

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.486.910 - SP (2019/0105947-0)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA-DE-ACUCAR, ACUCAR E ALCOOL DO ESTADO DE SAO PAULO
ADVOGADOS : HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP020309
LUIS HENRIQUE DA COSTA PIRES E OUTRO(S) - SP154280
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO E OUTRO(S) - SP118936

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado pela **Cooperativa de Produtores de Cana de Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo** contra decisão que não admitiu recurso especial, este interposto com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 595):

APELAÇÕES - Embargos à Execução Fiscal - Diferença de ICMS não paga, apurada em AIIM - Notas fiscais de saída de álcool hidratado carburante, com indicação de sujeição ao regime de substituição tributária, por suposta destinação a outra unidade da federação - Ação anulatória de débito fiscal ajuizada anteriormente - Reconhecida a litispendência - Matéria de ordem pública - Sentença reformada, para extinguir os embargos à execução, sem julgamento do mérito.

RECURSOS PREJUDICADOS.

Há litispendência entre embargos à execução e ação anulatória ou declaratória, anteriormente ajuizada, com identidade na causa de pedir e no efeito jurídico pretendido, razão pela qual, julgado extinto os embargos sem julgamento do mérito.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 612/615).

Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 313, V, *a*, 337, § 2º e 1.022, II, do CPC/15. Sustenta, em síntese: (I) que, a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal de origem remanesceu omissa acerca das questões neles suscitadas; (II) a não ocorrência de litispendência, porquanto "*não se trata de litispendência, mas sim de típico caso de*

prejudicialidade externa, que impõe a necessidade de suspensão do processo, nos moldes do art. 313, V, a do CPC. Em primeiro lugar, repise-se que são fatos absolutamente incontroversos no presente caso: que a Recorrente ajuizou previamente Ação Anulatória visando cancelar o mesmo crédito tributário objeto dos Embargos e da respectiva Execução Fiscal. Não outra razão, tem sido sustentado desde a inicial que tem cabimento a suspensão prevista no art. 313, V, a do CPC ao caso em questão: [...] No caso concreto, não há dúvida de que o resultado da Ação Anulatória previamente ajuizada influenciará o presente feito. Se julgada procedente aquela demanda, o título executivo que sustenta a Execução Fiscal restará automaticamente prejudicado. Essa situação trata de típica hipótese em que o julgamento do processo deve ficar suspenso porque o seu deslinde final depende do resultado de outro feito (anterior), conforme a redação do art. 313, V, 'a' do CPC acima reproduzida. Em segundo lugar, cumpre destacar que não se trata de litispendência (prevista no art. 337, §2º do CPC), uma vez que não se verifica a identidade tríplice completa entre-as duas ações: de partes, causa de pedir e pedido. Há, no caso concreto, identidade apenas de partes e de causa de pedir, mas não há identidade de pedidos." (fls. 625/626).

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

A presente irresignação não comporta guarida.

Verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa ao art. 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Ademais, destaca-se do acórdão recorrido a seguinte fundamentação (fls. 597/599):

A discussão central deste feito é referente à exigibilidade de diferenças de crédito de ICMS, ante a validade, ou não, do AIIM de nº 3.018.796-5 (fls. 71/75), que deu origem ao Processo Administrativo DRT 06-274279/04, lavrado pelo Fisco em desfavor da autora, ante o recolhimento de ICMS, em operações de venda de mercadorias (álcool etílico hidratado carburante) para estabelecimentos de outra unidade da federação, pela alíquota de 7% (alíquota de operação interestadual), quando o

recolhimento deveria ser realizado pela alíquota interna de 25% (uma vez que as mercadorias não saíram, efetivamente, do território paulista). Subsidiariamente, também se discute os encargos exigidos no AIIM (juros e multa).

Busca a embargante que seja julgada insubsistente a execução fiscal, sob os argumentos de que a penalidade foi imposta com base em meros indícios, as vendas foram efetuadas com exigência de retirada pelo adquirente (cláusula FOB), que agiu de boa-fé, da existência de permissão legislativa para a prática de operação interestadual sem que a mercadoria seja fisicamente levada a outro estado, a responsabilidade da empresa adquirente e, por fim, a inaplicabilidade da multa lançada.

A ação anulatória ajuizada pela Copersucar, por sua vez, tem finalidade de afastar a exigibilidade do débito objeto do executivo fiscal, alegando que não é o sujeito passivo ou responsável pela obrigação tributária, uma vez que trata de venda realizada sob a cláusula FOB, em que foram adotadas todas as cautelas para a realização da operação; e a ilegitimidade da multa aplicada (fls. 136/160).

A existência de embargos à execução fiscal com a ação anulatória de débito fiscal (Ap. nº 0139808-17.2007.8.26.0053), mencionada na inicial, configura a litispendência.

Ajuizada ação anulatória ou declaratória anteriormente a oposição dos embargos à execução fiscal e observada a tríplice identidade mencionada no art. 337, § 2º, do CPC há de reconhecer a litispendência.

[...]

Anota-se identidade de demanda entre os presentes embargos à execução e ação anulatória de débito fiscal, anteriormente ajuizada pela autora e distribuída em 19/12/2007 (fls. 136), conforme se infere da cópia da r. sentença de fls. 161/163, com discussão sobre a responsabilidade pela obrigação tributária em relação às operações interestaduais de mercadorias que não chegaram a cruzar a fronteira do Estado, realizadas sob a cláusula FOB, bem como acerca da ilegitimidade da multa aplicada

Da simples leitura do trecho antes destacado, extrai-se que o Tribunal *a quo*, soberano na análise do substrato fático-probatório dos autos, concluiu pela alegada litispendência.

Com efeito, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem no sentido de que restou configurada a litispendência, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório

constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ, o que impede, também, o conhecimento do dissídio jurisprudencial.

Nesse sentido, confirmam-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA. LITISPENDÊNCIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 CONFIGURADA.

1. O Tribunal a quo consignou: "Não se trata de suspensão do feito e sim consubstanciação da litispendência, tendo em vista esta ação busca reconhecimento da decadência do crédito, pleito igualmente veiculado em prévia ação anulatória (fls. 129/132). A recorrente alega que não se trata da mesma causa de pedir, pois a ação anulatória ataca o lançamento e esta impugna o título executivo. Arguição manifestamente improcedente. O pleito de decadência volta-se contra o próprio lançamento do crédito e não contra qualquer ato diverso quando da inscrição do débito. Nesse viés, analogicamente, o STJ toma como termo a quo do prazo decadencial para impetração de mandado de segurança o dia em que o contribuinte toma ciência do lançamento, não a data em que o débito é inscrito em dívida ativa: (...) Presente, assim, a tríplice identidade prevista no art. 301, §1º e §2º, do Código Buzaid (art. 337, §§ 1º e 2º, CPC/2015). Deveras, nesse sentido situa-se a jurisprudência do Tribunal da Cidadania, que reconhece a possibilidade de litispendência entre embargos à execução fiscal e ação anulatória pretérita:" (fls. 717-718, e-STJ)

2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do STJ, no sentido de que deve ser reconhecida a litispendência entre os Embargos à Execução e a Ação Anulatória ou Declaratória de Inexistência do Débito proposta anteriormente ao ajuizamento da execução fiscal, se identificadas as mesmas partes, causa de pedir e pedido, ou seja, a tríplice identidade a que se refere o art. 301, § 2º, do CPC (REsp 1.156.545/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/04/2011).

3. A verificação da suposta identidade entre os elementos caracterizadores da presente ação e os daquela com a qual se alega haver litispendência demanda reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

4. Hipótese em que o Tribunal a quo não se pronunciou acerca do seguinte ponto: quanto a impossibilidade de condenação do recorrente ao pagamento de honorários advocatícios no presente caso.

5. Caracteriza-se ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal de origem deixa de se pronunciar acerca de matéria veiculada pela parte e sobre a qual era imprescindível manifestação expressa.

6. Recurso Especial parcialmente provido, quanto à violação do art.

1.022 do CPC/2015, determinando o retorno dos autos à Corte de origem, para novo julgamento dos Embargos de Declaração, suprimindo a seguinte matéria suscitada na petição dos Aclaratórios: impossibilidade de condenação do recorrente ao pagamento de honorários advocatícios no presente caso.

(REsp 1.804.582/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21/05/2019)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO ANULATÓRIA E EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DAS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO QUANTO À EXISTÊNCIA DA TRIPLA IDENTIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. MARCO INICIAL DA LITISPENDÊNCIA. PARA O AUTOR, O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Considerando a pretensão infringente do julgado e em atenção ao princípio da fungibilidade recursal, recebe-se os presentes Embargos de Declaração como Agravo Interno.

2. A jurisprudência desta Corte Superior admite a ocorrência de litispendência entre Ação Anulatória e Embargos à Execução Fiscal, sendo certo que a revisão do juízo referente à existência da tripla identidade entre essas demandas pressupõe reexame de matéria fática, inviável no âmbito do Recurso Especial.

3. Esta Corte também possui o entendimento de que a lide é considerada pendente, para o autor, com a propositura da ação e, para o réu, com a citação válida. Na espécie, desinfluyente a alegação de que não houve angularização do processo, uma vez que, para o autor, o marco para o reconhecimento da litispendência é o ajuizamento da ação.

4. Agravo Interno da Empresa a que se nega provimento.

(EDcl no AREsp 548.006/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 08/05/2019)

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao agravo.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se.

Brasília, 20 de março de 2020.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator