

Recurso Especial Cível nº 0047418-04.2015.8.19.0001

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: CSB Drogarias S.A.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial tempestivo, fls. 3973/3981, com fundamento no artigo 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República, interposto contra acórdão da Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado, fls. 3948/3962, assim ementado:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Embargos opostos contra acórdão que, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso interposto pela empresa autora e deu provimento ao apelo do ente estatal para declarar a ausência de decadência e julgar improcedentes os pedidos na ação anulatória de débito fiscal ajuizada. Embargos de declaração que foram manejados alegando omissões e contradições, ao argumento, em síntese, de que o art. 59, incisos III, IV e V, da Lei nº 2.657/1996, com redação dada pela Lei 3.040/1998, confere um tratamento desigual ao crédito indevido e à falta de pagamento do ICMS, bem como que não teria sido analisada a prova da entrega das declarações de ICMS, bem como de seu pagamento antecipado. Determinação do STJ para reapreciação dos embargos de declaração opostos. De fato, assiste razão à embargante, razão pela qual anula-se o acórdão proferido no id. 3653 e passa-se a nova análise dos apelos de ambas as partes. Controvérsia quanto à ocorrência de creditamento a menor ou de não recolhimento do tributo de ICMS, para determinar o termo a quo do prazo decadencial. Prazo que se conta do fato gerador no primeiro caso, na forma do art. 150, § 4º, CTN, ou a partir do primeiro dia seguinte ao qual o lançamento poderia ter sido efetuado, à inteligência do art. 173, I, CTN, no segundo caso. Melhor compulsando os autos, do acervo probatório, verifica-se constar prova inequívoca de recolhimento parcial do tributo, consubstanciada na presunção de legitimidade dos atos administrativos. Prazo decadencial que se conta, portanto,

a partir do fato gerador, na forma do art. 150, § 4º CTN. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA DAR PROVIMENTO AO APELO DA EMPRESA AUTORA A FIM DE RECONHECER A DECADÊNCIA PARCIAL DOS DEMAIS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DISCRIMINADOS NA INICIAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU”.

Inconformado, em suas razões recursais, o recorrente alega **violação aos artigos 150, § 4º, e 173 do CTN**. Assevera que, conforme entendimento do STJ, o termo inicial do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação depende da circunstância de ter o contribuinte antecipado, ou não, o pagamento da exação. Argumenta que, ainda que se identificasse a existência de qualquer pagamento antecipado, também estaria caracterizada a ocorrência de dolo, o que, por si, afastaria a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN. Afirma que, diante disso, o prazo decadencial de cinco anos se conta, não do fato gerador, mas do ano seguinte ao do exercício em que o tributo poderia ter sido constituído.

Contrarrazões apresentadas às fls. 3985/3991.

Anteriormente, em face dos acórdãos de fls. 3653/3662 e de fls. 3692/3696, CSB Drogarias S.A., ora recorrido, havia interposto recurso especial (fls. 3701/3716). A decisão proferida por esta Terceira Vice-Presidência às fls. 3760/3774 inadmitiu o recurso especial, razão pela qual a CSB Drogarias S.A. interpôs agravo em recurso especial (fls. 3974/3805).

Sobreveio a decisão proferida pelo STJ às fls. 3896/3904, a qual deu provimento ao recurso especial para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração, determinando que um novo fosse prolatado, de modo a sanar os vícios apontados.

Foi então proferido novo acórdão pela Câmara de origem, fls. 3948/3962, conforme ementa acima transcrita.

É o brevíssimo relatório.

No caso vertente, após a decisão proferida pelo STJ, o Órgão julgador deu provimento ao recurso de apelação para declarar a decadência parcial dos débitos tributários decorrentes dos autos de infração apontados.

Nesse passo, sobre as irresignações do recorrente, vejamos o que consta na fundamentação do acórdão recorrido:

“... É cediço que o ICMS é tributo sujeito a lançamento por homologação, de modo que o sujeito passivo antecipa o pagamento do tributo e posteriormente o Fisco efetua a homologação, salvo na hipótese em que se verifique a existência de saldo remanescente, cujo crédito deverá ser lançado, sob pena de ocorrer sua extinção definitiva.

(...)

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 973.733/SC, realizado pela sistemática dos recursos repetitivos, pacificou o entendimento acerca do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário no que tange aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, reconhecendo a contagem do prazo decadencial a partir da data do fato gerador, consoante art.150, § 4º, do Código Tributário Nacional, mesmo quando o sujeito passivo realiza o pagamento a menor do ICMS. Decidiu ainda que apenas quando o creditamento indevido tenha provocado a total ausência de recolhimento deverá ser aplicada a regra do inciso I do art. 173, do CTN.

(...)

Sobre o tema, posteriormente o STJ editou a Súmula nº 555, que assim dispõe:

(...)

Inobstante o ente estatal apelante afirme que a demandante foi autuada por ausência de pagamento, melhor compulsando o acervo probatório, verifica-se que as provas dos autos demonstram de maneira clara que houve pagamento parcial, como se pode verificar dos documentos acostados com a inicial e às fls. 3090/3414,

concernentes às cópias do Sistema de Acompanhamento da Validação da Entrega do Arquivo de GIA-ICMS da SEFAZ-RJ, referentes aos períodos compreendidos entre 07/2003 e 02/2017.

O Juízo a quo entendeu que em relação aos autos de infração lavrados em maio de 2012 de nº 03.385885-3, 03.385886-1, 04.032816-3, 03.385869-7, 04.032822-1, 03.374064-8, 04.021797-8, 04.032826-2, 03.385920-8 e 03.385914-1, não foram apresentadas as respectivas declarações.

No entanto, verifica-se que as declarações do período acima destacado, encontram-se acostados às fls. 3096 dos presentes autos.

Deste modo, inafastável a conclusão de que se aplica à hipótese o prazo decadencial disposto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, com início a partir da ocorrência do fato gerador.

Assim, tem-se que os autos de infração lavrados em maio de 2012, quais sejam: nº 03.385885-3, 03.385886-1, 04.032816-3, 03.385869-7, 04.032822- 1, 03.374064-8, 04.021797-8, 04.032826-2, 03.385920-8 e 03.385914-1, também foram parcialmente alcançados pelo instituto da decadência.

No caso em tela, os referidos autos de infração foram lavrados entre 02/05/2012 e 18/05/2012, o que significa que todo o período anterior a 01/05/2007 está alcançado pela decadência.

(...)

Pontue-se, por fim, inexistir, no caso em comento, prova da alegada prática, pela empresa contribuinte, de ato doloso, fraudulento ou simulado, que afastaria a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN".

Diante disso, quanto à questão posta em debate, confirmam-se os seguintes precedentes do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXTINÇÃO DE PARCELA DOS CRÉDITOS PELA PRESCRIÇÃO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA N. 83/STJ.

I - Na origem, trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que acolheu em parte a exceção de pré-executividade e julgou extinto parte dos créditos tributários. No Tribunal a quo, a decisão foi parcialmente reformada, apenas para fixar honorários advocatícios no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

II - A Corte de origem bem analisou a controvérsia com base nos seguintes fundamentos: "Observa-se que, in casu, em que pese as alegações deduzidas pelo Fisco, houve pagamento por parte do contribuinte, ainda que parcial, e não há qualquer indicação mínima de dolo, simulação ou fraude por parte do agravado. Desse modo, sobeja, ao caso, a aplicação do prazo quinquenal, tal qual entendeu o Magistrado na origem. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça entende que, na hipótese de ausência de pagamento de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN. No entanto, havendo pagamento antecipado, mesmo que a menor - como é o caso em apreço -, a regra legal aplicável para decadência é a do art. 150, § 4º, do CTN."

III - O entendimento do Tribunal de origem está harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a execução fiscal que tem por objeto o valores relativos a creditamento indevido de tributo, e o prazo decadencial conta-se nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

IV - Dessa forma, aplica-se, à espécie, o enunciado da Súmula n. 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial

pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Ressalte-se que o teor do referido enunciado aplica-se aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. Nesse sentido: AgRg nos EREsp n. 1.199.262/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe de 7/11/2011.

V - Agravo interno improvido"

(AgInt no AREsp n. 2.339.302/SC, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 23/8/2023.)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO. TRIBUTO PAGO A MENOR. PRAZO DECADENCIAL. APLICAÇÃO DO ART. 150, §4º DO CTN. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Em relação à matéria, a Corte a quo consignou (fls. 829-833, e-STJ): "2. Do recurso da parte embargada - Estado de Santa Catarina. Por seu turno, o Estado de Santa Catarina pugna pelo afastamento da decadência reconhecida em sentença, sob o argumento de que, por não se tratar de tributo declarado e não pago ou tributo arrecado a menor, deve incidir a regra prevista no art. 173, 1, do CTN, o qual prevê a extinção do crédito tributário após 5 anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançam ~,to poderia ter sido efetuado. Razão não lhe assiste. Conforme entendimento preconizado pelo Superior Tribuna de Justiça em casos de pagamento a menor de débito tributário em decorrência de creditamento indevido, o prazo decadencial é contado na forma do disposta no art. 150, § 4º, do CTN, senão vejamos: (...). Diante do exposto, afasta-se a tese suscitada pelo Estado".

2. Como se observa, o Colegiado Estadual não se pronunciou sobre o art. 149, VII, do CTN e a respectiva tese jurídica, nem foram opostos Embargos de Declaração pelo recorrente, o que evidencia falta de prequestionamento da matéria. Incide a Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão

recorrida, a questão federal suscitada." A propósito: REsp 1.318.421/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 26/10/2021 e AgInt no REsp 1.942.672/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/10/2021.

3. O recorrente, nas razões do Recurso Especial, aduz que "Este artigo [art. 173, I, do CTN] aplica-se ao caso dos autos porque a parte cobrada é resultado de lançamento de ofício (CTN art. 149), decorrente de auditoria levada a efeito pela Fazenda Estadual, que identificou o pagamento a menor realizado pela recorrida e constatou a inexatidão das informações lançadas." (fls. 931, e-STJ, grifei).

A tese da Fazenda Pública, contudo, contraria o entendimento do STJ.

4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de representativo da controvérsia - Resp n. 973.733/SP -, Rel. Min. Luiz Fux, firmou precedente no sentido de que o prazo decadencial dos tributos sujeitos a lançamento por homologação rege-se pelo disposto no art. 173, I, do CTN, na hipótese de não ocorrer o pagamento antecipado da exação. Por conseguinte, incidirá a regra do art. 150, § 4º, do CTN, quando houver o pagamento antecipado, ainda que a menor, como é o caso dos autos. A propósito: AgInt no REsp n. 1.889.181/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 24/3/2022, AgInt no REsp n. 1.508.976/MG, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 2/12/2021, AgInt no AREsp n. 794.369/RS, Re. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 24/5/2019 e REsp n. 1.811.226/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 28/8/2020.

5. Nas razões do Agravo Interno, o recorrente cita precedentes mais antigos, os quais foram superados pelo atual entendimento deste STJ, de modo que os julgados indicados pela Fazenda Pública não se prestam a impugnar as razões da decisão atacada.

6. Ademais, para afirmar que houve dolo por parte da recorrida ao realizar o pagamento a menor, é preciso revolver o acervo fático probatório dos

autos, o que não é possível em Recurso Especial, em razão da Súmula 7 do STJ.

7. Agravo Interno não provido"

(AgInt no AREsp n. 2.076.931/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 28/6/2023.)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. DISTINÇÃO NÃO CONFIGURADA.

1. Trata-se de Agravo Interno contra a decisão que entendeu estar o acórdão em consonância com o decidido no REsp 973.733/SC. Fez incidir a Súmula 83/STJ.

2. A questão posta perpassou pela declaração da decadência do direito de lançar que se dá cinco anos após o fato gerador. Assim o momento do fato gerador é aquele em que, dado o dever de antecipação do pagamento, a parte recolheu, ainda que a menor, o tributo e aguardou, por até cinco anos a homologação ou o lançamento.

3. Não resta dúvidas de que, "na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando o contribuinte constitui o crédito, mas efetua pagamento parcial, sem constatação de dolo, fraude ou simulação, o termo inicial da decadência é o momento do fato gerador. Aplica-se exclusivamente o artigo 150, § 4º, do CTN, sem a possibilidade de cumulação com o artigo 173, I, do mesmo diploma" (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009, submetido ao regime do art. 543-C do CPC)

4. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

5. Agravo Interno não provido"

(AgInt no AREsp n. 2.241.977/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 19/5/2023.)

Dessa forma, infere-se que o entendimento do Colegiado não destoa da orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em casos análogos.

Outrossim, para rever o entendimento do Órgão julgador, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório dos autos.

Tais circunstâncias fazem incidir ao caso o óbice das **Súmulas 7 e 83 do STJ**, o que impede o prosseguimento do recurso.

À vista do exposto, em estrita observância ao disposto no art. 1.030, V, do Código de Processo Civil, **INADMITO** o recurso especial interposto.

Intime-se.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2024.

Desembargador **MALDONADO DE CARVALHO**
Terceiro Vice-Presidente