

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.430.224 - SP (2019/0010269-2)**

**RELATORA** : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**  
**AGRAVANTE** : HORIZONTE FABRICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA  
**ADVOGADOS** : CARLOS EDUARDO DE TOLEDO BLAKE - SP304091  
ELCIO FONSECA REIS E OUTRO(S) - SP304784  
DANIEL REITER SOLDI - SP316706  
**AGRAVADO** : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROCURADOR** : ELISABETE NUNES GUARDADO E OUTRO(S) - SP105818

**DECISÃO**

Trata-se de Agravo, interposto por HORIZONTE FABRICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial interposto contra acórdão, publicado na vigência do CPC/73, assim ementado:

"Agravo de Instrumento - Execução Fiscal Oposição de embargos à execução fiscal com pretensão de recebimento no efeito suspensivo Impossibilidade - Aplicação do disposto no 'caput' do art. 739-A do CPC - Ausentes os requisitos ensejadores da exceção prevista no § 1º do art. 739-A do CPC, que autoriza a concessão do efeito suspensivo aos embargos do devedor Precedentes Decisão mantida. Recurso não provido" (fl. 204e).

Opostos Embargos Declaratórios, restaram rejeitados (fls. 222/228e).

Nas razões do Recurso Especial, aduz a parte recorrente violação aos arts. 535, II, do CPC/73, argumentando o seguinte:

"Como fora dito na exposição dos fatos, o Agravo de Instrumento que originou o presente recurso foi interposto em razão do indeferimento do efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal nº 3005938-73.2013.8.26.0161 pelo Juiz de 1ª Instância, QUE ENTENDEU QUE ISSO NÃO SERIA POSSÍVEL 'ANTE A NATUREZA PERECÍVEL DOS BENS PENHORADOS'.

Por sua vez, o Tribunal a quo indeferiu tal pedido por entender que estavam ausentes os requisitos da relevância dos fundamentos e da possibilidade de lesão grave ou incerta reparação, mantendo tal posicionamento em sede de Embargos de Declaração.

Entretanto, percebe-se às fls. 216/217 dos autos, em observância ao que restou definido no REsp nº 1,272.827/PE, que, no caso dos autos, restaram preenchidos todos os requisitos que permitem a atribuição do efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal, quais sejam:

1) Apresentação de garantia —> Auto de Penhora à fl. 79 dos

autos dos Embargos à Execução Fiscal nº 3005938-73.2013.8.26.0161 (fl. 92), no valor de R\$2.524.960,00, valor que é cerca de R\$75.000,00 superior ao valor da causa;

2) Verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (fumus boni iuris) —> alegação de inconstitucionalidade da Pauta Fiscal aplicada às bebidas energéticas comercializadas pela Recorrente, traduzida no art. 28 da Lei Estadual 6.374/89 e das Portarias CAT-97, de 29-6-2011 e 134, de 28-9-2011, consoante Sumula 431 desta Corte, bem como demonstração de decisão judicial transitada em julgado em seu favor que exclui valores de bonificação da base de cálculo do ICMS (fls. 78/81 - REsp 1.085.542);

3) Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora) —> Caso não ocorra a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, certamente haverá a inscrição da CDA no CADIN estadual, que será protestada extrajudicialmente, conforme Leis Estaduais nº 12.799 e 13.160/08, respectivamente, o que impede a Agravante de ter acesso a crédito bancário, pois ficará registrada no órgãos de proteção ao crédito (SPC/Serasa), além de poder ocorrer penhoras de valores em conta da Recorrente, a despeito da penhora já existente (fl. 92), prejudicando seriamente a continuidade da atividade empresarial.

Entretanto, tanto o acórdão do Agravo de Instrumento quanto dos Embargos Declaratórios são OMISSOS, nos termos do artigo 535, II do CPC, uma vez que não há em nenhum deles qualquer fundamento jurídico ou fático capaz de afastar ou de descaracterizar a existência dos requisitos para a concessão de efeito suspensivo aos Embargos à Execução Fiscal nº 3005938-73.2013.8.26.0161 demonstrados acima, tampouco de vedar a concessão de tal efeito em virtude de os bens ofertados em garantia serem perecíveis!

Tal afirmativa é de fácil comprovação, como se observa do trecho do voto dos Aclaratórios colacionado abaixo (fl. 224):

(...)

Veja, I. Ministro Relator, que o acórdão proferido pelo TJSP, EM MOMENTO ALGUM, afasta fundamentadamente qualquer um dos TRÊS requisitos descritos acima! Noutras palavras: ele não diz o porquê da ausência do fumus boni iuris, mesmo a Recorrente tendo apresentado decisão transitada em julgado que impede a cobrança de ICMS sobre bonificação, ou do periculum in mora, sendo que a legislação de São Paulo prevê a inscrição no CADIN estadual e o protesto extrajudicial de CDA!

Na verdade, a decisão vergastada beira o absurdo, ao dizer que 'o v. acórdão proferido no Agravo foi bem claro quanto ao desacolhimento da pretensão do embargante, na medida em que considerou que 'Não há na Lei nº 6.830/80 qualquer previsão a respeito da atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal opostos pelo

devedor, de modo que prevalece os dispositivos contidos no Código de Processo Civil', como se a falta de norma expressa na LEF ensejasse o indeferimento de efeito suspensivo aos Embargos, fato que deve ser rechaçado de pronto por este Tribunal!!

Desta forma, ficam comprovadas as DUAS OMISSÕES existentes nestes autos e descritas nos Embargos de Declaração (fls. 212/218), quais sejam:

> Omissão em relação à análise da natureza dos bens penhorados (perecíveis), que motivou a negativa do Juízo de 1ª Instância em negar o efeito suspensivo pleiteado aos Embargos à Execução Fiscal nº 3005938-73.2013.8.26.0161;

> Omissão em relação à análise dos requisitos previstos no Resp 1.272.827/PE para a concessão de efeito suspensivo aos Embargos à Execução Fiscal nº 3005938-73.2013.8.26.0161.

Com relação à primeira omissão apontada, é evidente que o v. Acórdão simplesmente não aborda, em tempo algum, assim como também não o fez a decisão agravada, se o fato do bem penhorado ser perecível é impedimento para a concessão do efeito suspensivo pleiteado pela Recorrente, mesmo que os valores de tais bens sejam suficientes para garantir a execução movida pelo Fisco Estadual.

Isso porque, de acordo com o Auto de Penhora confeccionado pelo Oficial de Justiça à fl. 92 dos autos dos Embargos à Execução Fiscal, tem-se que foram penhorados bens produzidos pela Recorrente no importe de R\$2.524.960,00 (dois milhões, quinhentos e vinte e quatro mil, novecentos e sessenta reais), valor esse que é superior ao do crédito tributário executado em cerca de R\$75.000,00 (setenta e cinco mil reais). Noutras palavras O JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL APENSADA ÀQUELES EMBARGOS ENCONTRA-SE TOTALMENTE GARANTIDO.

É de se notar, então, que o fato dos bens penhorados serem considerados pelo Oficial de Justiça como perecíveis não autoriza o Juízo a quo a não conceder o efeito suspensivo aos embargos, ou seja, o bem ser ou não perecível NÃO é requisito para deferimento do efeito ora pleiteado, seja porque (i) tal fato - perecibilidade dos bens - não é razão prevista em lei para seu não deferimento, seja porque (ii) o Juízo encontra-se totalmente garantido.

Ademais, mesmo que tais bens sejam perecíveis, é de clareza singular que eles podem ser substituídos por outros de mesma natureza, por força do artigo 85 do CC/02, fato que não traz qualquer prejuízo para a Recorrida (possibilidade de alienação antecipada - art. 21 LEF c/c 670, I do CPC). Antes, pelo contrário: o valor advindo de tal alienação ficará à disposição do Juízo, podendo ser convertido em renda em favor da Recorrida em caso de improcedência dos Embargos à Execução Fiscal.

Ora, se a própria Lei permite que tais bens podem ser trocados por

outros de mesma espécie, qualidade e quantidade, não há razão para não conceder o efeito suspensivo aos embargos, uma vez que, ainda que ocorresse o perecimento dos bens, poderá haver a sua substituição por outros, até mesmo pelo fato de que eles são produzidos pela Recorrente, conforme cartão CNPJ (fl. 52).

Outrossim, a segunda omissão apontada é ainda mais patente, pois diz respeito à falta de análise dos próprios requisitos ensejadores à concessão do efeito suspensivo aos Embargos à Execução Fiscal nº 3005938-73.2013.8.26.0161.

Veja, I. Ministro Relator, que a Recorrente, apesar de ter apresentado TODOS os requisitos legais (e jurisprudenciais) para sua concessão, não teve sequer analisadas as suas alegações pelo Tribunal a quo.

Notadamente, os requisitos apontados pela Recorrente não foram, ao menos, afastados no v. acórdão. Noutras palavras, a apresentação de garantia, a verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni jûris*), e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) não foram levados em consideração quando do julgamento do Agravo, razão pela qual resta evidente a existência de omissão quanto a esse ponto.

Importante salientar, ainda, que a análise dos requisitos para concessão do efeito suspensivo não implica em análise de mérito dos Embargos à Execução Fiscal aviados, mas tão somente se estão cumpridos os requisitos exigidos atualmente para seu deferimento.

Na verdade, o Agravo fora julgado com base em doutrina e decisões judiciais que são ANTERIORES ao próprio recurso repetitivo REsp 1272827/PE desta Corte, que definiu quais são os requisitos atualmente vigentes para a concessão de efeito suspensivo aos Embargos à Execução Fiscal.

Portanto, ao julgar o presente Agravo sem levar em consideração o repetitivo acima, citando doutrina e decisões judiciais proferidas antes mesmo de 2013, tem-se por violado o artigo 543-C do CPC, que vincula sua observância às demais instâncias judiciais.

E hialino que o repetitivo em questão trouxe três requisitos para a concessão de efeito suspensivo aos Embargos e que, no presente caso, os mesmos encontram-se presentes nos autos, que novamente são citadas, quais sejam:

(...)

Deste modo, é necessário que esta I. Turma analise a presença ou não de tais requisitos, manifestando-se expressamente sobre eles, de modo que o acórdão possa estar devidamente fundamentado e motivado, como determina o artigo 93, inciso LX da CF/88.

(...)

Portanto, imperativa a revisão do julgado a quo por ser evidente a violação ao art. 535, II do CPC, inclusive por afrontar matéria

decidida em sede de recurso repetitivo, como restou demonstrado" (fls. 235/243e).

Requer, ao final, "o provimento do presente Recurso Especial, para anular *in totum* o v. acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de que os autos sejam novamente remetidos para o Tribunal *a quo* para sanar as omissões apontadas, uma vez que não houve a análise dos requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo aos Embargos à Execução Fiscal nº 3005938-73.2013.8.26.0161 descritos no tópico anterior, conforme REsp 1.272.827/PE, uma vez que este julgado foi submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC)" (fl. 243e).

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 248e).

Inadmitido o Recurso Especial (fls. 249/251e), foi interposto o presente Agravo (fls. 253/262e).

Não foi apresentada a contraminuta (fl. 264e).

A irresignação não merece acolhimento.

Com efeito, o acórdão recorrido não incorreu em omissão, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente.

**In casu**, o Tribunal de origem assentou expressamente não estarem preenchidos os requisitos para que fosse conferido o efeito suspensivo aos embargos, nos seguintes termos:

"Inicialmente, cumpre assinalar que em sede de agravo, cabe apenas verificar se o despacho agravado merece ser mantido ou não, sob pena de se configurar a denominada supressão de instância, ao se examinar o mérito da questão.

Não procede a irresignação da agravante.

Com efeito, a Lei de Execução Fiscal Lei nº 6.830/80, estabelece em seu artigo 1º a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Não há na Lei nº 6.830/80 qualquer previsão a respeito da atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal opostos pelo devedor, de modo que prevalece os dispositivos contidos no Código de Processo Civil.

Com as alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.382/2006, os embargos à execução que antes eram sempre recebidos no efeito suspensivo (antigo § 1º do inciso III do artigo 739 do CPC), passaram a não mais gozar desse benefício, em face do disposto no novel artigo 739-A do Código de Processo Civil que assim estabelece em seu 'caput': 'Os embargos do executado não terão efeito suspensivo'.

Como se percebe, aos embargos do devedor não é mais conferido o

efeito suspensivo, inclusive em matéria fiscal.

(...)

No caso, a ora embargante não demonstrou que preenchia os requisitos previstos no § 1º do artigo 739-A do Código de Processo Civil, a fim de que fosse conferido o efeito suspensivo aos embargos opostos ao executivo fiscal, quais sejam, a relevância dos fundamentos e a possibilidade de lesão grave ou incerta reparação, de modo que injustificável o recebimento dos embargos com o efeito suspensivo.

(...)

Portanto, tratando-se o 'caput' do artigo 739-A do Código de Processo Civil de regra, e o seu § 1º de exceção, e uma vez não preenchidos os requisitos autorizadores da concessão do efeito suspensivo aos embargos, não há como atribuir aos embargos o efeito suspensivo.

Assim, como já observado quando do recebimento do recurso, r. decisão agravada, não merece reparo, pois não padece de vício ou defeito, proferida segundo a Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/2980), que determina em seu art. 1º, a aplicação subsidiária das normas do CPC, dentre elas o artigo invocado pelo agravante para fundamentar o seu pleito, art. 739-A" (fls. 205/209e).

E, ainda, no julgamento dos Aclaratórios, reafirmou que, "considerando a impossibilidade de se atribuir efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal de forma fundamentada, de modo a refutar o 'fumus boni iuris', o v. acórdão considerou ausentes os requisitos legais, qual sejam, a relevância dos fundamentos e a possibilidade de lesão grave ou incerta reparação, de modo que injustificável o recebimento dos embargos com o efeito suspensivo, negando, portanto, provimento ao recurso do embargante" (fl. 224e).

Portanto, não se verifica a alegada violação ao art. 535 do CPC/73.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 408.492/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/10/2013; STJ, AgRg no AREsp 406.332/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/11/2013; STJ, AgRg no REsp 1360762/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2013.

Acrescente-se, outrossim, que "os Embargos de Declaração não podem ser utilizados com a finalidade de sustentar eventual incorreção do **decisum** hostilizado ou de propiciar novo exame da própria questão de fundo, em ordem a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido" (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1.189.920/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/12/2013).

Em face do exposto, com fundamento no art. 253, II, b, do RISTJ,

conheço do Agravo para negar provimento ao Recurso Especial.

I.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2019.

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**

Relatora

