquanto o apelo nobre apresenta razões dissociadas do acórdão recorrido no que concerne ao descabimento dos embargos infringentes; (II) incidência da Súmula 283/STF quanto a esse mesmo ponto, porquanto não se impugnou fundamento basilar do acórdão recorrido; (III) ausência de prequestionamento da tese relativa ao art. 142 do CTN (Súmula 211/STJ); e (IV) não preenchimento dos requisitos legais de demonstração do dissídio jurisprudencial.*

Nas razões do agravo interno, a parte sustenta que: (I) "a despropositada existência de 'empate de votos' e de identidade entre o voto vencido e a sentença, NÃO FIGURAM COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE NO ART. 530, DO CPC/1973, a revelar contrariedade que ensejou a interposição do recurso especial em exame, com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional" (fl. 692), razão pela qual "absolutamente equivocado o fundamento sumular adotado pela r. decisão agravada" (fl. 693); (II) "a agravante tem suscitado nestes autos, a mais não poder, que o acórdão recorrido violou o art. 530, do CPC/1973 exatamente por estabelecer, dentre os requisitos previstos no artigo de lei, a hipótese de 'empate de teses' entre votos, como pressuposto de admissibilidade para a oposição de Embargos Infringentes" (fl. 695), razão pela qual não incide a Súmula 283/STF; e (III) "toda a matéria suscitada pelo Recorrente foi intensamente debatida no acórdão recorrido, cujo julgamento contrariou o art. 530, do CPC/1973, ao não conhecer os Embargos Infringentes com fundamento em requisito não previsto em lei e, no mérito e por maioria, violou o disposto no art. 142, do CTN ao alterar o enquadramento descrito no auto de lançamento objurgado" (fl. 697).

Requer a reconsideração do decisum, ou a submissão do feito ao julgamento colegiado.

Impugnação às fls. 707/712.

É O BREVE RELATO.

Melhor compulsando os autos e exercendo o juízo de retratação facultado pelo arts. 1.021, § 2º, do CPC/2015 e 259 do RISTJ, reconsidero a decisão de fls. 674/678, tornando-a sem efeito.

Passo a nova análise do recurso especial, como se segue.

*Trata-se de recurso especial manejado por **Telcon - Fios e Cabos Telecomunicações S/A** com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 401):*

APELAÇÕES CÍVEIS. ICMS. AUTO DE LANÇAMENTO. TERMO DE INFRAÇÃO NO TRÂNSITO. AÇÃO ANULATÓRIA. VÁRIOS QUESTIONAMENTOS.

1. REEXAME NECESSÁRIO

Não havendo excludente (CPC, art. 475, §§ 2º e 3º), é conhecido de ofício.

2. TERMO DE INFRAÇÃO NO TRÂNSITO – TIT. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DO TÉCNICO DO TESOIRO DO ESTADO PARA LAVRÁ-LO

Considerando que o art. 5º da Lei-RS 8.533/88 excepciona a competência privativa do atual Agente Fiscal do Tesouro do Estado prevista no art. 9º, I, da Lei-RS 8.118/85, tornando possível a sua extensão ao hoje Técnico do Tesouro do Estado mediante previsão no Regulamento; considerando que o Regulamento do ICMS, no art. 10 do Livro IV, estendeu-a a atos indiretamente relacionados à constituição do crédito tributário (atos preparatórios), dentre os quais se inclui o de lavrar termos de apreensão de mercadorias e de infração no trânsito; e considerando que a delegação não vulnera a competência privativa da autoridade prevista no art. 142 do CTN, pois este se refere tão-só aos atos diretamente relacionados à constituição do crédito, não há falar nulidade do TIT por incompetência do Técnico do Tesouro do Estado. Precedentes da Câmara.

2. AUTO DE LANÇAMENTO. VOTO DO REVISOR VENCIDO EM PARTE E INTEGRALMENTE DO VOGAL. PREVALÊNCIA DO VOTO MÉDIO DO RELATOR.

2.1 – Arbitramento do valor. Descabe ao Fisco, ao flagrar mercadoria em trânsito, alegadamente calçada em documentação inidônea, pura e simplesmente, sem qualquer justificativa, arbitrar outro preço às mercadorias, para fins de ICMS. O arbitramento deve ser baseado em critérios ponderáveis e justos, evidenciadores do subfaturamento, e não em mero subjetivismo ou desconfiança do Fisco. Exegese do art. 148 do CTN. Precedentes.

2.2 – Não ocorrência de infração material e redefinição para infração formal.

O fato de a vendedora, a pedido da compradora, não entregar a mercadoria no estabelecimento “A”, como constante da nota fiscal, mas no “B” (filial), não caracteriza infração material, e sim formal. No caso, caracterizada pela ausência de formalização da transferência do estabelecimento “A” para o “B”, não bastando simples “bilhete anexo” à nota fiscal. Infração tipificada no art. 11, II, alínea “c”, da Lei-RS 6.537/73, que diz: “transportar ou fazer transportar mercadorias próprias, desacompanhadas, no todo ou em parte, da documentação exigida pela legislação tributária, salvo se da irregularidade decorrer infração tributária material: multa equivalente a 10% do valor das mercadorias, não inferior a 5 UPF-RS”.

3. DISPOSITIVO

Apelação da autora provida em parte, prejudicada a do réu, confirmando-se no mais a sentença em reexame necessário conhecido de ofício.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 440/444).

Os embargos infringentes, por sua vez, foram decididos em acórdão que recebeu a seguinte ementa (fl. 533):

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. NULIDADE DO LANÇAMENTO. ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL DA INFRAÇÃO. ARBITRAMENTO DA BASE DE LANÇAMENTO DO IMPOSTO.

1. No caso dos autos o voto apontado pela parte autora reformou

isoladamente a sentença no que pertine ao argumento de nulidade do lançamento, de forma que não cabe a interposição de embargos infringentes (inteligência do art. 530 do CPC). Assim, não deve ser conhecido o recurso da parte autora.

2. A Fazenda Estadual entendeu que a empresa autora havia cometido infração material em razão de que as mercadorias estavam sendo enviadas para endereço diverso do que constou nas notas fiscais. O disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 6.537/1973 deve ser interpretado em conjunto com o que determina o artigo 1º, parágrafo único, “a” da referida Lei, ou seja, para haver infração material tem que existir lesão aos cofres públicos, o que não restou comprovado nos autos. Em que pese a mercadoria estar sendo entregue em endereço diverso do que constou na nota fiscal, não há qualquer indicação nos autos de que foi entregue em cidade diversa da que constou nas notas fiscais. Ainda, incontroverso que a parte autora pagou o imposto. Assim, não houve prejuízo aos cofres públicos, de forma que ocorreu infração formal no caso dos autos, não material.

3. É de ser mantida a declaração de ilegalidade do arbitramento da base de lançamento (Súmula 431 do STJ). No caso dos autos, não foi demonstrado ter ocorrido algum dos casos previstos no art. 148 do CTN, como subfaturamento ou má-fé da parte autora para fins de possibilitar o arbitramento da base de lançamento do imposto. Precedentes jurisprudenciais.

EMBARGOS INFRINGENTES DA PARTE AUTORA NÃO CONHECIDO, POR MAIORIA, E NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE RÉ, UNÂNIME.

A parte recorrente aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 530 do CPC/73 e 142 do CTN. Sustenta que: **(I)** “este E. Superior Tribunal de Justiça já afastou em outros julgados o ‘requisito’ ora criado pelo TJRS para impedir o conhecimento do recurso de embargos, qual seja, a necessidade de que o voto vencido seja no mesmo sentido da parte da sentença que foi reformada. Isso porque tal requisito não possui suporte legal, configurando uma restrição ilegal ao acesso à jurisdição” (fl. 576); e **(II)** “o acórdão recorrido, apesar de reconhecer todas as nulidades do auto de infração combatido (tanto a ilegalidade do arbitramento quanto a inexistência de infração material qualificada), constituiu em desfavor da recorrente multa por infração formal à recorrente. Os Desembargadores constituíram novo crédito tributário! Ocorre que ao constituir a multa tributária o acórdão acabou por violar a competência privativa do agente fiscal, prevista no artigo 142 do Código Tributário Nacional” (fl. 584).

Contrarrazões às fls. 637/640.

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário desta Corte, na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 – relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016 – devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

O Tribunal de origem assim deliberou ao não conhecer dos embargos infringentes interpostos pela ora recorrente (fls. 537/538):

[...] o objeto do recurso da parte autora é reformar o acórdão no ponto em que se discute a nulidade do lançamento.

Observo que na sentença exarada pela Julgadora de Primeiro Grau **não foi reconhecida a existência da nulidade alegada pela parte autora bem como foi reconhecida a competência do Técnico do Tesouro do Estado (fls. 259-263).**

No acórdão hostilizado, **o Desembargador Irineu Mariani reconheceu a**

competência do Técnico do Tesouro do Estado, a ilegalidade do arbitramento e que ocorreu infração formal (fls. 320v - 323v).

O Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal entendeu que ocorreu infração formal e que é nulo o lançamento (fls. 324v-325).

O Desembargador Luiz Felipe Difini votou no sentido de ser negado provimento aos recursos de apelação, ou seja, que a sentença deve ser mantida (fls. 325-327v).

Assim, verifico que dos quatros Magistrados que analisaram o processo anteriormente, três entenderam que não há nulidade em o Técnico do Tesouro do Estado ter lavrado o Termo de Infração de Trânsito-TIT e o quarto restou omissos neste ponto. Assim, não cabe embargos infringentes para discutir este ponto, vez que não ocorreu "empate" entre o entendimento dos Magistrados que analisaram a questão.

Vigora no Superior Tribunal de Justiça o posicionamento de que "o cabimento dos embargos infringentes está condicionado ao interesse de se fazer prevalecer o voto vencido que adote a mesma conclusão da sentença, ainda que por fundamentos diversos" (AgInt nos EREsp 871.193/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 19/12/2016, DJe 07/02/2017; g.n.).

Nesse panorama, tendo a Corte local verificado que "o objeto do recurso da parte autora é reformar o acórdão no ponto em que se discute a nulidade do lançamento", que "na sentença exarada pela Julgadora de Primeiro Grau não foi reconhecida a existência da nulidade alegada pela parte autora bem como foi reconhecida a competência do Técnico do Tesouro do Estado" e, mais, que, "dos quatros Magistrados que analisaram o processo anteriormente, três entenderam que não há nulidade em o Técnico do Tesouro do Estado ter lavrado o Termo de Infração de Trânsito-TIT e o quarto restou omissos neste ponto", andou bem ao não conhecer dos embargos infringentes manejados pela ora recorrente, visto que não satisfeitos os pressupostos legais para o seu cabimento.

Confiram-se ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - EMBARGOS À EXECUÇÃO - SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE EM JULGAMENTO DE APELAÇÃO CÍVEL - VOTO VENCIDO PROVENDO O APELO EM MAIOR EXTENSÃO - EMBARGOS INFRINGENTES (ART. 530 DO CPC) - OPOSIÇÃO DESCABIDA E, PORTANTO, DESNECESSÁRIA NO CASO DOS AUTOS - RECURSO ESPECIAL ADMITIDO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO EMBARGADO.

1. [...]

2. Para a admissibilidade dos embargos infringentes é preciso que a divergência seja qualificada, exigindo-se não só voto vencido e reforma da sentença, mas também que a voz minoritária seja pela manutenção da sentença. Precedentes: EDcl no REsp 1.087.717/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Relator para acórdão Min. Marco Buzzi, DJe de 10/10/2012; REsp 808.681/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 22/3/2011.

3. [...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 66.431/PE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 1/12/2015, DJe 7/12/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 530 DO CPC. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO.

1. "Ocorrendo reforma apenas parcial da sentença, não cabem embargos

infringentes quanto à matéria em torno da qual se manteve o juízo de procedência ou de improcedência" (AgRg no REsp 1.231.133/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 27/9/2012).

2. "A admissão dos embargos infringentes reclama não só voto vencido e reforma da sentença. Exige, também, que a voz vencida seja pela manutenção da sentença. (...) portanto, a ocorrência de voto vencido, propondo provimento do apelo em maior extensão do que a maioria, não permite a interposição dos embargos infringentes, na medida em que o pronunciamento vencedor alinha-se à sentença de primeiro grau. (...) (EDcl no REsp 1.087.717/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, DJe 10/10/2012).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.158.621/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 6/2/2014, DJe 24/2/2014)

PROCESSUAL CIVIL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA NOS MOLDES LEGAIS E REGIMENTAIS. EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. SISTEMÁTICA DA LEI 10.352/02.

1. A divergência jurisprudencial ensejadora do conhecimento do recurso especial pela alínea c deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255 do RISTJ.

2. Na sistemática do novo art. 530 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352/02, que adotou o critério da dupla sucumbência, "contra acórdão proferido em apelação, só o apelado poderá ter direito aos embargos infringentes, o apelante jamais, não obstante a divergência de votos" (Cândido Rangel Dinamarco, A Reforma da Reforma, 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 197).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 869.997/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 17/11/2008)

No que concerne à tese relativa ao art. 142 do CTN, segundo a qual o Tribunal a quo não poderia ter procedido à adequação da multa imposta pelo Fisco, mas, sim, deveria ter anulado o auto de infração ante as ilegalidades reconhecidas, observa-se que o órgão julgador de origem não se pronunciou sobre a matéria, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração. Nesse contexto, caberia à parte recorrente, nas razões do apelo especial, indicar ofensa ao art. 535 do CPC/73, alegando a existência de possível omissão, providência da qual não se desincumbiu. Incide, pois, o óbice da Súmula 211/STJ ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo").

Nem se diga que a questão foi debatida no voto vencido do acórdão recorrido, porquanto, nos termos da Súmula 320/STJ, aplicável a recursos julgados sob o prisma do CPC/73, "a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento".

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPENSAÇÃO DE RESERVA LEGAL EM OUTRA BACIA HIDROGRÁFICA. ART. 66 DA LEI N. 12.651/2012. TESE: MESMO BIOMA. QUESTÃO ABORDADA SOMENTE NO VOTO-VENCIDO. CPC/1973. SÚMULA 320/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. [...]

2. Sob a égide do CPC/1973, a remansosa jurisprudência do STJ sumulada no enunciado n. 320/STJ é no sentido de que questão federal

versada apenas no voto vencido não cumpre o requisito do prequestionamento (Súmula 320: "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito de prequestionamento.").

3. A despeito da oposição dos embargos de declaração, a tese recursal não se encontra prequestionada no acórdão recorrido, que solveu a controvérsia com base em lei local, o que impõe a incidência do óbice da Súmula 211/STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 755.508/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 19/12/2016)

Pelos mesmos motivos, segue obstado o recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, sendo certo que não foram atendidas as exigências dos arts. 541, parágrafo único, do CPC/73 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

ANTE O EXPOSTO, (i) reconsidero a decisão de fls. 674/678, tornando-a sem efeito; e (ii) conheço em parte do recurso especial e, na parte conhecida, negolhe provimento.

Publique-se.

A decisão alvejada registrou que "o cabimento dos embargos infringentes está condicionado ao **interesse de se fazer prevalecer o voto vencido que adote a mesma conclusão da sentença**, ainda que por fundamentos diversos" (AgInt nos EREsp 871.193/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 19/12/2016, DJe 07/02/2017 - g.n.).

Outrossim, assinalou que há muito vigora nesta Corte Superior o posicionamento de que, "Na sistemática do novo art. 530 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352/02, que adotou o critério da dupla sucumbência, 'contra acórdão proferido em apelação, só o apelado poderá ter direito aos embargos infringentes, o apelante jamais, não obstante a divergência de votos' (Cândido Rangel Dinamarco, A Reforma da Reforma, 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 197)" (REsp 869.997/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 17/11/2008 - g.n.).

Nessa mesma linha de intelecção:

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE EM JULGAMENTO DE APELAÇÃO CÍVEL - VOTO VENCIDO PROVENDO O APELO EM MAIOR EXTENSÃO - EMBARGOS INFRINGENTES (ART. 530 DO CPC) - INTERPOSIÇÃO DESCABIDA E, PORTANTO, DESNECESSÁRIA NO CASO DOS AUTOS - CRITÉRIO DA DUPLA SUCUMBÊNCIA OU DUPLA CONFORMIDADE - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS EXAURIDAS - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 281/STF - RECURSO ESPECIAL ADMITIDO.

1. A antiga redação do art. 530 do CPC autorizava a interposição dos embargos infringentes contra todo e qualquer julgamento não-unânime de apelação cível.

2. De modo a acabar com a tábula rasa até então reinante, estabelecer uma maior racionalidade e, assim, contribuir com a celeridade processual, a Lei n. 10.352/2001 reduziu sensivelmente o espectro de abrangência do recurso de

embargos infringentes no âmbito do processo civil, estabelecendo parâmetros mais rígidos para a sua admissão.

3. Seguindo a ratio essendi da reforma legislativa, os embargos infringentes agora não se prestam mais para questionar todo julgamento colegiado não-unânime que reforma uma sentença de mérito.

É preciso que a dissidência seja qualificada, dela despontando uma objetiva plausibilidade jurídica na tese encampada pelo voto vencido. Portanto, a admissão dos embargos infringentes reclama não só voto vencido e reforma da sentença. Exige, também, que a voz vencida seja pela manutenção da sentença. Não há necessidade de ser a manifestação minoritária, evidentemente, idêntica à sentença. Basta que confirme seu resultado, mediante os mesmos ou diversos fundamentos.

4. Nesse quadro, aplica-se o critério da dupla sucumbência, que impede aquele derrotado nas duas instâncias de valer-se do reclamo regrado no art. 530 do CPC. Por consequência, os embargos infringentes jamais serão instrumento jurídico recursal hábil a resguardar os interesses do apelante, mas apenas e sempre os do apelado. Isso porque, a reforma de sentença obtida à ocasião do julgamento do recurso de apelação jamais poderá vir a prejudicar o próprio autor do recurso, o apelante, até porque vigora em nosso sistema processual o princípio da proibição à reforma para piorar a situação do recorrente.

5. Nos casos de provimento parcial da apelação e consequente reforma de parte da sentença, devem-se distinguir duas situações:

a) na parte provida, a reforma da sentença prejudica apenas o apelado e beneficia o apelante; logo, se houver voto vencido para manter a sentença nesse aspecto, apenas o apelado terá interesse para propor embargos infringentes;

b) na parte desprovida, não se opera reforma da sentença, havendo, nessa parcela, confirmação da sentença; portanto, a ocorrência de voto vencido, propondo provimento do apelo em maior extensão do que a maioria, não permite a interposição dos embargos infringentes, na medida em que o pronunciamento vencedor alinha-se à sentença de primeiro grau.

6. Na hipótese dos autos, a sentença de primeiro grau concedeu indenização por danos morais e pensão mensal a bem das autoras da ação indenizatória.

Em grau de apelação, por maioria de votos, a reparação por danos morais restou mantida, sendo reduzida apenas a pensão mensal. O voto vencido foi no sentido de julgar totalmente improcedente ambos os pedidos.

Assim, verifica-se que o posicionamento minoritário em segunda instância, propondo o provimento da apelação em maior extensão, trata-se de pronunciamento único e isolado nos autos, não servindo de paradigma à interposição dos infringentes.

Desnecessário, portanto, para exaurir a instância ordinária o manejo do recurso previsto no art. 530 do CPC, reservado apenas a discutir a parcela da sentença alvo de efetiva reforma pelo julgamento não-unânime.

Inaplicabilidade, ao caso, da Súmula n. 281/STF.

7. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, que resta desde logo provido, para revogar a decisão monocrática que não conheceu do recurso especial.

(EDcl no REsp n. 1.087.717/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, relator para acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/6/2012, DJe de 10/10/2012.)

No caso em tela, **a sentença** foi de parcial procedência da ação anulatória de débito fiscal relativo a ICMS, proposta pelo ora agravante, apenas quanto à nulidade do termo de depósito, ante a vedação da apreensão de mercadorias para exigência de tributos. Quanto aos demais pedidos veiculados na *actio* - nulidade do auto de lançamento, invalidade da multa aplicada e ilegalidade da base de cálculo -, todos foram

julgados improcedentes (cf fls. 328/336).

Ambas as partes litigantes interpuseram apelação (cf fls. 342/345 e 346/362).

O **Estado do Rio Grande do Sul** voltou-se contra a única porção em que sucumbiu na r. sentença, a saber, a questão da nulidade do termo de depósito (fls. 342/345).

A ora agravante, por sua vez, defendeu em seu apelo ordinário, em suma: a incompetência da autoridade administrativa para lavrar o auto de infração, a não ocorrência da infração propriamente dita, sendo indevida a multa de 120%, e o equívoco na base de cálculo do ICMS (cf fls. 346/362).

Ao julgar as apelações (fls. 397/419), o Tribunal local entendeu prejudicado o recurso estatal, pois confirmou a sentença em reexame necessário; e, quanto à apelação do contribuinte, prevaleceu o voto médio do relator, que deu parcial provimento apenas para reduzir a multa de 120% para 10%.

Assim delineado o quadro, ressaí nítido que, **no tocante à alegada nulidade do auto de infração, o Tribunal de origem não reformou a sentença**, condição esta essencial para o cabimento dos embargos infringentes, previstos no revogado art. 530 do CPC/73.

Daí que a insistência da parte agravante no cabimento do recurso de infringência, ao argumento de que "a discussão nos embargos infringentes limita-se à conclusão da manifestação dissidente, que, *in casu*, é o reconhecimento da nulidade do auto de lançamento, por equívoco na tipificação legal da infração, com o integral provimento do recurso de apelação da autora" (fl. 734 - g.n.), **não** tem o condão de combater os alicerces da decisão ora alvejada.

Em reforço, confira-se ainda:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA PROFERIDA NA ORIGEM. RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO QUANDO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE REFORMA DA SENTENÇA. CRITÉRIO DA DUPLA CONFORMIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES INCABÍVEIS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. A alteração realizada pela Lei 12.352/2001 no artigo 530 do CPC restringiu o âmbito de atuação dos embargos infringentes, que passaram a ser admitidos apenas quando a sentença de mérito for reformada, em grau de apelação, por decisão não unânime, ou na hipótese de julgamento procedente de ação rescisória, também por decisão não unânime.

2. Assim, o artigo 530 do CPC incorporou a ideia de "dupla conformidade" como critério para exclusão de determinado acórdão do âmbito de cabimento dos embargos infringentes. Logo, se a sentença e o acórdão estão no mesmo

sentido quanto ao resultado da lide, uma vez que ambos rejeitaram o pedido da parte autora, não se abre a via dos embargos infringentes, ainda que se trate de julgamento de mérito proferido por maioria.

3. A dissonância entre o acórdão e a sentença de mérito, para que fique caracterizada reforma do julgamento monocrático, deve ocorrer no que se refere à sucumbência na lide.

4. *Tendo a parte autora perdido duas vezes (na sentença e no acórdão), aplica-se o critério da dupla conformidade para excluir o cabimento dos embargos infringentes. Logo, os embargos infringentes só cabem quando a apelação for acolhida, por maioria de votos, para inverter o resultado da lide.*

5. A nova redação do art. 530 do CPC conduz à conclusão de que, "contra acórdão proferido em apelação, só o apelado poderá ter direito aos embargos infringentes, o apelante jamais, não obstante a divergência de votos" (Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da Reforma*, 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 197).

6. Embargos de divergência providos.

(**EREsp n. 1.377.045/RS**, relator Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 2/12/2015, DJe de 18/12/2015.)

Noutro giro, as razões de apelo raro indicaram violação ao art. 142 do CTN, asserindo que "o acórdão recorrido, apesar de reconhecer todas as nulidades do auto de infração combatido (tanto a ilegalidade do arbitramento quanto a inexistência de infração material qualificada), constituiu em desfavor da recorrente multa por infração formal à recorrente. Os Desembargadores constituíram novo crédito tributário! Ocorre que ao constituir a multa tributária o acórdão acabou por violar a competência privativa do agente fiscal, prevista no artigo 142 do Código Tributário Nacional" (fl. 584).

Ocorre que a leitura atenta do julgado *a quo* (cf fls. 397/419; 440/444 e 532/558) revela que a Corte de origem não se pronunciou sobre a referida alegação centrada no art. 142 do CTN, nem houve indicação de ofensa ao art. 535 do CPC/73 no especial apelo (cf fls. 568/594).

Logo, escoreita a decisão agravada ao assinalar a falta do indispensável requisito do prequestionamento, a atrair a Súmula 211/STJ, bem assim a impossibilidade de se considerar satisfeita tal exigência a partir dos termos do voto vencido, ante a vedação inserta na Súmula 320/STJ.

A propósito:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. 1. DECISÃO EXTRA PETITA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APELAÇÃO JULGADA SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 320/STJ. 2. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. 3. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A indicação de dispositivos sem que esses tenham sido debatidos pelo Tribunal de origem, apesar da oposição dos embargos de declaração, obsta o conhecimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento. Tendo em vista que o acórdão a quo foi publicado na vigência do CPC/1973, aplica-se a Súmula 320/STJ.

2. O prazo prescricional da pretensão indenizatória deduzida contra o autor do ato ilícito flui a partir do trânsito em julgado da sentença penal, ainda que este

tenha reconhecido a prescrição da pretensão punitiva.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.311.109/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/8/2019, DJe de 30/8/2019.)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 211/STJ E 282/STF. MATÉRIA SUSCITADA APENAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA N. 320/STJ.

1. É inadmissível o recurso especial se o dispositivo legal apontado como violado não fez parte do juízo firmado no acórdão recorrido e se o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor sobre a tese defendida no especial (Súmulas n. 211/STJ e 282/STF).

2. A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento, conforme estabelece a Súmula n. 320/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 512.561/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 15/10/2015, DJe de 21/10/2015.)

ANTE O EXPOSTO, nega-se provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no AgInt no REsp 1.600.470 / RS

Número Registro: 2016/0114817-7

PROCESSO ELETRÔNICO

Número de Origem:

00111100810448 00940637220118210001 01727541620158217000 02673372720148217000
04980142720128217000 05075338920138217000 111100810448 70060747748 70064873763

Sessão Virtual de 20/09/2022 a 26/09/2022

Relator do AgInt no AgInt

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TELCON - FIOS E CABOS TELECOMUNICACOES S/A

ADVOGADOS : MARCIA MALLMANN LIPPERT - RS035570

FABIO LUIS DE LUCA - RS056159

RENAN DE VARGAS BARRETO - RS081314

RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADOS : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

MARIA BEATRIZ NUNES DE OLIVEIRA - RS011354

RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO E OUTRO(S) - RS032364

ROSELAINE ROCKENBACH - RS041756

HUMBERTO MATTOS DIAS - RS026588

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELCON - FIOS E CABOS TELECOMUNICACOES S/A

ADVOGADOS : MARCIA MALLMANN LIPPERT - RS035570

FABIO LUIS DE LUCA - RS056159

RENAN DE VARGAS BARRETO - RS081314

AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADOS : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

MARIA BEATRIZ NUNES DE OLIVEIRA - RS011354

RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO E OUTRO(S) - RS032364

ROSELAINE ROCKENBACH - RS041756

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/09/2022 a 26/09/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 27 de setembro de 2022