

## PRÊMIO JURÍDICO JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR 3º VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ESTADO DO RIO DE JANEIRO (PG-3), nos autos da ação em que contende com XEROX DO BRASIL LTDA., não se conformando com o v. acórdão que deferiu compensação de tributo sem lei que o autorize, vem, com fulcro no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, interpor o presente

### RECURSO ESPECIAL\*

requerendo, após as formalidades legais, seja admitido o presente recurso e remetido ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça para que o conheça e lhe dê provimento, conforme as razões de fato e de direito que passa a expor.

#### 1. SÍNTESE DO RECURSO

Trata-se de recurso especial contra acórdão que, ao arrepio do artigo 170 do CTN, permitiu compensação de Adicional do Imposto de Renda com ICMS, sem que haja qualquer lei estadual que autorize recuperação de tributos via compensação. É formulado também pedido subsidiário eventual, de anulação do acórdão, pois, caso se entenda não estar presente o requisito do prequestionamento, isso só pode ter decorrido de violação à regra dos artigos 458, II, e 535 do CPC, conforme a seguir demonstrado.

#### 2. RECEBIMENTO NO DUPLO EFEITO

Muito embora não seja próprio dos recursos especiais o efeito suspensivo, a Lei Complementar nº 104/2001 acrescentou artigo 170-A ao CTN. Por força desse novo artigo:

\* Peça processual agraciada com o Prêmio Jurídico José Carlos Barbosa Moreira, instituído pela Resolução PGE nº 1.408, de 17 de março de 1999, e regulamentado pela Resolução PGE nº 1.445, de 05 de agosto de 1999, ambas da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

*“É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.”*

Como o presente recurso impede o trânsito em julgado, tem ele, necessariamente, efeito suspensivo, devendo assim ser recebido.

#### 3. TEMPESTIVIDADE

O v. acórdão de fls. 154/155 foi publicado em 19.12.2000 (fls.156), último dia antes do recesso forense de fim de ano. Como em janeiro ocorrem as férias forenses dos tribunais, nos termos da LOMAN, o primeiro dia de expediente normal posterior à publicação foi o dia 1º de fevereiro de 2001. Todavia, conforme fls. 157/164, foram opostos embargos de declaração antes do início do prazo recursal e, também, no segundo dia do prazo.

Os dois embargos foram apreciados pelos acórdãos de fls. 168/169 e 170/171, publicados em 16.03.01 (fls. 173/174), apreciados pelo acórdão de fls. 177/179.

Esse novo acórdão foi publicado em 27.04.2001 (sexta-feira), iniciando o prazo recursal em 02.05.2001, já que no dia 30.04.2001 (segunda-feira) houve ponto facultativo, antes do feriado de 1º de maio. Portanto, como prazo é computado em dobro, de acordo com o artigo 188 do CPC, tempestivo é o presente recurso.

#### 4. RESUMO DOS FATOS

A ora Recorrida ajuizou ação visando à restituição de valores pagos a título de adicional estadual ao imposto de renda. Julgada procedente a demanda em primeira e em segunda instâncias, a Recorrida interpôs embargos de declaração, requerendo fosse autorizada a recuperar os valores compensados com o ICMS devido.

O acórdão de fls. 168/169 disse tratar-se de matéria nova, não apreciada na sentença ou no acórdão, mas, sem motivação, deferiu a compensação.

Surpreendido pela decisão, o Recorrente interpôs os embargos de declaração de fls. 173/174, onde alegou a violação ao artigo 170 do CTN, pois esse artigo exige a existência de lei do ente tributante (União, Estado, Distrito Federal ou Município, em seus respectivos âmbitos de competência) que permita a compensação.

Foi alegada ainda contrariedade a dispositivos constitucionais, que está sendo atacada pela via própria.

O Egrégio Tribunal *a quo*, através do v. acórdão de fls. 177/179, rejeitou os embargos do Estado.

Ante essa decisão, interpõe o Estado o presente Recurso Especial.

## 5. CABIMENTO DO RECURSO

É cabível o presente recurso, pois, conforme acima demonstrado, ele é tempestivo. Quanto ao prequestionamento, a matéria foi objeto de embargos de declaração e constou do relato do acórdão de fls.177/179. Caso mesmo assim se entenda que o requisito do prequestionamento não foi atendido, ainda será cabível o recurso, pois terá então havido violação aos artigos 458, II, e 535 do CPC, matéria que dá azo ao pedido subsidiário deste recurso.

No tocante ao permissivo da alínea c, o dissídio trazido à colação está comprovado com cópia de repositórios autorizados e, ainda, acompanhados de demonstração analítica, conforme se vê adiante.

## 6. RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

### 6.1. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 170 DO CTN

O dispositivo em questão está assim redigido:

*Art. 170 – A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.*  
(original sem grifo)

Basta a simples leitura do dispositivo para constatar ser imprescindível a existência de uma lei prévia, autorizando a compensação e dando as condições e garantias eventualmente necessárias. Tal lei, por óbvio, deve advir de cada ente tributante.

Neste sentido é a lição de Aliomar BALEEIRO:

*O art. 170 do Código Tributário Nacional não concede compensação genérica ou individual em relação a nenhum tributo, federal, estadual ou municipal. Como norma geral, tal como dispôs para a moratória, a remissão ou anistia, o citado art. 170 apenas antecipa duas espécies distintas de compensação (genérica ou*

*individual) a serem disciplinadas em lei própria da pessoa competente.*

(BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1999 p. 901 - grifo nosso).

Neste mesmo sentido é a interpretação do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode ver dos arestos abaixo, obtidos junto ao repositório oficial eletrônico daquele Tribunal:

*Tributário. Compensação. IR X IR ART. 66, da Lei nº 8.383/91. Art.170, do CTN. Art. 146, III, “b”, da CF/88. Levantamento de depósito judicial efetuado para suspender a exigibilidade tributária antes do trânsito em julgado da sentença. Inadmissibilidade.*

(...)

*6. O art. 146, III, letra “b”, da CF, dispõe que somente lei complementar pode tratar de obrigação, lançamento e crédito tributário. O art. 170, do CTN, ao exigir liquidez e certeza para ser efetivada é lei complementar. Ainda mais, quando diz que a compensação só pode ser feita nos termos da lei ordinária. Fixa, assim, pressuposto nuclear a ser cumprido pelas partes, não dispensável pela lei ordinária, que é a existência de crédito líquido e certo. A seguir exige que a lei ordinária autorize a compensação e fixe garantias e o modo da mesma se proceder.*

(...)

*(Resp. nº 184611/MG, STJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, unânime, DJ 05.10.1998 - doc. Anexo – grifos nossos)*

É evidente a testilha entre o paradigma acima e o acórdão ora recorrido. Aqui, foi permitida compensação sem indicação de lei ordinária que a preveja, inclusive porque não existe tal lei, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Assim, evidenciada está a violação ao disposto no artigo 170 do CTN, bem como o dissídio com o paradigma acima, do próprio Superior Tribunal de Justiça, que, aplicando o disposto no CTN com sua real significação, firmou a necessidade de que lei ordinária preveja a compensação.

Ante isso, mister é o provimento deste recurso para reformar em parte o acórdão recorrido, excluindo a possibilidade de compensação.

## 7. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO

### 7.1. INTRÓITO

Entende o ora Recorrente que está presente o requisito do prequestionamento, seja para conhecer deste recurso especial quanto à violação ao artigo 170 do CTN, quanto para conhecer do recurso extraordinário simultaneamente interposto, por violação aos artigos 5º e 100 da Constituição Federal.

Todavia, na eventualidade de assim não se entender, pede-se a nulidade do v. acórdão recorrido, vez que, nesta hipótese, terá ele violado o disposto nos artigos 458, II, e 535, ambos do CPC, já que tais matérias foram expressa e literalmente invocadas (fls. 173/174) e no momento oportuno.

Momento oportuno, sim, pois se o próprio Tribunal *a quo* reconhece que deferiu a compensação de adicional de IR com ICMS de modo novo, que a matéria antes jamais havia sido apreciada, não havia momento anterior para que o Estado invocasse a matéria.

### 7.2. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 458, II, E 535, II DO CPC

Ao direito de requerer corresponde, necessariamente, o direito de obter resposta, sob pena de inexistir coisa alguma. Se o artigo 535, II, do CPC concede à parte o direito de requerer a complementação do acórdão, com o pronunciamento sobre o ponto omitido, é evidente a nulidade da decisão que nega tal integração.

Em precedentes que, se não servem para fundar recurso pela alínea c, servem para demonstrar a procedência do recurso pela alínea a, já decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em arestos colhidos por Theotônio Negrão (CPC, 26ª ed.) em notas ao artigo 535:

*“Art. 535: 16c. – Embargos declaratórios. Omissão. Tanto podem referir-se à parte dispositiva como aos motivos da decisão. Sentença e acórdão haverão de examinar os vários fundamentos relevantes deduzidos na inicial e na contestação, justificando por que são desacolhidos” (STJ – 3ª Turma, R. Esp. 30.220-5, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 08.02.93, deram provimento, v. u., DJU 08.3.93, p. 3.118, 2ª col., em.).*

*“Art. 535: 16f. – Viola o art. 535 do CPC o acórdão que rejeita embargos declaratórios em que se pleiteia seja suprida omissão*

*que efetivamente ocorreu” (STJ – 3ª Turma, R-Esp. 19.489-0-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.09.92, deram provimento parcial, v. u., DJU 05.10.92, p. 17.098, 1ª col., em.).*

*“Outro acórdão, do mesmo relator, confirma a tese e declara que, além de violado o art. 535, II, ocorreu negativa de vigência aos arts. 458, II, e 165” (STJ – 3ª Turma, R-Esp. 45.955-9-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 11.04.94, deram provimento parcial, v. u., DJU 13.06.94, p. 15.108, 2ª col., em.).*

*“Se o acórdão omitiu ponto sobre que deveria pronunciar-se o tribunal, o órgão julgador, quando provocado por embargos de declaração, há de sobre ele emitir pronunciamento, de modo claro. Caso em que se reconhece a nulidade, para que outro acórdão seja proferido, com o esclarecimento da omissão.” (STJ – 3ª Turma, R-Esp. 28.873-3-RJ, rel. Min. Nilson Naves, j. 30.11.92, deram provimento parcial, v. u., DJU 15.02.93, p. 1.686, 1ª col., em.).*

Assim, fica insofismável a efetiva violação ao artigo 535, II, do CPC, e também ao artigo 458, II, do CPC. O v. acórdão de fls. 168/169 asseverou que *“a r. sentença a quo não determinou a forma em que se processará a restituição devida, cabendo a essa E. Corte tal atribuição, que também não foi tratada no v. acórdão embargado”* (fls. 169, início). Portanto, ao opor os embargos de declaração de fls. 173/174, estava o Estado em sua primeira oportunidade para questionar a matéria e ali o fez, conforme demonstra a leitura de fls. 174.

O v. acórdão recorrido, entretanto, faz relato sucinto das razões de embargos de declaração do Estado, para, a título de *“fundamentação”*, dizer:

*O acórdão não tem nenhuma omissão, ao contrário, foi extremamente incisivo quando disse que a forma de execução seria a compensação de créditos, conforme requerido.*

*O que está havendo é que o Estado não concorda com o **decisum**, mas essa é uma outra questão que não se resolverá nesta sede.*

*(fl. 178, in fine)*

O v. acórdão pode ter sido incisivo na conclusão, pelo que, não se está a alegar violação ao inciso III do artigo 458 do CPC. Contudo, por que a compensação foi deferida? Existe lei estadual que permita extinção de

crédito tributário ou compensação? Permite o artigo 170 do CTN a compensação de tributo estadual sem que haja lei estadual? É compatível com a regra constitucional do precatório permitir o pagamento de sentença condenatória fora da ordem rigorosa dos precatórios? Escapar dessa fila não implica em quebra da regra pétrea da isonomia?

De todas essas questões, de inegável relevância, demitiu-se o v. acórdão recorrido de enfrentar, carreando a si a mácula de violar o disposto no artigo 458, II, do CPC.

Não bastasse isso, ao ladear os embargos de declaração opostos pelo Estado, o v. acórdão recorrido também carregou a si a nulidade decorrente da violação ao disposto no artigo 535, II, do CPC.

No mesmo sentido que a argumentação do Estado ora traz, são os precedentes do STJ abaixo citados, com indicação de fonte autorizada:

*“Embargos de declaração. Ponto omissis (CPC, art. 535, II). Se o acórdão omitiu ponto sobre o que devia pronunciar-se o Tribunal, o órgão julgador, quando provocado por embargos de declaração, há de emitir pronunciamento, de modo explícito. Caso em que se reconhece a nulidade, para que outro acórdão seja proferido, com o esclarecimento da omissão. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.”*  
(Resp. 58.364-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, unânime, RSTJ, 104/254-258 – doc. anexo)

*Processual Civil, Recurso especial. Embargos de declaratórios. Ausência de fundamentação. Existência de omissão no acórdão. Arts. 458, II e 535 do CPC.*

*Quando o tribunal a quo rejeita os embargos de declaratórios, persistindo na omissão percebida em pronunciamentos anteriores, deixando de se pronunciar fundamentadamente sobre questões veiculadas pela parte, como na hipótese, resulta ofensa aos arts. 458, II, e 535 do Código de Processo Civil, devendo ser provido o especial que foi interposto com a alegação da violação a tais dispositivos, devolvendo-se o processo à Corte de origem, a fim de que seja suprida a omissão apontada. Recurso especial parcialmente provido.*  
(Resp. 99.797-STJ, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, maioria, RSTJ 93/323-327 - doc. anexo)

Conforme se vê dos votos condutores, entendeu o STJ nessas ocasiões que a ausência de enfrentamento de matéria invocada pela parte acarretava em afronta ao disposto no artigo 458, II, e 535 do CPC.

A omissão apontada pelo Estado foi na fundamentação do acórdão recorrido. O acórdão de fls. 177/179 diz que não há omissão quanto a conclusão, quanto ao preceito, a forma pela qual será feita a execução. São matérias evidentemente distintas, o que demonstra a violação, *in concreto*, dos dispositivos em referência.

Por tais razões, entende o Recorrido, na eventualidade de não serem conhecidos por falta de prequestionamento este recurso especial, quanto à violação ao artigo 170 do CTN, ou o recurso extraordinário interposto, deva ser cassado o v. acórdão recorrido, para que outro, enfrentando as matérias acima indicadas, seja prolatado.

## 8. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, confia o Estado seja admitido, conhecido e provido o presente recurso para reformar em parte o v. acórdão recorrido, para que a repetição de indébito se dê através de precatório. Na eventualidade de se entender não estar presente o requisito do prequestionamento neste recurso especial ou no recurso extraordinário simultaneamente interposto, pede-se seja então admitido, conhecido e provido o presente recurso para anular o v. acórdão recorrido, a fim de que outro seja proferido em seu lugar, enfrentando as matérias destacadas pelo Estado em seus embargos de declaração de fls. 173/174.

E. Deferimento.

Rio de Janeiro, 25 de maio de 2001

**GUSTAVO AMARAL**  
Procurador do Estado  
OAB/RJ nº 72.167

Proc. nº 1999.001.20896

E-14/30942/98

Petição s/nº (GAM), de 25.05.2001