

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.280.342 - RS (2018/0089792-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interposto por CENTRAL DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. que pretende a admissão de recurso especial que desafia acórdão assim ementado (e-STJ fls. 493/494):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ICMS. PRESCRIÇÃO.

Exigibilidade, certeza e liquidez estão intimamente relacionadas e são os atributos de todo e qualquer título executivo. Dizem com seu conteúdo e se confundem com sua própria existência. São os elementos inerentes ao título executivo relacionados à natureza e ao montante do direito subjetivo atestado, sem que os quais a execução não pode prosseguir.

In casu, o crédito tributário constante do lançamento operado em 1997 permaneceu inexecúvel – por força de sentença de procedência em favor do contribuinte, cujos efeitos excluíram a existência da própria dívida – até o acórdão exarado em 2014.

Não dispunha o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, portanto, de título que ostentasse um mínimo de solidez no que diz com seus requisitos de exigibilidade, liquidez e certeza - pressupostos do procedimento executivo – o que fadaria eventual pretensão executiva à extinção por nulidade substancial do título. Aliás, como rezava o artigo 586 do Código de Processo Civil de 1973, vigente ao tempo do acórdão desta Câmara em 2014, que promovendo apelação do ente público repristinou o auto de lançamento, "*A execução para a cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível*", sob pena de nulidade da execução, nos termos do art. 618, I, do mesmo diploma.

Destarte, ocorrido o despacho citatório em 01/06/2015 e considerando-se que anteriormente ao acórdão de 2014, e desde o próprio lançamento, vigia sentença judicial cujos efeitos afastaram a própria existência do débito tributário – quando mais o crédito que viria a surgir do lançamento – inexistia título a ser executado, não se havendo falar em possibilidade de ação e, logo, em prescrição.

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.

Os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos, para sanar erro material, mas sem atribuição de efeitos modificativos (e-STJ fls. 551/561).

No apelo nobre (e-STJ fls. 569/605), a empresa apontou violação dos arts. 489, § 1º, IV, 1.012, 1.022, I e II e parágrafo único, II, do CPC/2015, dos arts. 494 e 520 do CPC/1973, e dos arts. 145, 151, II e V, 156, V, 174, *caput* e parágrafo único, do CTN.

Aduziu, preliminarmente, a nulidade do acórdão recorrido, por não ter este sanado o vício de contradição suscitado nos embargos de declaração.

Quanto ao mérito, sustentou que a execução fiscal contra si promovida está fulminada pela prescrição, pois "o tempo decorrido entre a constituição definitiva do crédito tributário (17.12.1997 – fl. 05) e o ajuizamento da execução fiscal (27.05.2015) – *descontando o*

Superior Tribunal de Justiça

período em que o crédito esteve com a exigibilidade suspensa (até o trânsito em julgado da Ação Rescisória, em 24.10.2008, conforme liminar na Ação Cautelar nº 598089175 – fls. 180/181) – supera o prazo prescricional quinquenal do artigo 174, do CTN".

Para tanto, defendeu que, diversamente do assentado pelo acórdão recorrido, a prescrição teve início com o trânsito em julgado do acórdão que julgou procedente a ação rescisória, uma vez que esse julgado, ao anular o acórdão rescindendo por vício de procedimento (inobservância da cláusula de reserva de plenário) fez desaparecer os provimentos judiciais que impediam a cobrança do crédito executado, tanto na ação declaratória, não podendo ser considerada para essa finalidade a sentença que declarara o direito ao creditamento, visto que a apelação contra ela interposta foi recebida no duplo efeito, quanto na cautelar incidental à ação rescisória proposta pelo ente público, já que a suspensão do crédito tributário nela obtida se operou somente até o julgamento da rescisória.

Contrarrazões às e-STJ fls. 633-654.

O Tribunal de origem obistou o recurso especial por entender inócua a alegada infringência dos arts. 489 e 1.022 do CPC, não infirmados os fundamentos do acórdão recorrido e incidente a Súmula 7 do STJ (e-STJ fls. 657/670), motivação com a qual não concorda a agravante (e-STJ fls. 675/729).

Contraminuta às e-STJ fls. 736/739.

O presente recurso foi inicialmente distribuído ao eminente Ministro Og Fernandes, que, em face da anterior distribuição e julgamento do REsp 619.860/RS, determinou a sua redistribuição, por prevenção, a um dos ministros que compõem a Primeira Turma (e-STJ fls. 766 e 770/773).

É o relatório.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.280.342 - RS (2018/0089792-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **CENTRAL DISTRIBUICAO DE ALIMENTOS LTDA**
ADVOGADOS : **CRISTOV BECKER - RS008284**
PABLO EDUARDO CAMUSSO - RS051738
VOLNEI MINOTTO PEREIRA - DF035182
ALEXANDRE MELO SOARES - DF024518
AGRAVADO : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PROCURADOR : **MARCOS ANTÔNIO MIOLA - RS028984**
PROCURADORA : **MARCIA REGINA LUSA CADORE E OUTRO(S) - RS029266**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. ART. 174 DO CTN. PRAZO. DECISÃO QUE ANULA OU REFORMA O ACÓRDÃO ENTÃO FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE. TRÂNSITO EM JULGADO. INÍCIO.

1. Por falta de previsão legal, a sentença favorável ao sujeito passivo impugnada por recurso da Fazenda Pública dotado de efeito suspensivo não suspende a exigibilidade do crédito tributário. Precedentes: AgRg nos EDcl no REsp 1.049.203/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 11/12/2009; AgRg na MC 15.496/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21/08/2009.

2. Já o acórdão da apelação que confirma essa sentença, no caso de natureza declaratória, produz efeitos desde logo, infirmando a certeza do correspondente crédito inscrito em dívida ativa e, por conseguinte, impedindo o ajuizamento da execução fiscal.

3. Somente depois de anulado ou reformado o aludido acórdão é que, não ocorrendo nenhuma causa de suspensão de exigibilidade (art. 151 do CTN), o fisco estará autorizado a proceder à cobrança do crédito tributário referente ao direito então controvertido, iniciando-se a contagem da prescrição para o ajuizamento da execução fiscal do trânsito em julgado desse novo provimento judicial.

4. Hipótese em que: (i) o primeiro acórdão da apelação que mantinha a sentença favorável ao contribuinte e impedia a Fazenda Pública de promover a cobrança judicial, proferido em 12/03/1997, foi desconstituído, por vício de procedimento, em sede de ação rescisória, cuja decisão transitou em julgado em 24/10/2008; (ii) ainda dentro do lustro prescricional, o tribunal local, em 17/06/2009, proferiu o segundo julgamento da apelação, em que também manteve a sentença, o que configurou novo óbice à cobrança; (iii) esse segundo acórdão da apelação foi novamente cassado em sede de reclamação, com trânsito em julgado em 09/11/2010; (iv) ao proceder ao terceiro julgamento da apelação, a Corte estadual, em 26/11/2014, inverteu seu julgado, reformando a sentença.

5. Nesse contexto, a prescrição deve ser contada do trânsito em julgado do acórdão da reclamação (09/11/2010), pois somente a partir desse provimento foi afastado o segundo acórdão da apelação e, por conseguinte, o entrave judicial à promoção da pretensão executória por parte da Fazenda Pública.

6. Ajuizada a execução fiscal em 27/02/2015 e ordenada a citação em 1º/06/2015, é de se afastar a prescrição.
7. Conclusão do acórdão recorrido mantida, mas por outros fundamentos.
8. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Inicialmente, destaco que o Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3).

Dito isso, verifico que o presente agravo preenche seus pressupostos legais, motivo pelo qual dele conheço, para, desde logo, submeter o exame de mérito do recurso especial diretamente ao Colegiado, conforme autoriza o art. 1.042, § 5º, do CPC.

Cumprе salientar, de antemão, que o apelo nobre obstado se origina de execução fiscal.

O magistrado de primeiro grau, ao acolher exceção de pré-executividade, extinguiu o feito executivo, em face da prescrição, condenando a Fazenda Pública em honorários advocatícios no importe de R\$ 5.000,00.

Irresignada, a Fazenda estadual interpôs apelação, a qual foi provida pelo TJ/RS, com a inversão dos ônus sucumbenciais, nos seguintes termos:

Tratam os autos de execução fiscal distribuída em 27/05/2015, onde o Estado do Rio Grande do Sul busca o adimplemento de crédito fiscal relativo ao ICMS, conforme auto de lançamento de fls. 07/26 datado de 09/12/1997.

O longo lapso temporal entre o lançamento e o ajuizamento da presente execução *prima facie* pode causar espécie, ensejando a necessidade de um cotejo cronológico dos acontecimentos processuais aos Eminentes Colegas de modo a melhor subsidiá-los dos dados à formação de convicção sobre o tema em debate - prescrição.

Peço vênia, portanto, para assim proceder, subdividindo os atos e fatos relevantes do feito em três grandes blocos, a saber: 1) Da Ação Declaratória; 2) Da Ação Rescisória, e 3) Do retorno à Ação Declaratória.

1) Da ação Declaratória

Em 1995 a empresa apelada, CENTRAL DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA., ajuizou ação declaratória em face do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (cópia da petição inicial sob fls. 110/125), tombada sob o número

Superior Tribunal de Justiça

01195517014, que tramitou perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, objetivando, em suma, declaração do direito de se creditar da totalidade de ICMS pago na aquisição de produtos de cesta básica de outros Estados da federação, desde junho de 1992, sem a observância do estorno proporcional determinado pela legislação estadual, ou, ainda, que lhe fosse assegurado o direito de se creditar do equivalente a mesma alíquota de saída de 17% e não apenas de 4%.

Tal ação foi julgada procedente, conforme sentença de fls. 127/130, na data de 03/06/1996; desta, o Estado apresentou apelação (596181990), sendo negado provimento ao recurso pela 2ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, com votação unânime, em 12/03/1997 (fls. 132/137).

Em seguimento, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpôs embargos infringentes (597086164), que não restaram conhecidos em 05/09/1997 (fls. 139/142).

Certamente no intuito de evitar o curso do prazo decadencial, e revelando-se também que a empresa já se teria creditado do que pretendia antes mesmo do deslinde da referida demanda judicial, o ente público réu efetuou o lançamento em 05/12/1997, conforme se vê das fls. 05/26.

Em 16/03/1998, todavia, a Ação Declaratória - que conferiu o direito da apelada ao creditamento buscado, esvaindo o direito subjacente ao referido lançamento - transitou em julgado (certidão de fl. 144).

2) Da Ação Rescisória

Inconformado com a solução desfavorável e sacramentada por res judicata, em maio de 1998 o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ajuizou ação rescisória (tomada sob o nº 598087450 e conforme petição que se vê sob fls. 147/172) perante o 1º Grupo Cível deste Tribunal, requerendo a "desconstituição do acórdão prolatado pela 2ª Câmara Cível (A.C. nº 596181990) e a prolação de novo julgamento, que dê provimento ao referido recurso de apelação interposto pelo ERGS".

Concomitantemente à ação rescisória, o ente público apelante ajuizou ação cautelar incidental (processo nº 59808917, fls. 174/179), buscando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até o trânsito em julgado da ação rescisória, o que restou acolhido pelo nobre, hoje jubilado, Desembargador Arno Werlang, nos seguintes termos, fl. 181: "defiro a liminar no sentido de determinar que o crédito do Estado permaneça com exigibilidade suspensa até o trânsito em julgado da ação rescisória".

A seguir, em 16/04/1999, o Egrégio 1º Grupo Cível julgou procedente a ação rescisória e a ação cautelar (tornando definitiva a liminar concedida em seu bojo) para desconstituir o acórdão da 2ª Câmara Cível (que mantivera o juízo de procedência da ação declaratória do contribuinte) fls. 183/206, por infração à Reserva de Plenário, em nada alterando o referido juízo de procedência da Magistrada de primeiro grau, na sentença favorável à empresa sob fls. 123/130, nos seguintes termos:

"[...] quanto ao mérito tenho que procede a rescisória, não para julgar improcedente a ação declaratória, mas para desconstituir o acórdão na colenda 2ª Câmara Cível, conquanto, havendo sido arguida a inconstitucionalidade da lei o relator deveria ter submetido a questão à Câmara, nos termos do art. 480 do CPC [...]. Por tais razões, caros colegas, estou por julgar procedente a rescisória. O acolhimento da ação rescisória, por óbvio, resulta também na procedência da ação cautelar apensa, a qual tem por objetivo sustar os efeitos da ação declaratória acolhida ao final e por tais razões torno definitiva a liminar concedida."

(excerto de fl. 197).

Como se observa, o acórdão da 2ª Câmara Cível restou desconstituído tão somente por motivos formais, o que abriu ensejo a um novo julgamento, já que o

juízo de procedência originário do primeiro grau de jurisdição permaneceu hígido.

No entanto, dessa decisão, a empresa CENTRAL DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA (...) opôs embargos infringentes (nº 7000183830), acolhidos em 04 de abril de 2003, para julgar improcedente a ação rescisória (fls. 208/216).

Conservado, no mesmo passo, o resultado de mérito da Ação Declaratória.

Todavia, em setembro de 2003, o ESTADO interpôs o Recurso Especial de nº 619860/RS (fls. 218/238), acolhido conforme fls. 240/247, para restabelecer o juízo de procedência da ação rescisória que desconstituía o acórdão da 2ª Câmara Cível.

A seguir houve embargos de divergência opostos pela empresa ora apelada, que restaram indeferidos liminarmente, fls. 249/253, em agosto de 2007; ainda, interposto (...) agravo regimental deste última decisão nos embargos de divergência, ao qual foi negado provimento em decisão monocrática, fls. 255/262, em outubro de 2007.

Finalmente, o Recurso Especial nº 619860/RS transitou em julgado em 24 de outubro de 2008, confirmando o juízo de procedência da ação rescisória (relembre-se, rescisória que desconstituía o acórdão da 2ª Câmara Cível por infração à Reserva de Plenário, mantendo hígido o juízo de mérito emanado do primeiro grau de jurisdição, que dera ganho de causa à empresa, desconstituindo o crédito tributário).

3) Do retorno à Ação Declaratória

Desconstituído o acórdão da 2ª Câmara Cível por defeito formal de julgamento, retomou-se o trâmite da Ação Declaratória antes referida, com o que o então apelante, ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, em dezembro de 2008, requereu o prosseguimento de molde a ser proferido novo julgamento de seu recurso de apelação (fl. 269).

Assim, posto em mesa no dia 17/06/2009 sobreveio o segundo julgamento do recurso, afastando a necessidade de suscitação de incidente de inconstitucionalidade e desprovendo, no mérito, a apelação do ESTADO.

Assim, posto em mesa no dia 17/06/2009 sobreveio o segundo julgamento do recurso, afastando a necessidade de suscitação de incidente de inconstitucionalidade e desprovendo, no mérito, a apelação do ESTADO.

Diante de tal resultado o ente público apresentou Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (*sic*), julgada procedente em 22/09/2010, fls. 294, nos seguintes termos:

RECLAMAÇÃO DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Contrariando o decidido pelo STJ no REsp 619.860/RS, o órgão fracionário do tribunal reclamado insistiu na disposição de não suscitar o incidente de inconstitucionalidade do artigo 28, II, b, da Lei Estadual 8.820/89, inobstante ter afastado sua aplicação ao julgar a causa.

Lamenta-se a recalcitrância, o que se agrava pela absoluta improcedência do argumento para tanto invocado, de que é competência exclusiva do STF exercer o controle de constitucionalidade dos preceitos normativos. Além de ignorar o sistema incidental, faz também tábula rasa do disposto na Súmula Vinculante 10/STF, segundo o qual "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

2. Reclamação julgada procedente.

Retornando à pendência do recurso de apelação do ESTADO, com a retomada da Ação Declaratória (que ainda mantinha em vigor seu original juízo de procedência à empresa), em 26/11/2014 sobreveio novo julgamento pela 2ª

Superior Tribunal de Justiça

Câmara Cível – o terceiro – sob relatoria da signatária e em exata composição como a hoje estabelecida, com os Eminentes Colegas Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira e Desembargador João Barcelos de Souza Júnior, fls. 301/307, oportunidade em que conferimos provimento à apelação do ESTADO em reforma à sentença, julgando totalmente improcedente a Ação Declaratória ajuizada pela empresa ora apelada.

Opostos embargos declaratórios, foram desacolhidos, fls. 309/312, em 25 de março de 2015, seguindo-se com Recurso Extraordinário, fls. 314/327, em 22 de abril de 2014, que restou sobrestado pela Egrégia 1ª Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça, fls. 329/331, em 24 de agosto de 2015 em face de Repercussão Geral reconhecida (Tema 299) a que aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, em 27 de maio de 2015, o ente público ajuizou a presente execução fiscal, que, em sede de exceção de pré-executividade, acabou extinta com base no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil de 1973 (então vigente), tendo entendimento a digna Magistrada da origem, em acatamento à tese da excipiente, que houve prescrição ordinária entre a data de trânsito em julgado da ação rescisória (em 24/10/2008) e o despacho que ordenou a citação no presente feito executivo (em 01/06/2015), observada a constituição do crédito tributário em 17/12/1997.

Da análise de todo o processado, porém, com a vênua merecida à nobre Magistrada de primeiro grau, entendo desassistir-lhe razão no reconhecimento da prescrição. Veja-se:

Não se desconhece que contemporaneamente à Ação Rescisória houve Ação Cautelar perante o 1º Grupo Cível onde foi deferida liminar no sentido de determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até o trânsito em julgado da rescisória.

Todavia, a medida de mero intuito acautelatório em realizada configurou-se num excesso de zelo do ESTADO (a que ora lhe causa prejuízo pela interpretação esposada pelo juízo da execução fiscal em primeiro grau), eis que o crédito tributário que supostamente advinha do lançamento operado em 1997 tornara inexecutível com a sentença de total procedência da Ação Declaratória proposta pela empresa contribuinte.

Veja-se, que os efeitos da sentença afastaram a própria existência da dívida subjacente ao lançamento.

No atual momento do trâmite, diante do vultoso volume de atos e fatos processuais ao longo desses mais de 20 anos de lide, há que se garimpar o que de realmente proveitoso ao alcance dos direitos das partes, o que demanda apreciação sistemática.

[...]

Pois bem.

Exigibilidade, certeza e liquidez estão intimamente relacionados e são os atributos de todo e qualquer título executivo. Dizem com seu conteúdo e se confundem com sua própria existência. São os elementos inerentes ao título executivo relacionados à natureza e ao montante do direito subjetivo atestado, sem os quais a execução não pode prosseguir,

Ora, a sentença que reconheceu o direito de a empresa ora apelada creditar-se do ICMS pago, conforme requerido, fez ruir o conteúdo do respectivo auto de lançamento, motivo por que não tinha o apelante sequer como extrair CDA, eis que ausentes os atributos ao nascimento do próprio título executivo. Logo, se o ESTADO não tinha o direito e, logo, não mais poderia extrair seu título executivo, não tinha ação. E se não tinha ação não se há em prescrição, pelo menos até o julgamento por esta Câmara em 2014, que reformou a sentença e julgou improcedente a ação da empresa.

E não se venha argumentar, por exemplo, que na Ação Declaratória não houve

liminar ou antecipação de tutela para suspender o crédito tributário (o que nem poderia pela data em que sentenciada – anteriormente à LC 104/2001), tampouco depósito integral ou qualquer outra causa que viesse a suspendê-lo, sabendo-se que as causas suspensivas da exigibilidade devem ser literalmente interpretadas (art. 111 do CTN). Não.

O que aconteceu, em suma, é que a partir do trânsito em julgado da Ação Rescisória, em 2008, tornou-se ao *status quo ante*, com sentença de procedência em favor do contribuinte livrando-o da obrigação em debate (e já sob a égide da reforma advinda da Lei Complementar 104/2001, que inseriu a possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário pela "concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, outras espécies de ação judicial"). Nesse contexto, de se perquirir o que pode ser mais definitivo – falando-se em suspensão ou exclusão de crédito tributário – do que a própria tutela almejada: a sentença?

A sentença é a tutela: é o mais; sobrepõe-se, enquanto categoria jurídica, a quaisquer das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário contempladas no artigo 151 do CTN, sem dúvidas.

Ora, se a tutela antecipada é capaz de suspender o crédito tributário o que se dizer da própria tutela definitivamente exarada pelo juízo? A tutela (sentença), portanto, despiu o ente público da pretensão de executar, fulminou a dívida subjacente ao auto de lançamento, não se havendo falar, portanto, em curso do prazo prescricional.

Convém ressaltar ser pacífico no âmbito do direito civil que a prescrição diferencia-se da decadência pelo fato de esta fulminar o direito material, enquanto a primeira aniquila a possibilidade de requerer/reivindicar o direito material. E em matéria tributária, a prescrição mereceu atenção ao diploma especial, porquanto o próprio art. 156 do CTN regula, com causa de extinção do crédito tributário, a prescrição, o que difere da tradicional concepção do direito civil.

No entanto, a redação do artigo 176 do aludido diploma clareia a questão para considerar, como deveria, a prescrição como extintiva do direito de ação. *Verbis*: "A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva".

O que se quer salientar é que no caso concreto não dispunha o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL de título que ostentasse um mínimo de solidez no que diz com seus requisitos de exigibilidade, liquidez e certeza - pressupostos do procedimento executivo - o que fadaria eventual pretensão executiva à extinção, eis que todos sabemos ser numa execução fundada em título que não preenche seus pressupostos básicos substanciais.

Aliás, como rezava o artigo 586 do Código de Processo Civil de 1973, vigente ao tempo do acórdão desta Câmara de 2014, que somente então reprimiu o auto de lançamento de fl. 05/26, "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível", sob pena de nulidade da execução, nos termos do art. 618, I, do mesmo diploma.

Destarte, como anteriormente ao acórdão exarado em 2014 vigia sentença judicial cujos efeitos afastavam a própria existência do débito tributário – quanto mais o crédito que viria a surgir do lançamento (que pelo menos à época evitou a decadência) – inexistia título a ser executado.

Em face do presente julgamento, inverto os ônus sucumbenciais, inclusive o *quantum* de honorários advocatícios fixados pela Julgadora da origem, atentando-se aos parâmetros observados por este órgão fracionário.

Do que se observa, violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC não há, visto que a Corte de origem empregou vasta fundamentação para justificar a adoção do entendimento de que, com a anulação do acórdão da apelação em sede de ação rescisória, ficou restabelecida

Superior Tribunal de Justiça

a sentença favorável à contribuinte e de que esta (a sentença), na sua compreensão, suspendeu a exigibilidade do crédito até o momento em que veio a ser reformada (a sentença) pelo terceiro julgamento da apelação, passando a correr a prescrição a partir desse último julgado, o que ensejou a rejeição de tal prejudicial.

A empresa recorrente, por sua vez, defende que, como a ação declaratória e a sentença favorável nela exarada – esta porque atacada por apelação recebida no efeito suspensivo – não impedem a cobrança do crédito, a prescrição deve ser contada do trânsito em julgado do acórdão da ação rescisória que anulou, por vício de procedimento (inobservância da cláusula de plenário), o primeiro julgamento da apelação, momento em que também teriam cessados os efeitos da suspensão da exigibilidade do crédito tributário obtida em medida cautelar vinculada à ação rescisória.

Quanto ao juízo de reforma, constata-se que o tema da prescrição (art. 174 do CTN) foi suficientemente prequestionado perante a Corte estadual, ensejando o conhecimento do recurso especial para o exame do tema e, ao final, a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 255, § 5º, do RISTJ e da Súmula 456 do STF.

Resumindo os fatos relevantes delineados no acórdão recorrido, tem-se que:

- no ano de 1995, a empresa contribuinte ajuizou ação declaratória do direito à realização de creditamento de ICMS;

- o juízo de primeiro grau julgou a demanda procedente em 03/06/1996, tendo essa sentença sido confirmada pelo primeiro julgamento da apelação, em 12/03/1997;

- considerando que a contribuinte teria começado a aproveitar os referidos créditos antes do deslinde da ação declaratória, o fisco, buscando prevenir a decadência, procedeu ao lançamento dos débitos objeto desse creditamento, em 05/12/1997;

- a ação declaratória transitou em julgado em 16/03/1998;

- irredignada, a Fazenda estadual ajuizou ação rescisória. O acórdão que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (REsp 619.860/RS), julgou procedente essa demanda para o fim de desconstituir o primeiro julgamento da apelação, por vício de procedimento (inobservância da cláusula de reserva de plenário), transitou em julgado em 24/10/2008;

- concomitantemente à ação rescisória, o ente tributante propôs medida cautelar, que foi deferida para suspender a exigibilidade do crédito até o julgamento da ação rescisória;

- retomado o andamento da ação declaratória, o TJ/RS, em 17/06/2009, proferiu o segundo julgamento da apelação, no qual, afastando a necessidade de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, novamente negou provimento ao recurso fazendário, mantendo a sentença de procedência;

- contra esse segundo julgamento, o ente fazendário ajuizou reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça (Rcl 3.774/RS), que recebeu juízo de procedência, no qual

Superior Tribunal de Justiça

foi cassado o acórdão reclamado e determinado "à autoridade reclamada o cumprimento do que decidido no julgamento do REsp 619.860/RS pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça". Acresço, porque importante, que o acórdão da Rcl 3.774/RS transitou em julgado 09/11/2010;

- na sequência, em 26/11/2014, o Tribunal *a quo* realizou o terceiro julgamento da apelação, agora no sentido de, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido. Contra esse acórdão pende julgamento de recurso extraordinário;

- finalmente, em 27/02/2015, a Fazenda estadual distribuiu a execução fiscal em comento, tendo sido ordenada a citação em 1º/06/2015.

Pois bem.

Consoante apontado pela recorrente, o simples ajuizamento de ação declaratória não é suficiente para impedir a cobrança judicial do tributo que a Fazenda Pública entende devido. A esse propósito, rezava o art. 585, § 1º, do CPC/1973, vigente à época da propositura da ação declaratória proposta pela contribuinte: "A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução."

De igual modo, a sentença favorável ao contribuinte impugnada por apelação dotada de efeito suspensivo não é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. A esse respeito, confirmam-se os seguintes julgados de ambas as Turmas de Direito Público:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. CONTROVÉRSIA SOBRE A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL EM RELAÇÃO A CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS IMPUGNADOS EM SEDE DE AÇÃO ANULATÓRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. Diante do pronunciamento do Tribunal de origem, seja em relação à suposta perda de objeto do agravo de instrumento em razão da superveniente prolação da sentença de procedência da ação anulatória, seja em relação à alegada suspensão da exigibilidade dos créditos impugnados na referida ação anulatória, inexistente violação do art. 535 do CPC.

2. A Segunda Turma desta Corte, ao julgar o AgRg na MC 15.496/PR (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 21.8.2009), proclamou que deve ser interpretada literalmente a legislação que disciplina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 111, I, do CTN), de modo que, por falta de previsão legal, a sentença favorável ao sujeito passivo, impugnada por recurso da Fazenda Pública dotado de efeito suspensivo, não suspende a exigibilidade do crédito tributário. Diversamente, se estiver pendente de julgamento recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo, então ficará suspensa a exigibilidade do crédito tributário (REsp 730.655/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, RSTJ, vol. 204, p. 138).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1049203/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 11/12/2009)

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PEDIDO PARCIALMENTE ACOLHIDO. APELAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. RECURSO RECEBIDO EM AMBOS OS EFEITOS, PENDENTE DE

Superior Tribunal de Justiça

JULGAMENTO. ART. 151 DO CTN. NÃO-OCORRÊNCIA. INTENÇÃO DE PARCELAR O DÉBITO REMANESCENTE COM BASE NA MEDIDA PROVISÓRIA 449/2008. INAPTIDÃO JURÍDICA PARA ENSEJAR A SUSPENSÃO DO LEILÃO DESIGNADO EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. Interpreta-se literalmente a legislação que dispõe sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 111, I, do CTN).

2. A sentença de parcial procedência de Ação Anulatória, contra a qual foi interposta Apelação da Fazenda Pública recebida em ambos os efeitos (pendente de julgamento), não produz efeitos jurídicos. Não se amolda, ademais, às hipóteses do art. 151 do CTN, de forma que possibilita a propositura da Execução Fiscal, assim como o seu respectivo processamento.

3. A singela manifestação do propósito de repactuar os débitos na forma estabelecida pela Medida Provisória 449/2008 é ineficaz para acarretar a suspensão do leilão designado em Execução Fiscal.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg na MC 15.496/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 21/08/2009)

Já o acórdão da apelação que confirma a sentença declaratória favorável ao contribuinte produz efeitos desde logo, infirmando a certeza do correspondente crédito inscrito em dívida ativa e, por conseguinte, impedindo o ajuizamento da execução fiscal.

Assim, somente depois de anulado ou reformado o aludido acórdão é que, não ocorrendo nenhuma causa de suspensão de exigibilidade (art. 151 do CTN), o fisco estará autorizado a proceder à cobrança do crédito tributário referente ao direito então controvertido, iniciando-se a contagem da prescrição para o ajuizamento da execução fiscal do trânsito em julgado desse novo provimento judicial.

A partir dessas premissas, passo a examinar se a execução fiscal em apreço está, ou não, fulminada pela prescrição.

O lançamento relativo aos créditos de ICMS discutidos na ação declaratória ocorreu em 05/12/1997, depois de o fisco observar o efetivo aproveitamento desses créditos pela contribuinte. Frise-se que, inexistindo decisão específica em sentido contrário, a discussão judicial da dívida não impede o fisco de constituir o crédito tributário a fim de prevenir a decadência. A esse respeito, *vide*: AgInt no REsp 1.526.313/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, segunda turma, DJe 21/05/2019; REsp 736.040/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 11/06/2007).

Ocorre que nesse momento já havia sido prolatado o acórdão do primeiro julgamento da apelação que mantinha a sentença favorável à contribuinte, reconhecendo-lhe o direito ao creditamento, de modo que a Fazenda Pública estava impedida de promover a cobrança do tributo compensado na escrituração.

Esse primeiro julgamento da apelação, todavia, veio a ser anulado pelo juízo de procedência da ação rescisória, de sorte que, a partir de seu trânsito em julgado, em 24/10/2008, não havia impedimento para o fisco promover a cobrança, visto que a sentença favorável atacada por apelação recebida no efeito suspensivo, por si só, não suspende o crédito.

A propósito, tenho que o provimento cautelar pela suspensão da exigibilidade do crédito até o julgamento da ação rescisória em nada influencia na lide, pois, como

Superior Tribunal de Justiça

visto, enquanto vigente o acórdão da apelação favorável à contribuinte, não poderia haver cobrança e, portanto, cômputo da prescrição.

Entretanto, ainda dentro do lustro quinquenal, sobreveio o segundo julgamento da apelação, em 17/06/2009, que, mais uma vez, confirmou a sentença favorável à empresa, constituindo novo óbice insuperável para o fisco perseguir o crédito almejado.

Somente em 09/11/2010, com o trânsito em julgado do juízo de procedência da reclamação ajuizada perante esta Corte Superior, é que o acórdão da segunda apelação foi cassado, estando a Fazenda Pública, a partir desse momento, novamente autorizada a promover a execução.

Dessa forma, penso que, na hipótese dos autos, o trânsito em julgado do acórdão da reclamação constitucional deve ser considerado o termo inicial do prazo prescricional.

Tendo em vista que o despacho que ordenou a citação na execução fiscal foi proferido em em 1º/06/2015, ou seja, antes de esgotado o lustro quinquenal, tenho que o caso em apreço não comporta o reconhecimento da prescrição, devendo ser mantida a conclusão do acórdão recorrido, mas por outros fundamentos.

Por força do art. 85, § 11, do CPC/2015, entendo adequado majorar em 10% a verba honorária já fixada na origem, respeitados os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial e majoro a verba honorária em 10% sobre o valor já fixado na origem.

É como voto.