



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**Número do** 1.0024.00.090524-0/005      **Númeraço** 0905240-  
**Relator:** Des.(a) Washington Ferreira  
**Relator do Acordão:** Des.(a) Washington Ferreira  
**Data do Julgamento:** 20/06/2017  
**Data da Publicação:** 27/06/2017

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INADEQUAÇÃO DO RITO PROCESSUAL. MODIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. LIQUIDAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. NECESSIDADE. LAUDO PERICIAL PRODUZIDO NOS PRÓPRIOS AUTOS. VÍCIO SANÁVEL. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.

I. O princípio da instrumentalidade das formas autoriza a adequação do rito processual na hipótese de escolha equivocada do tipo de procedimento adotado pelas partes, restando vedado pelo ordenamento jurídico apenas a alteração da própria causa petendi.

II. A eventual inadequação do rito processual não inviabiliza o cumprimento de sentença que visa a restituição do valor do imposto correspondente ao fato gerador que não se realizou, notadamente quando produzido nos autos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, laudo pericial que efetua o levantamento dos valores de frete, IPI, carreto e vendas por preço inferior ao que serviu de base de cálculo para retenção do ICMS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.00.090524-0/005 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): COMERCIAL OLIVEIRA LTDA - APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS

## ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

DES. WASHINGTON FERREIRA

RELATOR.

DES. WASHINGTON FERREIRA (RELATOR)

V O T O

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 557/565-v, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos dos Embargos à Execução opostos pelo ESTADO DE MINAS GERAIS em face de COMERCIAL OLIVEIRA LTDA. e outros, acolheu as preliminares suscitadas pelo Embargante e julgou extinta a execução de sentença da ação principal, com apoio no artigo 267, I e IV, do CPC de 1973.

No mesmo ato sentencial, as Embargadas foram condenadas no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC de 1973 (f. 565-v).

A Apelante sustenta, em suas razões recursais, que, embora tenha sido requerida a execução de sentença com arrimo no artigo 730, do CPC de 1973, o vício foi corrigido de ofício pelo d. Juiz Monocrático nos idos de 2000, ao determinar o processamento da execução com base no artigo 604, do CPC de 1973. Pondera que o Apelado não se insurgiu contra tal decisão a tempo e modo oportunos, motivo pelo qual, estaria preclusa a referida questão. Ressalta que não houve liquidação da sentença, pois o artigo 475-A,



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

do CPC de 1973, que disciplina a matéria, foi incluído no diploma processual apenas em 2005. Afirma que a sentença, equivocadamente, determina a aplicação de dispositivos legais que sequer existiam à época do início do cumprimento de sentença. Destaca que o eventual equívoco na adoção do rito não é questão processual afeta às condições da ação, não se tratando, portanto, de matéria cognoscível de ofício, com a invalidação de atos processuais já praticados anteriormente. Salaria que já foi produzido laudo pericial nos autos e homologado na instância de origem, restando observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, com a participação da Fazenda Pública. Disserta sobre a aplicação dos princípios da celeridade, economia processual, segurança jurídica e razoabilidade. Aduz que a aplicabilidade do rito estampado nos artigos 353 e 354, do RICMS, é matéria já definida nos autos, vez que garantido o direito de creditar os valores pagos a maior por meio da expedição de ofício para sua substituta tributária (AMBEV). Ao final, pugna pelo provimento do recurso para que seja integralmente reformada a sentença atacada e condenado o Apelado ao pagamento dos honorários advocatícios, com o reembolso das custas processuais (f. 607/635).

Preparo devidamente efetuado pela Apelante (f. 636).

O recurso foi recebido tão somente no efeito devolutivo (f. 637).

Devidamente intimado, o Apelado apresentou contrarrazões pugnando pelo não provimento do recurso (f. 642/665).

Desnecessária a manifestação da douda Procuradoria Geral de Justiça, pois inexistente interesse público na causa que justifique a intervenção ministerial.

É o relatório.

Apesar de o julgamento ser realizado na vigência do Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 -



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

(NCPC), o feito será analisado segundo o CPC de 1973. Isso encontra coerência com o artigo 14 do NCPC, com o Enunciado nº 54 deste egrégio TJMG e com o entendimento do colendo STJ, a exemplo do externado nos julgamentos do AgRg no REsp nº 1.574.932/PE e no EDcl no AgRg nos Embargos de Divergência em Agravo em REsp nº 623.886/BA.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade contidos no CPC de 1973, conheço do recurso de apelação.

Sem preliminares a serem analisadas, passo, desde já, ao exame do mérito.

## MÉRITO

Inicialmente, destaco que, diante do extenso período de tramitação do feito e das diversas decisões judiciais que interferiram de forma significativa no andamento processual, adotarei partes do minucioso relatório elaborado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte na sentença prolatada (f. 557/560-v), narrando, assim, os acontecimentos do presente processo.

Pois bem.

Donato Piccirillo & Cia Ltda., Lima & Cia Ltda., Comercial Oliveira Ltda., Cesano Bebidas Ltda., Bavária Comércio de Bebidas Ltda. e Tropical Comércio de Bebidas Ltda. ajuizaram Ação Ordinária em face do Estado de Minas Gerais pretendendo, em síntese, fosse declarado o direito ao estorno, perante a "ANTARCTICA", decorrente do excesso de ICMS cobrado no regime de substituição tributária (f. 02/53 - Apenso).

O pedido foi julgado improcedente na instância de origem (f. 235/239 - Apenso).

A sentença foi reformada por esta egrégia 1ª Câmara Cível



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

quando do julgamento da Apelação Cível nº 123.846/8, sob a relatoria do eminente Desembargador Garcia Leão (f. 292/301 - Apenso).

As Autoras requereram o cumprimento de sentença, nos termos do artigo 730, do CPC de 1973 (f. 378 - Apenso).

O Estado de Minas Gerais opôs, então, os presentes Embargos à Execução de Sentença arguindo, preliminarmente, inépcia do pedido de execução, ante as previsões contidas no artigo 282 e seguintes do CPC de 1973, e descabimento da execução, já que os valores seriam aleatórios e não comportavam a apuração mediante simples cálculos aritméticos, sendo indispensável a liquidação do julgado. No mérito, questionou a adoção da Taxa SELIC para atualização dos valores apresentados unilateralmente (f. 02/06).

Impugnação apresentada pelas Embargadas (f. 08/12).

Sem a apreciação das preliminares, foi deferida a produção da prova pericial (f. 18).

O Laudo Pericial foi elaborado (f. 31/36), sendo acompanhado, ainda, de outros documentos (f. 38/179).

Após, foi ajuizada Ação Rescisória pelo Estado de Minas Gerais (Processo nº 1.0000.00.232195-8/000), cujo pedido rescisório foi julgado procedente. O 1º Grupo de Câmaras deste egrégio TJMG, sob a relatoria do ilustre Desembargador Brandão Teixeira, desconstituiu o acórdão rescindendo e, promovendo novo julgamento daquela causa, julgou improcedente o pedido de creditamento formulado pelas empresas embargadas (f. 347/352).

Em 15/12/2011, A Exequente/Embargada Comercial Oliveira Ltda. compareceu aos autos noticiando que o Colendo Superior Tribunal de Justiça conheceu parcialmente do REsp nº 1.111.092/MG e julgou extinta a Ação Rescisória em relação à peticionária (f. 384/391). Requereu, então, o prosseguimento dos Embargos à



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Execução, "tomando-se por referência os cálculos periciados de fls. 129 a 153 (Doc. 05 anexo) e homologados nos termos da decisão de fls. 277-v" (f. 377).

Foi mantida a suspensão do feito, ante a ausência de comunicação do TJMG sobre o julgamento da Ação Rescisória (f. 424).

Esta egrégia 1ª Câmara Cível, na ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.00.090524-0/001, deu provimento ao recurso interposto pela Comercial Oliveira Ltda. para determinar o prosseguimento dos Embargos à Execução (f. 462/465).

O Contador Judicial atualizou os valores a pedido da Comercial Oliveira Ltda., a partir de 31/12/2000, apurando o valor total de R\$ 10.079.514,42 (dez milhões setenta e nove mil quinhentos e quatorze reais e quarenta e dois centavos), conforme planilha acostada aos autos (f. 490/491).

A Embargada/Exequente concordou com os cálculos (f. 492/496).

Intimado, o Embargante alegou que a Embargada/Exequente deveria adotar procedimento próprio para ressarcimento dos créditos (com base nos artigos 353 e 354 do RICMS da época e Artigo 27, Anexo XV, do RICMS atual), nos moldes de como restou determinado na decisão de f. 319, irrecorrida. Rechaçou a expedição de ofício do Juízo como forma de execução da providência e, eventualmente, requereu a designação de perícia contábil fiscal para verificação e conferência dos dados e registros informados na planilha apresentada pela Contadoria Judicial (f. 501/503).

Decisão proferida pela MMª. Juíza a quo, pontuando que ocorreu a preclusão quanto à decisão que autorizou o aproveitamento do crédito na forma do Artigo 352, inciso I, do Decreto 38.101/91. Concedeu ao Embargante, ainda, o prazo de 10 dias para manifestação sobre a atualização dos cálculos elaborados pela Contadoria Judicial, "ciente ser descabida qualquer manifestação sobre



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

o laudo pericial já homologado por ter se operado o Instituto da Preclusão" (f. 504/506).

Interposto novo recurso contra a decisão supramencionada.

Esta egrégia 1ª Câmara Cível, na ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.00.090524-0/003 e sob a relatoria do eminente Desembargador Eduardo Andrade, negou provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão que declarou a preclusão temporal da discussão acerca do aproveitamento de crédito e homologação do laudo pericial (f. 526/529).

O Estado de Minas Gerais discordou dos cálculos constantes na planilha de atualização (f. 490), requerendo a remessa dos autos à Fiscalização Estadual para Auditoria Fiscal (f. 507/509).

A Embargada Comercial Oliveira Ltda. requereu o prosseguimento do processo, com a prolação de sentença de mérito, e a condenação do Embargante por litigância de má-fé (f. 532/537).

Em atenção à decisão proferida pela MMª. Juíza a quo (f. 538), o Estado de Minas Gerais apresentou os cálculos de atualização, apurando um excesso de R\$ 2.483.975,98 (dois milhões quatrocentos e oitenta e três mil novecentos e setenta e cinco reais e noventa e oito centavos) - (f. 540/544).

A Embargada/Exequente discordou dos cálculos apresentados pelo Embargante (f. 552/556).

Por fim, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte, ao analisar preliminares suscitadas pelo Embargante - consideradas no ato sentencial como prejudiciais e de ordem pública -, julgou extinta a execução de sentença, nos termos do artigo 267, I e IV, do CPC de 1973, ante a inadequação do rito adotado (f. 557/565-v).

É essa, portanto, a sentença atacada.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Da detida análise dos autos, tenho que a suposta inadequação do rito adotado para o cumprimento de sentença não se presta ao indeferimento da inicial e a conseqüente extinção do feito executivo, nos termos do artigo 267, I e IV, do CPC de 1973.

Na mesma linha adotada pelo d. Juiz Monocrático, realmente verifica-se que, na hipótese em apreço, seria necessária a liquidação do valor executado para cumprimento do comando judicial que determinou o creditamento em favor da Apelante (f. 292/301).

Isso porque, o acórdão proferido por esta egrégia 1ª Câmara Cível, ao dar provimento ao recurso de apelação outrora interposto pela Apelante, não fixou qualquer quantia certa contra a Fazenda Pública.

Impossibilitada estaria a utilização do rito previsto no artigo 730, do CPC de 1973, que trata da Execução Contra a Fazenda Pública e exige, para tanto, uma quantia certa na ordem de apresentação do pagamento.

Os pedidos formulados pela Apelante na inicial da Ação Ordinária e no respectivo recurso de apelação remetem apenas à necessidade de estorno do excesso do ICMS cobrado no regime de substituição tributária. O creditamento seria realizado, inclusive, juntamente à antiga Antartica, hoje AMBEV (f. 52 e f. 255, respectivamente - Apenso).

Não obstante a inadequação do rito previsto no artigo 730, do CPC de 1973, fato é que, no curso do feito, foi deferida a elaboração de Laudo Pericial, sendo obtido, através dele, o levantamento dos valores de frete, IPI, carreto e vendas por preço inferior ao que serviu de base de cálculo para retenção do ICMS (f. 31/179).

O ilustre perito concluiu que a Apelante teria um crédito total geral final de R\$ 2.510.165,92 (dois milhões quinhentos e dez



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

mil cento e sessenta e cinco reais e noventa e dois centavos) - (f. 36).

Nesse cenário, restou alcançada uma liquidação inicial do valor que, em tese, deveria nortear o creditamento já deferido à Apelante.

Destaco, por oportuno, que a questão envolvendo a homologação do laudo pericial já restou até mesmo superada no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.00.090524-0/003 (f. 526/529). Trago à colação a ementa do referido julgado que destaca a preclusão das matérias alhures mencionadas:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA - DECISÃO QUE AUTORIZA O APROVEITAMENTO DE CRÉDITO E HOMOLOGA O LAUDO PERICIAL - PRECLUSÃO TEMPORAL. RECURSO DESPROVIDO.** - Em nenhum momento o agravante nega que não houve impugnação à decisão que autorizou o aproveitamento do crédito e homologou o laudo pericial. Trata-se, pois, de matéria evidentemente preclusa, pelo que não há se falar em nova perícia ou em necessidade de processo administrativo para o aproveitamento do crédito. - Os atos processuais, como cediço, tem o momento adequado para a sua realização, sendo que, uma vez ultrapassado, extingue-se o direito de realizá-lo, operando-se a preclusão temporal. - Recurso desprovido. (TJMG - 1ª CÂMARA CÍVEL - Agravo de Instrumento nº 1.0024.00.090524-0/003 - Relator: Des. Eduardo Andrade. j. 29/07/2014) - (destaque)

Com efeito, revela-se obstaculizada a extinção do feito, notadamente nesse momento processual, quando já ultrapassados cerca de dezessete anos do início do cumprimento de sentença, requerido em 11 de abril de 2000 (f. 378 - Apenso).

Pautado no princípio da instrumentalidade das formas, entendo cabível imprimir o rito processual adequado ao caso em apreço, pois, como se sabe, na hipótese de escolha equivocada do tipo de procedimento adotado pelas partes, admite-se como possível até mesmo a atuação ex officio do magistrado na correção do vício,



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

adotando uma verdadeira postura saneadora no andamento do feito.

O ordenamento jurídico, a meu ver, veda apenas a transformação de uma ação de execução em uma nova ação de conhecimento, situação esta que implicaria, na verdade, uma alteração da própria causa petendi, do fundamento que embasa a ação.

No caso dos autos, a inadequação do rito não estaria garantindo à Apelante uma eventual rediscussão do direito já debatido e reconhecido na ação de conhecimento. Pretende-se, com o cumprimento de sentença, apenas viabilizar a restituição, ao contribuinte substituído (Apelante), do valor do imposto correspondente ao fato gerador que não se realizou, nos exatos moldes da determinação contida no acórdão proferido ainda nos anos de 1998 (f. 292/301).

Os princípios da instrumentalidade das formas, da economia e da celeridade processual autorizam, permissa venia, o afastamento do indeferimento da petição inicial, vez que se mostra possível a adaptação do procedimento correto, com a liquidação inicial do valor a ser creditado.

Não vislumbro, na hipótese, a demonstração de prejuízo à defesa dos interesses do Estado de Minas Gerais que, por sua vez, deixou de se insurgir a tempo e modo oportunos acerca da produção do laudo pericial, embora tenha apontado pela inadequação do rito desde a inicial dos presentes embargos.

Destarte, não se desconhece que o trâmite do feito acabou por se distanciar da regularidade e formalidade processuais exigidas no cumprimento de sentença. Entretanto, visando dar efetividade ao provimento jurisdicional e primando-se, ainda, pela análise do mérito das demandas - princípio insculpido no CPC de 2015, que, embora seja inaplicável aos autos, se mostra como uma boa diretriz -, devem ser prestigiados os princípios da instrumentalidade das formas, da celeridade, da economia processual e do aproveitamento dos atos processuais, evitando-se um inegável prejuízo às partes com a



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

extinção do feito executivo.

Conclui-se, assim, que a eventual inadequação do rito processual não inviabiliza o cumprimento de sentença que visa a restituição do valor do imposto correspondente ao fato gerador que não se realizou, notadamente quando produzido nos autos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, laudo pericial que efetua o levantamento dos valores de frete, IPI, carreto e vendas por preço inferior ao que serviu de base de cálculo para retenção do ICMS.

Pontuo, por fim, que deve ser afastada a previsão contida no artigo 515, § 3º, do CPC de 1973, que permite ao Tribunal, desde logo, julgar a lide nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 267, do CPC de 1973).

Isso porque, a discussão travada nos autos não versa sobre questão exclusivamente de direito e nem se encontra em condições de imediato julgamento.

Os valores constantes na Planilha apresentada pela Contadoria Judicial (f. 490/491) ainda são objeto de controvérsia entre as partes, devendo ser definido, em momento oportuno, o eventual excesso indicado pelo Apelado em suas diversas manifestações no feito.

Ainda, determinado o prosseguimento do feito na instância de origem, torna-se descabida a análise do ponto concernente aos honorários advocatícios, tendo em vista que serão definidos quando da prolação de uma nova sentença nos autos dos presentes Embargos à Execução.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO para reformar a sentença atacada e afastar o indeferimento da petição inicial, determinando o prosseguimento dos Embargos à Execução na instância de origem, com a definição das demais matérias de mérito levantadas e suscitadas pelas partes.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Custas ao final, pelo vencido, observadas as eventuais isenções e suspensões legais.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO."