



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1866709 - SP (2020/0062613-6)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARCOS NEVES VERÍSSIMO - SP238168
AGRAVADO : LOJAS AMERICANAS S/A
ADVOGADOS : JOSÉ PAULO DE CASTRO EMBENHUBER - SP072400
CAMILA AMARAL TARGINO SANTANA E OUTRO(S) - DF032101
JOSÉ RODOLFO GOMES FONSECA TAVARES - SP292239
EDUARDO DE AZEVEDO ANTUNES EMBENHUBER - SP345246

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ICMS. DECADÊNCIA DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. CREDITAMENTO INDEVIDO. DOLO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. Deveras, a obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada. A propósito, essa orientação também tem aplicação quando o pagamento parcial do tributo decorre de creditamento tido pelo fisco como indevido, hipótese dos autos.

2. Com efeito, no presente caso, conforme as provas contidas às fls. 649 (e-STJ), se depreendeu que os créditos apurados pelo contribuinte na composição do saldo devedor de ICMS, não eram passíveis de inclusão na escrituração contábil para a apuração do imposto devido, pois eram frutos de valores acostados em ação judicial ajuizada pelo contribuinte e outrora julgada improcedente. Portanto, era de conhecimento do contribuinte, a impossibilidade de se esciturar valores creditórios inexistentes, ao se apurar o saldo de ICMS no creditamento fiscal.

3. No presente caso, a Corte estadual compreendeu que o creditamento indevido não foi realizado de boa-fé, reconhecendo que a situação dos autos se enquadra na hipótese de exceção à aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, relacionada com a existência de fraude, dolo ou simulação por parte do contribuinte, de forma que o prazo decadencial para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN. Precedentes.

4. Agravo Interno provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 30 de agosto de 2021.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1866709 - SP (2020/0062613-6)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARCOS NEVES VERÍSSIMO - SP238168
AGRAVADO : LOJAS AMERICANAS S/A
ADVOGADOS : JOSÉ PAULO DE CASTRO EMBENHUBER - SP072400
CAMILA AMARAL TARGINO SANTANA E OUTRO(S) - DF032101
JOSÉ RODOLFO GOMES FONSECA TAVARES - SP292239
EDUARDO DE AZEVEDO ANTUNES EMBENHUBER - SP345246

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ICMS. DECADÊNCIA DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. CREDITAMENTO INDEVIDO. DOLO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. Deveras, a obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada. A propósito, essa orientação também tem aplicação quando o pagamento parcial do tributo decorre de creditamento tido pelo fisco como indevido, hipótese dos autos.
2. Com efeito, no presente caso, conforme as provas contidas às fls. 649 (e-STJ), se depreendeu que os créditos apurados pelo contribuinte na composição do saldo devedor de ICMS, não eram passíveis de inclusão na escrituração contábil para a apuração do imposto devido, pois eram frutos de valores acostados em ação judicial ajuizada pelo contribuinte e outrora julgada improcedente. Portanto, era de conhecimento do contribuinte, a impossibilidade de se esciturar valores creditórios inexistentes, ao se apurar o saldo de ICMS no creditamento fiscal.
3. No presente caso, a Corte estadual compreendeu que o creditamento indevido não foi realizado de boa-fé, reconhecendo que a situação dos autos se enquadra na hipótese de exceção à aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, relacionada com a existência de fraude, dolo ou simulação por parte do contribuinte, de forma que o prazo decadencial para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN. Precedentes.
4. Agravo Interno provido.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto pelo Estado de São Paulo, contra decisão

singular por mim proferida, nos seguintes termos, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. DECADÊNCIA PARCIAL DO CREDITAMENTO DE ICMS. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO NO TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS DE SÃO PAULO. SÚMULA 280/STF. QUESTIONADO DE INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Nas razões do Agravo Interno, o recorrente aduz que não houve a decadência do lançamento fiscal realizado de ofício do órgão fazendário, ao afirmar que a contribuinte teria dolosamente feito o creditamento indevido. Nesse sentido, argumenta que não há contexto fático para a incidência do artigo 150, § 4º, do CTN, mas, para a exegese do artigo 173, inciso I, do CTN.

Em contraminuta ao Agravo Interno, colacionada às fls. 1.003/1.010 (e-STJ), a contribuinte repisa a tese de ter havido a decadência do lançamento tributário e outrora assevera que o recurso não merece ser conhecido, diante do óbice da Súmula 182/STJ.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: “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”.

O Estado de São Paulo afirma que não se prospera a aplicação interpretativa do artigo 150, § 4º, do CTN, pois a contribuinte teria dolosamente realizado um creditamento indevido, sem amparo legal, razão pela qual subsistiria a aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, de modo a não racair a decadência da obrigação tributária controvertida no auto de lançamento.

A tese exposta nas razões deste Agravo Interno merecem prosperar.

Doravante, revento o entendimento firmado na decisão singular por mim proferida, pois as provas dos autos dessumem a ocorrência de dolo do contribuinte ao creditar valores impassíveis de creditamento fiscal quando da apuração do saldo devedor de ICMS, no autolancamento realizado pelo contribuinte.

Deveras, a obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada. A propósito, essa orientação também tem aplicação quando o pagamento parcial do tributo decorre de creditamento tido pelo fisco como indevido, hipótese dos autos.

Com efeito, no presente caso, conforme as provas contidas às fls. 649 (e-STJ), se depreendeu que os créditos apurados pelo contribuinte na composição do saldo devedor de ICMS, não eram passíveis de inclusão na escrituração contábil para a apuração do imposto devido, pois eram frutos de valores acostados em ação judicial ajuizada pelo contribuinte e outrora julgada improcedente. Portanto, era de conhecimento do contribuinte, a impossibilidade de se esciturar valores creditórios inexistentes, ao se apurar o saldo devedor de ICMS no creditamento fiscal.

A propósito, o Tribunal de origem afirmou neste sentido, in verbis (fls. 649, e-STJ):

Não se tratou, aqui, de pagamento antecipado, e sim de infração fiscal, decorrente de creditamento indevido, apurada pelo Fisco, com lançamento de ofício, em outubro de 2009. Como assinalou o D. Magistrado sentenciante: “A homologação do lançamento, prevista no artigo 150, parágrafo quarto, do Código Tributário, não se aplica aos casos de crédito indevido uma vez que o crédito é um direito do contribuinte, não constituindo fato gerador, pois não se trata de obrigação. O crédito impugnado, objeto do auto de infração, correspondia a créditos não autorizados e lançados pela impetrante na sua escrituração fiscal no período de 31 de janeiro de 2004 a 30 de setembro de 2009. Com a regular constituição, em 05 de outubro de 2009, pelo próprio auto de infração, não havia se operado nem a decadência nem a prescrição. O prazo passou a fluir em janeiro de 2005, conforme o artigo 173, inciso I, do CTN” (fls. 544/545).

No presente caso, a Corte estadual compreendeu que o creditamento indevido não foi realizado de boa-fé, reconhecendo que a situação dos autos se enquadra na hipótese de exceção à aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, relacionada com a existência de fraude, dolo ou simulação por parte do contribuinte, de forma que o prazo decadencial para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN. Precedentes.

Ilustrativamente, amparam essa conclusão os seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. ICMS. DECADÊNCIA DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. CREDITAMENTO INDEVIDO. DOLO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. NULIDADE. ÔNUS PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese dolo ou fraude, conforme constado pelo Tribunal de origem, o prazo decadencial para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN.

2. A emissão de lançamento de ofício exarado pelo sujeito ativo, anulando o lançamento por declaração realizada pelo sujeito passivo, objetivando o adimplemento da obrigação tributária de ICMS, não induz o início do prazo prescricional fiscal do artigo 174 do CTN, pois sequer teria havido a homologação definitiva da obrigação tributária declarada pela contribuinte, razão pela qual não há que se considerar o início do prazo prescricional. Precedentes.

3. Por fim, a tese que pugna pelo reconhecimento da violação dos artigos 282, 333, incisos I e II, e 334, incisos II e III, todos, do Código de Processo Civil de 1973, não merece guarida, ante a ausência do prequestionamento dos preceitos indicados como violados, recaindo deste modo o teor das súmulas 211 do STJ e 282 do STF.

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1852060/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 15/09/2020)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 436 DO STJ. INAPLICABILIDADE. DECADÊNCIA. ESCRITURAÇÃO MEDIANTE DOLO. ART. 173, I, DO CTN. ACÓRDÃO COINCIDENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ELEMENTO SUBJETIVO. VERIFICAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. COMPOSIÇÃO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. MATÉRIA AFETA AO DIREITO LOCAL. REVISÃO. INVIABILIDADE. PEDIDO DE NULIDADE FUNDADA NO ESTATUTO DA OAB. IRRESIGNAÇÃO DEFICIENTE. JUROS DE MORA. LEI LOCAL CONTESTADA EM FACE DE LEI FEDERAL. QUESTÃO CONSTITUCIONAL

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2, sessão de 09/03/2016).

2. A conformidade do acórdão recorrido com a jurisprudência desta Corte Superior atrai a aplicação do óbice de conhecimento estampado na Súmula 83 do STJ.

3. Hipótese que não comporta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 436 do STJ, uma vez que o crédito tributário cuja exigibilidade se questiona nesta demanda ordinária não decorre de imposto oferecido à tributação por meio de declaração de débito do contribuinte e não pago, mas de imposto indevidamente compensado mediante creditamento escritural, sendo certo que esse encontro de contas está sujeito ao prazo decadencial de homologação pelo fisco.

4. A obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando

não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada.

5. Essa orientação também tem aplicação quando o pagamento parcial do tributo decorre de creditamento tido pelo fisco como indevido, hipótese dos autos. Precedentes.

6. No presente caso, a Corte estadual compreendeu que o creditamento indevido não foi realizado de boa-fé, reconhecendo que a situação dos autos se enquadra na hipótese de exceção à aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, relacionada com a existência de fraude, dolo ou simulação por parte do contribuinte, de forma que a revisão desse entendimento pressupõe reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável no âmbito do recurso especial, ante o veto contido na Súmula 7 do STJ.

7. "Incide a inteligência da Súmula 280 do STF, na pretensão do recorrente em questionar a Lei de Organização do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (Lei n. 13.457/2009), no que tange a composição e organização da referida Corte administrativa" (AgInt no AREsp 1.240.292/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/2018).

8. O invocado art. 28, II, da Lei n. 8.906/1994 não tem comando normativo apto à postulada declaração de nulidade do processo administrativo fiscal, pois a vedação nele contida destina-se ao exercício da advocacia e não à composição de tribunal administrativo tributário. Incidência da Súmula 284 do STF.

9. A pretensão recursal voltada contra a parte do acórdão recorrido que permitiu a incidência de juros de mora sobre a multa com base na lei local (art. 96 da Lei n. 6.374/1989), cuja validade é ora questionada em face de lei federal (art. 161 do CTN), é de índole constitucional (art. 102, III, "d", da CF/1988) e, por isso, insuscetível de apreciação pela via do recurso especial.

10. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1179947/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 12/06/2020)

Por fim, afasto a tese exposta pelo recorrido no bojo da contraminuta do Agravo Interno, uma vez que não perscruto a incidência do óbice da Súmula 182/STJ e outrora torno prejudicado a análise dos Embargos de Declaração opostos às fls. 983/985 (e-STJ), em razão do provimento deste presente recurso.

Ante o exposto, dou provimento ao Agravo Interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgInt no REsp 1.866.709 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2020/0062613-6

Número de Origem:

00047428520098260153 1000655-93.2015.8.26.0562 10006559320158260562 47428520098260153

Sessão Virtual de 24/08/2021 a 30/08/2021

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LOJAS AMERICANAS S/A

ADVOGADOS : JOSÉ PAULO DE CASTRO EMSENHUBER - SP072400

CAMILA AMARAL TARGINO SANTANA E OUTRO(S) - DF032101

JOSÉ RODOLFO GOMES FONSECA TAVARES - SP292239

EDUARDO DE AZEVEDO ANTUNES EMSENHUBER - SP345246

RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : MARCOS NEVES VERÍSSIMO - SP238168

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : MARCOS NEVES VERÍSSIMO - SP238168

AGRAVADO : LOJAS AMERICANAS S/A

ADVOGADOS : JOSÉ PAULO DE CASTRO EMSENHUBER - SP072400

CAMILA AMARAL TARGINO SANTANA E OUTRO(S) - DF032101

JOSÉ RODOLFO GOMES FONSECA TAVARES - SP292239

EDUARDO DE AZEVEDO ANTUNES EMSENHUBER - SP345246

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 31 de agosto de 2021