

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.750.237 - SC (2018/0155572-9)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : PANDOLFO MADEIRAS LTDA
ADVOGADOS : RENI DONATTI - SC019796
CLAUDIOMIRO FILIPPI CHIELA - SC021196
AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORES : CARLOS ALBERTO PRESTES - SC008375
EDERSON PIRES - SC012594

DECISÃO

Trata-se de Agravo interno, interposto por PANDOLFO MADEIRAS LTDA., contra decisão de minha lavra (fls. 1.162/1.173e), que, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, não conheceu do Recurso Especial.

Inconformada, sustenta a parte ora agravante que:

"Inicialmente, convém esclarecer que a agravante não interpôs seu recurso especial fundado em enunciados de súmulas dos Tribunais, como parece consignar a decisão agravada. O que fez, diferentemente, foi fundamentar sua insurgência, em dispositivos violados do Código de Processo Civil e do Código Tributário Nacional, pelo que não compreende a ressalva feita pela nobre relatora.

O mesmo se diga, Excelências, em relação ao trecho da decisão agravada que refere-se à questão constitucional (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Isso porque, o trecho indicado no aresto em questão diz respeito, apenas, à narrativa feita pela agravante, em seu recurso especial, no tópico em que tratou sobre a violação ao artigo 535, II, do CPC/73, dos fundamentos apresentados em seus embargos de declaração, destacando-se que, em momento algum, fora suscitada violação ao artigo 5º, XXXV, da CF.

É o que se observa do trecho a seguir colacionado (e-STJ fl. 976/977):
(...)

A agravante sabe que não cabe a este Egrégio Superior Tribunal de Justiça a análise de dispositivos constitucionais, em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, tanto que NÃO se utilizou de nenhum argumento constitucional para fundamentar sua insurgência e protocolou, simultaneamente ao presente recurso, recurso extraordinário.

Incompreende, dessa forma, o equívoco da r. decisão ao assim

declarar, porquanto, basta uma simples leitura do recurso especial para confirmar a inexistência de dispositivos constitucionais como fundamento da interposição.

No tocante às demais razões de decidir, igualmente entende a agravante terem elas sido exaradas em total equívoco. Veja-se:

A nobre relatora do feito consignou que, em relação ao art. 535 do CPC/73, 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. Não é verdade!

Conforme amplamente discutido nos autos, a agravante ajuizou ação de procedimento comum em desfavor do Estado de Santa Catarina, postulando, em síntese, provimento jurisdicional que reconhecesse seu direito à restituição do crédito tributário relativo ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e sobre a prestação de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS.

O Estado de Santa Catarina, contestando o feito, suscitou, em preliminar, a carência da ação. Para tanto, defendeu que, como a agravante inseriu em programa de parcelamento o crédito tributário que pretende restituir, estaria impedida de discuti-lo, a menos que comprovasse algum vício, como a simulação, o erro, o dolo, a fraude ou a coação.

Depois de a agravante manifestar-se sobre a contestação, e asseverar que '[...] a obrigação tributária decorre única e exclusivamente de lei', e que 'o contrato, a norma particular, a confissão não pode originar a obrigação tributária porque a vontade do fisco ou vontade da autora não tem nenhuma importância para se determinar o conteúdo ou alcance da obrigação tributária', e, por isso, '[...] considerar absolutamente irretratável e infenso ao controle jurisdicional um crédito tributário apenas porque foi objeto de parcelamento, implica em atribuir caráter genuinamente contratual às relações jurídico-tributária, o que não tem acomodação no ordenamento jurídico vigente', sobreveio sentença.

Ao fundamento de que '[...] a adesão ao parcelamento implica em confissão de dívida, o que, por seu turno, implica na ausência de interesse processual da autora', o magistrado *a quo* acolheu a preliminar de carência de ação, para extinguir o feito sem resolução de mérito.

A agravante apresentou recurso de apelação. Em suas razões, argumentou que o que se está a discutir, no caso entelado, são os

aspectos jurídicos da obrigação tributária, não questões de fato envolvendo a adesão ao programa de parcelamento, daí que, o questionamento judicial não está impossibilitado. O crédito tributário levado a pagamento no programa de parcelamento a que aderiu a agravante contrariou a norma constitucional e legal que rege a matéria, revelando a discussão aportada aos autos como de cunho puramente jurídico. No sentido de suas alegações, referenciou a doutrina mais autorizada, bem como, o teor do recurso especial n. 1.133.027/SP, julgado como representativo de controvérsia, segundo o qual, '[...] a confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos'.

Entretanto, sem êxito. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por sua Primeira Câmara de Direito Público, negou provimento ao apelo. O acórdão de relatoria do Desembargador Substituto Paulo Ricardo Bruschi, em que pese revelar não desconhecer 'que o devedor, mesmo tendo aderido ao parcelamento da dívida tributária, pode ingressar em Juízo para discutir aspectos jurídicos sobre os quais incide a norma tributária (REsp n. 1.133.027/SP, Relator: Min. Luiz Fux, 1ª Seção, j. 13/10/2011)', disse, no caso dos autos, não ter ocorrido 'qualquer situação excepcionalíssima que implicasse no reexame da confissão espontânea'.

A agravante interpôs embargos de declaração, em que apontou a omissão do acórdão relativamente à alegação do recurso de apelação no sentido de que a discussão travada nos autos é puramente jurídica. Disse nos aclaratórios: '[...] a discussão travada nesses autos cinge-se à desconstituição de crédito tributário do [...] ICMS exigido em relação à aquisição de mercadorias para uso e consumo de estabelecimento exportador, ao amparo dos artigos 155, II e § 2º, I, da Constituição Federal, 32, II, 33 e 35 da Lei Complementar 87/96, entre outros. Ou seja, a discussão limita-se, tão somente, aos aspectos jurídicos do tributo. [...] Quando analisados os fundamentos utilizados pelo acórdão, apesar de mencionar que não se desconhece que o devedor, mesmo tendo aderido ao parcelamento da dívida tributária, pode ingressar em Juízo para discutir aspectos jurídicos sobre os quais incide a norma, não considerou a alegação da apelante. À decisão, nessa toada, falta completude de motivação'. Os embargos, no entanto, tiveram provimento negado. (sem grifos no original) Remanescendo a omissão, a agravante opôs novos aclaratórios. Nestes, além de repisar a omissão, destacou que considerar absolutamente irretratável e infenso ao controle jurisdicional crédito

tributário inserido em programa de parcelamento/pagamento maltrata o direito à garantia fundamental de ação, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal; igualmente, viola o disposto nos arts. 150, I, da Constituição Federal, e 3º do Código Tributário Nacional, na medida em que somente a lei é instrumento hábil para a criação de tributos, o que revela que a relação jurídico tributária tem caráter eminentemente legal, e não pode ser condicionada pela relação contratual; viola também os arts. 113, § 1º e 114, do Código Tributário Nacional, que estabelecem que, com a adesão a um termo de parcelamento, o contribuinte manifesta sua intenção, voluntária, de beneficiar-se das vantagens que a lei estabeleceu para a extinção de uma obrigação tributária, mas não confessa a obrigação; confessa, mediante informação formal à Fazenda Pública, o fato da inadimplência; não se ingressa no mérito da relação tributária, que decorre única e exclusivamente da lei, sem qualquer interferência subjetiva do sujeito ativo e do sujeito passivo, que possa afastar ou afirmar sua existência e do respectivo crédito;

e viola, por fim, o art. 165, caput, do Código Tributário Nacional, segundo o qual, o direito à restituição do indébito independe de prévio protesto, o que significa dizer que o sujeito passivo da relação tributária tem direito à devolução do tributo pago indevidamente ainda que não tenha feito o pagamento movido por erro, em face da natureza *ex lege* da obrigação. O Tribunal Ordinário, mais uma vez, optou por negar provimento aos embargos de declaração, sem qualquer manifestação sobre as omissões aventadas.

Nesse ínterim, a discussão travada nos autos restringe-se a saber, desde a contestação e invocação da preliminar de carência de ação, se a agravante, ao ter aderido a programa de parcelamento, pode ou não discutir o crédito tributário nele inserido. Tanto para a sentença, quanto para o acórdão, a discussão do crédito tributário inserido em parcelamento só é possível se ocorrer situação excepcionalíssima que implique no reexame da confissão ou vício que macule o ato de adesão.

A agravante discorre desde o início deste debate que A POSSIBILIDADE DE DISCUTIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO FICA ADSTRITA À EXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA OU VÍCIO QUE MACULE O ATO DE ADESÃO, de sorte que este Egrégio Superior Tribunal possui entendimento assente no sentido de que a '[...] confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Quanto aos aspectos fáticos sobre

os quais incide a norma tributária, a regra é que não se pode rever judicialmente a confissão da dívida efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários'. 1 Defendeu e continua a defender que sua pretensão gira em torno, única e exclusivamente, do questionamento judicial da exigibilidade da obrigação tributária, pois entende pela inconstitucionalidade e ilegalidade da exação lançada nas notificações fiscais n. 86030015143, n. 86030015127 e n.

86030015135. Porém, sequer teve chance de discutir a fundo a questão, na medida em que os autos foram extintos sem resolução de mérito.

Nesse sentido, é inconteste que a análise das razões que ensejam a desconstituição do ICMS lançado em desfavor da agravante recai sobre os aspectos jurídicos da obrigação tributária. Isso, a despeito da invocação da agravante, seja na manifestação à contestação, na apelação ou nos dois embargos de declaração que opôs, NÃO FOI CONSIDERADO pela instância a quo, resultando em flagrante ofensa ao artigo 535, II, do CPC/73.

Não há como, Excelências, admitir que o acórdão recorrido não incorreu em omissão, ou que as alegações da agravante remetem ao seu inconformismo com o resultado da lide, que foi contrário a sua pretensão, quando questões de inestimável valor foram ignoradas pelo tribunal ordinário que 'fechou os olhos' para a real situação demonstrada nos autos.

A omissão é tão evidente que situações análogas a presente possuem resultado diverso exarado por esta Corte. É o que se observa, a título de exemplo, do julgamento proferido no AREsp n. 847.229/SP.

O referido processo tratou de ação ordinária com o objetivo de ver declarada a inexistência de relação jurídico-tributária e o cancelamento dos créditos tributários constantes em autos de infração de ISS – Provedor de acesso à internet. A sentença julgou extinto os autos por carência de ação. O julgador entendeu que faltaria interesse de agir da contribuinte que firmou termo de confissão de dívida anteriormente ao ajuizamento da ação. O Tribunal competente manteve a decisão.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Agravo em Recurso Especial interposto pelo contribuinte, reformou o acórdão utilizando-se dos fundamentos do recurso repetitivo n. 1.133.027/SP e afastou o óbice apontado na origem para dar prosseguimento ao julgamento da ação quanto aos aspectos jurídicos da demanda. O agravo fora conhecido e o recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à origem. Houve a interposição de agravo regimental pela parte

recorrida, mas o mesmo fora improvido. É o teor da ementa abaixo colacionada:

(...)

Por fim, corroborando com a afirmação de que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de constatar que o mérito da pretensão da agravante gravita em torno dos aspectos jurídicos da obrigação tributária, observa-se que, ao proceder ao exame de admissibilidade do recurso especial interposto, a Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, invocando o REsp n. 1.133.027/SP, submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC – Tema 375/STJ, consignou que o acórdão objurgado possuía, aparentemente, entendimento diverso daquele atribuído à matéria pelo STJ, de modo que se aplicaria ao caso o disposto no § 7º, II, do artigo 543-C, do CPC/73, e determinou, com fundamento no referido dispositivo, a remessa dos autos à Câmara de origem, para juízo de retratação. A Câmara de origem, como já manifestado, permaneceu omissa mais uma vez.

Destarte, flagrante a negativa de vigência ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, merece provimento o presente agravo, a fim de, conhecendo do recurso especial, reconhecer a omissão do tribunal ordinário sobre as questões acima ventiladas.

A decisão monocrática ora agravada declara, ainda, que, quanto à alegada ofensa aos artigos 3º, 113, § 1º, 114 e 165, do Código Tributário Nacional, o recurso especial não ultrapassa a admissibilidade, ante o óbice da Súmula 282, do Supremo Tribunal Federal (é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada). Segundo a ilustre relatora, para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal, é necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto. Nesse contexto, por simples cotejo das razões recursais e os fundamentos do acórdão, percebe-se que as teses recursais vinculadas aos dispositivos tidos como violados não foram apreciadas no voto condutor, sequer de modo implícito, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem.

Aqui, duas questões precisam ser destacadas para elucidar a controvérsia.

A primeira delas refere-se ao fato da agravante ter colocado em debate todos os argumentos ventilados em seu recurso especial ainda

quando da manifestação à contestação apresentada pelo Estado de Santa Catarina, repetindo-os todas as vezes em que foi oportunizada nos autos. O fato do magistrado de primeiro grau e dos Desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina não terem exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto, foge totalmente da alçada da agravante, especialmente se levado em conta que a sentença e o acórdão da apelação limitaram-se a reconhecer que 'a adesão ao parcelamento implica em confissão da dívida, o que, por seu turno, implica na ausência de interesse processual da autora'.

A segunda delas, que é consectário da narrativa da primeira, decorre do fato da agravante ter oposto embargos de declaração, por duas vezes, perante o tribunal ordinário, suscitando a necessidade de manifestação expressa do órgão julgador a respeito das questões recursais levadas à discussão, inclusive para suprir o requisito do prequestionamento. Os embargos, como já relatado, tiveram provimento negado. O último, por sinal, condenou a agravante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa. Por estas razões, ressalte-se, é que a agravante interpôs seu recurso especial fundado, também, na violação ao artigo 535, II, do CPC/73.

Nesse sentido, uma vez que invocada a Súmula 282, do Supremo Tribunal Federal, necessária a sua análise conjunta com o Súmula 356, também da Suprema Corte, in verbis:

(...)

No caso em apreço, a agravante interpôs embargos de declaração em face da decisão que negou provimento à apelação cível. Na sequência, foi além, apresentou novos aclaratórios quando da decisão proferida aos primeiros, e entendendo não terem sido sanadas as omissões apontadas, interpôs seu recurso especial fundado, preliminarmente, na existência de violação ao artigo 535, II, do CPC/73.

Nesse sentido, as ações da agravante vão ao encontro do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal e, também, da jurisprudência desta Egrégia Corte Superior, inclusive no que tange ao posicionamento da ilustre relatora do presente feito.

Vale dizer, afinal, que o Novo Código de Processo Civil consagrou a tese do prequestionamento ficto em seu artigo 1.025, a saber:

(...)

A opção do Novo Código de Processo Civil, nas palavras de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha ², 'é coerente com um

sistema que prestigia o julgamento do mérito – primazia da decisão de mérito (art. 4º, art. 932, par.

ún. e, especificamente em relação aos recursos extraordinários, o art. 1.029, §3º, CPC)¹.

Admitir-se o contrário significa reconhecer que a agravante, assim como tantos outros jurisdicionados, deva suportar o ônus de ir à sucumbência – pela extinção do seu processo – e de ser impedida de socorrer-se às instâncias extraordinárias, pela via recursal, ao argumento de que inadmissível a interposição de recurso enquanto não 'prequestionada' a questão federal/constitucional debatida.

Desta feita, improcede a decisão em apreço, devendo a mesma ser reformada para fins de admitir o recurso especial por violação aos artigos 3º, 113, § 1º, 114 e 165, do Código Tributário Nacional, eis que devidamente prequestionados.

Por conseguinte, de se ressaltar, também, que a decisão agravada, ao afastar a ofensa ao artigo 535, II, do CPC/73 e, no mérito, consignar que o recurso especial não ultrapassa a admissibilidade ante a alegada ausência de prequestionamento dos dispositivos ditos violados por não terem sido apreciados no voto condutor, se mostra absurda e, no mínimo, contraditória, não podendo prosperar.

A decisão merece reforma, igualmente, no que tange à alegação de que não é possível, em sede de recurso especial, avaliar a legitimidade da afirmação, feita nas instâncias ordinárias, acerca do caráter protelatório dos embargos de declaração, por demandar reavaliação de fatos da causa.

Isso porque, em que pese, num primeiro momento, a aferição da presença de manifesto intuito protelatório da parte ao opor embargos de declaração, ser insuscetível de exame nesta Corte, ante a alegada necessidade de reexame de fatos e provas, há situações excepcionais em que a ausência do elemento anímico 'intenção de protelar' é nítida, evidenciando-se a partir da mera leitura do recurso.

Em casos assim, é admissível que se afaste a multa aplicada por embargos de declaração reputados protelatórios. Confira-se:

(...)

Na hipótese dos autos, como exhaustivamente demonstrado, a agravante opôs embargos de declaração, por duas vezes, com o intuito de provocar o tribunal a quo a manifestar-se sobre todas as razões do seu recurso, especialmente no que se refere à possibilidade de discussão judicial da obrigação tributária objeto de parcelamento, mormente nos seus aspectos jurídicos, e que a discussão travada nos autos é pura e exclusivamente quanto a esses aspectos jurídicos, na

medida em que se pretende a repetição do indébito maculado por inconstitucionalidade e ilegalidade.

Perceba-se que ao assim proceder, a agravante buscou o ajuste do pronunciamento jurisdicional que, na sua acepção, estava (e continua) eivado de omissões. Não obtendo resultado com a primeira oposição, apresentou novos embargos, visando, ainda, o prequestionamento da matéria, requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, daí que não houve ofensa à lealdade processual, e não podem ser considerados protelatórios.

Nesses termos, a condenação imposta à agravante esbarra no teor claro da Súmula 98, do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

É inaceitável, portanto, que seja mantida a multa do artigo 538, parágrafo único, do CPC/73, merecendo reforma o acórdão, também neste ponto, para afastar a imposição" (fls. 1.181/1.194e).

Ao final, requer que "reconsidere a decisão de fls., ou, quando não, submeta-o à apreciação do órgão competente, que, espera, reforme a decisão, dando provimento ao agravo em apreço e conhecendo do recurso especial interposto, a fim de dar-lhe provimento para, com base nas razões apresentadas:

"a) desconstituir o acórdão proferido nos embargos de declaração, por ofensa ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, determinando a remessa dos autos ao tribunal de origem para a apreciação das questões omissas; ou b) em assim não sendo, afastar a declaração de carência de ação em razão da ausência de interesse processual da agravante e determinar a remessa dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que seja proferido julgamento de mérito e resolvida a lide em toda a sua extensão; ou ainda c) com base no artigo 515, § 3º, do CPC/73, determinar que o tribunal ordinário adentre no mérito da questão;

d) por último, afastar a multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa e inverter os ônus sucumbenciais" (fl. 1.194e).

Impugnação da parte agravada a fls. 1.199/1.202e.

Tendo em vista a relevância dos argumentos esposados pela parte agravante, a decisão agravada (fls. 1.162/1.173e) merece reforma.

Preliminarmente, o presente Agravo interno produz o efeito regressivo, o qual autoriza que regressem a mim as questões apreciáveis de ofício, como, por exemplo, a questão relativa à admissibilidade do Recurso Especial.

Trata-se de Recurso Especial interposto por PANDOLFO MADEIRAS LTDA., com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. ADESÃO AO PROGRAMA CATARINENSE DE REVIGORAMENTO ECONÔMICO (REVIGORAR III). EXPRESSA RENÚNCIA A QUALQUER DEFESA ADMINISTRATIVA OU JUDICIAL AINDA QUE EM ANDAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º, § 1º, DA LEI ESTADUAL N. 15.510/2011. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

'Parece-me incompatível com os princípios da boa-fé, da moralidade administrativa e, principalmente, da segurança jurídica, admitir-se a retratabilidade da confissão de dívida e da renúncia a direito quando os fundamentos do pedido coincidirem com os da pretensão anteriormente deduzida em Juízo' (Apelação Cível n. 2008.044331-4, da Capital, Relator: Des. Newton Trisotto, 1ª Câm. Dir. Púb., j. 16/12/2008).

'A adesão livre e espontânea do contribuinte a programa de parcelamento de débitos junto ao embargado importa na sua renúncia, ainda que de forma tácita, ao exercício de qualquer ação relativa à contribuição de melhoria que é objeto de execução fiscal promovida, não podendo, portanto, prosseguir a discussão acerca de eventual prescrição do processo executivo ou, ainda, de nulidades na formalização do crédito tributário' (Apelação Cível n. 2007.030729-7, de Curitiba, Relator: Des. Jânio Machado, 4ª Câm. Dir. Púb., j. 14/02/2008)" (fl. 923e).

O acórdão em questão foi objeto de dois Embargos de Declaração, rejeitados nos seguintes termos:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRESSUPOSTOS NÃO DEMONSTRADOS. RECURSO DESPROVIDO.

'Tendo o acórdão expressamente tratado a respeito da matéria suscitada nos embargos de declaração, não há vício a ser sanado' (Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 2013.012057-7, de Itapema, Relator: Des. Newton Trisotto, 1ª Câm. Dir. Púb., j. 24/06/2014)" (fl. 940e).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. MERA REDISCUSSÃO DE QUESTÕES AMPLAMENTE EVIDENCIADAS NO ARESTO EMBARGADO. PREQUESTIONAMENTO INCABÍVEL. CONHECIMENTO INVIÁVEL EM SEDE DE ACLARATÓRIOS. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO *EX OFFICIO* DA SANÇÃO PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DO CPC. IMPROCEDÊNCIA QUE SE IMPÕE" (fl. 963e).

Nas razões do Recurso Especial, aduz a parte recorrente violação aos arts. 535, II, do CPC/73, 3º, 13, § 1º, 114 e 165 do CTN, bem como Súmula 98/STJ, argumentando o seguinte:

"II - Da negativa de vigência ao art. 535, II, do Código de Processo Civil

É o teor do artigo 535, II, do Código de Processo Civil:

(...)

A ofensa ao artigo objurgado reside no fato de o Tribunal Ordinário, apesar de defeituoso o acórdão, ter desacolhido os embargos de declaração, remanescendo, ante a incompletude da decisão, deficiente a tutela jurisdicional.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica em reconhecer a ocorrência de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal Ordinário não se manifesta sobre questão essencial levantada na instância ordinária, no momento oportuno. A saber:

(...)

O acórdão é manifestamente omissivo!

A sentença fundamentou que, no caso, a adesão da recorrente ao programa de parcelamento implicou na confissão da dívida, o que significa dizer que os valores adimplidos por meio de parcelamento (ou do programa de parcelamento) só podem ser rediscutidos na esfera judicial se for encontrado vício capaz de macular o ato jurídico consistente na adesão.

A recorrente, em suas razões de apelação, asseverou que, muito embora a adesão ao programa de parcelamento represente a confissão da dívida, não há nada que estabeleça que a rediscussão na

esfera judicial é possível apenas se for encontrado vício capaz de macular o ato jurídico consistente na adesão; diferentemente, o que se tem, em qualquer caso, é que a confissão não impossibilita o questionamento judicial da obrigação tributária no que se refere aos seus aspectos jurídicos, que é exatamente o que ocorre no feito, em que a recorrente discute se o crédito tributário de ICMS inserido no programa de parcelamento contrariou a norma constitucional e/ou desbordou a legitimidade do processo que o instituiu, em desconformidade com a legislação que rege a matéria.

O acórdão, por sua vez, nada manifestou acerca da alegação da recorrente de que o contribuinte que adere a programa de parcelamento pode rediscutir judicialmente a obrigação tributária nos seus aspectos jurídicos. O que disse o Tribunal Ordinário, unicamente, – e estranhamente – é que embora não desconheça 'que o devedor, mesmo tendo aderido ao parcelamento da dívida tributária, pode ingressar em Juízo para discutir aspectos jurídicos sobre os quais incide a norma tributária', (...) 'no caso dos autos, não ocorreu qualquer situação excepcionalíssima que implicasse no reexame da confissão espontânea'.

A recorrente apresentou embargos de declaração pugnando pela manifestação do acórdão no ponto. Disse nos aclaratórios: '(...) a discussão travada nesses autos cinge-se à desconstituição de crédito tributário do (...) ICMS exigido em relação à aquisição de mercadorias para uso e consumo de estabelecimento exportador, ao amparo dos artigos 155, II, e § 2º, I, da Constituição Federal, 32, II, 33 e 35 da Lei Complementar 87/96, entre outros. Ou seja, a discussão limita-se, tão somente, aos aspectos jurídicos do tributo. (...) Quando analisados os fundamentos utilizados pelo acórdão para negar provimento à apelação, o que se vê, entretanto, é que o acórdão, apesar de mencionar que não se desconhece que o devedor, mesmo tendo aderido ao parcelamento da dívida tributária, pode ingressar em Juízo para discutir aspectos jurídicos sobre os quais incide a norma', não considerou a alegação da apelante. À decisão, nessa toada, falta completude de motivação'. Os aclaratórios tiveram provimento negado.

Remanescendo a omissão, a recorrente opôs novos aclaratórios. Nestes, além de repisar a omissão, destacou que considerar absolutamente irretratável e infenso ao controle jurisdicional crédito tributário inserido em programa de parcelamento/pagamento maltrata o direito à garantia fundamental de ação, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal; igualmente, viola o disposto nos arts.

150, I, da Constituição Federal, e 3º do Código Tributário Nacional', na medida em que somente a lei é instrumento hábil para a criação de tributos, o que revela que a relação jurídico tributária tem caráter eminentemente legal, e não pode ser condicionada pela relação contratual; viola também os arts. 113, § 1º e 114, do Código Tributário Nacional, que estabelecem que, com a adesão a um termo de parcelamento, o contribuinte manifesta sua intenção, voluntária, de beneficiar-se das vantagens que a lei estabeleceu para a extinção de uma obrigação tributária, mas não confessa a obrigação; confessa, mediante informação formal à Fazenda Pública, o fato da inadimplência; não se ingressa no mérito da relação tributária, que decorre única e exclusivamente da lei, sem qualquer interferência subjetiva do sujeito ativo e do sujeito passivo, que possa afastar ou afirmar sua existência e do respectivo crédito; e viola, por fim, o art. 165, *caput*, do Código Tributário Nacional, segundo o qual, o direito à restituição do indébito independe de prévio protesto, o que significa dizer que o sujeito passivo da relação tributária tem direito à devolução do tributo pago indevidamente ainda que não tenha feito o pagamento movido por erro, em face da natureza *ex lege* da obrigação. O Tribunal Ordinário, mais uma vez, optou por negar provimento aos embargos de declaração, sem qualquer manifestação sobre as omissões aventadas.

Destarte, flagrante a negativa de vigência ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, deve essa Corte Excepcional dar provimento ao presente recurso, determinando o retorno dos autos ao Tribunal Ordinário, para que supra as omissões indicadas nos embargos declaratórios.

III - Da violação ao artigo 3º do Código Tributário Nacional.

O acórdão recorrido, ao negar provimento ao recurso de apelação, sob o fundamento de que a rediscussão judicial da obrigação tributária só poderia ocorrer se houvesse vício capaz de macular o ato jurídico consistente na adesão ao parcelamento, violou o artigo 3º, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

(...)

Da dicção clara do artigo, 'tributo é toda prestação pecuniária (...) instituída em lei (...).'

Isso significa dizer que somente a lei é instrumento hábil para a criação de tributos, o que revela que a relação jurídico tributária tem caráter eminentemente legal, e não pode ser condicionada pela relação contratual.

A obrigação tributária decorre única e exclusivamente de lei; lei em

sentido estrito. Não se origina – e não pode se originar – de norma contratual; o contrato, a norma particular, a confissão, não pode originar a obrigação tributária porque a vontade do fisco ou a vontade do contribuinte não tem nenhuma importância para se determinar o conteúdo ou alcance da obrigação tributária.

A inexistência de qualquer elemento volitivo é característica da obrigação tributária; para a sua existência – da obrigação tributária – é necessário apenas a norma definidora do fato que, se e quando ocorrer, produzirá a consequência jurídica de obrigar o sujeito passivo, mesmo contra sua vontade. O crédito tributário nasce de uma relação jurídica obrigacional de direito público vinculada à lei, daí indisponível, não podendo haver seu comprometimento por mera declaração (confissão) do contribuinte.

É por isso que, considerar absolutamente irretratável e infenso ao controle jurisdicional crédito tributário inserido em programa de parcelamento/pagamento, como fez o acórdão, implica em atribuir caráter genuinamente contratual às relações jurídico-tributárias, o que não tem acomodação no ordenamento jurídico vigente. A natureza da obrigação tributária, diversa das obrigações contraídas entre particulares, força a convicção de que uma confissão de dívida não tem o condão de traduzir irrevogável confissão de débito fiscal.

Nessa quadra, se o questionamento ou a rediscussão da obrigação tributária inserida em programa de parcelamento envolve seus aspectos jurídicos, como ocorre no caso em apreço, não há nenhum óbice à utilização da via judicial para tal. O acórdão, a propósito, relatou claramente a insurgência da recorrente na inicial de repetição de indébito, revelando seu aspecto eminentemente jurídico. Vejamos o teor do acórdão:

(...)

Note-se. A discussão ventilada na exordial de repetição de indébito aborda aspectos puramente jurídicos. A insurgência é contra crédito tributário de ICMS constituído com base na suposta impossibilidade de seu aproveitamento. A recorrente, por sua vez, objetiva demonstrar que pode aproveitar crédito de ICMS relativo à entrada de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento, ao amparo dos arts. 155, II e § 2º, I, da Constituição Federal e 32, II, 33 e 35 da Lei Complementar 87/96.

Nesse diapasão, impossível deixar de referenciar o entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que 'a confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos', publicado em

decisão egressa da Primeira Seção, em julgamento de Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC):

(...)

A doutrina acompanha essa inequívoca compreensão. Leandro Paulsen, a saber: 'a confissão não inibe o questionamento da relação jurídico-tributária, o que não importa que a confissão seja desprovida de valor. Terá valor, sim, mas quanto aos fatos, que não poderão ser infirmados por simples reconsideração do contribuinte, mas apenas se demonstrado vício de vontade. A irrevogabilidade e a irretratabilidade terá apenas essa dimensão. Assim, e.g., se confessada dívida relativamente a contribuição sobre o faturamento, será irrevogável e irretratável no que diz respeito ao fato de que houve, efetivamente, o faturamento no montante consignado; entretanto, se a multa era ou não devida, se a legislação era ou não válida, são questões que poderão ser discutidas.'

À vista disso, restando clara a negativa de vigência, pelo acórdão, ao artigo 3º do Código Tributário Nacional, deve este Colendo Tribunal dar provimento ao presente recurso.

IV - Da violação aos artigos 113, § 1º, 114 e 165, do Código Tributário Nacional.

Ao negar provimento à apelação e estabelecer que a rediscussão judicial da obrigação tributária levada a programa de parcelamento só poderia ocorrer se houvesse vício capaz de macular o ato jurídico consistente na adesão ao parcelamento, o acórdão violou a disposição dos arts. 113, § 1º e 114, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

(...)

Com a adesão a um termo de parcelamento o contribuinte manifesta sua intenção, voluntária, de beneficiar-se das vantagens que a lei estabeleceu para a extinção de uma obrigação tributária, que seria necessariamente exigida por outros meios mais gravosos. Contudo, ele não confessa a obrigação; confessa, mediante informação formal à Fazenda Pública, o fato da inadimplência. Não se ingressa no mérito da relação tributária que, também conforme os artigos arts. 113, § 1º e 114, do Código Tributário Nacional, decorre única e exclusivamente da lei, sem qualquer interferência subjetiva do sujeito ativo e do sujeito passivo, que possa afastar ou afirmar sua existência e do respectivo crédito.

Ou seja, ao incluir o crédito tributário no programa de parcelamento a recorrente não confessou a obrigação tributária. E, se não confessou a obrigação tributária, – porque nem poderia, ela decorre única e exclusivamente de lei –, pode discuti-la judicialmente, mormente nos

seus aspectos jurídicos.

A situação dos autos é traduzida pelas palavras de Alexandre Macedo Tavares, segundo o qual, 'um simples pedido de parcelamento apresentado à autoridade administrativa, a rigor das nuances do Sistema Tributário Nacional, não tem eficácia modificadora da real situação jurídica do contribuinte. Equivale dizer: 'um parcelamento de dívida fiscal não faz cicatrizar as irremediáveis feridas da cobrança de tributos ilegais ou inconstitucionais, nem mesmo sedimenta definitivamente os acessórios e suas fórmulas aritméticas que não estejam ajustadas à ordem jurídica tributária'.'

O teor já destacado do acórdão acabou por violar também o art. 165, *caput*, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

(...)

Segundo o art. 165 do Código Tributário Nacional o direito à restituição do indébito independe de prévio protesto, o que significa dizer que o sujeito passivo da relação tributária tem direito à devolução do tributo pago indevidamente ainda que não tenha feito o pagamento movido por erro. A quitação pode ter ocorrido espontaneamente, ou voluntária e conscientemente, e ainda assim deverá haver restituição, em face da natureza *ex lege* da obrigação. Da mesma forma, se o contribuinte pagou por meio de programa de parcelamento, não será o fato de tê-lo feito voluntária e conscientemente que lhe retirará o direito de questionar a exigência, seja para pleitear sua restituição, seja para pleitear a extinção do crédito.

Como explicitou Hugo de Brito Machado Segundo, 'o artigo 165 do CTN assevera que o direito à restituição do indébito independe de prévio protesto, o que significa dizer que o sujeito passivo da relação tributária tem direito à devolução do tributo pago indevidamente ainda que não tenha feito o pagamento movido por erro. A quitação pode ter ocorrido espontaneamente, ou voluntária e conscientemente, e ainda assim deverá haver restituição, em face da natureza *ex lege* da obrigação. Da mesma forma, se o contribuinte comprometeu-se a pagar parceladamente (e já quitou todo o parcelamento, ou não, isso é irrelevante), não será o fato de tê-lo feito voluntária e conscientemente que lhe retirará o direito de questionar a exigência, seja para pleitear sua restituição, seja para pleitear a extinção do crédito cujo pagamento ainda não foi feito.' (sem grifos no original)

Nesses termos, merece provimento este recurso especial também em razão da violação aos arts. 113, §1º, 114 e 165 do Código Tributário Nacional.

VI - Da multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

O acórdão condenou a recorrente, ao amparo do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, ao pagamento de multa no montante de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, por entender que o recurso de embargos de declaração interposto revelou contornos manifestamente procrastinatórios.

A condenação, porém, esbarra no teor claro da Súmula 98 do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Os embargos de declaração foram opostos com o notório intuito de prequestionar a matéria, a exemplo do suscitado em relação aos artigos 5º, XXXV, e 150, I, da Constituição Federal e 3º, 113, § 1º, 114 e 165 do Código Tributário Nacional. Daí que, não ofenderam a lealdade processual, e não podem ser considerados protelatórios.

Merece reforma o acórdão, portanto, também nesse ponto, para afastar a condenação de multa em 1% (um por cento) sobre o valor da causa" (fls. 973/986e).

Ao final, requer:

"a admissão do Recurso Especial por este Egrégio Tribunal, com posterior remessa dos autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, para que este, confirmando o juízo de admissibilidade, conheça do recurso e, com base nas razões adrede, reforme a decisão recorrida para o efeito de (i) afastar a declaração de carência de ação em razão da ausência de interesse processual da recorrente e determinar a remessa dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que profira julgamento de mérito e resolva a lide em toda a sua extensão, ou, com base no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, determine que o Tribunal Ordinário adentre no mérito, (ii) afastando-se a multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa e (iii) os ônus de sucumbência, quando não, (iv) desconstitua o acórdão proferido nos embargos declaratórios, por ofensa ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, e determine a remessa dos autos ao Tribunal *a quo* para a apreciação de todas as questões" (fls. 986/987e).

Contrarrazões apresentadas (fls. 1.018/1.033e), a irresignação foi admitida, na origem (fls. 1.101/1.103e).

Interposto Recurso Extraordinário (fls. 992/1.008e), foi inadmitido na origem (fls. 1.0104/1.0107e). Agravo em Recurso Extraordinário a fls. 1.120/1.127e.

O recurso não merece prosperar.

De início, em relação ao art. 535 do CPC/73, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido não incorreu em qualquer vício, 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.

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.

No mais, na origem, trata-se de Ação Ordinária de Repetição de Indébito ajuizada, pela parte ora recorrente, em face do Estado de Santa Catarina, objetivando o reconhecimento da ilegalidade de crédito tributário.

O Juízo **a quo** acolheu a preliminar de carência de ação e extinguiu o feito, sem resolução de mérito (fls. 877/878e).

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de Apelação. O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao recurso, nos seguintes termos:

"Insurge-se a apelante contra a sentença que reconheceu a carência de ação, fundada no fato de que a inexistência de qualquer vício a macular o ato jurídico de adesão a programa que impeça a rediscussão do parcelamento, de forma voluntária, não autoriza a continuidade de qualquer discussão em Juízo acerca da aludida dívida. Não obstante, em 28/09/2011, a recorrente aderiu voluntariamente ao Programa Catarinense de Revigoração Econômico - REVIGORAR III (fls. 20/21).

Logo após, em 11/06/2012, ajuizou 'Ação de Repetição de Indébito', na qual se insurge contra as 3 (três) notificações fiscais a seguir:

- a) 86030015143: Apropriar créditos de imposto não permitido pela legislação tributária, relativos a aquisições de óleo diesel para utilização em sua frota de caminhões e gás GLP para utilização em empilhadeiras, conforme Anexo J, parte integrante da presente Notificação Fiscal.
- b) 86030015127: Apropriar créditos de imposto não permitido pela legislação tributária, relativos a aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento, conforme anexo J, parte integrante da presente Notificação Fiscal.

c) 86030015135: Emitir documentos fiscais indicando indevidamente que se tratam de operações sem débito do imposto, em operações de venda de mercadorias dentro da Zona de Processamento Florestal, em que os destinatários eram contribuintes enquadrados no SIMPLES/SC, conforme anexo J, parte integrante da presente Notificação Fiscal.

No apelo, como se disse, alega a recorrente tão somente o fato de que a confissão irrevogável e irretratável da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária.

Destaca-se: não se desconhece que o devedor, mesmo tendo aderido ao parcelamento da dívida tributária, pode ingressar em Juízo para discutir aspectos jurídicos sobre os quais incide a norma tributária (REsp n. 1.133.027/SP, Relator: Min. Luiz Fux, 1ª Seção, j. 13/10/2011).

No caso dos autos, contudo, não ocorreu qualquer situação excepcionalíssima que implicasse no reexame da confissão espontânea.

Conforme disposto na sentença, 'É consabido que a adesão ao programa é voluntária, não estando demonstrado nos autos qualquer vício capaz de macular o ato jurídico consistente na adesão ao parcelamento, sendo que tal hipótese sequer foi levantada pela autora na exordial' (fl. 862).

Nesse sentido, colhem-se precedentes deste Tribunal:

(...)

Os precedentes se aplicam *in totum* ao caso em exame.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença de primeiro grau" (fls. 925/928e).

Daí a interposição do presente Recurso Especial.

De início, quanto à aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC/73, o Tribunal estadual, soberano no exame do acervo fático-probatório dos autos, entendeu pelo evidente intuito protelatório dos segundos Embargos de Declaração opostos pelo recorrente, razão pela qual a pretensão de afastamento da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC/73, encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73)
- AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO -

DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO DEMANDANTE.

1. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, examinar suposta ofensa do acórdão recorrido a dispositivos constitucionais, ainda que indireta ou reflexa, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal.
2. Ausência de violação do art. 535, I e II, do CPC/73, porquanto clara e suficiente a fundamentada a decisão exarada pelo Tribunal de origem para o deslinde da controvérsia.
3. **A análise dos fundamentos que ensejaram a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC/73 pela Corte de origem demanda o revolvimento dos elementos fático-probatórios constantes dos autos, o que se mostra inviável por esta via especial, ante o óbice do enunciado da Súmula 7 desta Corte.** Precedentes
4. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 697.024/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 02/04/2018).

No mais, o Tribunal de origem, com base no exame dos elementos fáticos dos autos, consignou que, "no caso dos autos, (...), não ocorreu qualquer situação excepcionalíssima que implicasse no reexame da confissão espontânea". Conforme disposto na sentença 'É consabido que a adesão ao programa é voluntária, não estando demonstrado nos autos qualquer vício capaz de macular o ato jurídico consistente na adesão ao parcelamento, sendo que tal hipótese sequer foi levantada pela autora na exordial' (fl. 862)" (fl. 926e).

Nesse contexto, considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial, os argumentos utilizados pela parte recorrente somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, dou provimento ao Agravo interno para desconstituir a decisão de fls. 1.162/1.173e, e, com fundamento no art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, conheço parcialmente do Recurso Especial, e, nessa parte, nego-lhe provimento.

I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 25 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES

Relatora