



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.501.873 - SC (2014/0288440-6)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : AM CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA
ADVOGADO : EDUARDO LUCIANO FRANZONI E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ART. 173, I, DO CTN. REVISÃO DE PREMISSE FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que até mesmo questões de ordem pública sujeitam-se ao requisito do prequestionamento (AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 2.5.2013; AgRg nos EREsp 999.342/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, DJe 1º.2.2012; AgRg no REsp 1.468.778/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5.3.2015).

2. A respeito da decadência, o Tribunal *a quo*, soberano na análise dos elementos probatórios, adotou a premissa de que não houve pagamento antecipado relativo aos fatos geradores constituídos pela fiscalização, o que fez incidir a regra do art. 173, I, do CTN: "(...) **inviável**, consoante já assinalado, **a incidência do § 4º do art. 150 do CTN em caso de inexistência de qualquer pagamento antecipado**, haja vista que o ato de homologação, consubstanciado na anuência da Administração em relação a uma atuação positiva do contribuinte, pressupõe a existência de algum recolhimento" (fl. 779).

3. A orientação adotada na origem encontra amparo na jurisprudência do STJ ratificada sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009).

4. Por outro lado, reformar a conclusão do acórdão recorrido demanda revolvimento fático, procedimento vedado no âmbito do Recurso Especial (Súmula 7/STJ).

5. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de março de 2015(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.501.873 - SC (2014/0288440-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : **AM CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA**
ADVOGADO : **EDUARDO LUCIANO FRANZONI E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **FAZENDA NACIONAL**
ADVOGADO : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que negou seguimento a Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. ARBITRAMENTO. TAXA SELIC. LEGALIDADE. MULTA MORATÓRIA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando não houver pagamento antecipado, o direito da Fazenda constituir o crédito tributário, nos termos do art. 173, I, do CTN, extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. A regra do § 4º do artigo 150 do CTN só pode ser aplicada nos casos de antecipação.

2. O arbitramento é o meio previsto legalmente para a autoridade fiscal apurar o valor do tributo nos casos em que o sujeito passivo se omitir a fornecer a documentação necessária ou esta apresentar irregularidades insanáveis.

3. A Taxa SELIC se aplica aos débitos tributários, não existindo vício na sua incidência.

4. É entendimento pacífico desta Corte que, por força do art. 106, II, "c", do CTN, aplica-se de forma retroativa, sobre fatos ainda não definitivamente julgados, a lei tributária que imponha penalidades mais brandas ao contribuinte.

A agravante sustenta que deve ser afastado o óbice da Súmula 282/STF, sob o fundamento de que a possibilidade de substituição da CDA é questão de ordem pública. No tocante à decadência, alega que "os lançamentos tidos como 'incorretos' pecam exclusivamente por vícios formais, não havendo qualquer indicação de ausência de recolhimento previdenciário referente às notas fiscais apropriadas equivocadamente" (fl. 861). Assevera, portanto, que houve recolhimentos de sua parte, notadamente entre os lançamentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que deram ensejo à desconsideração da contabilidade pelo método de aferição indireta. Pugna pelo afastamento da Súmula 7/STJ.

Requer a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito à Turma (fls. 852-865).

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.501.873 - SC (2014/0288440-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 26.2.2015.

A irresignação não merece acolhida.

Ainda que se admita que a substituição da CDA constitui questão de ordem pública, não se pode afastar o óbice da Súmula 282/STF.

Com efeito, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que até mesmo questões de ordem pública sujeitam-se ao requisito do prequestionamento (AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 2/5/2013; AgRg nos EREsp 999.342/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, DJe 1º/2/2012; AgRg no REsp 1468778/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015).

A respeito da decadência, o Tribunal *a quo*, soberano na análise dos elementos probatórios, adotou a premissa de que não houve pagamento antecipado relativo aos fatos geradores constituídos pela fiscalização, o que fez incidir a regra do art. 173, I, do CTN. Confira-se:

Frise-se não prosperar a tese de incidência cumulativa dos arts. 150, § 4º, e 173, inciso I, ambos do CTN. Primeiro, porque contraditória e dissonante do sistema do CTN a aplicação conjunta de duas causas de extinção de crédito tributário. Segundo, porquanto **inviável**, consoante já assinalado, **a incidência do § 4º do art. 150 do CTN em caso de inexistência de qualquer pagamento antecipado**, haja vista que o ato de homologação, consubstanciado na anuência da Administração em relação a uma atuação positiva do contribuinte, pressupõe a existência de algum recolhimento (fl. 779).

Essa orientação encontra amparo na jurisprudência do STJ ratificada sob o regime do art. 543-C do CPC:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL
REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC.
TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs.. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 183/199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuassem o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(REsp 973.733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 18/9/2009)

Por outro lado, para que seja reformada a conclusão do acórdão recorrido é necessário revolvimento fático, procedimento vedado no âmbito do Recurso Especial (Súmula 7/STJ).

Diante do exposto, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2014/0288440-6

AgRg no
REsp 1.501.873 / SC

Números Origem: 00048494819988240064 00062205020144049999 48494819988240064
62205020144049999 64970109453 64970109461 64980048498

PAUTA: 19/03/2015

JULGADO: 19/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : AM CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA
ADVOGADO : EDUARDO LUCIANO FRANZONI E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : AM CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA
ADVOGADO : EDUARDO LUCIANO FRANZONI E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.